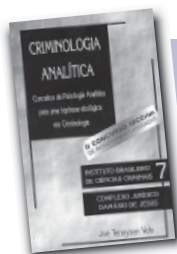


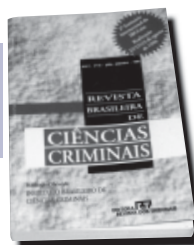
Associe-se ao IBCCrim

Você, profissional ou acadêmico de Direito e ciências afins, associe-se ao **IBCCrim** e desfrute das inúmeras vantagens que oferecemos somente a você:



- **Coleção de Monografias** - periodicamente o **IBCCrim** envia gratuitamente, para todos os associados, um livro.

- Desconto de 30% na assinatura anual da **Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCrim** e 20% no catálogo RT.



- Preços especiais na inscrição de **Cursos e Seminários** promovidos pelo **IBCCrim**.



- Acesso e consulta exclusivos à **Biblioteca do IBCCrim**.



- Locação de fitas da **Videoteca**, com extenso acervo de palestras, seminários e todos os cursos realizados.



- Recebimento mensal do **Boletim IBCCrim** que contém informações atualizadíssimas sobre Jurisprudência e Doutrina Criminal.



Aguarde distribuição gratuita a todos os associados, no primeiro semestre de 2000, CD-Rom institucional do **IBCCrim**, contendo todos os *Boletins* na íntegra, bem como os respectivos *Índices*.

VEJA NA PÁG. 2:

• **MANIFESTO:
À CAMPANHA CONTRA A VIOLÊNCIA.**

VEJA NO CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA:

• **STF CANCELA SÚMULA 394**

NOTÍCIA

STF DEFINE LIMITES CONSTITUCIONAIS DAS CPIs DO CONGRESSO

Em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal concedeu mandado de segurança (MS 23.452) impetrado pelo advogado L.C.B.J. contra ato da CPI dos Bancos, que decretara a quebra de seus sigilos bancário, fiscal e telefônico, além de busca e apreensão de documentos. O Tribunal, em sessão plenária, entendeu que o ato praticado pela CPI contra o advogado não tinha sustentação legal. Entendeu também que a CPI tem poderes para ordenar, independente de prévia determinação judicial, a quebra dos sigilos fiscal, bancário e de registros telefônicos, desde que fundamente sua deliberação, apoiando-a em indícios que justifiquem a necessidade da adoção dessas medidas excepcionais.

Ao declarar seu voto, o Ministro Celso de Mello observou que os poderes das CPIs, embora amplos, não são absolutos e nem ilimitados, pois sofrem as restrições impostas pela Constituição, encontrando limites nos direitos fundamentais do cidadão. Durante o julgamento, os ministros Carlos Velloso, Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio manifestaram o entendimento de que as CPIs não dispõem de poder constitucional para decretar prisão preventiva, determinar escuta telefônica ou ordenar busca e apreensão domiciliar. Nesta matéria, sustentaram os cinco ministros, incide o princípio de reserva de jurisdição, que submete à prévia autorização do Judiciário qualquer das medidas referidas. A tese de reserva de jurisdição, contudo, embora admitida por cinco dos onze ministros, ainda não foi definida pelo STF.

ÍNDICE

Boletim IBCCrim - Outubro/99 - nº 83

• A Embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro - <i>Geraldo de Faria Lemos Pinheiro</i>	03
• Execução Penal: O Cálculo Para Benefícios (Crime Comum X Crime Hediondo) - <i>Clayton Alfredo Nunes</i>	04
• A Colaboração Premiada Num Direito Ético - <i>David Teixeira de Azevedo</i>	05
• Visita Intima: Direito do Preso? - <i>Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini</i>	08
• A Pena de Perda de Bens e Valores e os Crimes Contra a Ordem Tributária - <i>Andreas Eisele</i>	09
• O Sigilo da Fase Pré-Processual - <i>Marcelo Batloni Mendroni</i>	10
• O Tribunal Penal Internacional - <i>Sylvia Helena F. Steiner</i>	12
• Legislação: Emenda Constitucional nº 23	13
• Legislação: Resolução nº 170, de 26.07.99	14
• Provimentos - Execução Provisória: Provimento nº 15/99	14
Provimento nº 653/99	15

Caderno de Jurisprudência

• <i>Jurisprudência Comentada</i> : Imposição de Obrigação ao Estudo (Condição ao Cumprimento da Pena Restritiva de Limitação de Fim de Semana à Falta de Casa do Albergado. Possibilidade?) <i>Maurício Kuehne</i>	387
• Como a Criminologia Pode Mudar a Sua Vida - <i>Ana Sofia Schmidt de Oliveira</i>	388
• Supremo Tribunal Federal	389
• Superior Tribunal de Justiça	390
• Tribunal Regional Federal	391
• Trib. Sup. Eleitoral/Trib. Reg. Eleitoral	392
• Turma Recursal do JECrim	392
• Tribunal de Justiça	393
• Tribunal de Alçada Criminal	394



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: Carlos Vico Mañas

Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo

2º Vice-presidente: Marcio Orlando Bártoli

1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro

2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes

3º Secretário: Sylvia Helena Furtado Martins

Tesoureiro: Adriano Salles Vanni

Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes

Diretor da Biblioteca: Alberto Silva Franco

Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes

Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr

Diretora do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

BOLETIM IBCCrim

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Jornalista: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

Diagramação, Composição, Montagem e Fotolito:

Ameruso Artes Gráficas - Tel. 215-3596

Impressão: Ativa/M - Editorial Gráfica - Tel. 277-9181

Tiragem: 20.000 exemplares

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto"

Correspondência: IBCCrim -
Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar -
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (011) 3105-4607 (tronco-chave)
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

MANIFESTO

As pessoas e instituições abaixo relacionadas vêm a público manifestar sua preocupação com a campanha veiculada pela rádio Jovem Pan de São Paulo.

Incitando a população a fazer uso de um adesivo chamativo onde se lê a frase "Eu já fui assaltado" e depois, em letras menores, "Diga não à violência", a mencionada empresa, pelo tom alarmista do encaminhamento de comentários e depoimentos, contribui para a difusão de um clima de insegurança e desassossego ensejador das respostas mais óbvias e mais inadequadas: diante da ineficácia das autoridades e do estado atual das coisas, só resta ao cidadão de bem a auto-proteção e a reivindicação de respostas penais mais duras.

Tratando-se de uma campanha bem intencionada, cujo escopo é proporcionar aos ouvintes uma melhor qualidade de vida de que faz parte a sensação de segurança, diversos equívocos em seu encaminhamento devem ser apontados.

A relação entre as duas frases do adesivo há de ser objeto de uma análise mais cuidadosa. O fenômeno da violência não se resume à violência do crime mais óbvio, o roubo, e a campanha conduz a esta errônea simplificação. Violência é muito mais que isso, especialmente em um país que ostenta uma das mais perversas e discrepantes taxas de distribuição de renda.

O tom da campanha gera um sentimento passivo de vitimização e reproduz uma visão maniqueísta da sociedade, em que os bons se transformam em vítimas indefesas dos maus, incluídos nesta categoria os supostos responsáveis pela segurança de todos.

Considerando a existência da boa intenção por trás dessa campanha – e a hipótese contrária tornaria inadequada qualquer manifestação – alguns reparos devem ser lançados.

Considerar a complexidade das causas da criminalidade e lembrar das diversas faces da violência é o primeiro passo para uma discussão séria sobre a questão da segurança pública. Não se pretende com isso, é óbvio, dizer que as autoridades só poderão ser cobradas quando as condições econômicas e sociais do país estiverem em níveis dignos.

Trata-se, apenas, de inserir o problema em seu contexto e, assim, analisar com correção as diversas responsabilidades. Reivindicar, exclusivamente, uma taxa de criminalidade de primeiro mundo é postura, no mínimo, ingênua.

Lamenta-se que a frase mais importante dessa campanha – "Diga não à violência" – tenha sido reduzida graficamente a um posto secundário, pois nela reside a possibilidade de um enfoque útil. E dizer não à violência é dizer não ao descaso com as crianças da rua; é dizer não às drogas e ao álcool como a única perspectiva de prazer da juventude; é dizer não ao desemprego; é dizer não à violência doméstica que se manifesta física, verbal e emocionalmente; é dizer não à degradação urbana. É dizer não a toda atitude que aniquila o outro, visto em sua integridade absoluta. Dizer não à violência é dizer sim ao próximo.

Goffredo da Silva Telles Junior - rabino Henry Sobel - Fabio Konder Comparato - Maria Eugenia Raposo da Silva Telles - Alberto Silva Franco - Ranulfo de Melo Freire - Sérgio Adorno - Paulo Sérgio Pinheiro - Carlos Vico Mañas - Sérgio Salomão Shecaira - Sylvia Helena de Figueiredo Steiner - Angelica Maria Mello de Almeida - Antonio Magalhães Gomes Filho - Miguel Reale Júnior - David Teixeira de Azevedo - Oscar Vilhena Vieira - Eduardo Reale Ferrari - Carlos Idoeta - Luiz Henrique Proença Soares - João Baptista Dreda - Antonio Luis Chaves de Camargo - Flávia Piovesan - João Laerte Pacheco - Alberto Zacharias Toron - Marco Antonio Rodrigues Barbosa - Antonio Cláudio Mariz de Oliveira - Instituto Brasileiro de Estudos Comunitários - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD) - Associação Juizes para a Democracia - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) - Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo - Centro Acadêmico XI de Agosto (USP) - Núcleo de Estudos da Violência (NEV) - Comissão Teotônio Vilela - Comissão Justiça e Paz de São Paulo - Comitê Latino Americano de Defesa da Mulher (CLABEM) - Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado - Movimento Nacional de Direitos Humanos.

ENVIE SUA ADESÃO AO IBCCRIM POR E-MAIL OU TELEFONE.

A Embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Ao tratar das penalidades, no Capítulo XVI, o Código de Trânsito Brasileiro estabelece, no art. 256, § 1º, que *"A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei."* Vale dizer, a infração administrativa é independente da penal, mas as penas podem coexistir.

No que diz respeito à infração administrativa de *"dirigir sob a influência de álcool em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica"* (art. 165), existe diferença para a infração penal de trânsito, cujo art. 306 está assim descrito: *"Conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem."*

Ressaltamos que no art. 165 o legislador se referiu a *"dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue (...)"*, sem esclarecer qual o mecanismo que seria dirigido. Devemos entender que a direção é de veículo, por força da menção em outros artigos do Código. Como não há referência a veículo automotor, é de se admitir que a infração será praticada com a direção de qualquer veículo, daqueles classificados no art. 96 do CTB.

Já no art. 306 o legislador tipificou como crime aquele cuja prática ocorra na direção de veículo automotor, excluindo, portanto, os demais veículos. Daí entendermos que podem ser aplicados o art. 62 ou o art. 34 da Lei das Contravenções Penais para os casos de embriaguez na direção de veículo que não seja automotor.

Segundo a definição do Anexo II do CTB, veículo automotor é *"todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para tração viária de veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulem sobre trilhos (ônibus elétrico)."*

Quanto aos condutores de veículo automotor que estejam *"sob a influência de álcool"* ou de *"qualquer substância entorpecente"* (art. 105), é de evidência que a pena será imposta aos que dirijam em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, no caso do álcool.

Mesmo que se tenha em conta o disposto no art. 276, invocado no parágrafo único do art. 165 do CTB, é bem de ver que os testes de alcoolemia devem comprovar a concentração de seis decigramas, ou mais, por litro de sangue, tanto que o art. 276 expressamente consigna que *"A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor."* A contrário senso,

a concentração inferior a seis decigramas não indica impedimento legal para dirigir.

A Resolução nº 52/98 do Contran (substituída pela Resolução nº 81/98) dera a interpretação do órgão máximo normativo do Sistema Nacional de Trânsito, ou seja, *"ao condutor que for encontrado dirigindo com índice superior ao estabelecido pelo art. 165, aplicar-se-ão as penalidades administrativas nele previstas."* (art. 5º). Tal interpretação não foi modificada pela Resolução de nº 81/98, o que o art. 1º deixa claro *"A comprovação de que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, sob suspeita de haver excedido os limites de seis decigramas de álcool por litro de sangue, ou de haver usado substância entorpecente, será confirmada com os seguintes procedimentos (...)".* Não resta dúvida, portanto, de que a sanção administrativa do art. 165 do CTB só deve ocorrer quando o nível de álcool for superior a seis decigramas por litro de sangue. Tal nível só pode ser identificado pelo exame de dosagem alcoólica, segundo as técnicas da medicina legal, ou pelos testes de aparelhos de ar alveolar (etilômetros).

"A interpretação tão-só pelo processo sistemático leva à conclusão de que a aplicação do art. 306 só é válida quando presente o tipo administrativo do art. 165."

Entendemos, acompanhando a maioria dos autores, que os condutores podem recusar-se a tais exames, por força do princípio constitucional da não incriminação, em especial, pelo disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de São José da Costa Rica, e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). A recusa, ao contrário do que asseguraram algumas autoridades de trânsito, não configura crime de desobediência (art. 330 do CP) e nem estará contida no art. 195 do CTB.

Podem parecer absurdo que o legislador tenha sido tolerante com aqueles que dirigem veículo automotor, após a ingestão de álcool, mas a porcentagem legalmente estipulada não deixa alternativa senão a de concluir que a punição está condicionada a um limite de tolerância.

A construção tipológica do crime de trânsito está baseada em dois critérios, ou seja, quando o condutor está sob a influência de álcool ou de substâncias de efeitos análogos e expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 306).

Segundo **Damásio E. de Jesus** *"A expres-*

são outrem está empregada no sentido de pessoa indeterminada, como ocorre em quase todos os crimes contra a incolumidade pública (arts. 250 e segts. do CP). (...) A conduta típica consiste em conduzir veículo sob a influência de substância inebriante, de forma anormal, expondo assim a segurança alheia a indeterminado perigo de dano (perigo coletivo)" (*"Crimes de Trânsito"*, Saraiva, 1998, p. 147).

Para o consagrado professor e jurista não há limite legal, de modo que existe delito na hipótese, por exemplo, de o sujeito dirigir, irregularmente, sob a influência de 4 decigramas de substância etílica por litro de sangue (obra cit., p. 152).

Diferente o pensamento do jurista **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**, na obra *"Crimes de Trânsito"* (RT, 1998, pp. 222-223), bem como de **Fernando Y. Fukassawa**, professor da UNORP (*"Crimes de Trânsito"*, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 157).

O texto do art. 306 realmente possibilita a controvérsia, pois referindo-se à influência de álcool permite o entendimento de que o fato típico exige apenas a demonstração de que o condutor está sob os efeitos da bebida alcoólica, pois, como afirmou **Cuello Calón** *"El hecho de conducir un automóvil bajo la influencia de sustancias alcohólicas encierra en grave peligro para la seguridad colectiva"* (*"Ley Penal del Automóvil"*, Bosch, 1950, p. 11).

Em sua obra de comentários à lei espanhola de 9 de maio de 1950, o renomado jurista escreveu: *"Para la existencia de esta infracción es preciso que el conductor se encuentre bajo la influencia de drogas tóxicas o de estupefacientes en grado tal que está incapacitado para conducir el vehículo con seguridad. No es preciso que se halle en estado de embriaguez, basta que no pueda conducir con seguridad para las personas, peatones o ocupantes del automóvil o con seguridad para las cosas. Por consiguiente incurre en este delito no sólo el que por haber ingerido bebidas alcohólicas en grand cantidad se halla en estado de embriaguez sino también el que habiendo absorbido alcohol, aun en pequeñas dosis, a causa de esta absorción se encuentre en condiciones peligrosas para conducir por haber perdido la capacidad para dominar el vehículo que el conductor debe siempre poseer"* (*"Ley Penal ..."*, pp. 28/29).

A leitura da Resolução do Conselho Nacional de Trânsito, de nº 81/98, nos arts. 3º e 4º pode induzir a interpretação de que o Contran desejou equiparar o tipo do art. 306 ao tipo do art. 165, ou seja só ocorrerá a infração quando o nível alcoólico for superior a seis decigramas por litro de sangue ou se houver prova de atuação de qualquer substância entorpecente.

A interpretação tão-só pelo processo sistemático leva à conclusão de que a aplicação do art. 306 só é válida quando presente o tipo administrativo do art. 165.

Embora seja reconhecida e proclamada a falta de técnica do legislador brasileiro (e





também dos órgãos normativos de trânsito) não há como aceitar que os arts. 165 e 306 do CTB são tipos iguais. No primeiro caso, de força administrativa, ficou estabelecido que a influência de álcool deve ser em nível superior a seis decigramas por litro de sangue.

Já para o crime de trânsito basta que a condução seja sob a influência de álcool, mas expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Segundo C. Ganzenmüller, J. F. Escudero e J. Frigola "La exigencia típica de 'conducir bajo la influencia', deve interpretarse en el sentido de que la ingestión de alcohol o las drogas influya efectivamente en la conducción, afectando a la capacidad del sujeto para conducir con seguridad, haciendo la conducción peligrosa ex ante, potencialmente lesiva para la vida y la integridad de los demás participantes en el tráfico..." ("Delitos contra Seguridad del Tráfico", Bosch, 1997, p. 59).

Pilar Gómez Pavón, em sua obra "El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas Alcohólicas, Drogas tóxicas o Estupefacientes", indaga a respeito de como se poderá dizer que existe a influência prevista no art. 379 do Código Penal espanhol. E responde: "Indudablemente en todos los casos en que sea evidente por síntomas externos (conducción irregular, imprudente, en zigzag, este último es un caso típico), y, a este aspecto es interesante señalar que aun a pesar de la gran importancia otorgada al grado de impregnación alcohólica, la jurisprudencia admite cualquier método de prueba: la declaración testifical o de peritos pueden servir para establecerla, lo único decisivo es que conste que existió tal influencia para poder condenar." Mais adiante a festejada professora prossegue: "Solo aquella influencia que sea susceptible de atacar esse bien jurídico podrá considerarse incurso en el artículo 379. Si aceptamos en este punto que dicho bien jurídico es la seguridad del tráfico, como una parcela de la seguridad

colectiva, diremos que se encuentra influenciado por el alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes, todo conductor que, como consecuencia de la ingestión de tales sustancias sufre unos efectos que pueden poner en peligro dicha seguridad, quebrantando el principio de conducción dirigida y de confianza que deben imperar en el tráfico rodado, aunque en esse momento preciso no represente ningún peligro concreto." (Obra cit., p. 52).

Ruy Carlos de Barros Monteiro, após citar a lição de Heleno Cláudio Fragoso sobre a oposição ao sistema de taxas legais (in "Crimes do Automóvel", R. Forense, v. 200, p. 30), esclareceu, com a autoridade de ter sido assessor do relator do Código de Trânsito Brasileiro no Senado, que: "tanto havia convicção maduramente sedimentada — no sentido de total procedência desta posição — que emenda pretendendo o acréscimo da expressão 'em níveis superiores a 6 decigramas por litro de sangue', foi rejeitada, justamente por não ter sido possível à proposição secundária da atuação diferenciada do álcool de pessoa a pessoa". Prossegue mais adiante o citado autor: "Aliás, na rejeição da emenda reputou-se conveniente acrescentar a argumentação que Miguel Reale Júnior desenvolveu (RT 450/340) para chegar à conclusão de que o art. 289 do Código Penal de 1969 (que também não conceituava a embriaguez) deveria ser suprimido" ("Crimes de Trânsito", Ed. Juarez de Oliveira, 1999, pp. 203/204).

Damásio E. de Jesus, na obra acima citada, quando confirmou a sua posição no assunto, escreveu: "não foi aceita, durante a tramitação do Projeto de Lei nº 73/94, que deu origem a Lei nº 9.503/97, a proposta de introdução no tipo do limite legal tolerado. No sentido de deixar esta matéria à apreciação do juiz, silenciando o texto sobre o limite de tolerância: Ariosvaldo Campos Pires, Parecer sobre o Projeto de Lei nº 73/94, que instituiu o CT oferecido ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 23 de julho de 1996" (p. 152).

Manuel Campos Sánchez, no livro "Las

Nuevas Tasas de Intoxicación Etílica", refere-se aos etilômetros, em uso na Espanha, do seguinte modo: "Pero el etilómetro por sí solo no puede justificar la cantidad de alcohol consumida, ni mucho menos la afectación de las facultades de la persona examinada, por lo que la conclusión correcta se alcanzará tras varias pruebas y observaciones de los agentes actuantes relativas a signos como: sequedad de lengua, salivación excesiva, conducta general, estado de la ropa, pupilas y su reactividad, caracteres de la palabra, memoria, forma de andar, temblores y respiración; para cuya apreciación están capacitados, como cualquier persona razonable, los guardias del grupo de atestados de la Guardia Civil, que siempre deberán actuar prudentemente ante la difícil función que se les encomienda en un tema tan polémico como el de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas" (p. 16).

De tudo quanto foi exposto, concluímos que há diferença significativa entre os arts. 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, bastando para o segundo artigo que o indivíduo esteja sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica e que tenha exposto a dano potencial a incolumidade de outrem. No primeiro caso, a lei administrativa só deverá ser aplicada quando o nível de álcool no sangue for em nível superior a seis decigramas por litro. Tendo em conta o entendimento, já mencionado, de que o condutor pode recusar-se aos exames de sangue ou urina, ou de bafômetro, não há como punir o infrator com base no art. 165 do CTB, já que o exame clínico, único possível, não tem condição para indicar o nível alcoólico. Para o caso do art. 306, servirá o exame clínico por perito médico, e até a prova testemunhal como já se decidiu nos Tribunais.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e 1º secretário do IBCRim.

Execução Penal: O Cálculo Para Benefícios (Crime Comum x Crime Hediondo)

CLAYTON ALFREDO NUNES

Com todo o respeito ao posicionamento contrário, o cumprimento da pena privativa de liberdade não deve seguir, como regra absoluta, a ordem cronológica das guias de recolhimento expedidas e encaminhadas ao juízo das execuções criminais.

Isto porque a Lei nº 8.072/90, para os crimes nela previstos, vedou a progressão de regimes e impôs marco distinto para o benefício de livramento condicional.

Por outro lado, ao fazer tal previsão, não se ateu o legislador mais recente aos arts. 111 e 112 da LEP, que determinam a unifica-

ção para fins de cumprimento da reprimenda detentiva, fixação do devido regime prisional e progressões, como, igualmente, aos lapsos indicados no art. 83 do CP.

Se para crimes considerados comuns a lei prevê o cumprimento de 1/6 para progressão e 1/3 (primário) ou 1/2 (reincidente) para a concessão do livramento condicional, com o advento da Lei nº 8.072/90, que prevê 2/3, como equacionar tal impasse, tendo em conta o art. 111 da LEP?

Embora entenda que num futuro próximo, pela via direta ou indireta, desde que presen-

te o mérito subjetivo, o Judiciário restabeleça o sistema progressivo, sem exceção, o que já vem ocorrendo, resta-nos, por ora, encontrar o denominador comum para o benefício de livramento condicional.

Segundo a regra do art. 76 do CP, deve-se cumprir primeiramente a pena mais grave, independente de ordem cronológica das guias de recolhimento, devendo, por igual, o crime hediondo ser considerado de forma separada para fins de concessão do benefício de livramento condicional.

De qualquer forma, é incontroverso que a LEP entrou em vigor antes da Lei dos Crimes Hediondos, sendo ilógica a utilização do art. 111 da LEP, para fins de livramento condicional, quando o réu for condenado por mais de um crime, sendo um regulado pela Lei dos Crimes Hediondos. Esta lei é especial, possui regras próprias, regime específico de cumprimento da pena, justificando-se que o condenado por mais de um crime, sendo um





deles hediondo, não seja prejudicado pela soma das penas para unificação, devendo o crime hediondo ser considerado de forma separada, como, igualmente, por se tratar de pena mais grave, ter seu cumprimento priorizado em relação às condenações consideradas comuns.

Nesse passo, após vários agravos interpostos, o posicionamento buscado pela defesa restou confirmado por julgados da 1ª, 2ª, 3ª e 5ª Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com trechos abaixo transcritos, o que redundou, por conta do próprio Juízo de 1ª instância, no refazimento do cálculo de penas para centenas de sentenciados, antecipando, assim, o cumprimento da pena mais grave e o lapso para o benefício comum.

Agravo nº 235.968-3/7: "(...) Assim, para o efeito de obtenção de livramento condicional pelo agravante, a pena referente ao tráfico de entorpecentes deve ser considerada separadamente, além do que executada com prioridade. O mencionado benefício, então, só poderá ser deferido, quando o agravante, objetivamente, tiver preenchido a exigência especial relativa ao tráfico e, também, o requisito comum incidente sobre a soma das outras penas. (...) (3ª Câmara, TJSP).

Agravo nº 261.677-3/4: "(...) É preciso considerar que o art. 111 da LEP foi editado antes da Lei nº 8.072/90, de modo que não pode ter aplicação à condenação por delito não considerado hediondo, pois, do contrário, o requisito de dois terços exigido para o delito hediondo se estenderia a essas condenações. Desta forma, acertado se encontra o cálculo impugnado, anotando-se que o delito hediondo é mais grave do que o roubo qualificado, porque aquele exige dois terços de cumprimento de pena e este apenas um terço. Assim, cumprem-se, em primeiro lugar, a condenação pelo regime hediondo e,

depois, a do roubo, pouco importando a ordem cronológica das guias. (...) (5ª Câmara, TJSP).

Não bastasse isso, no que atine à priorização do cumprimento da pena mais grave, **Júlio Fabbrini Mirabete**, em "Execução Penal", 6ª edição, Editora Atlas, 1996, assim assevera: "Embora preveja a lei que as guias de recolhimento devem ser registradas na ordem cronológica do recebimento (art. 107, § 2º), isso não significa que as várias penas

"...justificando-se que o condenado por mais de um crime, sendo um deles hediondo, não seja prejudicado pela soma das penas para unificação, devendo o crime hediondo ser considerado de forma separada, como, igualmente, por se tratar de pena mais grave, ter seu cumprimento priorizado em relação às condenações consideradas comuns."

impostas ao mesmo condenado sejam executadas seguindo-se tal critério. O dispositivo refere-se apenas ao registro em livro especial e não à execução das sanções indicadas nesses instrumentos. Observe-se que, na hipótese de várias penas impostas em um mesmo ou processos diversos, deve ser obedecida, em decorrência do sistema progressivo adotado na execução, a precedência das penas mais graves (da reclusão sobre a detenção e desta sobre a prisão simples) tal como indicam o art. 69, caput, 2ª parte, do

CP, respeitante ao concurso material, o art. 76 do mesmo estatuto, que se refere genericamente ao concurso de infrações, e o art. 681 do CPP, que alude à imposição cumulativa de penas privativas de liberdade. Assim, recolhido o condenado ao estabelecimento penal, **devem ser executadas as penas na ordem decrescente de gravidade, independentemente das datas de recebimento das respectivas guias de recolhimento pelo juiz da execução, e nessa ordem deve ser elaborado o cálculo de liquidação destinado à retificação dos documentos**" (grifo nosso).

Nesse sentido, a RJDTACrim 16/187.

Para melhor explicar, o cálculo na forma evidenciada apenas retoma a aplicação do ordenamento jurídico vigente, fazendo uso da interpretação sistemática.

Para a concessão do livramento condicional (crime comum X crime hediondo) é necessária a soma dos lapsos de 1/3 ou 1/2 do crime comum mais 2/3 do crime hediondo, computando-se o resultado a partir da data inicial do cumprimento da pena, após retificado o cálculo.

Nos demais, os lapsos para outros benefícios permanecem inalterados e poderão ser utilizados após o término da pena do crime hediondo ou caso seja restabelecido judicialmente o direito de progressão nesse tipo de delito.

Apoiando o intento da defensoria, o próprio juízo de 1ª instância (Vara das Execuções Criminais de Santos - SP), sensibilizado com a tese expendida, alterou todos os cálculos de pena onde existia a colidência crime comum X crime hediondo, razão pela qual o objetivo buscado, por ora, foi atingido.

O autor é procurador do Estado, professor de Direito Penal da UNIP de Santos, pós-graduado em Direito Penal pela USP e integrante do Grupo e Comissão de Direitos Humanos da PGE e OAB/SP.

A Colaboração Premiada Num Direito Ético

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

I - A orientação político-criminal para uma persecução penal eficaz

A recente Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, dispôs sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, instituindo o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas. Essa legislação disciplinou igualmente a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Grande é a preocupação com as vítimas e as testemunhas de infrações penais, em especial aquelas praticadas no contexto do crime organizado e no âmbito do combate à corrupção, mazela que se generaliza com a velocidade da degeneração dos sustentáculos

éticos e dos princípios morais da humanidade. Essa preocupação está presente na ordem do dia da política criminal.

A International Anti-Corruption Conference (IACC), em seu 8º encontro havido no Peru em 1997, que reuniu conferencistas e expositores norte e latino americanos, europeus, asiáticos e do continente africano, tratou do tema por intermédio da exposição de O'Keefe, da Austrália, cujo título foi *Witness Protection Schemes. Pitfalls and Best Practice*.

Nos Estados Unidos da América do Norte há iniciativa junto ao Senado para a edição de um estatuto (lei) que obrigue a adoção e o cumprimento de um protocolo dentro de cada Comarca (município com autonomia administrativa e judiciária - County) para proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas fisicamente em razão de

sua condição de colaboradoras com a Justiça. O *Massachusetts Victim Bill of Rights, MGL (Chapter 258B)*, do Estado Norte Americano de Massachusetts estabelece direitos que vão desde a separação física na Corte, entre acusados, testemunhas e vítima, até o de ser comunicado pelos oficiais responsáveis pela custódia do preso a respeito da remoção deste último para estabelecimento penal de menor segurança, ou sobre a libertação ou fuga.

No Estado de Illinois, por exemplo, há o *Gang Crime Witness Protection Act*, que dispõe sobre um programa piloto junto ao Departamento de Polícia do Estado para assistência de vítimas e testemunhas que ativamente estejam auxiliando na persecução penal de crimes praticados por organização criminosa.

Oportuna, portanto, a legislação brasileira, que se põe na linha de frente da política criminal orientada de um lado na proteção dos direitos da vítima e de outro no âmbito da efetividade da persecução penal na prevenção e repressão de graves formas delituosas, cujo deslinde depende, e em





muito, da efetiva colaboração da vítima, do destemor das testemunhas e, também, da eficaz e eficiente colaboração dos co-autores ou partícipes.

II - Colaboração premiada

1. O perdão judicial

Seguindo tendência da legislação brasileira (art. 158, com o § 4º, acrescido pela Lei nº 9.269/96), a nova lei previu a delação premiada como forma de extinção da punibilidade ou como causa de diminuição obrigatória de pena. Na primeira hipótese a extinção da punibilidade tem como fundamento o perdão judicial (art. 13). Na segunda, *sic et simpliciter* é prevista a causa de diminuição de um a dois terços (art. 14).

O perdão judicial é medida de política criminal por meio da qual, reconhecida a existência de todos os pressupostos de existência do delito, e com fundamento na prevenção especial e geral de crimes, considera-se extinta a punibilidade do delito, para o qual a pena se mostra desnecessária e inútil. Trata-se, como adverte **Mário Duni**, de um desvio lógico do magistério punitivo, que deixará de punir uma conduta que preenche todos os requisitos legais de punição⁽¹⁾.

Na distinção entre situação subjetiva (gênero) e as espécies consistentes no direito subjetivo propriamente dito, no legítimo interesse, na faculdade, na potestade e nos ônus jurídicos, está a chave da identidade do instituto do perdão judicial como trazido pela Lei nº 9.807/99. Trata-se, na nova lei, de uma situação subjetiva específica do autor da infração penal, consistente num interesse subjetivo de ver reconhecido o direito ao perdão, desde que preenchidos os requisitos legais de natureza objetiva e subjetiva. Não se cuida de puro direito subjetivo público do acusado, como se tem apregoad⁽²⁾, porquanto não há por parte deste a possibilidade de pretender e exigir garantidamente aquilo que a norma lhe atribui⁽³⁾, com um correspondente dever por parte do Estado. Ao contrário, preenchidos os requisitos de ordem objetiva, postos expressamente em lei, há dados de natureza subjetiva a serem apreciados judicialmente, consoante o prudente arbítrio do magistrado. Destarte, não reconhece singelamente o magistrado, ao conceder o perdão, o “direito ao perdão”, mas bem antes a decisão jurisdicional ajuíza é o merecimento do perdão judicial em face, inclusive, do atendimento dos requisitos legais.

Assim é que, observados os requisitos objetivos consistentes na colaboração efetiva com a investigação e o processo criminal de que decorrente a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, ou a localização da vítima com a sua integridade física preservada, ou a recuperação total ou parcial do produto do crime (art. 13, incisos I, II e III); e levando-se em conta o atendimento dos pressupostos de ordem subjetiva expressos na voluntariedade da colaboração, na primariedade do agente e no recorte favorável de sua perso-

nalidade, o perdão se põe como pretensão legítima do acusado, a ser sopesada pelo magistrado dentro de um juízo complexo de adequação e justiça da aplicação do instituto.

Os pré-requisitos de ordem objetiva não são cumulativos mas devem alternativamente ser considerados. O imprescindível é ter sido a contribuição voluntária e efetiva, isto é não resultante de nenhuma coação externa irresistível e caracterizada pela presença positiva e interessada do acusado. A efetividade, por isso, não pode ser confundida com a eficácia da colaboração. Auxílio efetivo é aquele caracterizado pela participação ativa do acusado na realização das diligências, na demonstração de um especial empenho pessoal no exitoso desdobramento das investigações. Não que necessite o acusado de pessoalmente imiscuir-se nas investigações. Contudo, pessoalmente deverá colaborar voluntária e de maneira permanente, estável, real e interessada no sucesso da descoberta do fato, da autoria do fato e na recondução da realidade o quanto possível ao seu estado *quo ante*.

"O perdão judicial e a diminuição da pena previstos na nova legislação embebem-se de eticidade, não se constituindo num desprestígio ao direito punitivo, nem numa barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca e soluções fáceis para a investigação penal e para o processo penal à custa e sacrifício de princípios morais."

O requisito da efetividade da colaboração não se confunde, portanto, com sua eficácia, dado ou condição prevista na parte final do dispositivo. Para a concessão do perdão judicial, deve a colaboração ser voluntária, efetiva e deve de algum modo ser eficaz, a produzir ao menos um dos efeitos desejados que empolgaram o acusado a colaborar. Vale dizer, deve dela ter resultado ou a identificação dos co-autores ou partícipes, ou a localização da vítima ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. A eficácia, destarte, coloca-se como resultado posterior que independe da natureza da colaboração. Isto é, sendo a colaboração voluntária e efetiva dela poderá surgir ou não um dos três resultados previstos nos incisos, qualquer deles capazes de justificar o perdão judicial, que se funda, como se verá a seguir, na menor culpabilidade do agente e na finalidade da sanção penal em face dessa menor reprovabilidade. Se, todavia, nenhum dos resultados advier de uma colaboração caracteristicamente voluntária e efetiva faltará um requisito de ordem objetiva.

O êxito da colaboração expresso no “atingimento” de um dos objetivos descri-

tos nos incisos do art. 13, constitui-se, portanto, em resultado futuro e incerto, mas que advindo e conectado com a efetividade da colaboração do acusado resultará no preenchimento objetivo dos pressupostos de aplicação do perdão judicial.

A apreciação positiva dos requisitos concernentes à personalidade do agente, e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso liga-se à atividade eminentemente estatal de avaliação da adequação, oportunidade e conveniência da aplicação do perdão judicial em face da apreciação da culpa pessoal e da finalidade da resposta jurídica da qual se vai abdicar. Daí o acerto da dicção legal ao estabelecer um poder-dever ao magistrado, que poderá ou não aplicar o instituto.

A decisão judicial referente ao perdão deverá ser proferida no interior do processo — salvo condenação trânsita em julgado, fazendo coisa julgada de natureza material, independentemente de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, por se tratar de questão relativa ao *jus puniendi* estatal, portanto matéria de ordem pública. Deverá, contudo, ser proferida no curso do processo, mas não necessariamente ao tempo da sentença⁽⁴⁾. Oferecida a denúncia, e assim instaurada a relação processual ainda que linear⁽⁵⁾, pode o magistrado, reconhecidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva e considerando, em juízo a um tempo uno e complexo, a presença de crime em tese, a culpabilidade diferenciada do acusado e a projeção da finalidade da sanção penal na espécie, decidir pelo cabimento do perdão judicial. Se entender prematura tal decisão, poderá fazê-la ao tempo da sentença⁽⁶⁾.

A nova lei aplica-se aos casos já definitivamente julgados. Trata-se de *lex mitior*, de caráter material, e por isso de aplicação retroativa cogente em favor do condenado. Aliás, a lei na síntese que encima o seu texto expressamente refere dispor a lei sobre a proteção de acusados “ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal”. A mudança do *status* jurídico de acusado para condenado não impede a aplicação da medida.

O impeditivo legal estaria precisamente na questão relativa à natureza do perdão judicial, causa de extinção da punibilidade, que não importa nem em juízo nem em manifestação condenatória ou absolutória⁽⁷⁾. Constituiria, por isso, um contra-senso conceder-se o perdão judicial para quem já tem sobre si o juízo condenatório. O argumento, contudo, não convence. A extinção da punibilidade pode e deve ser reconhecida tanto na fase processual quanto na fase da execução da pena, e nesta última, seja mediante apreciação jurisdicional pelo Juízo das Execuções, seja mediante revisão criminal, independentemente da compreensão estrita de seu cabimento na fase processual que antecede à sentença condenatória.

De qualquer modo, deve-se ajustar a natureza do perdão judicial à nova disciplina





que lhe permite a aplicação inclusive aos condenados que tenham colaborado voluntária e efetivamente, e que com eficácia tenha sido atingido um dos resultados justificadores da aplicação do instituto. Nesse ajuste fino do instituto do perdão judicial, à luz da nova legislação, pode-se conceituá-lo como medida de política-criminal por meio da qual, reconhecida a existência de todos os pressupostos de existência do delito, e com fundamento na prevenção especial e geral de crimes, considera-se extinta a punibilidade do delito, para o qual a pena se mostra desnecessária e inútil, seja deixando de aplicar a sanção penal, seja fazendo cessar o cumprimento da reprimenda, cancelando-se, neste caso, inclusive os efeitos genéricos e específicos da condenação.

2. Causa de diminuição de pena

Se, contudo, da colaboração voluntária e eficiente do acusado ou do condenado não decorrer a eficácia expressa no "atingimento" dos resultados previstos legalmente, o juiz poderá reduzir a reprimenda de um a dois terços: art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Este artigo prevê uma causa de diminuição de pena. Como requisito traz a contribuição voluntária e efetiva, efetividade não obstante omitida do texto legal, contudo requisito conatural à concessão do benefício. Não há referência, como se viu à efetividade de tal colaboração, mas esse dado é da natureza do instituto. Não se refere também o legislador à consecução do resultado consistente na identificação dos "comparsas", na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Justifica-se essa solução jurídica, para a qual se prevê a diminuição da pena. A condenação poderá advir do fato de a colaboração não ter sido efetiva. Isto é, o acusado ou condenado colaborou na investigação, contudo sem o empenho pessoal, sem a realidade do fornecimento de dados e informações e sem o caráter de permanência e estabilidade de contato adjutório com a polícia ou o juízo. A contribuição voluntária, mas sem o dado da efetividade, impedirá a aplicação do perdão judicial, mas permitirá a redução da reprimenda.

Em segundo lugar, poderá haver a colaboração voluntária e efetiva, mas não eficaz, no sentido de que, não obstante a vontade de contribuição com o trabalho de investigação ou de colheita de prova judicial e a efetiva, real e permanente participação do acusado ou condenado nesse trabalho de descoberta da realidade delituosa, não se logrou identificar co-autores ou partícipes, nem se localizou a vítima com integridade física ou vida preservadas, nem se recupe-

rou total ou parcialmente o produto do crime. Neste caso, de rigor a diminuição da reprimenda.

III - Conclusão

A justificativa para a concessão do perdão judicial ou a aplicação da causa de diminuição da pena é, em primeiro lugar, a menor censurabilidade do agente. Com efeito, o agente que se dispõe a colaborar com as investigações assume uma diferenciada postura ética de marcado respeito aos valores sociais imperantes, pondo-se debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social. Mostra o agente uma personalidade mais capaz de ser permeada pelos valores imantados nas normas jurídicas e imperantes no meio social. A culpa penal, culpa referida ao fato em necessário contraponto com a personalidade do agente revelada no fato, como atitude interna juridicamente reprovada expressa no fato (Gallas), ou como atitude interna antijurídica do fato concreto (Schmidhäuser), ou como o dever de responder pela personalidade (Figueiredo Dias), mas com aderência estrita ao fato, evidentemente é de menor expressão para o acusado que haja buscado um reencontro com as expectativas normativas.

Sob outro ângulo, o perdão judicial e a diminuição da pena previstos na nova legislação embebem-se de eticidade, não se constituindo num desprestígio ao direito punitivo, nem numa barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca e soluções fáceis para a investigação penal e para o processo penal à custa e sacrifício de princípios morais. Como assinala Jorge Alberto Romeiro, "o sentimento reflexo de bondade, pois salvo raras exceções, a indulgência determina também, na generalidade dos indivíduos, por uma espécie de mimetismo psicológico, sentimentos reflexos de altruísmo. Assim, o perdoado de um mal pretérito poderia sentir o dever de compensá-lo com um futuro bom comportamento"⁽⁸⁾.

Aliás, o fazer bem ao próximo desencadeia sentimentos e posicionamentos positivos e favoráveis com relação a quem fez o bem. As Escrituras Sagradas pontuam: "Portanto, se o teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer; se tiver sede, dá-lhe de beber; porque, fazendo isto, amontoarás brasas de fogo sobre a sua cabeça"⁽⁹⁾. O "amontoar brasas de fogo sobre a cabeça" significa, aqui no texto, justamente despertar sobre quem praticou a má ação um sentimento de arrependimento e de reversão da postura de colisão com os valores negados com a ação ilícita.

Portanto, sob os princípios de uma ética cristã, o instituto do perdão judicial e da causa de diminuição de pena particularmente previstos na nova lei, estariam plenamente justificados.

De outro lado, é medida de política criminal orientada finalisticamente a renúncia à pena, em caso de não se justificar sua aplicação em virtude de a culpabilidade do agente não indicar a necessidade da reprimenda ou em razão de o fato em si mesmo

não apresentar merecimento da mais severa resposta jurídica estatal.

De um lado a diminuta culpa pessoal, apreciado o agente no conjunto e totalidade da ação delituosa e de sua vida *ante acta* e *post acta*, e de outro a natureza do bem jurídico objeto de proteção, a forma de lesão havida e a mínima repercussão social do fato, podem aconselhar a dispensa da reprimenda.

Se a reprimenda já não potencialmente atingirá a finalidade retributiva ou preventiva, seja especial ou geral, positiva ou negativa, é caso de dispensa de pena. Como acrescenta **Donnedieu de Vabres**, lembrado por **Wagner Brussolo Pacheco**⁽¹⁰⁾, "*dizer que o perdão judicial é, hoje, um ato de política criminal não significa que ele constitui um favor, uma manifestação de generosidade arbitrária. O seu domínio é determinado pelos fins sociais que a lei tem em vista ao criá-lo*". E também para **Manzini**, igualmente citado pelo mesmo articulista, a não imposição da pena, em determinados casos, pode levar à prevenção da delinquência e também ao aprimoramento ético em geral⁽¹¹⁾.

Essa ordem de pensamentos, a meu ver, justifica pragmática e eticamente o instituto do perdão judicial nos moldes em que enfeixado na legislação, bem assim a causa de aumento e diminuição de pena excogitada pelo legislador.

NOTAS

- (1) "*Il Perdono Giudiziale*", Milão, Giuffrè, 1957, pp. 3 e 4.
- (2) Ver nesse sentido, com apoio em **Celso Delmanto**, **Rogério Lauri Tucci**, "*Isenção de pena no Direito Penal Brasileiro e seu equívoco tratamento como 'perdão judicial'*", na *Revista dos Tribunais*, vol. 559, p. 292.
- (3) **Miguel Reale**, "*Lições Preliminares de Direito*", São Paulo, Saraiva, 1999, p. 262.
- (4) Em sentido contrário, p.e., ver **Fernando de Almeida Pedrosa**, "*Perdão judicial: natureza da sentença concessiva, possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial*", na *Revista dos Tribunais*, vol. 708, pp. 277 e segs.
- (5) Sobre o nascimento, natureza e características da relação processual penal, ver **Leone**, "*Tratado de Derecho Procesal Penal*", Buenos Aires, EJA, 1961, Tomo I, trad. de **Santiago Senas Melendo**, pp. 212 e segs.
- (6) **Tucci** indica ter esse mesmo posicionamento ao afirmar que com o perdão judicial "o juiz isenta o réu da pena ou, até mesmo, do processo penal", observando, contudo, que o momento apropriado seria o do julgamento conforme o estado do processo, no tempo do despacho saneador a ser, então, incluído no anteprojeto do Código de Processo Penal ("*Isenção*", RT, cit., p. 290).
- (7) **Jorge Alberto Romeiro**, "*Perdão judicial*", in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n° 10, ano 3, p. 85.
- (8) *Op. cit.*, p. 74. Esse fundamento recebe o apoio, trazido à colação por **Jorge Alberto Romeiro**, de **Del Vecchio**, "*Fundamentos da Justiça Penal*" (*Revista Forense*, vol. 133, pp. 31/32), de **Guglielmo Sabatini**, "*Istituzioni di Diritto Penale*", Roma, 1932, p. 466; e **Girolamo Belavista**, "*Il Perdono Giudiziale*", *Revista Penale*, p. 481).
- (9) *Epístola do Apóstolo Paulo aos Romanos*, capítulo 12, versículo 20.
- (10) "*O perdão judicial no Direito brasileiro*", na *Revista dos Tribunais*, vol. 533, p. 285.
- (11) *Op. et loc. cit.*

O autor é professor doutor em Direito Penal da Faculdade de Direito da USP

Visita Íntima: Direito do Preso?

MARIA IRANEIDE OLINDA SANTORO FACCHINI

Desde os tempos mais remotos os criminosos nunca tiveram direito de espécie alguma. Eram tratados sem dó nem misericórdia, relata o professor **Antonio José Miguel Feu Rosa**⁽¹⁾.

Assim, ladrões recebiam marca a ferro em brasa, para ficarem conhecidos por toda a sociedade enquanto vivessem; os que caluniavam, difamavam ou injuriavam, tinham a língua cortada; mulheres adúlteras ora eram mortas a pedradas, ora afogadas. Em suma, perpetrava-se uma série de atrocidades contra os autores de delitos, a saber: esquarteramentos, mutilações, olhos arrancados, torturas terríveis, mortes na fogueira, na roda, desterro, condenações às galés, etc.

Realça, outrossim, o renomado jurista que só a partir da segunda metade do século XIX e princípios do século XX começou a surgir uma nova concepção na execução penal e o preso passou a ser encarado como ser humano, sendo que hoje ele deixou de ser objeto do Direito Penal⁽²⁾.

De acordo com os conceitos da moderna penologia, **a pena é uma perda de direitos ou de bens jurídicos** que o Estado impõe, de direito, a um criminoso como satisfação pela violação a regra jurídico-penal, a fim de manter a autoridade da lei violada.

A pena se consubstancia, portanto, em perda de direitos ou de bens jurídicos, significando, destarte, um mal no sentido jurídico, uma invasão autorizada à esfera jurídica do indivíduo.

Abolidas que foram, modernamente, as degradantes e cruéis penas infamantes e corporais (subsistindo a pena de morte em situações especiais, inclusive no direito brasileiro), passaremos a analisar, em face da pena restritiva de liberdade, a questão do direito à visita íntima ou sexual do cônjuge ou companheiro.

O art. 41 da Lei nº 7.210, de 11.07.84 (Lei das Execuções Penais), atendendo às **Regras Mínimas** da ONU para o tratamento dos reclusos, de 1995, dispõe:

"Art. 41. Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - previdência social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências de individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior, por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento."

Reza, ainda, o art. 3º do citado diploma legal:

"Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei."

No Estado de São Paulo, no período de março/83 a junho/86, em que era secretário da Justiça o dr. **José Carlos Dias** (atual ministro da Justiça), reformulou-se sensivelmente a administração penitenciária, estabelecendo-se medidas inovadoras, tidas como mais humanas e democráticas (nada obstante a oposição ferrenha do saudoso professor **Manoel Pedro Pimentel**), destacando-se, dentre elas, as visitas íntimas, isto é, para a finalidade sexual, implementadas apenas para os homens.

"Entretanto, ainda que não se constituindo propriamente em direito do preso, penso que nada impede a sua adoção no sistema penitenciário, porque atende a reclamos de política criminal e penitenciária, trazendo benefícios aos presos e maior tranquilidade aos presídios."

Em 05.04.1999, publicou-se resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, permitindo-se às presas receber visitas íntimas do cônjuge ou companheiro, sendo certo que ainda não se concretizou de fato, tal autorização.

O dr. **José Roberto Antonini**, ilustre membro do MP do Estado de São Paulo e responsável pela Coordenadoria do Sistema Penitenciário do Estado no período acima citado, em resposta às acerbas críticas do professor **Manoel Pedro Pimentel**, em especial a propósito das visitas íntimas, sustentou⁽³⁾:

"A História ainda ressaltará o enorme despropósito da tradicional e ilegal proibição, impeditiva de que o preso realize uma necessidade biológica das mais importantes e que nunca foi prevista em nossos Códigos Penais. Puro sadismo dos senhores dos presídios. A infligir maus tratos aos presos como quem azucrina o gado recolhido no curral do matadouro."

E completa: "O resultado foi muito melhor do que o esperado. Caiu instantanea-

mente o índice de violência sexual nos presídios e arrefeceu-se a tensão emocional dos presos..." bem como "protegeu-se assim a difícil subsistência da relação afetiva do sentenciado com o cônjuge, ao mesmo tempo em que se atendeu, quanto a este, ao princípio da personalidade da sanção criminal (art. 5º, XLV, da CF)."

Paulo Lúcio Nogueira, em comentários ao inc. X do art. 41 da Lei de Execuções Penais, assevera que tais visitas **não têm a natureza de visitas íntimas ou sexuais**, embora reconheça que possam ser necessárias e até mesmo admitidas em alguns presídios, ressaltando que carecem de regulamentação, na maioria dos presídios, justamente por falta de acomodações adequadas⁽⁴⁾.

Diversamente, **Júlio Fabbrini Mirabete** entende que a visita íntima, nada obstante em algumas legislações seja considerada como recompensa ou regalia, limitada ou gradativa, e concedida aos sentenciados de ótimo comportamento, observa que a tendência moderna é considerá-la como um direito, ainda que limitado do preso. Limitado, por não estar expresso na lei e por sofrer restrições, tanto com relação às pessoas, como às condições que devem ser impostas por motivos morais, de segurança e de boa ordem do estabelecimento. Afirma que o contato íntimo está entre os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei⁽⁵⁾.

Esclarece o ilustrado comentarista da LEP que vem ganhando corpo nas legislações a orientação de conceder permissão de saída ou visita íntima como solução do problema sexual das prisões. Isto ocorreria no México, Chile, Argentina, Estados Unidos, Espanha, Nicarágua e Venezuela⁽⁶⁾.

Já **Antonio José Miguel Feu Rosa**, na mesma linha de pensamento, aduz que o recluso tem o direito ao uso de acomodação adequada para receber, em caráter de privacidade total, sua esposa ou companheira devidamente cadastrada⁽⁷⁾.

Ousamos discordar da posição jurídica exposta pelos dois últimos doutrinadores acima mencionados, por entendermos que a chamada visita íntima ou sexual não se constitui em direito do preso. Em verdade, quando a LEP assegura o direito de visita, ela está a permitir que o cônjuge ou parentes e amigos do recluso possam vê-lo, com ele conversar e manter os vínculos afetivos (não de caráter sexual), evitando-se o isolamento total e o recrudescimento da sensação de abandono e carência afetiva do preso, além de prepará-lo para o retorno ao convívio social.

A LEP, nada obstante avançada, progressista e liberal, não elencou, dentre os direitos do preso, a possibilidade de realizar o encontro sexual nas dependências dos presídios, com o cônjuge ou companheiro, porque é da natureza da privação da liberdade física, enquanto encerrado o indivíduo em cárceres, a perda da continuidade de coabitação e da manutenção do relacionamento amoroso-sexual, necessariamente prejudicado com a separação do casal.

Fosse desejo do legislador prever a visita de cunho sexual, teria, em dispositivo apartado, ou complementar, sido mais específico, inclusive determinando, como de mister, estabelecimento de recinto apropriado, nos





presídios, para o encontro amoroso dos cônjuges ou companheiros.

Destarte, não impressiona o argumento de que a não autorização às visitas íntimas do preso violaria o princípio da pessoalidade da sanção criminal, porque a cessação do relacionamento sexual entre os cônjuges, *in casu* deriva de causa justa e legal: a segregação do indivíduo, sujeito a uma pena criminal, por ter incorrido, conscientemente, nas consequências de um ato criminoso (normalmente grave, eis que a privação de liberdade deve ser restrita para crimes de maior potencial ofensivo, privilegiando-se as penas alternativas em situações diversas).

Entretanto, ainda que não se constituindo propriamente em direito do preso, penso que nada impede a sua adoção no sistema penitenciário, porque atende a reclamos de política criminal e penitenciária, trazendo bene-

fícios aos presos e maior tranquilidade aos presídios. Não se olvide, ainda, que a supressão deste pretensão "direito", poderia acarretar infundáveis rebeliões, a comprometer ainda mais o precário equilíbrio e segurança dos presídios e da comunidade onde inseridos.

De qualquer forma e em contrapartida, não nos esqueçamos de que estes benefícios auferidos pelos presos podem redundar, o mais das vezes, em desvalias extramuros: v.g. o incremento de doenças sexualmente transmissíveis, especialmente da terrível aids, ainda sem possibilidade de cura; o aumento da geração de filhos sem pais, quer dizer, de genitores ausentes, porque reclusos, contrariando o princípio da paternalidade responsável, ou de filhos sem mães — visualizemos aquelas que têm longa pena a cumprir, por vezes sem qualquer direito à progressão de regime, gerando crianças e adolescentes desajustados, engrossando a já absurda fileira existente, de milhares de

menores infratores —, tudo a exigir do Poder Público providências no sentido da plena e eficaz orientação e prevenção dos presos e parceiros.

NOTAS

(1) "Execução Penal", RT, 1995, p. 9.

(2) *Idem, ibidem.*

(3) "Uma Experiência Democrática na Administração Penitenciária", RT 657/386.

(4) In "Comentários à Lei de Execução Penal", 3ª ed., Ed. Saraiva, 1996, p. 66.

(5) "Execução Penal - Comentários à Lei 7.210, de 11.07.82", 7ª ed., Atlas, pp. 21/22.

(6) *Idem, ibidem.*

(7) *Ob. cit.*, p. 153.

A autora é procuradora regional da República em São Paulo e membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária de São Paulo

A Pena de Perda de Bens e Valores e os Crimes Contra a Ordem Tributária

ANDREAS EISELE

De há muito se questiona a eficácia do Direito Penal, tendo as críticas se estruturado em duas principais esferas: o sistema de Direito Positivo e os efetivos resultados de sua aplicação no meio social.

No que tange à análise dos efeitos decorrentes do momento dinâmico de incidência da norma penal ao fato concreto, o instituto que recebe o maior número de críticas é a sanção penal.

Em sede de crimes contra a ordem econômica, dos quais são espécie os crimes contra a ordem tributária, uma das maiores preocupações concentra-se em detectar qual a modalidade de pena mais adequada a se aplicar, entre as previstas na legislação penal (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa), para se alcançar de forma mais eficaz os resultados de prevenção e repressão delitiva.

A pena de multa mostra-se de operacionalização ineficiente na situação em tela, devido a geralmente não representar uma resposta proporcional à gravidade do fato praticado pelo agente, aliado à circunstância da derrogação do art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/96 (que permitia a conversão da pena de multa em privativa de liberdade quando injustificadamente descumprida), que ceifou a pequena mas subsistente eficácia de tal modalidade de pena.

Outra alternativa de modalidade de sanção penal é a privativa de liberdade, espécie de aplicação criticada por Villegas no âmbito da criminalidade fiscal.⁽¹⁾

Geralmente os autores de crimes fiscais são pessoas socialmente ajustadas, de modo que resta praticamente desprovido de sentido o caráter ressocializante ou educativo da pena, que em tais casos deveria assumir uma posição predominantemente retributiva, conforme assevera Araújo Júnior.⁽²⁾

Welzel possui a mesma opinião, ao dife-

renciar o criminoso habitual do ocasional e afirma que, se a proteção social e idéia de segurança são elementos que devem orientar a punição dos primeiros, em relação aos últimos a sanção deve ter caráter retributivo de fundamento ético-social.⁽³⁾

Devido a tais constatações, passou-se a valorizar as penas restritivas de direitos em detrimento da multa e da privação de liberdade, a qual resta reservada para hipóteses crônicas de reincidência ou habitualidade delitiva, ou ainda em face de fatos de gravidade acentuada, pelo elevado valor do bem jurídico penalmente tutelado ou pela latitude da lesão causada àquele.

"A modalidade de pena restritiva de direitos de maior eficácia na repressão à criminalidade econômica é a perda de bens e valores, devido à intenção do agente em face do caráter da conduta e conteúdo do bem jurídico penalmente tutelado."

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 9.714/98, que alterou os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, ampliando o âmbito das penas restritivas de direitos para, ao lado da prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, estabelecer outras duas modalidades consistentes na prestação pecuniária e na perda de bens e valores.

Dessa forma, abre-se nova perspectiva no campo da repressão à criminalidade econômica, pois as penas restritivas de direitos são

autônomas e substituem as privativas de liberdade.

A modalidade de pena restritiva de direitos de maior eficácia na repressão à criminalidade econômica é a perda de bens e valores, devido à intenção do agente em face do caráter da conduta e conteúdo do bem jurídico penalmente tutelado.

Como o móvel que impele o agente à prática de um crime de tal natureza é a perspectiva da vantagem econômica a ser obtida com o resultado do delito, a punição de cunho financeiro consistente não apenas no dever de reparação do dano causado à vítima, mas na perda cumulativa de bens e valores em volume compatível com o dano causado ou o provento obtido, é o fator de prevenção mais eficaz dentre os previstos na legislação penal.

De fato, não há punição mais eficiente para a ganância que o prejuízo, de modo que a possibilidade economicamente desfavorável, por certo, inibirá muitas das iniciativas de locupletamento ilícito a serem perpetradas mediante condutas penalmente tipificadas.

O art. 45 do Código Penal regulamenta as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores.

A pena de prestação pecuniária tem caráter ressarcitório, tendo a vítima como beneficiário, e cujo montante pago será posteriormente abatido em eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Porém, a prestação pecuniária também pode consistir em prestação a ser revertida em benefício de entidade pública ou privada com destinação social. Tal modalidade é preferencialmente indicada aos fatos dos quais não resulte vítima ou prejuízo econômico, possuindo larga aplicação no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo.

A perda de bens e valores é a medida mais eficaz no âmbito penal quanto à repressão da criminalidade econômica porque tem como limite o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime — o que for maior — e não os estreitos limites de 1 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos da prestação pecuniária, que ne-





nhuma relação guarda com os efeitos econômicos do fato típico perpetrado.

Além disso, a prestação pecuniária possui natureza mista (penal e cível) por ter conteúdo de reparação civil, eis que é revertida para a vítima e compensável com eventual indenização posterior, decorrente de condenação em ação própria, o que, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, não surte efeitos práticos, eis que inexistente ação de reparação de dano civil em decorrência de evasão fiscal, cabendo ao credor (Fisco) promover o lançamento e execução fiscal do crédito, e não propor ação de conhecimento com pedido de natureza condenatória.

Por outro lado, a perda de bens e valores tem natureza eminentemente penal, pois seu produto é destinado ao Fundo Penitenciário Nacional, sendo aplicável de forma independente e cumulativa com eventual reparação de danos perpetrada pelo agente.

A cumulatividade de consequências econômicas desfavoráveis é que vai, em última análise, redundar na eficácia dos efeitos da pena, devido ao prejuízo experimentado pelo agente, servindo como medida de desestímulo à conduta, atuando como fator de prevenção geral.

Não é correto o entendimento adotado por **Martins**⁽⁴⁾ no sentido de que a perda de bens e valores incidirá apenas sobre o produto do crime.

A perda do produto ou frutos do delito é efeito secundário da condenação previsto no art. 91, II, b, do Código Penal, que incide cumulativamente sobre o sujeito, independentemente da pena aplicada.

Trata-se do confisco mediante o qual, como esclarece **Damásio**,⁽⁵⁾ o Estado impede que o produto do crime enriqueça o agente.

Não incidindo sobre bens particulares do

sujeito, não se confunde com a pena, já que os bens confiscados por efeito secundário da condenação não pertenciam legitimamente ao condenado, inexistindo diminuição de sua esfera de direitos patrimoniais.

O que a Lei n° 9.714/98 fez foi dar eficácia plena à norma contida no comando de previsão programática previsto no art. 5°, XLVI, b, da Constituição Federal, com a implementação da modalidade de pena expressamente contemplada, o que, inclusive, evidencia sua constitucionalidade.

Também não há que se falar em eventual derrogação do art. 91, II, b, do Código Penal, porque, além de se tratar de institutos diversos (pena e efeito secundário da condenação), o senhor ministro da Justiça, **Nelson Jobim**, ao relatar a Exposição de Motivos n° 689, de 18.12.96, do Projeto de Lei oriundo da Presidência da República que se transformou na Lei n° 9.714/98, expressamente consignou que: "*Há equívoco em confundir a perda de bens com mero confisco*".

Outra conclusão não se poderia alcançar, pois a adoção da mera perda do produto do crime como pena não possui qualquer efeito intimidativo, restando absolutamente ausente sua eficácia em sede de prevenção geral, eis que a perspectiva do sujeito diante da Lei Penal é simplesmente a devolução do bem obtido ilicitamente, sem restrição a qualquer bem jurídico próprio do agente (liberdade, patrimônio, etc.).

Sendo tal prestação inferior inclusive à reparação do dano civil, muitos, certamente, correriam o risco de praticar delitos de cunho econômico, pois caso fossem condenados, o máximo que lhes resultaria como "sanção" seria a devolução do objeto, ao passo que se não o fossem, alcançariam lucro financeiro com a empreitada.

Nessa relação, a consequência do ilícito penal se afigura inferior à do ilícito civil,

invertendo a relação de valores que justifica as diversas esferas de tutela.

Como mecanismo implementador da eficácia da excecutoriedade da pena, o art. 44, § 4°, do Código Penal prevê a possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, instrumento este indispensável para tornar eficaz a execução de tal modalidade de pena, como admite **Feu Rosa**.⁽⁶⁾

Dessa forma, a cominação de penas restritivas de direitos de cunho econômico vem se apresentar como uma interessante alternativa a substituir com maior grau de eficácia para a hipótese de criminalidade econômica a pena de multa, sem configurar o extremo da medida de restrição de liberdade.

NOTAS

- (1) **Villegas, Hector**, "Direito Penal Tributário", São Paulo, Resenha Tributária, 1974, p. 327.
- (2) **Araújo Júnior, João Marcello de**, "Dos Crimes Contra a Ordem Econômica", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 58.
- (3) **Welzel, Hans**, "Derecho Penal Alemán" (trad. **Ramírez, Juan Bustos; Pérez, Sergio Yáñez**), Parte Geral, 11ª ed., 4ª ed. castelhana, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 10.
- (4) **Martins, Jorge Henrique Schaefer**, "Penas Alternativas", Curitiba: Juruá, 1999, p. 138.
- (5) **Jesus, Damásio E. de**, "Direito Penal", Parte Geral, v. 1, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 557.
- (6) **Feu Rosa, Antonio José Miguel**, "Execução Penal", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 442.

O autor é promotor de Justiça em Santa Catarina, mestrando em Direito do Estado pela UFPR e professor de Direito Penal na FURB.

O Sigilo da Fase Pré-Processual

MARCELO BATLONI MENDRONI

Obviamente que as investigações pré-processuais devem necessariamente ser secretas, sob pena de serem frustradas desde o início. Pela mesma razão que um criminoso qualquer pratica atos ilícitos e não os revela às autoridades competentes, estas não só podem como devem investigá-lo — por obrigatoriedade de suas funções — e obedecendo ao princípio da busca da verdade real⁽¹⁾, sem desvelar o seu teor, até que reúna dados suficientes para formar o seu convencimento, e então levar a cabo a medida cabível. *A contrario sensu*, fosse a autoridade investigadora obrigada a revelar o teor da sua investigação, franqueando ao suspeito ou mesmo ao seu advogado vistas e/ou cópias dos autos, deveria o investigado também ser obrigado a indicar as provas da sua conduta criminosa e, isso, é elementar, não o fará; e se o fizer, mentirá. Esta a razão pela qual as informações relativas ao procedimento investigatório e/ou inquérito policial podem ser mantidas sob sigilo, a critério da autoridade incumbida da investigação, e podem não ser fornecidas ao investi-

gado ou mesmo ao seu advogado. Esse é o princípio que os alemães chamam de *Waffengleichheit* — ou "igualdade de armas".⁽²⁾

Nestes termos considerava também o renomado autor argentino **Alfredo Vélez Mariconde**: "*La investigación preparatoria se legitima, como actividad cautelar, por el temor de un daño jurídico*", vale decir, ante el temor de que si el Estado no obra inmediatamente después de planteada la hipótesis del delito, se oculte la verdad y se torne inaplicable la ley penal, ya sea por desaparición o adulteración de las pruebas, ya sea porque el delincuente logre eludir la acción de la justicia; y que debe ser perfectamente reglada por el derecho objetivo, a fin de asegurar la limitación impuesta por el derecho subjetivo del imputado".⁽³⁾

E também o consagrado autor alemão **Mittermaier**: "*No processo civil esforçam-se as partes por demonstrar os fatos constitutivos de um laço de direito, que entre elas existia; fazem comparecer testemunhas expressamente para certificar as declarações*

do adversário no momento em que esse laço se formou pelo contrato, e apresentam títulos enunciativos de seus recíprocos compromissos; mas no crime, o autor do delito toma todas as precauções imagináveis para tornar a prova impossível, e apagar todos os vestígios; adrepe procura a escuridão e afasta todas as testemunhas que o possam comprometer".⁽⁴⁾

A solução não será outra se nos socorrermos do Direito comparado.

Na Alemanha, durante a fase de investigação preliminar, o promotor de Justiça pode negar ao defensor constituído o acesso às evidências já coletadas, todas ou parte delas, as que ainda não estejam constando nas atuações oficiais produzidas, se considerar que o conhecimento por parte do defensor poderá trazer prejuízo à sequência das investigações. Esta atitude do promotor de Justiça está fundada no interesse do Estado de que ele possa trabalhar em segredo na busca da verdade real durante a fase do procedimento pré-processual.⁽⁵⁾ O procedimento de investigação na Alemanha é, portanto, essencialmente secreto, com algumas poucas exceções, como por exemplo, no caso da oitiva de uma testemunha.⁽⁶⁾

Na Itália, por mandamento legal (art. 329





CPP)⁽⁷⁾ em regra geral segue em secreto, de forma a garantir a eficácia das investigações, posto que, um vez que o suspeito ou seu advogado tenham conhecimento de que o Ministério Público promove o *indagini preliminari*, poderão trabalhar no encobrimento das evidências restantes.⁽⁸⁾

A primeira característica importante estabelecida no *Code de Procédure Penale* francês é o sigilo da *Enquête*. O fundamento, segundo a doutrina, decorre do fato de que se o conteúdo da investigação é revelado ao suspeito ou ao seu defensor, sendo a fase na qual se procede às primeiras buscas das evidências e circunstâncias da infração penal, ocorrerá seguramente um prejuízo irreparável ao princípio da busca da verdade real. Há que se referir que na França existe o sistema do juiz de instrução para depois da *Enquête*, a qual também é secreta. Discute-se na doutrina que esta instrução preparatória (perante o juiz de instrução) não deveria ser secreta. Por outro lado, quanto ao secreto da *Enquête* praticamente ninguém se contrapõe.⁽⁹⁾

Já no sistema espanhol, antes de mais nada cumpre esclarecer que, com relação à fase pré-processual, quando considerado do ponto de vista do procedimento para delitos graves leva o nome de *Sumario*, ao passo que quando considerado no âmbito do procedimento abreviado é chamado de *Diligencias Previas*.

O Sumário tem desde logo a característica de secreto (arts. 301 e 302 LECrim), que possui uma dupla faceta. Em primeiro lugar as limitações com respeito a terceiros; e em segundo plano as limitações relativas às atuações das partes a efeitos da defesa.

Por extensão e por disposição legal do art. 780, o instituto também é aplicável ao procedimento abreviado.

Segundo a doutrina, o procedimento em caráter secreto é realmente muito importante para as investigações preliminares realizadas pois estas ficariam inteiramente comprometidas, no caso de que fossem do conhecimento da defesa, e com maior razão se fossem do conhecimento geral.⁽¹⁰⁾

Seria na verdade um critério desigual se a defesa pudesse tomar conhecimento do que se investiga, pois jamais revelaria à polícia, ao Ministério Público e tampouco ao juiz onde se encontram as evidências incriminadoras da pessoa investigada.⁽¹¹⁾

Pois bem. Com respeito ao sistema processual brasileiro, seguindo o mesmo raciocínio exposto, do qual evidentemente — e pelas mesmíssimas razões elencadas nenhum sistema pode se afastar, há necessidade de se realizar a conciliação de dois dispositivos legais.

O art. 20 do Código de Processo Penal estabelece:

Caput: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

Por outro lado, o art. 7º da Lei Federal nº 8.906/94 diz:

"São direitos do advogado:

XIV - Examinar em qualquer repartição

policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos".

É evidente que o dispositivo do Estatuto da OAB não revogou aquele referido do Código de Processo Penal, pois ambos coexistem perfeitamente. O que importa é interpretá-los corretamente.

Assim, há que se fazer a simples colocação:

São direitos do advogado: "Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; DESDE QUE — a critério da autoridade responsável pelo inquérito ou procedimento investigatório, o sigilo NÃO SEJA necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

"Segundo a doutrina, o procedimento em caráter secreto é realmente muito importante para as investigações preliminares realizadas pois estas ficariam inteiramente comprometidas, no caso de que fossem do conhecimento da defesa, e com maior razão se fossem do conhecimento geral."

A aplicação prática é evidente e indisputável: imagine-se por exemplo a situação em que a autoridade policial solicita ao juiz a expedição de mandado de prisão temporária ou busca e apreensão, fazendo juntar cópia nos autos e aguardando a melhor oportunidade para a sua realização. Na hipótese de o advogado ter vistas dos autos torna-se iniludível o fato de que comunicará — já por exemplo por telefone, a pessoa sujeita à medida, frustrando de imediato aquela medida.

Assim, se a autoridade responsável pelo inquérito policial ou procedimento investigatório considerar que se o advogado obtiver vistas dos autos e puder tomar apontamentos isto poderá trazer prejuízos irreparáveis à atuação da polícia e do Ministério Público, em evidente prejuízo ao princípio da busca da verdade real, poderá negar, em despacho fundamentado, vistas dos autos a qualquer advogado e a qualquer parte que possa porventura estar implicada na apuração.

A contrario sensu, se a autoridade responsável pelo inquérito policial ou procedimento investigatório considerar que a eventual análise dos autos por parte do advogado não trará prejuízos irreparáveis à investigação, deverá, como previsto no EOAB, franquear os autos, deixando-o à disposição do advogado, inclusive sem procuração e inclusive para que possa, por sua conta, extrair cópias e realizar apontamentos.

Esta é portanto, a única interpretação pos-

sível, em atenção aos princípios do contraditório e igualdade das partes (do qual decorre o de "igualdade de armas"), que, por outro lado torna possível a aplicação de ambos os dispositivos em harmonia.

NOTAS

(1) Carnevale, Emanuele, in "Diritto Criminale", Roma, 1932, Società Editrice del "Foro Italiano", vol. III, p. 401: "Le ragioni di una più libera, più penetrante e più piena ricerca del vero, si assommano tutte in questa proposizione centrale: che nel processo criminale è maggiore e più alta l'esigenza della conoscenza della verità per la realizzazione della giustizia... Difficoltà che cominciano dal punto di partenza, e che denotiamo, nei casi più gravi e complessi, con la frase mistero del delitto, il quale non di rado è proprio un mistero e ad essere accertato richiede prontezza d'intuito, sapienza delle cose umane, lunghe e complicate ricerche; e finiscono al punto d'arrivo, quando tutta l'anima del delinquente deve essere dal giudice apprezzata: apprezzata non ai fini meramente morali, ma per sapere come e quanto egli sia giuridicamente pericoloso e quale sia la specie e il grado di difesa che tal pericolo esige".

(2) Veja-se por exemplo Gimeno Sendra, José Vicente, in "Introducción al Derecho Procesal", 2ª ed., 1997, Colex, p. 295: "no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta sea efectiva, se hace preciso también que ambas partes procesales, actor y demandado, acusación y defensa, ostentan los mismos medios de ataque y de defensa o, lo que es lo mismo, tengan idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación".

(3) Vélez Mariconde, Alfredo: "Derecho Procesal Penal", Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1968, pp. 387/388.

(4) Mittermaier, C.J.A., "Tratado da Prova em Matéria Criminal", tradução para o português de Herbert Wüntzel Heinrich, Bookseller, 1997, p. 58.

(5) Julius, Karl-Peters, in "Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung", C.F. Müller Verlag, Heidelberg: "Das recht der StA auf Versagung der Akteneinsicht (Abs. 2) schützt das staatliche Interesse an Geheimhaltung der Ermittlungen, damit die der StA obliegende Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens auf eine sichere, von Manipulationen des Beschuldigten ungetrübbte Grundlage gestellt werden kann. Dieser gesetzlich garantierte Vorsprung im Wissen ist zeitlich begrenzt, gegenüber überwiegenden Interessen des Beschuldigten nachrangig, für den Beschuldigten aber grds. Unanfechtbar".

(6) Gómez-Colomer, Juan Luis: "El Proceso Penal Alemán introducción y normas básicas", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, p. 151: "El procedimiento de averiguación o fase de investigación, o procedimiento preparatorio, todos estos nombres tiene, es esencialmente secreto, aunque en determinados casos el inculcado, y su defensor, tienen derecho a estar presentes. Por ejemplo, tiene derecho a que se le permita estar presente en el interrogatorio de un testigo (§ 168c, ap. 2 - StPO). De gran importancia es también el derecho que tiene el defensor, no directamente el inculcado, a examinar la causa (v. § 147 StPO)".

(7) Art. 329.1 - CPP: (Obligación del secreto): "Gli atti di indagini compiuti dal pubblico ministero (358 s.s.) e dalla polizia giudiziaria (55) sono coperti dal segreto (326 c.p.) fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza (117, 118) e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari (405 ss, 554; att. 118)".

(8) Pisani, M.; Molari, A.; Perchinunno, V., Corso, P.: "Manuale di Procedura Penale", Monduzzi Editore, 1994, pp. 372/373: "Recenti riforme del codice 1988, avendo messo in discussione una delle premesse del sillogismo, hanno incrinato





l'intera costruzione logica-giuridica delle indagini preliminari. È rimasta ferma la consapevolezza che maggiore è lo sviluppo delle indagini senza interferenze dell'altra parte e maggiore può risultare l'efficacia delle indagini stesse. Si è già ricordato che attualmente ognuno può essere sottoposto ad indagini preliminari e non saperlo: questo satato di non conoscenza può protrarsi fino a sei mesi (e fino a due anni, nei casi di cui all'art. 51 comma 3 bis). La ratio è quella di sfruttare fino il fondo l'effetto sorpresa, di evitare o ridurre il pericolo di inquinamento del materiale probatorio, di circoscrivere il rischio di favoreggiamento nei confronti di indagati o indagabili e, infine, di tutelare il buon nome di chi è pur sempre presunto non colpevole. Il limite ad quem del segreto sulle indagini preliminari è di due tipi: il primo, soggettivo, postula l'inutilità di considerare coperti dal segreto atti del cui contenuto l'indagato è a conoscenza (ad esempio, per averi partecipato: interrogatorio, confronto); il secondo, oggettivo, postula l'esigenza della cadutadel segreto una volta venute meno le ragioni che l'hanno imposto: la chiusura delle indagini preliminari dimostra che il p.m. ha fatto quanto di sua competenza per raccogliere gli elementi necessari per le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale e la caduta del segreto significa pieno riconoscimento del diritto di difesa in precedenza compresso per esigenze dell'accertamento. Proprio perché finalizzato alla tutela delle indagini in corso, il segreto non può diventare un intralcio allo svolgimento di esse e si risolve in una cautela cui il P.M. può motivadamente rinunciare". Com respeito à individualização dos atos em segredo, vd. também, no mesmo sentido: **Neppi Modona, Guido** in "Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio: "Pofili del Nuovo Codici di Procedura Penale", CEDAM-Padova, 1996, pp. 374 e segs.

⁽⁹⁾ **Pradel, Jean**: "Procedure Penal". Edition Cujas, 5ª ed., 1990, p. 318: "Selon l'article 11 alinéa 1,

CPP, 'sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète'. On se bornera à signaler ici que les attaques dont l'article 11 fait aujourd'hui l'objet concernent l'instruction, non l'enquête que l'on s'accorde à souhaiter secrète. Il y a à deux raisons. C'est au cours de l'enquête qu'il est procédé aux premières investigations qui, si elles étaient révélées, pourraient nuire à la recherche de la vérité. Et l'argument qu'on oppose au secret de l'instruction, à savoir l'hipocrisie consistant à maintenir 'secrets' des éléments déjà divulgués en fait, ne joue guère pour l'enquête".

⁽¹⁰⁾ **Carzola Prieto, Soledad**, in "La instrucción del sumario y las diligencias previas", Escuela Judicial - Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 196/197: "Indicábamos que otra excepción a la igualdad entre las partes del proceso era la relativa al secreto de las actuaciones que afectará a las acusaciones, si las hubiera, y a las defensas, pero no al Ministerio Público en esta fase instructora (art. 302 y 789.4 insiso final LECrim), que remite en el procedimiento abreviado a las generales del 301 y 302 LECrim. Se há perfilado en esta etapa un sistema en el que hasta que se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas, pero com la posibilidad excepcional de que el juez de instrucción de oficio, a propuesta del fiscal, o de cualquier de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas" ... "Pero, junto a estas normas generales de actuación, es evidente que en una investigación y para que ésta logre sus fines, puede ser preciso que esto se realice a espaldas del imputado, posibilidad que ofrece el art.302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que puede darse desde el inicio, puesto que en los momentos iniciales es cuando más necesaria puede ser la investigación sin

conocimiento de los investigados para lograr éxito en la averiguación del hecho y personas responsables pero es necesario que se dicte la resolución declarando tal secreto, no cabe admitir la postura que considera implícita la declaración del secreto en los casos de intervención telefónica, sob pena, dice la sentencia 'de entender inútil y absurda nuestra ley procesal, pues la ley está para cumplirse y el adecuado juego de los arts. 118 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no deja otra opción que la obligatoriedad de su cumplimiento".

⁽¹¹⁾ **Ortells Ramos, Manuel**, in "Derecho Jurisdiccional III - Proceso Penal", J.M. Bosch Editor, 1996, pp. 124/125: "El procedimiento preliminar judicial es secreto. Esto se justifica según la exposición de motivos de LECrim- en la conveniencia de equilibrar las posiciones del responsable penal y del poder público en el conocimiento de los hechos. Aquél actuó clandestinamente y procuró ocultar rastros. Lógico es que el poder público se prevalega del secreto, para evitar que sea conocida la orientación de la investigación y que se eliminen o falsifiquen los datos que ésta va alcanzando. Se ésta es la justificación, es comprensible que LECrim aproxime el tratamiento del secreto del sumario (art. 301) al de las limitaciones al principio de contradicción en este procedimiento (art. 302). Pero éstas son, en realidad, materias distintas: la primera tiene que ver con las limitaciones a la publicidad frente a los terceros (y es una de las excepciones posibles a la regla general del art. 120.1 CE), mientras que la segunda afecta al conocimiento de las actuaciones por las partes a efectos de su defensa (y, en esa medida, al contenido de derechos reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE)".

O autor é promotor de Justiça e doutorando pela Universidade Complutense de Madrid.

O Tribunal Penal Internacional

SYLVIA HELENA F. STEINER

Em julho de 1998, a Conferência de Roma aprovou a criação do Tribunal Penal Internacional, órgão judiciário permanente destinado a processo e julgamento dos crimes de guerra, dos crimes contra a humanidade, do crime de genocídio e do crime de agressão. No Preâmbulo dos Estatutos do TPI os Estados reconhecem que as atrocidades cometidas no decorrer deste século, contra homens, mulheres e crianças, constituem crimes da mais grave transcendência para a comunidade internacional, não podendo mais ser tolerados nem ficar impunes os seus autores. Assim, cria-se uma corte penal internacional permanente e independente, com jurisdição complementar à dos Estados, destinada a garantir que a justiça internacional seja respeitada e posta em prática de forma duradoura, para interesse das gerações presentes e futuras.

Do Preâmbulo, acima condensado, extrai-se o perfil do Tribunal Penal Internacional, órgão jurisdiccional permanente, resultado da lenta evolução por que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais. Com efeito, a partir das atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra, intensificou-se a adoção de mecanismos internacionais de proteção a direitos e garantias das pessoas, não apenas

com a adoção de instrumentos normativos de reconhecimento de tais direitos, mas igualmente com a criação de órgãos de supervisão e controle da efetividade de tais direitos e garantias nos Estados. Estabeleceram-se os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, como primeira experiência de processo e julgamento de crimes de guerra, eivados no entanto dos vícios decorrentes de seu perfil de tribunais *ad hoc*, criados posteriormente ao cometimento dos ilícitos os quais lhes cabia julgar.

Veio em seguida a adoção de diversos instrumentos internacionais, os quais já previam em seus corpos a criação de Cortes com competência para julgar as violações de direitos humanos cometidas por agentes dos Estados, ou não devidamente apuradas e punidas pelos Estados, com competências complementares, sempre, às jurisdições internas. Assim a Corte Européia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, tais Cortes exercem sua jurisdição sobre os Estados, no reconhecimento de sua responsabilidade pelas violações de direitos fundamentais ocorridas em seus territórios, ou não devidamente apuradas e punidas pelos seus órgãos competentes.

Mais recentemente, por força de violações massivas de direitos fundamentais

ocorridas nos territórios da Iugoslávia e de Ruanda, o Conselho de Segurança da ONU estabeleceu dois Tribunais *ad hoc*, para processo e julgamento dos responsáveis pelo cometimento de crimes de guerra, de genocídio e crimes contra a humanidade naqueles territórios. Ambas as Cortes, instaladas em Haia, constituem o mais moderno precedente inspirador da criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. Embora já desvestidos dos mais sérios vícios de origem atribuídos aos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os Tribunais da extinta Iugoslávia — ICTY —, e de Ruanda — ICTR —, trouxeram a urgência da discussão sobre a necessidade de criar-se um órgão jurisdiccional independente da iniciativa exclusiva do Conselho de Segurança da ONU, eivada, como sabido, de ingerências político-econômicas que em nada se coadunam com a necessidade de repressão internacional de crimes da mais grave transcendência para toda a humanidade.

O Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência de Roma, é portanto fruto da evolução do sistema internacional de proteção e repressão a crimes de guerra, crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de agressão. Como instituição permanente, exerce jurisdição sobre os nacionais dos Estados-Partes, acusados da prática daqueles delitos em seus Estados ou em outro Estado-Parte. O Tribunal só terá competência para processo e julgamento dos





crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, e esta competência só poderá ser exercida quando demonstrado que o Estado não esteja disposto, ou não esteja em condições de levar a cabo a investigação, processo e julgamento dos crimes, ou que o processo não esteja sendo conduzido de forma imparcial e tendente a realmente apurar e punir. Seu caráter é pois complementar, respeitada assim a primazia da jurisdição interna.

O maior e mais significativo avanço na estrutura do Tribunal Penal Internacional, e que o diferencia dos Tribunais *ad hoc* ora instalados, é a independência do promotor, do órgão de persecução penal, que tem a iniciativa da investigação e da submissão de feitos à Corte. Pode o promotor pois agir de ofício, ou por provocação do Conselho de Segurança ou de Estado-Parte. Desvincula-se assim a iniciativa da ação penal dos critérios políticos do Conselho de Segurança da ONU. A jurisdição permanente, aliada à independência do promotor, é o que assegura, de pronto, a independência e imparcialidade do TPI.

O Tribunal Penal Internacional é composto de dezoito juízes, escolhidos pela Assembleia dos Estados-Partes, dentre candidatos por estes indicados. Devem reunir os candidatos os qualificativos do notável saber jurídico e alta consideração moral, e serem especialistas em Direito Penal, Processual Penal e em Direito Internacional Humanitário, mantida a adequada representação de gênero. Durante todo o processo, e pelas decisões proferidas pela Corte, obrigam-se os Estados-Partes, dentro do princípio da cooperação.

Os Estatutos do Tribunal Penal Internacional consagram um sistema de processo acusatório, embora possam os juízes solicitar complementação de provas. Estão especificados certos princípios penais, tais como os da legalidade dos delitos e das penas e da irretroatividade, e as garantias dos acusados, num extenso rol que atesta estar o Tribunal vinculado ao princípio garantista. Asseguram-se aos acusados a ampla defesa, o contraditório, a assistência de defensor e intérprete, o conhecimento prévio e detalhado das acusações, entre outros. Ressalva-se a inimizabilidade dos menores de dezoito anos e dos doentes ou deficientes mentais ou aqueles que por qualquer razão não tivessem, à época do delito, capacidade para entender o caráter criminoso do ato. De outro lado, acatam-se algumas das excludentes ordinariamente aceitas nas legislações internas, embora apenas sob circunstâncias especiais.

Nesse modelo de Corte, e de acordo com suas próprias finalidades, espaço destacado têm as vítimas, já que uma de suas funções é

assegurar a reparação dos danos causados pelos delitos. Assim, normas especiais de proteção às vítimas e testemunhas, bem como determinadas regras de processo que garantem seus depoimentos em detrimento de garantias como, a exemplo, a publicidade dos atos processuais, são algumas das características que o diferenciam das cortes judiciais internas dos países com sistema enraizado na *civil law*.

O Tribunal Penal Internacional será instalado quando obtiver a adesão de sessenta Estados. Estima-se que em meados do ano 2002 esse número tenha sido atingido. Por ora, apenas quatro Estados ratificaram os estatutos. Ainda estão cautelosos os Estados, tendo em vista que estão em fase de elaboração as regras atinentes aos elementos dos crimes de competência da Corte, bem como

"O Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência de Roma, é portanto fruto da evolução do sistema internacional de proteção e repressão a crimes de guerra, crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de agressão."

as regras de procedimento e de provas. Esses dois anexos ao Estatuto, que estão sendo elaborados por uma Comissão Preparatória formada por delegados de todos os Estados, inclusive o nosso, trarão a perfeita tipificação dos crimes, com todas as suas circunstâncias e elementos essenciais, bem como definirão todas as fases do procedimento, pelas quais as garantias de independência e imparcialidade da Corte e os direitos de acusados e vítimas devem ser assegurados. Daí a preocupação dos Estados em aguardar a definição dessas regras, a fim de que a ratificação dê-se com o conhecimento de todas as normas que regerão, para o futuro, o processo e julgamento dos crimes de competência do Tribunal.

Por outro lado, grande número de Estados se vê diante da necessidade de alterar suas constituições, de molde a superar incompatibilidades que os impedem de ratificar o Estatuto. No Brasil, inicia-se a discussão sobre a compatibilidade de algumas das normas do Estatuto com nosso texto constitucional. Uma delas é a que diz com a obrigação dos Estados de proceder a entrega, à Corte, das pessoas contra as quais haja ordem de prisão emanada da própria Corte. Segundo alguns,

tal dispositivo entraria em choque com a disposição constitucional que proíbe a extradição de nacionais. Argumentam outros no sentido de que a entrega de pessoas à Corte, em cumprimento a ordem judicial — chamada de cooperação vertical —, em nada se assemelha à figura da extradição, que é a entrega de pessoas por requisição de um Estado — chamada de cooperação horizontal, decorrente do princípio da igualdade soberana dos Estados.

Outro instituto que vem sugerindo debates é o da pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto para aplicação em casos de excepcional gravidade. Trazendo nossa Constituição cláusula expressa de proibição de pena de prisão perpétua, argumenta-se pela impossibilidade de compatibilização, tendo em vista, inclusive, tratar-se de cláusula pétrea, inadmitida sua alteração por emenda constitucional. A discussão promete intensos debates, em face de haver argumentos no sentido de que a vedação constitucional refere-se, como não poderia deixar de ser, ao sistema penal interno, onde o balanço entre lesão e retribuição fez com que o constituinte entendesse suficiente a apenação máxima de trinta anos. Ora, o Tribunal Penal Internacional cuida de crimes diversos dos previstos nas leis penais ordinárias, e de danosidade que transcende o território nacional. Assim, a vedação constitucional não poderia estender-se para o tipo de crime submetido à jurisdição da Corte. Ademais, se a própria Constituição prevê como princípio da República reger-se o País, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos fundamentais, é certo que nas suas relações com a comunidade internacional não poderia contrapor normas que dizem exclusivamente com a disciplina de suas instituições internas.

Como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional não admite a oposição de reservas, o debate deve ser intensificado, na medida em que a adesão do País a um órgão jurisdicional internacional de relevância como o Tribunal Penal Internacional é exigência de toda a comunidade. Em especial a comunidade jurídica deve debruçar-se sobre essas e outras questões relativas à compatibilidade do estatuto com nossa Constituição, a fim de que possa o País, superadas as dúvidas, ratificar o Estatuto e aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, integrando-se assim uma vez mais nesse processo, irreversível, de internacionalização dos mecanismos de proteção aos direitos fundamentais de todos os seres humanos.

A autora é desembargadora Federal, e participou das reuniões da Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional, realizadas na ONU.

LEGISLAÇÃO

Emenda Constitucional nº 23

Altera os artigos 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa).

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo 1º - Os artigos 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 12 - ...

§ 3º - ...

VII - de Ministro de Estado da Defesa."

"..."

"Art. 52 - ...

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;" (NR).

"..."

"Art. 84 - ...

XIII - exercer o comando supremo das





Forças Armadas, nomear os Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhe são privativos;" (NR).

"..."

"Art. 91 - ...

V - o Ministro de Estado da Defesa;" (NR).

"..."

"VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica."

"..."

"Artigo 102 - ...

I - ...

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;" (NR).

"..."

"Artigo 105 - ...

I - ...

b) os mandados de segurança e os habeas-data contra ato de Ministro de Esta-

do, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;" (NR).

"c) os habeas-corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;" (NR).

Artigo 2º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

DOU, Seção I, 03.09.99, p. 1

LEGISLAÇÃO

Resolução nº 179, de 26 de julho de 1999

Dispõe sobre a utilização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile(fax), para a prática de atos processuais.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 13, XVI, combinado com o artigo 363, I, do Regimento Interno, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 1, de 25.11.1981, considerando o disposto na Lei nº 9.800, de 26.05.1999,

RESOLVE:

Artigo 1º - É permitida às partes a utilização do sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile (fax) para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, nos termos da Lei nº 9.800, de 26.05.1999.

Parágrafo único - As petições transmitidas deverão atender às exigências da legislação processual.

Artigo 2º - Somente serão permitidos,

para recepção do sistema de transmissão previsto no artigo 1º, os equipamentos localizados na Seção de Protocolo e Informações Judiciais, da Coordenadoria de Registros e Informações Processuais, da Secretaria de Processamento Judiciário, conectados às linhas telefônicas de números (61) 321-6194 e (61) 321-6707.

Parágrafo único - Os riscos de não obtenção de linha telefônica disponível, ou defeitos de transmissão ou recepção, correrão à conta do remetente, e não escusarão o cumprimento dos prazos legais.

Artigo 3º - Recebidas as petições, durante o horário de atendimento ao público (das 11 às 19 horas), a Seção de Protocolo e Informações Judiciais adotar, de imediato, as necessárias providências de registro e protocolo, admitindo-se, como prova do oportuno recebimento do original transmitido, a autenticação dada pelo equipamento receptor, a qual será anexada aos autos, e, como comprovante da transmissão, o relatório do equipamento

transmissor do fac-símile (fax).

Parágrafo único - As petições recebidas somente serão encaminhadas, para posterior conclusão, aos Gabinetes dos Srs. Ministros, após a chegada dos originais ou da certificação do transcurso do prazo para a prática do ato processual.

Artigo 4º - A pedido do remetente e por este custeado, a Seção de Protocolo e Informações Judiciais enviará ao interessado, inclusive pelo sistema tipo fac-símile (fax), se for o caso, cópia da primeira página da petição recebida e protocolizada no Supremo Tribunal Federal, a qual servirá como contrafê.

Artigo 5º - A utilização do sistema de transmissão previsto no artigo 1º não desobrigará seu usuário da protocolização dos originais na Seção de Protocolo e Informações Judiciais, no prazo e condições previstos no artigo 2º e parágrafo único da Lei nº 9.800, de 1999.

Artigo 6º - Esta resolução entra em vigor no dia 1º.08.1999, ficando revogadas as disposições em contrário.

(DJU, Seção I, 02.08.1999, p. 01)

PROVIMENTOS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Provimento nº 15/99

O desembargador **Sérgio Augusto Nigro Conceição**, Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO o decidido no Processo CG nº 1.176/97 e o Provimento 653/99 do Conselho Superior da Magistratura,

RESOLVE:

Artigo 1º. Dar nova redação ao item 40, do Capítulo V das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"40. As guias devem obedecer o modelo oficial impresso e serão datilografadas em 4 (quatro) vias, destinando-se a primeira, de cor branca, aos livros do ofício de condenação; a segunda, de cor verde, constituirá a guia de recolhimento ou internamento para as execuções criminais; a terceira, de cor azul, será remetida à Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo para organização do Cadastro Geral de

Sentenciados; a quarta, de cor amarela, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução da pena. A guia de recolhimento poderá ter emissão informatizada, conforme consta do Comunicado 384/99."

Artigo 2º. Acrescer ao item 32, do Capítulo V, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, os subitens 32.2 e 32.3.

"32.2. Recebido o recurso, será expedida guia de recolhimento provisória, obedecendo o modelo oficial, com cópia das peças do processo referidas no subitem 32.1, que será remetida ao Juízo competente para a execução, desde que o condenado esteja preso em decorrência de prisão processual ou logo depois de noticiada a prisão. Deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão 'PROVISÓRIA', em sequência da expressão guia de recolhimento."

32.3. Na hipótese dos autos principais estarem no Tribunal, será expedida a guia de recolhimento provisória, a pedido das partes, com os dados disponíveis em Cartório."

Artigo 3º. Restabelecer o item 133 e o subitem 133.1 e acrescentar o subitem 133.2, na Seção IX, do Capítulo V, das Normas de Serviço da Corregedoria.

"133. O disposto nesta seção aplica-se, no que couber, ao processamento da execução provisória e, sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento procederá as retificações cabíveis, encaminhando as peças faltantes para o juízo competente para a execução."

133.1. Sobrevindo decisão absolutória, o juízo de conhecimento anotar o cancelamento nos livros próprios e comunicará o fato ao juízo competente para a execução, que anotar o cancelamento da execução no Livro Registro de Guia de Recolhimento e na capa da autuação."





133.2. *Tratando-se de execução provisória, o juízo da execução comunicará ao Tribunal em que estiver sendo processado o recurso, quando das seguintes ocorrências: progressão ou regressão de regime; livramento condicional; indulto; comutação; remição de penas; evasões e recapturas; extinção de penas e da punibilidade; remoção e transferência de estabelecimento prisional e remessa dos autos a outro Juízo.*"

Artigo 4º. Para mais fácil identificação da situação processual será colocada, no dorso dos autos de execução criminal, tarja amarela e na capa da autuação será anotada a expressão "PROVISÓRIA", que será cancelada quando a execução tornar-se definitiva.

Artigo 5º. Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

Registre-se e publique-se.

São Paulo, 27 de abril de 1999.

Provimento nº 653/99

O Conselho Superior da Magistratura, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar o sistema de expedição de guia de recolhimento provisória no Estado de São Paulo;

CONSIDERANDO o que dispõe o artigo 2º, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984,

CONSIDERANDO, ainda, o decidido no processo CG nº 1.176/97,

RESOLVE

Art. 1º - A guia de recolhimento provisória será expedida quando do recebimento de recurso da sentença condenatória, desde que o condenado esteja preso em decorrência de prisão processual, devendo ser remetida ao Juízo de Execução Criminal.

Art. 2º - Nos processos que já se encontram no Tribunal, a guia será expedida a

pedido das partes, com os dados disponíveis em Cartório.

Art. 3º - A Corregedoria Geral da Justiça adaptará suas Normas de Serviço às disposições deste Provimento.

Art. 4º - Este Provimento entrará em vigor quinze (15) dias após a sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Publique-se, registre-se e cumpra-se, remetendo-se cópias à Procuradoria Geral da Justiça, à Procuradoria Geral do Estado, à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, à Secretaria da Administração Penitenciária e à Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo.

São Paulo, 14 de abril de 1999.

NOTÍCIAS

LANÇAMENTO

O Instituto de Ciências Jurídicas de Joinville (SC) acaba de lançar seu primeiro "Informativo Jurídico", com periodicidade mensal, conten-

do artigos de doutrina, leis e jurisprudência. Maiores informações pelos telefones 55(47) 433-6352 e 422-2989.

CONVÊNIO IBCCrIm E UNISUL

Iniciou-se, em agosto deste ano, sob a coordenação de **Luis Alberto Warat**, o Curso de Mestrado em Direito — áreas de concentração Direito Penal e Direito Constitucional — da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), em convênio com o **IBCCrIm**. São quarenta vagas anuais, distribuídas entre

as áreas de concentração, sendo que as inscrições para o próximo processo seletivo ocorrerão em dezembro próximo, com início das aulas previsto para março de 2000. Maiores informações: (0XX48) 626-4799 e 626-5733, ou pelo e-mail: pos@unisul.rct-sc.br e site: <http://www.unisul.rct-sc.br>

SEMINÁRIO

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A RATIFICAÇÃO DO TRATADO PELO BRASIL

Seminário que será realizado nos dias 8, 9 e 10 de novembro, na Faculdade de Direito da USP, com a participação de representantes da ONU e do Ministério das Relações Exteriores. A organização do evento é do C. A. XI de Agosto e do Departamento de Direito Internacional da Faculdade. Informações pelo telefone: (0XX11) 3111-4082.

Entidades associadas com o IBCCrIm que recebem mensalmente o Boletim:

• Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE

AMAZONAS

• Associação dos Magistrados do Amazonas
• Ministério Público do Amazonas

CEARÁ

• Associação Cearense de Magistrados
• Associação Cearense do Ministério Público

DISTRITO FEDERAL

• Associação dos Magistrados do Distrito Federal
• Associação do Ministério Público do Distrito Federal

GOIÁS

• Associação Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

• Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

MATO GROSSO DO SUL

• Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
• Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
• Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

MINAS GERAIS

• Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - *Belo Horizonte*
• Praetorium - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - *Belo Horizonte*

PARÁ

• Associação do Ministério Público do Estado do Pará

RIO GRANDE DO SUL

• Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

SANTA CATARINA

• Associação Catarinense do Ministério Público
• Fundação Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

• Associação de Ensino Superior Paulista - UNICID
• Associação Paulista do Ministério Público
• Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
• Complexo Jurídico Damásio de Jesus
• Curso C.P.C.
• Curso Forense - Ribeirão Preto
• Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - *Marília*
• Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
• Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
• Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - *Sorocaba*
• Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - *Campinas*

PERU

• Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA