



NOTÍCIAS

CONVÊNIOS

O **IBCCrim** e o Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's), do Peru, celebraram, no último dia 13 de maio, Termo de Cooperação e Intercâmbio visando a colaboração recíproca nos domínios da investigação científica e formação especializada em Direito Penal e ciências correlatas, prevendo a possibilidade, dentre outras, de intercâmbio de publicações, de docentes e investigadores e de realização e edição conjuntas de eventos e obras de cunho científico.

Idêntico Termo de Cooperação e Intercâmbio foi celebrado com o Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), do Rio Grande do Sul.

VISITA I

No último dia 6 de maio, esteve presente no **IBCCrim** o Secretário de Estado da Administração Penitenciária de São Paulo, dr. **João Benedicto de Azevedo Marques**, que expôs o trabalho realizado no último quadriênio e os planos do novo governo em relação à questão penitenciária.

VISITA II

Também no último dia 6 de maio, o **IBCCrim** recebeu a visita do diretor da Academia de Polícia Civil, dr. **Tabajara Novazzi**, travando-se profícuo contato, visando a realização de projetos conjuntos futuramente.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

No intuito de incentivar a produção científica dos acadêmicos de Direito e ciências correlatas e sua participação nas atividades do **IBCCrim**, o **Boletim** terá, a partir de julho, uma coluna só para artigos, comentários e estudos desses acadêmicos.

Você, estudante, escreva e participe! Aguardamos sua colaboração.



SEMINÁRIO

INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Encontram-se abertas as inscrições para o **V Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, que será realizado entre os dias 06 e 09 de outubro de 1999, no Maksoud Plaza Hotel.

A ficha de inscrição e demais informações podem ser obtidas no Departamento de Comunicação e Marketing do **IBCCrim**, ou pelos telefones (011) 3105-4607 ou 3105-0109.

Consulte também através da Internet:

<http://www.ibccrim.com.br>

III Concurso de Monografias

Lembramos aos associados que as inscrições para o **III Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCrim** encerram-se dia 25 de junho próximo.

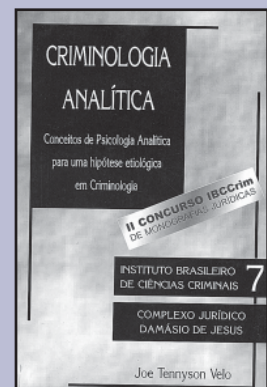
Os trabalhos devem ser inéditos e ter por tema, isolado ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia.

A remessa dos trabalhos deve ser feita até a data mencionada, exclusivamente por via postal, para o **IBCCrim**, Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar - CEP 01018-010, São Paulo - SP, aos cuidados do Departamento de Comunicação e Marketing, em 3 (três) vias completas e iguais.

O regulamento encontra-se à disposição dos interessados no Departamento de Comunicação e Marketing do Instituto, podendo também ser obtido pela Internet, no site do Instituto:

www.ibccrim.com.br

PARTICIPE!



ÍNDICE

Boletim IBCCrIm - Junho/99 - nº 79

• Editorial - O IBCCrIm e a CPI do Judiciário	02
• O Desenvolvimento Metodológico do Direito Penal - Fábio Guedes de Paula Machado	03
• A Certeza do Crime Antecedente Como Elementar do Tipo nos Crimes de Lavagem de Capitais - Fábio Roberto D'Ávila	04
• Antecedentes do Réu e Direito à Suspensão Condicional do Processo Penal - Wellington Cabral Saraiva	05
• Ação Civil Pública Versus Ação Penal Pública (Ou o Devido Processo Legal Versus Discricionariedade do Titular de Uma Ação) - Pedro Krebs	06
• Controle Ex Ante - Mohamad Ale Hasan Mahmoud	07
• De Cobras e Lagartos - Eugênio Pacelli de Oliveira	09
• Imputabilidade Penal de Adolescentes - Selma L. N. Sauerbronn de Souza	09
• Princípio do Quinto Constitucional e o Aumento de Vagas nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça - Paulo César Feitosa Arrais	10
• A Reincidência, Por Si Só, Não Impede o Benefício da Liberdade Provisória - Adriana Haddad Uzum	11
• Poderes e Limites das CPs - Cassio Juvenal Faria e Luiz Flávio Gomes	12
• Direito ao Silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito - Alexandre de Moraes	13
• Prisão Ilegal Efetada pela CPI dos Bancos Instalada no Senado Federal - Kleber Leyser de Aquino e Luciana Ribeiro Aro	14
• Sentença Inexistente e a Súmula 160 do STF - Caetano Lagrasta Neto	15
• Legislação - Cons. Nac. de Política Criminal e Penitenciária	17
• Legislação - Resoluções do Cons. Nacional de Trânsito	18
• CIC: Mediação de Conflitos e Democratização do Estado - Luci Gati Pietrocolla e Jacqueline Sinhoretto	18
• "Sursis Profilático" - Marcelo Matias Pereira	19

Caderno de Jurisprudência

• O Direito Por Quem o Faz: STF Reconhece Direito de a Testemunha Silenciar, em CPI, Sobre Fatos Que Possam Incriminá-la	355
• Supremo Tribunal Federal	357
• Superior Tribunal de Justiça	358
• Tribunal Regional Federal	359
• Trib. Sup. Eleitoral/Trib. Reg. Eleitoral	360
• Tribunal de Justiça	361
• Tribunal de Alçada Criminal	362

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: Sílvia 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 Fitolito:

Ameruso Artes Gráficas - Tel. 215-3596

Impressão: Ativa/M Editorial Gráfica - Tel. 3277-1753

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

EDITORIAL

O IBCCrIm e a CPI do Judiciário

Entre as posições extremadas que, de um lado, aceitam a CPI do Judiciário instalada para, genericamente, apurar fatos que envolvem o Judiciário em seus mais diferentes ramos e níveis e, de outro, aquelas outras que, sob o argumento da independência dos Poderes, rejeitam-na terminantemente, há um meio termo necessário e possível.

De início, é preciso realçar que o Poder Judiciário, apesar de independente, deve guardar uma relação de harmonia com os outros Poderes da República e nenhum deles é intangível ou infenso à investigação nos limites do que estabelece a Constituição. Esta, por seu turno, no seu art. 58, § 3º, sem nenhuma restrição, assegura a possibilidade de instalação das CPs para a apuração de **fato determinado**. Depois, no art. 71, inc. IV, encontra-se outra regra que permite às CPs a inspeção nas unidades administrativas dos demais Poderes da República.

Por isso só, já se torna possível afirmar que se algum **fato determinado** no âmbito do Judiciário revelar ilegalidade, abuso ou arbitrariedade, torna-se possível a instauração de uma CPI para apurá-lo. O limite quanto ao objeto da investigação há, por força dos predicamentos de que gozam os magistrados (art. 95 da Constituição), de estar confinado a aspectos extrínsecos da jurisdição. Vale dizer, a CPI não pode imiscuir-se no que diz com a prolação de sentenças, de-

cisões interlocutórias, despachos, etc.

Mesmo nas hipóteses de corrupção, passíveis de apuração pela CPI, o ato jurisdicional não pode ser questionado, sob pena de se admitir uma forma de controle das mais perniciosas e violadoras de uma garantia essencial para o exercício da jurisdição com imparcialidade, qual seja, a da independência do magistrado. Na verdade, o que está em jogo, por via reflexa, é o direito de o cidadão ser julgado por um juiz infenso a pressões de quaisquer natureza.

Argumentos segundo os quais a CPI poderia desmoralizar o Judiciário e culminar com a imposição de restrições à judicatura, como Súmulas Vinculantes, não podem prevalecer. Primeiro porque é com a prestação jurisdicional de qualidade e sem morosidade que o Poder Judiciário há de se impor e ganhar respeitabilidade. Depois, porque as reformas que muitos pensam introduzir no Judiciário não têm necessariamente que ver com a descoberta de escândalos no seu âmbito.

Por fim, não é ocioso realçar que a transparência na condução administrativa de quaisquer dos Poderes da República pode e deve ser objeto de tantas Comissões de Investigação quantas forem necessárias. Uma sociedade democrática, fundada em princípios de racionalidade, não pode consentir com a idéia de que uma parcela dos ocupantes do Poder Judiciário fique somente sujeita ao juízo de seus pares.

O **IBCCrim** realizará
no próximo dia 23, de
junho às 17 horas,
em sua sede, a palestra

"Crime
Organizado
e os Meios
Garantistas
de Controle"

com o professor
Andrea Castaldo
professor catedrático de
Direito Penal na Universidade
de Salerno (Itália).

Congresso Internacional

**A Criminologia
do Século XXI
na América
Latina**

De 15 a 18 de setembro de 1999
Buenos Aires - Argentina

Informações:
Departamento de Direito
Penal e Criminologia
Faculdade de Direito
da Universidade Nacional
de Buenos Aires

Tels.: (0054-011) 4809-5666
ou 4809-5665
e-mail: crim21@yahoo.com

O Desenvolvimento Metodológico do Direito Penal

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO

Longe de aproveitar os ensinamentos do passado, de extrair os resultados das experiências presentes para a busca de um futuro melhor, rumo a uma sociedade mais justa, o Direito Penal pragmático, hoje entre nós uma realidade, trabalha apenas com paliativos e simbolismos, propiciando o endurecimento das normas penais, e de outro lado as teorias clássicas da pena não conseguem ajustá-las aos preceitos do Estado Democrático de Direito, isto porque, em breve escorço, a concepção da prevenção geral negativa, a intimidação, a meu juízo, confronta com o fundamento da dignidade da pessoa humana, isto é, a pessoa humana é aterrorizada pela possibilidade, ainda que muitas vezes remota, de vir a ser apenada, e pela prevenção geral positiva, ressocialização, como já destacado no **Boletim IBCRim nº 75** (fevereiro de 1999), no modelo atual prisional, difícil senão impossível obter a socialização ou ressocialização do infrator da norma, sendo este apenas mais um ato da peça "crise penal".

Dentre outros sistemas político-penais, o sistema brasileiro não se enquadra fielmente seja ao positivismo criminológico, naturalista ou legal, ao neokantismo, ao finalismo, muito menos ao funcionalismo ou às estruturas penais do real Estado Democrático de Direito, embora se posicione como Estado integrante, *ex vi* do art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, e o que é pior, o desenvolvimento epistemológico da ciência jurídico-penal não obteve entre nós a devida e merecida atenção, salvo honrosas exceções como a de **Antonio Luís Chaves Camargo** no curso de pós-graduação da USP entre outros, e isto se constata pelo vazio doutrinário e acadêmico brasileiro sobre o tema posto em consideração, corroborado pela ausência de discussões e críticas.

Quando se pensa na metodologia da Ciência Penal, não se deve pensar se uma ou outra concepção é a melhor, ou se esta se adéqua melhor ao sistema, mas deve-se levar em consideração qual é a que legitima o Direito Penal.

Afeto à necessidade de interiorizar os postulados epistemológicos da Ciência Penal, no velho continente, hoje notadamente na Espanha, encontra-se um farto material bibliográfico⁽¹⁾, e talvez o estudioso do Direito Penal menos avisado se perguntaria o porquê de se analisar o desenvolvimento metodológico do Direito Penal? Respondendo a esta questão, **Mir Puig** assevera que "a história do método jurídico-penal responde a dois fatores: a evolução das idéias políticas e o processo filosófico-científico"⁽²⁾.

Todo este estudo de importância destaca a possibilidade ao estudioso não apenas conhecer o pensamento humano no transcorrer dos séculos, mas serve igualmente para identificar e argumentar no sentido crítico de que nos fala **Habermas** e seus discípulos, precisamente sobre a teoria do discurso ou do agir comunicativo⁽³⁾.

Feitos os comentários preliminares que

me parecem pertinentes, metodologicamente, identifico o Direito Penal Brasileiro como sendo "irracional", não aquele propugnado pela Escola de Kiel, de **Schafstein** e **Dahnn**, na Alemanha nazista com a negativa ao conceito de bem jurídico, mas um Direito Penal que se afasta das constatações dogmáticas de um sistema aberto de Direito, criminológicas e de política criminal, passando de *ultima ratio* a *prima ratio*, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivo de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais, a se ver primordialmente em legislações recentes como a Lei dos Crimes Hediondos e suas reformulações, a Lei dos Juizados Especiais, a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei dos Crimes Ambientais entre outras. Agora, no momento em que se discute a reformulação da parte especial do Código Penal Brasileiro, figuras penais conflitantes com uma sociedade do século XXI são inseridas no texto legal, refiro-me ao embate ortotanásia e o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio que continuam sendo apenados, ao

"O Direito Penal Brasileiro da pós-modernidade apresenta-se como demagógico no combate à criminalidade, pouco preocupado em enfrentar o conteúdo desta, para em seu lugar oferecer à população um falso sentimento de segurança."

aborto e à romântica figura do assédio sexual, esta sim uma verdadeira antinomia com os postulados do Direito Penal mínimo, entre outras que se apresentam como figuras de um triste espetáculo.

Melhor seria se os cientistas brasileiros fizessem um "levante", tal como o ocorrido na Alemanha quando das discussões de reforma do Código Penal na década de 60, precisamente em 1966, com o projeto alternativo da lavra de **Roxin**, **Hassemer** e outros não menos brilhantes estudiosos do Direito Penal, que gerou a reforma da parte geral, isto em 1975, sepultando definitivamente **Kant**, **Hegel** e **Kelsen** para o Direito Penal, aliás como frisa com maestria o professor dr. **Chaves Camargo** em suas aulas no pós-graduação da USP.

O Direito Penal Brasileiro da pós-modernidade apresenta-se como demagógico no combate à criminalidade, pouco preocupado em enfrentar o conteúdo desta, para em seu lugar oferecer à população um falso sentimento de segurança, sendo até mesmo postulada por parte de alguns a implantação do programa "lei e ordem - tolerância zero", isto ao arripio das garantias constitucionais, tal como preconizado largamente pelo prefeito de New York.

Quando se quer de forma doutrinária reconhecer o Direito Penal como ciência social e aproximá-lo de ciências não jurídicas, tais como a Psicologia, Sociologia, Criminologia, Filosofia, Lingüística e primordialmente a Política Criminal, para se conhecer o progresso obtido por estas ciências como forma de entender a realidade como melhor forma de combater a criminalidade e propiciar uma participação popular no processo democrático, vê-se o contrário, ou seja, um afastamento completo da interligação com estas áreas do conhecimento e rumo à direção ao pragmatismo puro e simbólico, já sendo reconhecido como motivo incentivador da crise hoje existente no Direito Penal.

Como suposta colaboração ao método, numa concepção política, acredito que se vinculássemos o Direito Penal, sua teoria geral do delito e das sanções aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, visto por **Mir Puig** como "*sistema político que, junto à liberdade formal do Estado Liberal e a fraternidade do Estado Social, procure a efetiva e concreta igualdade dos cidadãos*"⁽⁴⁾, mormente através da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição Federal, obteríamos mais justiça e destinaríamos ao Direito Penal o seu verdadeiro papel, ou seja, de *ultima ratio*. Assim fazendo, combateríamos o delito, estudando-o efetivamente, tratando vítima e autor com dignidade, e não como quer o pragmatismo em manifesto retorno ao século XVIII, onde se pretendia combater o delito sem estudá-lo.

Para que a reforma penal brasileira obtenha sucesso e reconhecimento, é necessário que se cumpra com uma política criminal valorativa, e de verdade se possibilitem discussões críticas ideológicas com todos os segmentos acadêmicos e institucionais penais, e não com um "faz de conta" de política criminal.

A crise do Direito Penal Brasileiro deve-se muito à dogmática pouco desenvolvida nos moldes modernos, e "*quanto menos desenvolvida uma dogmática, mais imprevisíveis serão as decisões dos tribunais*"⁽⁵⁾. Pode-se acrescentar que não apenas serão imprevisíveis as decisões dos tribunais, mas também a própria *opinio doctoris* será alvo de modificação constante, e isto já se viu quanto à extensão ou não dos postulados da lei que trata a tortura com os crimes hediondos e afins.

Não obstante ao postulado acima, quando se renuncia ao pensamento metodológico, acarreta-se um retorno ao pensamento tóxico, ao casuismo e à solução ocasional, geradores que são em muitas vezes da arbitrariedade, irracionalidade, imprevisão e insegurança jurídica.

A interpretação funcional do Direito Positivo deve ser sempre uma interpretação constitucional, isto é, deve-se partir metodologicamente da existência de um sistema político e social. Do exposto, sendo o Brasil um país elencado no rol seletivo dos Estados Democráticos de Direito, não pode o seu Direito Penal desempenhar a mesma função que desempenhava no Estado totalitário ou ditatorial, especialmente no que se refere às teorias do crime e da pena.

Metodologicamente, não poderíamos estar em situação pior. Na égide de um Estado Democrático de Direito, que deve orientar todo o Direito, mormente o Direito Penal,





temos uma parte do Código Penal, é verdade, reformada em 1984, mas alvo de incertezas e polêmicas quanto ao método, alguns institutos entendidos como integrantes do naturalismo, outros do neokantismo e para complementar outros como integrantes do finalismo. Já a parte especial, hoje objeto de projeto de reforma, é manifestamente naturalista, concebida num momento histórico onde o Estado era intervencionista nas relações sociais, fruto da absorção de postulados do Código Penal italiano de 1930, da lavra de **A. Rocco**. Vê-se nos diversos tipos penais da parte especial a "civilização" destes, tais como o crime de dano, o esbulho possessório que antes era perpetrado pelos latifundistas e hoje pelos integrantes do "Movimento dos Sem-Terra" (MST), a apropriação indébita, estelionato, crimes contra a organização do trabalho, etc.

A falácia é tão grande e as reformas pontuais tão presentes entre nós que o próprio legislador contemporâneo, sozinho, trata de instalar entre nós conflitos de interpretação literal, como os verificados na Lei de Lavagem de Dinheiro, ora não permitindo a suspensão do processo e em seguida permitindo-a, etc., etc., etc.

Caso houvesse o estrito seguimento ao método, com certeza as aberrações legislativas tão presentes entre nós não se verificariam com tamanha assiduidade.

Tratados sobre o tema são escritos, não no Brasil como já afirmado; de outro lado, este ensaio não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas de apenas convidar o leitor a realizar um estudo sistematizado sobre a evolução do Direito Penal.

NOTAS

(1) **Mir Puig, S.**, "Introducción a las Bases del

Derecho Penal", Bosch, Casa Editorial, 1976; **Morillas Cueva, L.**, "Metodología y Ciencia Penal", Universidad de Granada, 1993; **Bustos Ramírez, J.**, "Introducción al Derecho Penal", Temis, 1994; **Schünemann, B.**, "El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales", Tecnos, 1991, entre outras obras.

(2) Op. cit., p. 299.

(3) **Warat, Luís Alberto**, "Filosofia do Direito-Uma Introdução Crítica", pp. 60 e ss., e palestra de **Klaus Günther** no IV Seminário Internacional do IBCRim, 9 a 13 de setembro de 1998.

(4) Idem, p. 302.

(5) **Mir Puig**, op. cit., p. 333.

O autor é promotor de justiça em Uberlândia (MG), mestre em Direito Penal pela PUC-SP, doutorando em Direito Penal pela USP e professor de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia.

A Certeza do Crime Antecedente Como Elementar do Tipo nos Crimes de Lavagem de Capitais

FABIO ROBERTO D'AVILA

A recente Lei nº 9.613/98, Lei da Lavagem de Dinheiro, estabeleceu em seu art. 1º que a doutrina denomina de tipo diferido⁽¹⁾, ou seja, determinada conduta punível, cuja subsunção típica depende da existência de um crime antecedente, *in casu*, previamente restrito àqueles elencados em seus incisos I a VII. Em outras palavras, segundo a sistemática legislativa adotada, somente haverá crime de lavagem, se os bens, direitos ou valores envolvidos forem provenientes, direta ou indiretamente, de algum dos crimes arrolados nos referidos incisos.

Por outro lado, observamos que parte da doutrina jurídico-penal vem assumindo uma curiosa postura ao comentar a relação entre estes dois preceitos: o tipo penal diferido e o tipo penal antecedente. Segundo alguns dos comentários destinados ao tema, por ser o crime de lavagem um delito autônomo, não estaria condicionado ao processamento ou julgamento do crime antecedente, como, aliás, expressamente dispõe o art. 2º, inc. II, da lei, exigindo para a subsunção típica do crime de lavagem, apenas a constatação de "indícios", "sérios indícios" da existência do crime antecedente. Tais indícios, chamamos atenção, não serviriam apenas à justa causa para o processamento, mas seriam, até mesmo, suficientes para a condenação do suposto lavadeiro.

Salvo melhor juízo, não podemos concordar com tal posicionamento. É incontestável que a técnica legislativa adotada tornou o crime antecedente elementar do tipo previsto no art. 1º da Lei de Lavagem, condicionando-o a sua verificação plena⁽²⁾. Afinal, acreditando encontrar-nos em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a condenação de um indivíduo, sem a absoluta certeza da realização de todos os elementos previstos no tipo, afrontaria o primeiro postulado

do positivismo jurídico: o princípio da legalidade. Por óbvio, a incerteza quanto a ocorrência do crime antecedente, redundaria na incerteza quanto a um dos elementos objetivos do tipo em questão, impossibilitando, conseqüentemente, a sua adequação legal.

Considerarmos que meros indícios da ocorrência do crime antecedente, mesmo que atribuindo-lhes a inapreensível característica de "sérios", seriam suficientes para justificar uma condenação criminal por lavagem de dinheiro, nos remonta às origens do Direito Penal, do Direito Penal inquisitorial, despótico, autoritário, quando a mera suspeita substituía a verdade no nefasto afã punitivo, seja qual fosse o custo de tal procedimento.

"No caso de lavagem de dinheiro proveniente de tráfico de entorpecentes, *verbi gratia*, só haveria sentido em se falar de lavagem, quando a ocorrência do crime de tráfico estivesse juridicamente certa, uma vez preexistente àquela."

Como bem leciona **Luigi Ferrajoli**⁽³⁾, sustentarmos um ordenamento jurídico democrático e constitucional implica, obrigatoriamente, em um ordenamento jurídico essencialmente complexo, no qual as normas substanciais admissíveis já encontram-se positivadas e, por sua vez, formalmente e objetivamente condicionantes. Neste universo, a única concepção de crime admissível é a exclusivamente formal, isenta de todo mo-

ralismo ou naturalismo que pudesse, de qualquer forma, ingerir em sua perfeita e objetiva representação. Considera-se crime, por sua vez, toda ação ou omissão que atenda, no mínimo, aos elementos de tipicidade e antijuridicidade, eis que, como sabemos, a culpabilidade, segundo parte da doutrina, é mero pressuposto da pena⁽⁴⁾.

Assim, levando em consideração o conceito formal de crime e a sua colocação como elementar no delito de lavagem, poderíamos cogitar quais seriam as conseqüências sofridas pelo tipo de lavagem, no caso de reconhecer-se, em relação ao crime antecedente, a ocorrência de erro de tipo invencível, ausência de tipo subjetivo ou ocorrência de alguma justificante, entre outras hipóteses excludentes do crime em sua concepção formal, uma vez que meros indícios, certamente, não seriam capazes de elucidar a ocorrência de tais fatos. Ora, é evidente que o reconhecimento de uma justificante, ou a ausência de um dos elementos do tipo, acarretaria na ausência do crime antecedente e, por conseguinte, na absoluta impossibilidade de subsunção típica, pela ausência da elementar típica "crime". No caso de lavagem de dinheiro proveniente de tráfico de entorpecentes, *verbi gratia*, só haveria sentido em se falar de lavagem, quando a ocorrência do crime de tráfico estivesse juridicamente certa, uma vez preexistente àquela.

Assim, já que o art. 1º da Lei nº 9.613/98 faz expressa menção a "crime" antecedente, não podemos prescindir da análise de uma possível justificante, a qual implicaria na inexistência dos dois delitos. Destarte, como avaliar objetivamente, a presença ou não de tal ocorrência, levando em consideração meros indícios? Não seria temeroso angariar-se condenações pelo crime de lavagem, na ausência do delito anterior pela operação de uma excludente da ilicitude? Indícios, como bem indica seu próprio nome, são elementos de mera probabilidade, nunca de certeza, havendo grande margem para o engano judicial, para o erro, para a injustiça, custos que, segundo **Luigi Ferrajoli**⁽⁵⁾, são absolutamente injustificáveis positivamente ou, sequer, tolerados com base em teorias ou ideologias de justiça. Certamente não há outra interpretação plausível:





ou admitimos a presença do crime antecedente como elementar objetiva do crime de lavagem, devendo ser concebido em sua concepção formal, mediante critérios de certeza, ou daremos margem a uma interpretação absolutamente substancialista de crime, na idéia do delito além da lei, em sua identidade ontológica de *malum in se*⁽⁶⁾.

Deixemos claro, por outro lado, que a prova cabal da ocorrência do delito antecedente poderá, tranqüilamente, ser verificada no próprio processo de apuração do crime de lavagem ou, até mesmo, em processo autônomo aberto pela notícia da ocorrência do crime anterior. Meros indícios do crime anterior seriam suficientes, isto sim, para instrumentalizar o oferecimento da denúncia, uma vez que a sua prova efetiva estaria relegada à instrução⁽⁷⁾.

Devemos, por fim, observar que o tipo previsto no art. 1º da Lei nº 9.613/98 não corresponde à melhor técnica legislativa. Em que pese uma certa discussão quanto à efetiva existência de elementos absolutamente descritivos⁽⁸⁾, bem como a dificuldade de sua utilização na tipificação de delitos "modernos", não resta dúvida que o legislador deve tentar ater-se a estes, evitando a utilização de elementares de cunho normativo na construção típica, com vistas a uma maior objetividade e fidelidade aos princípios garantistas da legalidade, da le-

galidade estrita e da determinação do tipo. Como bem salientam **Maurach e Zipf**, "*la exigencia de la óptima determinación de las normas jurídicas conminatorias emana inmediatamente del principio del Estado de derecho y tiene su más importante ámbito de aplicación en el derecho penal*"⁽⁹⁾.

Ademais, neste importante momento político em que vivemos, no qual a justificável insatisfação popular com as medidas de Estado propuliona uma espécie de turbilhão legiferante, hipocrisia concretizada na absoluta falácia discursiva, a função garantista do Direito Penal nunca foi tão útil, como instrumento de limitação ao poder punitivo do Estado, opondo-se a este inexpugnável Direito Penal emergencial, cujos ditames vêm assolando, indiscriminadamente, séculos de evolução, em uma voracidade destrutiva surpreendente. Lembramos sempre, como bem adverte **Paolo Risi**, "*la justicia penal, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos peligros talvez mayores que los suscitados por las pasiones dos culpables*"⁽¹⁰⁾.

NOTAS

(1) Ver **Cervini, Raúl; Oliveira, William Terra de; Gomes, Luiz Flávio**, "*Lei de Lavagem de Capitais*", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 326.

(2) Ver **Jacobs, Günther**, "*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*", 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 189.

(3) **Ferrajoli, Luigi**, "*Derecho y Razón, Teoría del*

Garantismo Penal", 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 353/381.

(4) Neste sentido, **Damásio de Jesus** ("*Direito Penal, Parte Geral*", v. 1, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 149) e conhecida doutrina nacional. Em sentido contrário, considerando a culpabilidade como elemento constitutivo de crime, entendimento que entendemos mais acertado, **Cezar Roberto Bitencourt** ("*Teoria Geral do Delito*", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 33); **Francisco de Assis Toledo** ("*Princípios Básicos de Direito Penal*", 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 82); **Reinhart Maurach e Heinz Zipf** ("*Derecho Penal, Parte General*", v. 1, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 212); **Enrique Bacigalupo** ("*Manual de Derecho Penal, Parte General*", 2ª ed., Bogotá, Temis, 1994); entre outros.

(5) **Ferrajoli, Luigi**, op. cit., pp. 210/211.

(6) Ver **Ferrajoli, Luigi**, op. cit., p. 376.

(7) Este também é o entendimento adotado por **Marco Antônio de Barros**, em sua recente obra sobre o tema ("*Lavagem de Dinheiro*", São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 84).

(8) Ver **Maurach, Reinhart, Zipf, Heinz**, op. cit., pp. 365/366.

(9) **Maurach, Reinhart, Zipf, Heinz**, op. cit., p. 158.

(10) **Risi, Paolo**, *apud* **Ferrajoli, Luigi**, op. cit., p. 604.

O autor é advogado, especialista em Ciências Penais pela PUC/RS, mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS e Conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Ciências Criminais.

Antecedentes do Réu e Direito à Suspensão Condicional do Processo Penal

WELLINGTON CABRAL SARAIVA

Volta e meia, na praxe do foro, surge a questão do suposto direito do cidadão com antecedentes criminais a que o Ministério Público formule proposta de suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, desde que satisfeitos os demais requisitos do art. 89 deste diploma normativo. Para tanto, alega-se, em geral, que (a) a proposta de suspensão condicional do processo é direito subjetivo do réu, existente desde que se mostrem presentes os demais requisitos da lei, e (b) o requisito legal de não estar respondendo a outro processo como obstáculo à suspensão condicional feriria o preceito constitucional que estabelece o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República).

Aqui se analisarão alguns aspectos quanto à irrelevância da existência de inquéritos ou processos em andamento para o fim de ser formulada a resposta de suspensão do processo.

Não se deve examinar esse aspecto da Lei nº 9.099/95 com posições preconcebidas. Dispõe a lei, no art. 89: "*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado*

não esteja sendo processado ou não tenha sido processado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

É verdade que a existência de inquéritos policiais ou processos criminais em andamento não representa demonstração de culpa formalmente reconhecida pelo aparato estatal. Todavia, inquéritos e processos em curso podem funcionar como indício, mais ou menos veemente, de reprovabilidade da conduta social do agente e, até, de sua periculosidade. Tanto é assim que a existência desses registros é costumeiramente tomada pelos órgãos jurisdicionais como elemento relevante para a decretação da prisão preventiva, por exemplo. Servem, igualmente, na avaliação das chamadas circunstâncias judiciais, a que alude o art. 59 do Código Penal, determinantes da fixação da pena.

Do mesmo modo, esses registros podem e devem ser considerados no momento da proposição e da homologação da suspensão condicional do processo. Em outras palavras, a existência de inquéritos ou ações em andamento pode, em determinados casos concretos, ser considerada não-impediente da proposta de suspensão, ao passo que, em outros, pode e deve afastar o benefício da Lei nº 9.099/95.

Não se está a afirmar que a simples existência de inquéritos ou ações em marcha contra o indivíduo signifique reconhecimento antecipado de culpa. Trata-se, no entanto, de critério razoável que o legislador elegeu para excluir do *favor legis* certa parcela de cidadãos, não parecendo que se possa ver aí, de pronto, flagrante inconstitucionalidade. De mais a mais, o fato de estar eventualmente excluída a possibilidade de suspensão condicional do processo não traz gravame ao acusado, pois não significa que ele vá cumprir pena; apenas, que deverá responder ao processo, podendo vir a ser, é claro, absolvido, sem necessidade, portanto, de submeter-se às condições da suspensão prevista no art. 89.

Para demonstrar que a interpretação do art. 89 não admite soluções baseadas apenas em pré-compreensões, examinem-se os seguintes casos hipotéticos:

I - **A** é denunciado por descaminho e sua folha de antecedentes registra um inquérito policial por lesão corporal culposa ocorrida em acidente de trânsito;

II - **B**, motorista profissional, está sendo processado por várias lesões corporais e homicídios em acidentes de trânsito e vem a ser novamente processado por lesão corporal em acidente dessa natureza;

III - **C** é investigado por numerosos crimes contra o sistema financeiro nacional e vem a ser denunciado por desobediência.

No primeiro caso, parece evidente que a existência do inquérito não deveria servir de óbice à proposta de suspensão, no processo por descaminho, pois a simples investigação de lesão culposa em acidente de veículos não guarda, em princípio, relação alguma com a possível culpabilidade do denunciado por delito de descaminho. Não serviria, portan-





to, para recomendar a não-proposição da suspensão condicional.

No segundo, o indivíduo teria "direito subjetivo" à proposta de suspensão? Parece certo que não, pois a circunstância de o réu responder a várias investigações por delito idêntico àquele por que volta a ser acusado claramente recomenda que sua responsabilidade seja apurada, de modo cabal, no processo.

Já no terceiro caso, diante de maiores detalhes sobre cada investigação, o Ministério Público talvez concordasse em apresentar proposta de suspensão e o juiz quiçá a homologaria. Nesta situação, em vez de o órgão ministerial formar já na propositura da ação penal o juízo acerca da inconveniência da suspensão, deveria coletar elementos respeitantes aos feitos em andamento e, então, formular ou deixar de formular, fundamentadamente, a proposta de *sursis* processual, mesmo que a ação proposta já houvesse caminhado alguns passos. Na verdade, desejável seria que o membro do Ministério Público colhesse tais informações antes mesmo da denúncia, para pronunciar-se quanto à proposta já no momento de aforar a petição inicial.

Deve considerar-se, ainda, a espécie de antecedentes registrados com relação a cada denunciado. Imaginem-se as situações hipotéticas que se seguem:

I - **D** apresenta em sua folha de antecedentes várias ações penais julgadas pela absolvição em razão de insuficiência de provas;

II - **E** foi numerosas vezes processado, mas sempre absolvido pelo caráter não-criminoso do fato ou pelo acolhimento da tese de negativa de autoria;

III - **F** respondeu a três ações, todas com extinção da punibilidade em razão de prescrição retroativa.

Novamente parece que as soluções poderão divergir em cada caso. No primeiro, o exame detido dos antecedentes poderá recomendar a não-suspensão do processo. No

segundo, não haveria motivo para que o denunciado deixasse de gozar do *favor legis*. No terceiro, o caminho adequado poderia ser idêntico ao primeiro, mas, por outra parte, a decretação da prescrição retroativa implica a existência de condenação anterior. Ora, não obstante se diga e repita que a prescrição, no caso, por atingir a pretensão punitiva, apaga todos os efeitos da sentença condenatória que vem a ser desconstituída, parece razoável que, em certos casos, o Ministério Público e o juiz concordem em que atende melhor ao interesse público que o réu responda à acusação, defendendo-se como lhe aprouver.

"...inquéritos e processos em curso podem funcionar como indício, mais ou menos veemente, de reprovabilidade da conduta social do agente e, até, de sua periculosidade."

Em síntese, o que se quer reafirmar é o descabimento de considerar, *a priori*, absolutamente aplicável ou inaplicável a restrição do *caput* do art. 89, quanto a não ter antecedentes o denunciado. Aliás, nesse sentido posicionaram-se **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Magalhães Gomes Filho**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Luiz Flávio Gomes**, dos quais os três primeiros participaram da comissão que elaborou o anteprojeto da Lei nº 9.099/95, enquanto o último, da comissão revisora da reforma do CPP. Salientam eles, com extrema propriedade, que o(s) processo(s) existente(s) contra o denunciado deve(m) ser apreciado(s) em cada caso, a fim de gerar(em) juízo negativo ou positivo acerca da possibilidade de suspensão do processo. Veja-se o correto raciocínio desses juristas:

"A existência de outro processo em curso,

destarte, levará o juiz a um exame mais aprofundado das chamadas circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos, etc.) mas *por si só não pode ser obstáculo à suspensão do processo. Em virtude de um juízo negativo (fundamentado) das condições judiciais torna-se possível o indeferimento da mencionada via alternativa. Tal não poderá ocorrer, no entanto, com a invocação 'seca' da existência de processo em curso. As normas constitucionais [que estabelecem o princípio da presunção de inocência] operam hierarquia superior e não são meras peças de decoração" (Grinover, Ada et alii, "Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995", 2ª ed., rev., atual. e aum., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 214, sem grifo no original).*

Se, por um lado, como sustentam, a existência de processos ou inquéritos em nome do denunciado não deve impedir, de modo apriorístico, a proposta de suspensão, em face do princípio constitucional citado, por outro eles admitem que tais antecedentes sejam cotejados com a acusação atual para a formulação de juízo positivo ou negativo quanto à conveniência da suspensão condicional do processo.

A existência de antecedentes, portanto, impõe o exame do caso concreto por parte do Ministério Público, não devendo servir como impediante absoluto para a proposta de suspensão condicional do processo e, ao mesmo tempo, não deve ser desprezada em homenagem cega ao princípio da presunção de inocência, até porque a não-proposição do *sursis* processual não significa condenação, mas simplesmente a sujeição do denunciado ao devido processo legal, quando terá oportunidade de defender-se de maneira ampla.

O autor é procurador da República e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região.

Ação Civil Pública Versus Ação Penal Pública (Ou o Devido Processo Legal Versus Discricionariedade do Titular de Uma Ação)

PEDRO KREBS

A Lei nº 9.605⁽¹⁾, de 12.02.98 (Lei dos Crimes Ambientais), em seu art. 3º, acatou a possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada sujeito ativo de crime. Sem ambicionar discutir se é possível ou não tal imputação, a verdade é que, no tocante às penas (art. 21 - multas, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade), o legislador resolveu utilizar sanções tipicamente administrativas ou civis. Referida postura, entretanto, acabou por colidir dois interesses, no caso, a responsabilização civil e penal da pessoa jurídica.

Não são raros os exemplos do ajuizamento da ação civil pública visando proteger o meio ambiente. Tal procedimento, aliás, está previsto expressamente na Lei nº 7.347 (art. 1º, I), cuja sentença poderá ser um *facere*, um *non facere*, ou, por último, uma condenação em dinheiro (art. 3º). Entretanto, a prática tem mostrado que essas obrigações de fazer ou não fazer se traduzem em atividades que, atualmente, são caracterizadas como sanções penais (a propósito, ver os arts. 22 e seguintes da Lei nº 9.605/98).

Suponhamos o seguinte exemplo: foi

constatado que uma empresa pratica conduta lesiva ao meio ambiente, uma vez que a mesma dá causa à poluição de um rio. Pergunta-se: poderia o Ministério Público ingressar com uma ação civil pública visando a condenação da pessoa jurídica em uma obrigação de não fazer (no caso, *suspender a atividade poluidora*)? *A priori*, a resposta é positiva, pois estão presentes os requisitos previstos na Lei nº 7.347/85 (arts. 1º, I, e 3º). Entretanto, atualmente, a conduta danosa acima referida resta caracterizada como criminosa (art. 54, da Lei nº 9.605/98), cuja pena pode ser também a de *suspensão parcial de atividade* (art. 22, I). Assim sendo, é de se fazer a seguinte indagação: qual a ação que poderá ser proposta? A ação penal ou a ação civil? Pode o autor — no caso, o Ministério Público — escolher simplesmente a ação? A eleição da demanda é atividade discricionária? Tais questionamentos, em suma, é que serão analisados, no presente estudo, dentro, é óbvio, das suas limitações, a respeito da possibilidade de o órgão do Ministério Público pretender buscar uma *pena*, não através da ação penal, mas através de uma ação civil pública.





O primeiro óbice encontrado é a questão da competência que, saliente-se, é tema de ordem pública (especialmente esta que aqui é analisada, sendo absoluta, pois se dá em razão da *matéria*). Ora, a partir do momento que o legislador federal possibilitou a imposição de penas (entendam-se *sanções penais*, e não civis) àquelas pessoas jurídicas que danificam o meio ambiente, é lógico que o juízo competente para julgar a causa é o criminal, não sendo pensável que o juiz de uma vara cível possa impor uma sanção penal ao réu. De igual forma, não se poderia admitir que o autor da demanda pudesse simplesmente mudar o nome da ação para escolher o juízo. A determinação da competência, repita-se, é questão de ordem pública — a lei determina o juiz competente —, não cabendo à parte qualquer direito de eleição.

O segundo problema diz respeito ao procedimento. Este deverá ser aquele determinado na lei ambiental — arts. 26 a 28 — e não o da Lei nº 7.347/85. Assim sendo, incabível a imposição daquelas sanções determinadas no art. 21 da Lei nº 9.605/98 sob forma de medida liminar (cabível na ação civil pública, nos termos do *caput* do art. 12 da Lei nº 7.347/85), eis que não concebe a idéia da imposição antecipada de uma sanção penal. De outra banda, vê-se que a própria lei (arts. 27 e 28) possibilita a aplicação da Lei nº 9.099/95. Ora, é óbvio, pois, que a ação civil pública, que se mostra muito mais severa para a pessoa do réu, não poderá ser utilizada, especialmente no tocante à sua falta de harmonia com a Lei dos Juizados Especiais.

Outra incompatibilidade existente na utilização das sanções descritas na Lei nº 9.605/98 através de uma ação pública é o fato de o art. 3º da lei ambiental exigir, para a responsabilização penal da pessoa jurídica, um dolo específico da pessoa do "representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado" sempre "no interesse ou benefício da sua entidade". Assim o sendo, um agir imprudente, por exemplo, de um empregado da empresa, não possibilita a imposição de uma pena à pessoa jurídica e, portanto, aquelas sanções que lhe seriam aplicadas não poderão servir de utilização em uma ação civil pública. Entenda-se: a *suspensão parcial de atividade* poluidora, por exemplo, é uma sanção penal (art. 22, I, da Lei nº 9.605/98) e somente poderá ser aplicada à pessoa jurídica se houver a comprovação do dolo específico previsto no art. 3º. No caso de restar incomprovado este elemento subjetivo, a pena não poderá ser aplicada nem no proces-

so criminal e, por óbvio, nem em nenhum outro.

Por fim, podemos argüir a ilegitimidade da parte autora a fim de caracterizar a impossibilidade da ação penal pela ação civil pública. É que o art. 5º da Lei nº 7.347/85 possibilita a várias pessoas, que em nada se identificam com o titular da ação penal pública incondicionada, o ajuizamento da ação civil pública (art. 26 da Lei nº 9.605/98). Assim sendo, não é possível entender como cabível uma associação, cuja personalidade jurídica seja de direito privado, ambicionar o ingresso de uma demanda a fim de provocar o Poder Judiciário, pleiteando que este aplique ao réu uma sanção penal.

"Podemos, assim, concluir que está impossibilitado o Ministério Público de ajuizar a ação civil pública para buscar, em sentença, aquelas sanções determinadas na Lei nº 9.605/98, em seus arts. 21 e seguintes. Entender o contrário significa violar o princípio do devido processo legal, preconizado em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, LIV."

Neste sentido, conclui-se que o pedido feito pelo(s) titular(es) de uma ação civil pública poderá ser qualquer um, no sentido de zelar pelo meio ambiente, desde que não seja nenhuma daquelas penas descritas nos arts. 21 e seguintes da Lei nº 9.605/98.

E não há o que se falar no tocante à distinção das diversas responsabilidades que podem incidir sobre a mesma pessoa. É sabido que a responsabilidade civil é distinta da penal e ambas são distintas da administrativa. Esse, entretanto, não é o objeto da discussão. Apenas a título de exemplo, podemos constatar que a multa pode ser utilizada como sanção penal (art. 21, I) ou administrativa (art. 72, II e III). No caso, o legislador permitiu que a Administração Pública e o Judiciário aplicassem a mesma sanção. Como a atividade administrativa e a jurisdicional se confundem (ambas visam o cumprimento da lei), denota-se que não há óbice algum nesta cumulatividade, eis que a imposição de ambas decorre da vontade do legislador. Conclui-se, pois, que a discussão é outra. Considerando a possibilidade de o

Poder Judiciário aplicar a pena de suspensão parcial de atividade, resta saber qual a "ação" que poderá ser utilizada para o provocar. Será a ação civil ou a criminal? É lógico que, pelo princípio da especialidade, denota-se que a lei ambiental é especial em relação à lei que regulamenta a ação civil pública. Isto porque o art. 3º da Lei nº 7.347/85 possibilita a condenação da pessoa jurídica, pelo Judiciário, a qualquer obrigação de fazer ou não fazer. A Lei dos Crimes Ambientais, ao contrário, pelo princípio consagrado do *nul-la poena sine lege*, possibilita apenas a condenação das sanções descritas nos arts. 21 e seguintes. Tais punições, pois, são *penais*, descabendo, portanto, a sua aplicação em uma ação civil. Como se não bastasse, o art. 75 do Código Civil determina que a "todo o direito corresponde uma ação". Conclui-se, assim, que existe apenas *uma* ação, e não *várias*, como se fosse possível a imposição de uma mesma sanção, pelo Judiciário, através de mais de uma "ação".

Assim o sendo, qualquer ação civil pública, cujo pedido do autor se identifique com alguma das sanções descritas nos arts. 21 e seguintes da Lei nº 9.605/98 possibilitará ao réu, de imediato, excepcionar a incompetência do juízo, requerendo seja adotado o rito próprio das ações penais, inclusive com a observância dos ditames da Lei nº 9.099/95.

Podemos, assim, concluir que está impossibilitado o Ministério Público de ajuizar a ação civil pública para buscar, em sentença, aquelas sanções determinadas na Lei nº 9.605/98, em seus arts. 21 e seguintes. Entender o contrário significa violar o princípio do devido processo legal, preconizado em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, LIV.

Tais ponderações evidenciam os problemas apresentados pelo legislador ao resolver punir a pessoa jurídica criminalmente. É que estávamos acostumados a vislumbrar a imposição da pena à pessoa do sócio e a sanção civil à pessoa jurídica. Agora, com o advento da Lei Ambiental, houve uma confusão de sanções *ao mesmo réu*, e, portanto, deverá ser utilizado apenas um dos dois procedimentos, no caso, o que se caracteriza pela especialidade.

NOTA

⁽¹⁾ Para fins de facilitar a leitura, resolvemos redigir em itálico as referências à Lei nº 7.347, de 24.07.98, que trata da ação civil pública.

O autor é professor de Direito Penal da Unisinos e procurador do Estado do RS.

Controle ExAnte

MOHAMAD ALE H'ASAN MAHMOUD

Gostaria de chamar a atenção para um assunto urgente. Trata-se do Projeto de Lei nº 933/99, de autoria do Poder Executivo Federal. No dizer do professor Miguel Reale Jr., mais uma obra do Direito Penal Fernandino que já nos

rendeu, de 1990, para cá uma legislação que no mínimo pode ser chamada de desastrosa.

Segundo seus autores, é uma proposta de alteração do Código Penal, mediante a tipificação de condutas que constituem

crimes contra a Previdência Social, e dá outras providências.

Para começar, deparamo-nos com inusitada técnica redacional. Aumentam-se quatro artigos no Código Penal: art. 168 - A, art. 312 - A, art. 319 - A e art. 337 - A⁽¹⁾. Respectivamente, são "*apropriação indébita de contribuição previdenciária*", "*inserção de dados falsos em sistema informatizado*", "*modificação ou alteração não au-*



torizada de sistema informatizado" e "sonegação de contribuição previdenciária".

No § 2º do art. 168 - A, estatuiu-se uma causa especial de extinção de punibilidade: "se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal" (destaque nosso).

Numa primeira leitura, já pode-se deparar com inconstitucionalidade da regra. Constata-se a aporia, pois, principia-se pela abertura de uma saída para o imputado de apropriação de contribuição previdenciária, entretanto, condiciona-se à renúncia de uma garantia constitucional, a saber, a prescrita no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República. Então, o imputado deve se submeter, resignadamente, à decisão administrativa de que não recolheu adequadamente as contribuições previdenciárias (não podendo discordar e se socorrer do Judiciário) para evitar que se instaure contra ele a persecução penal com o constrangimento do *streptus fori*. Ou se estabelece adequadamente a "ponte de ouro" da política criminal ou, fatalmente, estar-se-á dando azo a grandes injustiças.

Entretanto, em análise mais detida do tipo, lançando-se mão de recursos hermenêuticos, verifica-se que o termo "ação fiscal" tem um significado legal específico. A Lei nº 4.729/65, que cuida do crime de sonegação fiscal, em seu art. 2º⁽²⁾, trazia disposição semelhante, excludente de punibilidade, usando a expressão destacada no âmbito administrativo — atividade dos agentes públicos consistente na atuação e aplicação de penalidades. Sob este prisma, auxiliando-nos da interpretação sistemática, ainda mais grave se manifesta a incongruência, pois nem mesmo na esfera da administração poderá o suposto infrator discutir (defender-se) a veracidade da ocorrência de uma das elementares típicas, sem que, concomitantemente, paire sobre ele a sombra de um inquérito policial. Este incoará, veja só, sem a materialidade do delito, empolgando a nefasta prática de se investigar para descobrir se se praticou algum delito, se é que há algum; e aonde vai parar a segurança jurídica?

Já no § 3º deste mesmo artigo concede-se a faculdade ao juiz de "deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e houver demonstrado intenção de não voltar a delinquir, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição previdenciária, inclusive acessórios; ou II - o valor das contribui-

ções devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (NR)" (destaque nosso). A expressão evidenciada relaciona-se claramente com um critério penal que não se adequa com o Direito Penal democrático. Trata-se de aferir a periculosidade do imputado, antever-se a possível recidiva. Tem-se a manifestação de um Direito Penal do autor em vez de um Direito Penal do fato, este sim em conformidade com os ditames de um Direito Penal avançado.

O projeto em análise apresenta também grandes novidades no plano do Processo Penal. Traz em seu bojo a disciplina de um procedimento processual penal muito especial.

Reza o art. 4º, que "oferecida a denúncia, o réu será citado para, no prazo de 15 dias, apresentar resposta escrita, juntar documentos, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as diligências que entender necessárias" (negrito nosso).

"O projeto em análise apresenta também grandes novidades no plano do Processo Penal. Traz em seu bojo a disciplina de um procedimento processual penal muito especial."

Trata-se de providência que, em princípio, lembra o disposto no art. 514 do Código de Processo Penal. Todavia, utiliza-se terminologia imprópria, pois como a denúncia ainda não foi recebida não há se falar em citação.

No art. 7º faculta-se ao juiz o "julgamento antecipado da lide para absolver o réu quando não houver necessidade de se produzir outras provas em audiência". Sem querer entrar na polêmica da existência ou não da lide no Processo Penal, adotando-se o entendimento do professor **Rogério Lauria Tucci** (inexistência), melhor opção seria não utilizar-se um instrumental próprio do Processo Civil. A intenção foi boa, todavia veiculada de modo impróprio. Mais adequado seria prever a possibilidade de "julgamento antecipado do pedido".

No art. 8º preceitua-se que "na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á ao interrogatório do réu, se estiver presente, e à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e defesa nesta ordem". Ora, é óbvio que somente será possível que se proceda ao interrogatório se presente estiver o réu.

Em seu § 1º há uma disposição inútil: "a audiência realizar-se-á ainda que o

réu citado, inclusive por edital, não compareça, seguindo o processo à sua revelia". A dispensabilidade refere-se ao tratamento da matéria pela legislação subsidiária, Código de Processo Penal, art. 367.

Há ainda uma grande inovação que poderá coibir abusos inquisitivos que não raras vezes ocorrem nas audiências. Estabelece o § 2º que "as perguntas da acusação e da defesa serão por elas formuladas diretamente às testemunhas, na presença e sob a fiscalização do juiz".

Assim, traz-se estes pontos à discussão e convida-se a debater o presente projeto para que possamos exercitar prática tão salutar que é a profilaxia de impropriedades legislativas.

NOTAS

⁽¹⁾ "Art. 168 - A. Deixar o dirigente ou o empregado responsável de instituição financeira ou bancária ou de agente arrecadador ou receptor de repassar à Previdência Social as contribuições que recolher dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

...
Art. 312 - A. Inserir o funcionário autorizado ou facilitar a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Previdência Social com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano à Previdência social: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (NR)

...
Art. 319 - A. Modificar ou alterar o funcionário sistema ou programa de informática sem autorização ou solicitação da autoridade competente: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

...
Art. 337 - A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
I - omitir da folha de pagamento da empresa ou de documentos de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;
II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;
III - omitir total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:
Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁽²⁾ Revogado pela Lei nº 8.383/91.

O autor é advogado e colaborador do Boletim IBCCrim.

Visite nosso SITE e cadastre-se ou faça sua atualização de cadastro:
Site: www.ibccrim.com.br — e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

De Cobras e Lagartos

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA

Em recente artigo, publicado no *Boletim IBCCrim* nº 76/99, **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**, em linguagem e com imagens divertidas, expõe, mais uma vez, o perigoso grau de distanciamento em que se encontra o "nosso *dura lex sed lex*", vítima da "falta de compreensão do Direito como expressão de valores de convivência segundo um centro último de referibilidade...", fruto da visão daqueles que, segundo **Miguel Reale**, "...identificam juridicidade com legalidade, ou juridicidade com economicidade"⁽¹⁾.

Do lado de cá, e no exercício do Ministério Público Federal, deparamo-nos, agora já freqüentemente, com seguidas autuações em flagrante de pessoas surpreendidas à margem de rodovias estaduais, oferecendo ao comércio espécimes de *Rynodrilus Alattus*, a conhecida — ao menos na área rural — **minhocuçu**, encontradas aos borbotões em todas as regiões onde se deram as aludidas autuações. Diante de tais fatos, entramos em contato com servidores do Ibama, na busca de esclarecimentos acerca de uma possível (e necessária!) identificação das espécies **tecnicamente** abarcadas pela **fauna silvestre** contida no art. 26 da Lei nº 9.605/98.

Obtivemos ali a informação de que todos os animais que vivam e tenham a sua reprodução **fora do cativeiro** poderiam ser caracterizados como integrantes da fauna nacional. De fato, a resposta procede. Por **silvestre** deve-se entender o "que vegeta e se reproduz sem necessidade de cultura; selvagem", conforme definição de **Aurélio**.

Entretanto, e obviamente, a dúvida então experimentada não apontava para as eventuais acepções dos vocábulos "fauna silvestre", mas sim para uma esperada constatação da existência (indispensável, a nosso juízo) de análise técnica indicativa da **necessidade de proteção desta ou daquela espécie**, di-

ante do contexto global da tutela ambiental. É dizer: **Quando, em que medida e em relação a quais espécies se deverá estender a proteção ambiental, com o objetivo de impedir ações que impliquem o desequilíbrio entre os inúmeros integrantes da fauna nacional, de tal maneira que ponha em risco qualquer dos valores ambientais objetos daquela específica tutela?** Fora daí, isto é, não comprovada a mais mínima ne-

"Em que medida e em relação a quais espécies se deverá estender a proteção ambiental, com o objetivo de impedir ações que impliquem o desequilíbrio entre os inúmeros integrantes da fauna nacional, de tal maneira que ponha em risco qualquer dos valores ambientais objetos daquela específica tutela?"

cessidade de proteção em relação a determinadas espécies, aferida pelo estágio e grau de reprodução de cada uma em determinado momento (que será também o *momento do Direito*), não se poderá admitir a incidência das normas penais previstas na citada Lei nº 9.605/98, sob pena de vermos-nos na contingência de aceitar a incriminação de toda ação hostil à "*ave caradriiforme, da família dos recurvirrostros (Himantopus h. melanurus Vieli), do Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai e grande parte do Brasil*"⁽²⁾; uma das espécies do conhecidíssimo **pernilongo**. E, no mesmo passo, aos *animais anelídeos*,

oligoquetos, que também atendem pelo nome de **minhoca**, seguidos dos marimbondos, mosquitos, muriçocas, formigas, etc.

Assim e por razões outras, tantas e tão óbvias, não vemos como emprestar aos tipos penais em comento a **extensão** que parecem supor os técnicos e demais envolvidos na proteção ambiental que, de um lado, **ampliam os horizontes do Direito Penal** para **muito além** de qualquer fronteira ou expectativa racional e, de outro, terminam por **reduzir a criminalidade** ao simples descumprimento de qualquer norma positiva, sem **nenhum compromisso axiológico** na sua interpretação, resuscitando, com nova (porque legal) roupagem, o Direito Penal da **vontade**, proclamado e sustentado com fervor nazista pela Escola de Kiel, na Alemanha de Hitler. Mais uma vez com **Reale**, "*Só a perda da nota axiológica essencial explica a redução do Direito a uma coordenação exterior de vontades dirigidas para um fim qualquer, desde que dele se origine uma vinculação garantida pela autoridade do grupo, quando nenhum Direito pode existir contra o Estado...*"⁽³⁾.

São estas as poucas mas suficientes razões com as quais, firmemente convencidos que não é este o bem jurídico objeto da proteção positivada na Lei nº 9.605/98 — ressaltando, porém, que até poderá vir a sê-lo, se **outros forem o tempo e a realidade** — **não vemos** como emitir juízo **positivo de tipicidade**, ainda, em relação à ação de comércio de minhocas, minhocuços e outras iscas.

NOTAS

- (1) **Reale, Miguel**, "*Filosofia do Direito*", 17ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, pp. 704/705.
 (2) **Holanda, Aurélio Buarque de**, "*Novo Dicionário Aurélio*", Editora Nova Fronteira.
 (3) **Reale**, ob. cit., p. 705.

O autor é procurador da República em Minas Gerais, professor da Faculdade de Direito Milton Campos e mestrando em Ciências Penais da UFMG.

Imputabilidade Penal de Adolescentes

SELMA L. N. SAUERBRONN DE SOUZA

Diante do vertiginoso crescimento da ocorrência de delitos envolvendo adolescentes, a inimputabilidade penal vem encetando várias discussões no âmbito social, especialmente junto aos parlamentares, juristas, órgãos de segurança pública, imprensa, etc.

Sustenta-se a redução do limite de idade para 16 anos, a pretexto de aumentar a responsabilidade dos jovens na sociedade e, por conseguinte, diminuir a criminalidade juvenil, considerando a evolução dos meios de comunicação, não se concebendo que o menor de 16 anos não possua plena consciência do caráter ilícito da conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Argumenta-se o ilogismo existente entre

a idade fixada para o início da imputabilidade penal e a faculdade constitucional conferida ao adolescente de 16 anos de exercer o direito de voto.

Os adeptos desse entendimento demonstram desconhecimento da dinâmica do País, transferindo para a alçada da repressão policial as soluções dos problemas que envolvem os nossos adolescentes infratores. Dissemینam a falsa idéia de que somente a repressão do Estado através da aplicação da lei penal é a única medida capaz de conter a criminalidade juvenil e de redimensionar a conduta do jovem delinqüente com idade superior a 16 anos, apregoando, desse modo, a "impunidade" do menor de 18 anos e o fracasso do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal, ao optar pelo critério biológico à fixação da idade para imputabilidade penal, apesar de seguir conveniência de política criminal, agiu considerando a realidade social brasileira. Sendo assim, esta mesma realidade respalda a manutenção do critério abraçado pelo texto constitucional, reafirmado na Lei nº 8.069/90. Esta, espelhando fielmente as diretrizes constitucionais e os postulados de vários documentos internacionais, tendo o Brasil assumido o compromisso de cumpri-los através de convenção, estabelece normas concernentes ao atendimento do adolescente infrator, ao processo e às medidas sócio-educativas passíveis de aplicação. É inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente não compactua com a delinqüência e a impunidade. Pelo contrário, na esfera do ato infracional contempla tratamento mais severo, submetendo o adolescente a processo semelhante àquele destinado ao adulto criminoso, fixando medidas sócio-educativas





rigidas, como as de semiliberdade e reclusão em estabelecimento educacional, ambas constitutivas da liberdade.

Por outro lado é inquestionável o reconhecimento da falência do atual sistema penitenciário nacional, onde há dúvida quanto a sua eficácia ressocializante. Em que pese o esforço do Poder Público no sentido de fixar política penitenciária compatível com a demanda, as nossas prisões possuem aproximadamente 170.602 presos. Em contrapartida, tem-se um déficit de 96.010 vagas, indicando superlotação que ultrapassa o dobro e aproximadamente 250 mil mandados de prisão aguardando cumprimento. Neste sistema

caótico é factível a ressocialização do jovem de 16 anos?

Outrossim, considerando que o Brasil é Estado Democrático de Direito, é salutar que o cidadão jovem possua a faculdade de exercer os seus direitos políticos, não restando estabelecido no texto constitucional qualquer choque entre as idades fixadas para o exercício facultativo do voto e ao início da imputabilidade penal.

Por derradeiro, antes de se buscar a falsa solução da redução da imputabilidade visando coibir o avanço da criminalidade infanto-juvenil, os representantes do Poder Público e dos diversos segmentos sociais devem, de forma articulada, fixar ações voltadas à efetivação e à materialização dos programas

de atendimento, para possibilitar a execução das medidas sócio-educativas, cujas ações devem integrar prioritariamente a política de Segurança Pública de todos os entes federados e da própria União Federal, evitando, dessa forma, que os significativos avanços sociais entabulados no Estatuto da Criança e do Adolescente sejam transformados em retórica.

A autora é promotora de justiça da Infância e da Juventude do Distrito Federal e coordenadora regional da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude.

Princípio do Quinto Constitucional e o Aumento de Vagas nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça

PAULO CÉSAR FEITOSA ARRAIS

A discussão acerca da composição dos Tribunais de Justiça não é nova no cenário nacional, tendo ganhado particular destaque após o ajuizamento de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - Adins, mercê da inobservância do regramento constitucional por parte de alguns Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, especificamente no âmbito das atribuições político-administrativas de seus gestores.

Com efeito, à luz do que preceitua o art. 94 da Constituição Federal Pátria, é indubitosa a necessidade de compor os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, com "um quinto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes"⁽¹⁾.

Assim, se a norma expressa exige que um quinto dos membros seja oriundo do Ministério Público e da Advocacia, a norma implícita é a de que quatro quintos dos membros serão de juízes de carreira. "Observada a hierarquia da norma — a norma expressa prevalece sobre a norma implícita — é força convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração — superior ou inferior a meio — para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição um quinto dos juízes oriundos da Advocacia e do Ministério Público..., com descumprimento da norma constitucional" (MS nº 22.323-5/SP, STF/Pleno, in RDA 205/212)⁽²⁾.

É importante aludir que por imposição da inteligência do parágrafo único do aludido art. 94 da CF/88, "recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que nos vinte dias subsequentes, escolherá um de

seus integrantes para nomeação"⁽³⁾.

Ressalte-se que o Princípio do Quinto Constitucional não se aplica aos Tribunais Regionais Eleitorais, uma vez que o inc. III do § 1º do art. 120 da Carta Magna Brasileira prevê, de forma expressa, a nomeação de dois advogados para o TRE⁽⁴⁾.

É inconstitucional o preceito de lei estadual que estabelece limite máximo ou mínimo de idade para provimento de advogado pelo Quinto Constitucional (STF, RTJ 120/30), valendo lembrar que o Supremo Tribunal Federal também já decidiu que, para a nomeação de juízes do Quinto Constitucional ao Tribunal de Justiça, onde não tiver Tribunal de Alçada, aplica-se o art. 94 da Constituição Federal, e não o art. 93, III, vale dizer, esses juízes serão indicados pela OAB em lista sêxtupla, da qual o tribunal escolherá três, e o governador do Estado nomeará um dos indicados (STF, RTJ 132/483, 132/945 e 139/3)⁽⁵⁾.

Não parece inteiramente consolidada, todavia, a posição do STF, relativamente ao provimento dos cargos reservados ao Quinto Constitucional, nos Estados onde haja Tribunal de Alçada, uma vez que em decisão publicada no DJU de 17.06.94, p. 15.697, assentou que "os juízes que integram, pelo Quinto, os Tribunais de Alçada, somente concorrem às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à mesma classe"⁽⁶⁾.

Já no Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento de que "os juízes classistas, provenientes da classe de advogado, que já perderam essa condição ao ingressarem na nova função, não têm direito de inclusão na lista triplíce para preenchimento de vaga de desembargador, destinada para um advogado no exercício efetivo da profissão" (STJ, Bol. AASP 1.701/193)⁽⁷⁾.

Na prática, tem prevalecido, por forte pressão da Magistratura, o entendimento de que as vagas do Quinto do Tribunal de Justiça são providas por membros do Tribunal de Alçada originários da Advocacia

ou do Ministério Público.

Como se vê, o tema é por demais palpitante e vem gerando inúmeras controvérsias, principalmente no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, mercê, repita-se, da enorme pressão que os magistrados *a quo* exercem junto aos desembargadores, buscando o resguardo das vagas para os juízes togados de primeiro grau, além do fato de que se trata de um cargo cobiçado, e que gera uma gama enorme de vaidades e interesses.

O que vale esclarecer, por constituir-se a grande controvérsia do caso *sub examine*, é se, ocorrendo o aumento do número de vagas de desembargadores, obrigatoriamente ocorrerá o aumento ou resguardo de vaga do Quinto Constitucional.

Note-se que a questão do Quinto Constitucional tem sido objeto de poucas discussões no Poder Judiciário. Há tribunais, como o Tribunal de Alçada do Paraná, que entendem que o representante das classes deve ser o Quinto mesmo, vale dizer, o 10º, o 15º, o 20º cargo e assim por diante. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, como já dito, tem entendido que o Quinto deve ser buscado na divisão do número de cargos por 5. Dessa maneira se for superior a 5, ele será da OAB ou do MP.

Somente para exemplificar, admitamos que um determinado Tribunal de Justiça de um dos Estados da Federação proponha o aumento das vagas de desembargadores de 20 para 23, tudo isso com base na regra que decorre do princípio da independência e harmonia entre os poderes, obviamente tradicional no Direito Republicano.

No mérito, coadunando com o que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, entendendo que, se a Constituição Federal expressamente fala do Quinto Constitucional destinado aos advogados e ao Ministério Público, e que, no exemplo aludido, 23 não é múltiplo de 5, ter-se-á, então, 4,6. Assim, se destinarem apenas quatro vagas ao Quinto, não terá o tribunal, na sua composição, um Quinto de advogados e membros do Ministério Público. Portanto, em atenção à regra expressa na Constituição, que trata do Quinto Constitucional, o arredondamento só pode ocorrer para cima. Não há motivo para se raciocinar de maneira simplista na hipótese de que, como o quociente da divisão de 23 por 5 resulta em 4,6, deveria ser ele reduzido ou permanecer em 4, e nem na hipótese de se reduzir quando a fração do inteiro for menor do que meio.

Dessa forma, pelos dispositivos constitucionais abordados, verifica-se que a Consti-





tuição consagrou o princípio de que 1/5 da composição dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados será de advogados e de membros do Ministério Público (alternadamente quando não divisíveis). Noutras palavras, não pode a composição de qualquer dos aludidos tribunais ter menos de 1/5 de juizes oriundos da Advocacia e do Ministério Público, sob pena de não se cumprir a norma expressa, convido destacar que esta prevalece, sempre, sobre a norma implícita, o que é princípio de hermenêutica, não prevalecendo, também, a idéia de que, restando uma sobra, poderia o tribunal escolher um e outro dos grupos de que este deve ser composto. E não vale prevalecer porque a preferência foi dada a advogados e membros do Ministério Público (estes é que não podem ter número inferior a 1/5).

O ministro **Celso de Mello** ao proferir voto no Mandado de Segurança nº 22.323-5/São Paulo, entendeu o seguinte: "*Esses tribunais só poderão organizar-se validamente, desde que — respeitada a cláusula de reserva constitucional estipulada pelo art. 94 da Lei Fundamental — pelo menos um quinto das vagas neles existentes seja destinado, em caráter de absoluta infungibilidade, a membros do Ministério Público e a representantes da classe dos advogados. O princípio do Quinto Constitucional, hoje consagrado no art. 94 da Constituição da República, não se destina a viabilizar presenças estamentais ou posições corporativas nos Tribunais Judiciários. Na realidade, os juizes togados, cujo processo de investidura tem por fundamento a cláusula pertinente ao Quinto Constitucional, não são magistrados estranhos ao tribunal que integram in full standing e do qual participam ao lado dos juizes de carreira. Pelo contrário, todos eles — que são magistrados igualmente togados — submetem-se ao mesmo estatuto jurídico, sofrem as mesmas incompatibilidades, dispõem das mesmas prerrogativas, sujeitam-se aos mesmos deveres, exercem os mesmos poderes e*

desempenham as mesmas atividades.

A mens subjacente à norma positivadora do Quinto Constitucional foi sempre uma só: valorizar a composição dos Tribunais Judiciários com a rica experiência profissional haurida no exercício das atividades peculiares ao Ministério Público e à Advocacia (José Duarte, 'A Constituição Brasileira de 1946', vol. II/455, 1947, Imprensa Nacional; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 'Comentários à Constituição Brasileira de 1988', vol. 2/200, 1992, Saraiva).

"...não pode a composição de qualquer dos aludidos tribunais ter menos de 1/5 de juizes oriundos da Advocacia e do Ministério Público, sob pena de não se cumprir a norma expressa..."

...Isso significa, considerando-se as razões subjacentes à formulação da regra em questão, que o legislador constituinte quis rejeitar qualquer interpretação que, em desvio exegetico, pudesse resultar na presença de advogados e membros do Ministério Público em número inferior a um quinto da composição total dessas Cortes Judiciárias.

Há, portanto, em favor dos advogados e dos membros do Ministério Público, uma reserva constitucional que lhes assegura, nos tribunais locais e nos Tribunais Regionais Federais, uma participação irredutível que jamais poderá sofrer qualquer restrição que afete a integridade dessa ineliminável garantia mínima.⁽⁸⁾

Focando-se a questão por outro ângulo, para torná-la mais controvertida, indagaríamos qual o motivo dessa "inobservância" por parte de alguns tribunais, uma vez que a matéria já foi exaustivamente deslindada no Supremo Tribunal Federal?

Em resposta, nesse sentido, inclusive, é o pensamento perfilhado pela grande maioria dos operadores do Direito — e pela própria Ordem dos Advogados do Brasil — é necessária uma reforma do Poder Judiciário que garanta o controle externo, como forma de dar mais transparência aos atos políticos e administrativos nos tribunais, atribuindo a incumbência de garantia mínima de credibilidade aos atos normativos, uma vez que submetido ao crivo democrático de um órgão eclético fiscalizador de um Poder que, não obstante democrático na sua função judicante, por vezes, torna-se absolutamente corporativo e conservador nos deslindes *interna corporis*, o que não deve jamais ocorrer, máxime em se tratando da observância do princípio constitucional.

NOTAS

- (1) **Juarez de Oliveira e Ana Claudia Ferreira de Oliveira**, "Constituição Federal de 1988 - Art. 94", 2ª ed., Oliveira Mendes, 1998, p. 68.
- (2) **Antonio Joaquim Ferreira Custódio**, "Constituição Federal Interpretada pelo STF", 3ª ed., Oliveira Mendes, 1998, p. 108.
- (3) **Antonio Joaquim Ferreira Custódio**, "Constituição Federal Interpretada pelo STF", 3ª ed., Oliveira Mendes, 1998, p. 108.
- (4) **Luís Roberto Barroso**, "Constituição da República Federativa do Brasil Anotada", 1ª ed., Saraiva, 1998, p. 206.
- (5) **Luís Roberto Barroso**, "Constituição da República Federativa do Brasil Anotada", 1ª ed., Saraiva, 1998, p. 206.
- (6) **Luís Roberto Barroso**, "Constituição da República Federativa do Brasil Anotada", 1ª ed., Saraiva, 1998, p. 206.
- (7) **Luís Roberto Barroso**, "Constituição da República Federativa do Brasil Anotada", 1ª ed., Saraiva, 1998, p. 206.
- (8) STF, MS nº 22.323-5/SP, STF/Pleno, in RDA 205/212.

O autor é advogado, conselheiro seccional da OAB/CE, pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor) e professor de Direito Penal.

A Reincidência, Por Si Só, Não Impede o Benefício da Liberdade Provisória

ADRIANA HADDAD UZUM

É praxe, nos meios forenses, a não concessão da liberdade provisória àquele réu que já tenha sido condenado definitivamente, sob a alegação de não caber tal benesse ao reincidente.

Entretanto, cabe aqui uma reflexão sobre a questão.

Por primeiro, oportuno lembrar que é errôneo denominar a pessoa que se encontra em tal situação como reincidente, posto que só haverá reincidência quando houver nova condenação, ou seja, não se pode excluir, de pronto, a possibilidade de que alguém que esteja sendo processado, e possua condenação com trânsito em julgado em data anterior ao fato noticiado no novo processo, venha a ser neste absolvido.

Assim, chamar de reincidente o réu que

nesta situação se encontra é, no mínimo, pressupor e antever nova condenação, em total dissonância com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Dando curso à reflexão, é preciso atentar-se para a letra da lei.

Dispõe o art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal que: "*Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva*" (arts. 311 e 312).

Por outro lado diz o art. 312 do Código de Processo Penal: "*A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar*

a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria".

Vê-se, portanto, que não há vedação legal à aplicação do instituto aos que já tenham sido condenados.

Argumenta-se que a impossibilidade do benefício da liberdade provisória encontra assento no fato de que, se houver nova condenação, operar-se-á a reincidência e será fixado o regime fechado, *ex vi* da letra *a* do § 2º do art. 33 do Código Penal.

No entanto, o referido dispositivo legal não implica na impossibilidade de ser fixado o regime aberto ou semi-aberto aos reincidentes, vez que o crime anterior pode não ter nenhuma relevância penal. Nesse diapasão, imagine-se alguém já condenado por porte de entorpecentes e que esteja sendo processado por tentativa de furto de produtos de higiene em um hipermercado. Indaga-se: seria justo manter esta pessoa presa durante todo o processo e, se condenada, fixar-lhe o regime fechado? Há periculosidade em tal conduta?

Recentes e acertadas decisões têm facultado o regime aberto aos reincidentes, com





fulcro no § 3º do art. 33 do CP, que determina que o regime inicial seja fixado pelos critérios do art. 59 do mesmo diploma legal.

A superlotação dos presídios e, principalmente, a moderna visão do Direito Penal tendem a não valorizar demasiadamente a reincidência, que, na verdade, não está relacionada com a culpabilidade do fato cometido, mas sim, com a pessoa do agente, aderindo-se à culpabilidade do autor.

Tal tendência é, agora, coroada com o advento da Lei nº 9.714/98 que prevê, em seu art. 44, § 3º, a possibilidade de ser substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ao reincidente em crime doloso, desde que a medida seja socialmente recomendada.

E, se tudo isso é facultado ao reincidente, não há lógica, mormente sob o foco do princípio constitucional da presunção de inocência, que o acusado seja impedido de responder o processo em liberdade, na hipótese,

repita-se, de inexistirem os requisitos da prisão preventiva.

Enfim, diante deste contexto, reforçado pelo advento da Lei nº 9.714/98, parece desarrazado negar a liberdade provisória, única e exclusivamente, pela possibilidade de vir a ser configurada a reincidência.

A autora é procuradora do Estado em São Paulo.

Poderes e Limites das CPIs

CÁSSIO JUVENAL FARIA e LUIZ FLÁVIO GOMES

O aprimoramento do modelo de Estado que adotamos, que é o Democrático de Direito (CF, art. 1º), depende do regular e bom funcionamento das instituições. No que se relaciona com o Poder Legislativo, a função que vem se notabilizando, nos últimos tempos, é a de investigação, que pode ser feita, no âmbito federal, por Comissões Parlamentares da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conjunta ou separadamente. Mediante requerimento de um terço de seus membros, cria-se a Comissão que, por prazo certo, eventualmente prorrogável (HC nº 71.193-STF), somente pode apurar "fato determinado", ou "intimamente coligado" (HC nº 71.231-STF), com "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos". No final dos trabalhos, caso seja apurada alguma infração, "suas conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

A estrita observância, nessa atividade investigatória, dos preceitos constitucionais e legais, na medida em que representam a garantia fundamental do devido processo legal, é absolutamente imperiosa e imposterável. As CPIs do Senado Federal, a propósito, por força do seu regimento, não podem investigar: atos da Câmara dos Deputados, atos "jurisdicionais" do Poder Judiciário ou matérias pertinentes aos Estados. Por força do princípio federativo e dessa última ressalva, eventuais atos abusivos ou ilegais dos Poderes Judiciários Estaduais (excluindo-se os estritamente jurisdicionais), somente podem ser objeto de apuração pela respectiva Assembléia Legislativa, jamais pelo Senado Federal. É flagrantemente ilegal, assim, qualquer investigação de atos relacionados com as Justiças Estaduais.

São amplos, inegavelmente, os poderes investigatórios das CPIs, porém nunca ilimitados. Seus abusos não refogem de modo algum do controle jurisdicional (HC nº 71.039-STF). É sempre necessário que o poder freie o poder (Montesquieu). Tais comissões podem: (a) determinar as diligências que reputarem necessárias; (b) convocar ministros de Estado; (c) tomar o depoimento de qualquer autoridade; (d) ouvir indiciados; (e) inquirir testemunhas sob compromisso; (e) requisitar de órgão público informações e

documentos de qualquer natureza (inclusive sigilosos); (f) transportar-se aos lugares onde for preciso. Cuidando-se de CPI do Senado, da Câmara ou mista, pode ainda requerer ao Tribunal de Contas da União a realização de inspeções e auditorias.

Quanto aos dados, informações e documentos, mesmo que resguardados por sigilo legal, desde que observadas as cautelas legais, podem as CPIs requisitá-los. Isso significa que podem quebrar o sigilo fiscal, bancário, assim como o segredo de quaisquer outros dados, abarcando-se, por exemplo, os telefônicos (registros relacionados com chamadas telefônicas já concretizadas), e ainda determinar buscas e apreensões. O funda-

"A estrita observância, nessa atividade investigatória, dos preceitos constitucionais e legais, na medida em que representam a garantia fundamental do devido processo legal, é absolutamente imperiosa e imposterável."

mental, nesse âmbito, é: (a) jamais ultrapassar o intransponível limite da "reserva jurisdicional constitucional", isto é, a CPI pode muita coisa, menos determinar o que a Constituição Federal reservou com exclusividade aos juízes. Incluem-se nessa importante restrição: a prisão, salvo flagrante (CF, art. 5º, inc. LXI); a busca domiciliar (CF, art. 5º, inc. X) e a interceptação ou escuta telefônica (art. 5º, inc. XII); (b) impedir, em nome da tutela da privacidade constitucional (art. 5º, inc. X), a publicidade do que é sigiloso, mesmo porque, quem quebra esse sigilo passa a ser dele detentor; (c) não confundir "poderes de investigação do juiz" (CF, art. 58, § 3º) com o poder geral de cautela judicial: isso significa que a CPI não pode adotar nenhuma medida assecuratória real ou restritiva do *ius libertatis*, incluindo-se a apreensão, seqüestro ou indisponibilidade de bens ou mesmo a proibição de se afastar do País.

A lei distingue com clareza, de outro lado, o "indiciado" (que será ouvido) da "testemu-

nha" (que é inquirida); indiciamento é ato policial e empírico que existe ou não existe. Uma vez que o sujeito foi formalmente indiciado ou mesmo quando se comprova que alguma medida cautelar pessoal ou probatória já foi tomada contra o "suspeito" — uma busca domiciliar, prisão temporária, etc. — está alterado o seu *status personae* e, desse modo, já não pode ser ouvido como testemunha nem assumir qualquer um dos seus deveres. Na verdade, o indiciado ou o suspeito contra quem já foi tomada alguma medida cautelar efetiva, juridicamente, não só não se sujeita a nenhum dos deveres da testemunha como, ao contrário, fala se quiser e quando quiser (direito ao silêncio), mesmo porque, por força do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova cabe a quem faz a alegação e, ademais, ninguém é obrigado a auto-incriminar-se (*nemo tenetur se detegere*).

Não se tratando de pessoa indiciada ou já submetida a alguma real medida assecuratória, deve necessariamente ser inquirida como testemunha, obrigando-se, nessa condição, a todos os deveres que lhe são inerentes: de prestar compromisso, de comparecer, sob pena de condução coercitiva, a ser solicitada ao Poder Judiciário (parágrafo único do art. 3º da Lei nº 1.579/52, Lei das CPIs), de depor e, por último, de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho (fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade). A recusa em prestar o compromisso não configura desobediência porque esse ato não é essencial e tem sobretudo cunho moral: com ou sem ele, consoante pacífica jurisprudência, não fica afastado o citado crime.

De qualquer modo, mesmo quem depõe na qualidade de testemunha, tem também direito ao silêncio em duas hipóteses: (a) quando a resposta à indagação possa incriminá-lo ou acarretar-lhe grave dano (CPP, art. 3º, c.c. art. 406, I, CPC) ou ainda (b) quando deva guardar sigilo profissional (um advogado, por exemplo, CPP, art. 207). No momento da oitiva de qualquer pessoa está assegurada a assistência do advogado, que pode ingressar livremente nas salas e dependências das audiências (EOAB, art. 7º), assim como reclamar contra a inobservância de lei, regimento ou regulamento; mas não conta com o direito de "participar" das respostas. É arbitrária e ditatorial a atitude de, sem motivo justo, expulsar da sala de audiência o advogado.

Os autores são, respectivamente, advogado e ex-procurador de Justiça em São Paulo; e consultor jurídico e ex-juiz de direito em São Paulo, além de ex-presidente do IBC Crim.

Direito ao Silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito

ALEXANDRE DE MORAES

A Constituição de 1988 determinou que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

O preso, igualmente, tem o direito de saber os motivos de sua prisão, qual a identificação das autoridades ou agentes da autoridade policial que estão efetuando sua privação de liberdade, para que possam ser responsabilizados por eventuais ilegalidades e abusos, além de poder contatar sua família e, eventualmente, seu advogado, indicando o local para onde está sendo levado.

Além disso, deverá, obrigatoriamente, ser informado sobre seu direito constitucional de *permanecer em silêncio*, e que o exercício desse direito não lhe acarretará nenhum prejuízo⁽¹⁾.

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8º, § 2º, "g", o *direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*⁽²⁾, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado, não só direito ao *silêncio puro*, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio. Além disso, o silêncio do réu no interrogatório jamais poderá ser considerado como confissão ficta⁽³⁾, pois o silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor⁽⁴⁾.

Percebe-se, portanto, que a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao *silêncio* dos acusados do que a tradicional previsão do Direito norte-americano do *privilege against self-incrimination*, descrita na 5ª Emenda à Constituição, de seguinte teor: *"...ninguém poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo..."*, pois essa, apesar de permitir o silêncio do acusado, não lhe permite fazer declarações falsas ou inverídicas, sob pena de responsabilização criminal⁽⁵⁾.

Ressalte-se que a garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano *"Miranda v. Arizona"*, em 1966, onde a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização, como meio de prova, de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, *"você tem o direito de ficar calado" (you have the right to remain silent...)*, além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado.

A expressão *"preso"* não foi utilizada pelo texto constitucional em seu sentido técnico, pois o presente direito tem como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por exemplo: testemunhas, vítimas), que

possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações⁽⁶⁾.

Como, porém, compatibilizar-se o direito ao silêncio, constitucionalmente garantido aos investigados, e os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, pois, lembremo-nos, são duas normas de mesmo *status* constitucional.

Lembremo-nos que o exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificado em *político-administrativo e financeiro-orçamentário*. Pelo primeiro controle, que ora nos interessa, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias.

"A conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, portanto, equilibrar os interesses investigatórios pleiteados, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a segurança jurídica e utilizando-se dos meios jurídicos mais razoáveis e práticos em busca de resultados satisfatórios, garantindo a plena efetividade da justiça, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional."

Para tanto, inclusive, a Constituição Federal autoriza a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3º).

O Supremo Tribunal Federal, analisando os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, acentuou a obrigatoriedade de prestação de depoimentos de testemunhas devidamente convocadas, bem como a possibilidade de prisão em

flagrante delito por falso testemunho⁽⁷⁾.

Nesse mesmo sentido e em relação aos poderes investigatórios das CPIs, entendeu o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de suspensão de segurança, que *"não emerge, no nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade da Comissão Parlamentar de Inquérito, regularmente constituída, convocar cidadãos, sob pena de condução coercitiva, para prestarem esclarecimentos a respeito de fatos diretamente relacionados a matéria objeto de investigação. E, exatamente para legitimar tal atuação, dotou o constituinte as Comissões Parlamentares de Inquéritos de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais"*⁽⁸⁾. Essa decisão monocrática foi confirmada por votação unânime em Sessão Plenária do Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que ficou salientado que *"a manutenção da liminar, dispensando os impreterantes de prestarem esclarecimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, cerceia a atividade fiscalizadora que exerce o Poder Legislativo sobre os negócios que digam respeito à gestão da coisa pública"*⁽⁹⁾.

Ora, a questão essencial em relação a necessária interpretação constitucional que compatibilize o direito ao silêncio do investigado e o poder fiscalizador das Comissões Parlamentares de Inquérito deve pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos da Constituição Federal, que, dentre outros, podem ser destacados o de justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica⁽¹⁰⁾.

A conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, portanto, *equilibrar* os interesses investigatórios pleiteados, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a *segurança jurídica* e utilizando-se dos meios jurídicos mais *razoáveis e práticos* em busca de *resultados satisfatórios*, garantindo a *plena efetividade da justiça*, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional.

Há, portanto, necessidade de direcionar-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial na presente hipótese o *direito ao silêncio*, de maneira a não se poder forçar o investigado a produzir provas contra si mesmo, em respeito ao *princípio da dignidade humana*, definido como objeto de proteção dos direitos humanos fundamentais e um dos princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, a Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo o ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, devendo suas previsões servirem de princípios informadores obrigatórios na atuação do Poder Público, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana poderemos almejar a conquista da verdadeira *"liberdade"*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito. Sem respeito à dignidade da pes-





soa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

Exige-se, pois, que as autoridades do Poder Público, em todas as suas áreas de atuação, seja na distribuição da Justiça, seja na fiscalização realizada pelo Poder Legislativo, inclusive por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito, seja na elaboração de leis e atos normativos, pautem-se pelo pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular que sustenta seus cargos e mandatos políticos.

NOTAS

- (1) Conferir sobre a impossibilidade de condenação ser baseada em silêncio do réu no ato do interrogatório: TJ/SP, rel. **Celso Limongi**, Apelação Criminal nº 149.145-3, Taubaté, decisão 14.07.94.
- (2) Nesse sentido: STF, 1ª Turma, HC nº 69.818/SP, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, Diário da Justiça, Seção I, 27.11.92, p. 22.302.
- (3) RJDTACrim, 25/173.
- (4) STJ, Ementário, 10/671; STJ, 6ª Turma, HC nº 2.571-7/PE, rel. min. **Pedro Acioli**, Ementário, 10/671; RJDTACrim, 28/215.
- (5) STF, 1ª Turma, HC nº 68.929/SP, rel. min. **Celso de Mello**, Diário da Justiça, Seção I, 28.08.92, p. 13.453.
- (6) TJ/SP, rel. **Euclides de Oliveira**, Apelação Criminal nº 136.167-1, Mogi-Guaçu, decisão 31.01.92.
- (7) STF, HC nº 75.287-0/DF, medida liminar, rel.

min. **Maurício Corrêa**, Diário da Justiça, Seção I, 30.04.97, p. 16.302.

- (8) Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, des. **Dirceu de Mello**, Suspensão de Execução de Medida Liminar nº 48.640.0/1 (31.03.98).
- (9) TJ/SP, Órgão Especial, Agravo Regimental nº 48.640-0/3-01, rel. des. **Dirceu de Mello**, decisão 29.04.98.
- (10) **Häberle, Peter**, "Hermenêutica Constitucional", Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, professor de Direito Constitucional, Administrativo e Direitos Humanos do CPC - Curso Preparatório para Concursos Jurídicos e da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Prisão Ilegal Efetuada pela CPI dos Bancos Instalada no Senado Federal

KLEBER LEYSER DE AQUINO e LUCIANA RIBEIRO ARO

I. Fato ocorrido

No último dia 26.04.99, tivemos a prisão em flagrante do sr. **Francisco Lopes**, ex-presidente do Banco Central do Brasil, determinada pelo senador **Bello Parga**, presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito instalada no Senado Federal para a apuração de irregularidades referentes à ajuda prestada pelo citado banco aos bancos Marka e FonteCindam, em razão de não ter aquele obedecido uma "ordem legal" do presidente da CPI, no sentido de assinar um termo de compromisso de "dizer a verdade", como "testemunha", e ainda por tê-lo desatado.

Segundo consta, o sr. **Francisco Lopes** foi autuado em flagrante, na delegacia da Polícia Federal, pelos crimes de "desobediência" e "desacato".

II. Motivo da prisão

Fundamentam, o presidente e os senhores membros da CPI citada, que **Francisco Lopes** estava ali, perante a comissão, como "testemunha" e, por isso, não poderia se negar a assinar o termo de compromisso de dizer a verdade.

Outros, dentre os quais, segundo consta, o defensor do sr. **Francisco Lopes**, entendem que ele estava ali como indiciado e, portanto, não poderia ser obrigado a assinar termo de advertência de dizer a verdade.

A questão que surgiu, a nível nacional, é de se saber se tal prisão foi legal ou não.

Pois bem, no meu entendimento, com a devida vênia de posições diversas de juristas renomados, a prisão supra foi ilegal e inconstitucional.

III. Surgimento da CPI e previsões constitucionais respectivas

O instituto da Comissão Parlamentar de Inquérito surgiu na Inglaterra, no século XVI, tendo ingressado no nosso Direito na Constituição Federal de 1934, onde foi previsto da seguinte forma:

"Art. 36. A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre factos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros".

A Constituição Federal de 1937 ignorou as CPIs, que foram novamente previstas na Constituição de 1946, a saber:

"Art. 53. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros".

"Quer se admita que o sr. Francisco Lopes estava perante a CPI para depor como "indiciado" (que é o correto), quer se admita que estava como "testemunha", sua prisão em flagrante foi ilegal e inconstitucional"

Na Constituição de 1967, foram previstas da seguinte forma:

"Art. 39. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros".

Tal previsão foi repetida na íntegra no art. 37 da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 01 de 1969.

Na atual Constituição Federal as CPIs encontram previsão específica no art. 58, § 3º, que estabelece:

"As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em con-

junto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

IV. Previsão legal

Sob a égide da Constituição Federal de 1946 foi sancionada a Lei Federal nº 1.579, de 18 de março de 1952, que tratou especialmente das CPIs.

Tal lei foi totalmente recepcionada pelas Constituições de 1967 e de 1967 com redação dada pela Emenda nº 01 de 1969, uma vez que entre estas e aquela não há qualquer incompatibilidade.

Contudo, com relação à atual Constituição, a mesma lei foi quase totalmente recepcionada, pois no tocante à previsão do parágrafo único do art. 3º desta, que estabelece: "em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do artigo 218 do Código de Processo Penal", podemos afirmar que a Constituição não o recepcionou, pois previu no seu § 3º do art. 58 que a CPI tem "poderes de investigação própria das autoridades judiciais", o que significa dizer que se tornou dispensável qualquer requerimento a juiz criminal para a intimação ou condução coercitiva da testemunha, razão pela qual, só neste ponto a citada lei não foi recepcionada pela Constituição vigente.

Desta forma, é de se concluir que, salvante a previsão do parágrafo único do art. 3º, o restante da Lei Federal nº 1.579/52 continua em plena vigência.

Assim, é esta lei que deve reger a atuação das CPIs, acrescido das previsões do "Regimento Interno" do Senado, naquilo em que este não for incompatível com aquela, pois, embora a Constituição tenha estabelecido, de forma genérica, que os regimentos internos poderiam prever outros poderes às CPIs, resta evidente que estes poderes devem estar, de forma específica, harmônicos com as previsões da lei (recepcionada pela CF) sobre a matéria, uma vez que o Regimento Interno é firmado por meio de uma resolução, e esta não tem o condão de revogar lei, devendo, sim, estar em consonância com ela.





Logo, a matéria referente a CPI, no presente caso, além de prevista constitucionalmente, está regulada na Lei Federal nº 1.579/52, bem como no Regimento Interno do Senado, a Resolução nº 93, de 1.970, esta por força da previsão constitucional referida.

V. Análise dos motivos da prisão - Indiciado

Estabelecidos os textos legais que regem a matéria, partamos para os motivos alegados para a prisão ocorrida.

É evidente que, embora os srs. senadores da CPI tenham afirmado que o sr. **Francisco Lopes** estava ali como testemunha, ele era, na verdade, um "indiciado", pois a imprensa em geral já havia divulgado várias informações, a maior parte delas originárias da própria CPI, que o colocavam nesta situação.

O fato de se afirmar a um indiciado que ele vai ser ouvido como testemunha não muda a sua situação de indiciado, de suspeito, de provável autor da infração que se apura.

Não é a designação dada pela autoridade processante, mas sim as circunstâncias do fato, que envolvem a pessoa que será ouvida, que vão determinar se se trata de uma testemunha ou de um indiciado e, no caso as circunstâncias eram todas no sentido de indicar que **Francisco Lopes** poderia ser "o" ou "um dos" autores da infração que se pretendia apurar, portanto, indubitavelmente era "indiciado".

Desta forma, era irrelevante o fato dos srs. senadores terem intitulado o sr. **Francisco Lopes** como "testemunha".

Sendo indiciado, não tinha ele a obrigação de dizer a verdade, ou mesmo de dizer qualquer coisa, pois como tal tinha o direito constitucional e legal de permanecer calado, nos termos dos arts 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal e 186, 1ª parte, do Código de Processo Penal, respectivamente.

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada pelos Estados Americanos em 22.11.69, que vige no Brasil desde 25/09/1.992, com força de lei federal, assegura em seu art. 8º, inc. II, alínea "g", entre outras garantias, "a toda pessoa acusada de delito, o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

Portanto, se o sr. **Francisco Lopes** não tinha a obrigação legal ou constitucional de dizer a verdade, como indiciado que era, não tinha o dever de assinar qualquer "termo de compromisso de dizer a verdade", e a sua

recusa em assiná-lo descumpria uma **ordem ilegal** em sentido contrário, o que, por óbvio, não caracteriza o crime de "desobediência", e muito menos de "desacato", uma vez que não descumpriu qualquer ordem legal, nem ofendeu ou menosprezou ninguém, mas apenas usou de um direito que lhe é assegurado.

O desconhecimento de tal direito é que pode ter dado a impressão de uma desobediência, uma afronta, uma ofensa à autoridade constituída, impressão essa falsa, pois, como dito, **Francisco Lopes** apenas exerceu, tão somente, um direito seu.

VI. Análise dos motivos da prisão - Testemunha

Mesmo que admitíssemos que o sr. **Francisco Lopes** estava perante a CPI como "testemunha", ainda assim a sua prisão não poderia ter ocorrido.

Isto porque, estabelece a Lei nº 1.579/52, em seu art. 6º, que "o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal".

Logo, como era de se esperar, a lei supra fez uma previsão expressa de aplicação do Código de Processo Penal subsidiariamente, vale dizer, aquilo que não foi previsto como norma processual na lei própria deverá ser buscado no Código de Processo Penal.

Ocorre que, com relação à oitiva de testemunha, nem o código, nem a lei citados prescrevem a obrigação da testemunha de, antes de depor, "assinar algum termo de compromisso".

O compromisso é deferido pela autoridade processante à testemunha, oralmente, e independe de manifestação de vontade da mesma, isto significa dizer que, mesmo que a testemunha não queira, deverá ser comprometida a dizer a verdade e advertida das conseqüências do crime de falso testemunho, tudo oralmente.

Assim, também aqui o sr. **Francisco Lopes** não tinha a obrigação de "assinar algum termo de compromisso", por falta de previsão legal a respeito, em apoio ao princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 5º, inc. II, que estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Poderia a CPI, que tem poder judicial, nos termos da Constituição Federal já citada, deferir, ao sr. **Francisco Lopes**, o compromisso de dizer a verdade e a advertência das conseqüências do crime de falso testemunho, e isto independeria de manifestação de vontade dele, e, como "testemunha", teria a obrigação de dizer a verdade, sob pena de responder, em tese, pelo crime citado.

Ressaltamos, *ad argumentandum tantum*, que, mesmo que a CPI assim tivesse agido, o sr. **Francisco Lopes**, ao depor como "testemunha", não seria obrigado a dizer a verdade sobre fatos que o comprometessem criminalmente e, nesta hipótese, não cometeria o crime de falso testemunho, isto porque estaria agindo em autodefesa, atendendo a um princípio maior, no sentido de que "ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio", com base nos mesmos fundamentos constitucionais e legais citados, inclusive o previsto no Pacto de São José da Costa Rica, que autorizam ao indiciado ou réu a não produzir prova contra si próprio.

Considerando que a prisão do sr. **Francisco Lopes** ocorreu em razão de ele ter se recusado a assinar um "termo de compromisso de dizer a verdade", pelos motivos supra, foi tal prisão ilegal e inconstitucional.

Ainda que viéssemos a admitir que a oitiva do sr. **Francisco Lopes**, "como testemunha", deveria atender aos preceitos do direito processual civil, atendendo não o que preceitua a Lei nº 1.579/52, mas, erroneamente, o que preceitua o art. 90, parágrafo único, da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970 (Regimento Interno do Senado), mesmo assim, também não teríamos qualquer amparo legal para exigir que o deponente assinasse algum "termo de compromisso de dizer a verdade", por falta de previsão legal a respeito, valendo aqui o que já foi dito quanto à forma de compromissar a testemunha e o Princípio Constitucional da Legalidade.

VII. Conclusão

Quer se admita que o sr. **Francisco Lopes** estava perante a CPI para depor como "indiciado" (que é o correto), quer se admita que estava como "testemunha", sua **prisão em flagrante foi ilegal e inconstitucional** porque, no meu entender, ele não praticou os crimes de "desobediência ou desacato", pelos motivos já discorridos, e qualquer autoridade judiciária que tivesse determinado tal prisão poderia, em tese, responder criminalmente por sua conduta, o que não ocorre com os **nostros parlamentares** que, pelas **imunidades** que possuem e "enquanto elas perdurarem", **não podem ser processados** normalmente, como todo cidadão, por força do que preceituam o art. 53 e parágrafos da Constituição Federal.

Os autores são, respectivamente, juiz de direito em São Paulo, mestrando na PUC-SP e professor de Direito Penal da PUC-SP e da UNIP-Universidade Paulista; e advogada criminalista em São Paulo.

Sentença Inexistente e a Súmula 160 do STF

CAETANO LAGRASTA NETO

I. Introdução

Questão crucial, na esfera do Direito Penal, está na declaração de nulidade, em razão de recurso exclusivo do réu, com possibilidade vedada de novo apenamento.

Bem diversa é a situação, porém, do re-

curso da Defesa, no caso de sentença inexistente. Nesta circunstância é plenamente possível a modificação da decisão, sem que se cogite de **agravar** a pena ao apelante, ante o **não-ato**, consubstanciado naquela espécie de decisório. Não há se cogitar, por igual, da

aplicação da Súmula 160 do STF, conforme adiante se propõe.

II. Caso concreto e doutrina

Tomemos como exemplo a hipótese da prática de dois delitos, com menção expressa pela denúncia aos arts. 69, *caput* e 70, *caput*, ambos do Código Penal, sendo que a sentença aprecia apenas um dos fatos criminosos, sequer referindo-se ao segundo. Nada obstante, não é objeto de embargos declaratórios ou recurso do órgão acusatório.





Nuvolone ("Trent'anni di Diritto e Procedura Penale", Ed. Padova-Cedam, 1969, p. 1.407) esclarece a distinção entre nulidade e inexistência, afirmando que depende a primeira de um vício do ato jurisdicional, enquanto que a segunda, da ausência de ato jurisdicional.

Basileu Garcia ("Comentários ao Código de Processo Penal", Ed. Forense, 1945, pp. 487 e ss.), ao analisar o seu art. 381, afirma que representam formalidades essenciais, constituindo-se num "número de condições sem as quais nenhuma sentença, tomada a palavra em sentido próprio, deve ter existência válida. Não se poderão invocar, para remediar as falhas viscerais verificadas, os preceitos dos arts. 565, 566 e 572. O Tribunal de Apelação terá, quando as note, de pronunciá-las ex officio, se não houverem sido alegadas pelas partes. Há em tal atitude interesse de ordem pública". E, prossegue: "O magistrado que a tenha prolatado com menosprezo à exigência legal sacrifica ao seu arbítrio ou à sua disciplicência o direito das partes e posterga, sobre a letra da lei, o espírito que orienta a execução das novas normas processuais penais".

A Exposição de Motivos do Código de

Processo Penal é categórica quando elucida: "O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena" (o que representa um minus, no caso presente).

Montalbano (citado por **Frederico Marques**, "Estudos de Direito Processual Penal", Ed. Forense, 1960, p. 258), ao criticar a legislação fascista italiana, afirma que "a convalidação geral de todas as nulidades, segundo o sistema do Código Rocco (...) nada mais traduz que a convalidação geral de todo o arbítrio e de todos os erros. Ora, não é certamente através dos erros e do arbítrio que se procede racionalmente à descoberta da verdade sobre o crime e sobre o réu. Ao reverso, há insanável contradição entre processo errado e descoberta da verdade. Não se pode descobrir a verdade através do erro".

Neste sentido também a lição de **Grinover, Fernandes e Gomes Filho** ("As Nulidades no Processo Penal", ed. Malheiros Editores, 5ª ed., 1996, p. 16): "São atos processuais **inexistentes** aqueles aos quais falta, de

forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais; são, na verdade, **não-atos**, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade".

Conclusão

Desta forma, não se anula ato inexistente, ainda que titulado de sentença, no qual omitiu-se o juiz ao sentenciar e o Ministério Público em não recorrer, por se tratar de ato cuja existência não se submete às exigências e formalidades dos atos jurisdicionais. Não se cogita, ademais, de qualquer vício ou nulidade absoluta, circunstâncias em que seria possível aplicar a Súmula 160, do C. STF, vedando-se à Corte a imposição de reprimenda mais grave e que caracterizaria odiosa *reformatio in pejus*. Pelo contrário, na espécie analisada nada se reforma, para melhor ou para pior, uma vez que se trata de ato que não existiu no mundo do processo.

O autor é juiz do TACrim/SP e secretário-executivo do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais.

BIBLIOTECA

O IBCCrim recebeu, em 1999, em doação para incorporar ao acervo de sua Biblioteca, as seguintes obras, que se encontram à disposição dos associados para consulta. O IBCCrim agradece aos autores e/ou doadores as obras recebidas.

- ▣ "Críticas ao Anteprojeto de Reformas do Código Penal", Carlos Ernani Constantino.
- ▣ "Ação Penal Condenatória", Paula Bajer Fernandes Martins da Costa.
- ▣ "Da Busca e da Apreensão no Processo Penal", Cleunice Valentim B. Pitombo.
- ▣ "Tratado de Derecho Penal - Parte General I", Vols. I a V, Eugenio Raúl Zaffaroni.
- ▣ "Sistema Acusatório - A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais", Geraldo Prado.
- ▣ "Dos Crimes de Preconceito de Raça ou de Cor", Célia Maria Ramos Tejo.
- ▣ "Prescrição da Ação Penal - Suas Causas Suspensivas e Interruptivas", Eduardo Reale Ferrari.
- ▣ "Prisão e Estado - A Função Ideológica da Privação de Liberdade", Luiz Antônio Bogo Chies.
- ▣ "Controle de Drogas", Kai Ambos.
- ▣ "Difíceis Ganhos Fáceis - Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro", Vera Malaguti Batista.
- ▣ "Derecho Penal, Medicina y Genética", Albin Eser.
- ▣ "Temas de Derecho Penal y Procesal Penal", Albin Eser.
- ▣ "La Corrupción en el Derecho Comparado", Konrad Adenauer.
- ▣ "Proyecto Alternativo Sobre Reparación Penal", Konrad-Adenauer.
- ▣ "Crime & Loucura - Desafio à Criminologia e à Psiquiatria", Eros Marte.
- ▣ "De Vítima a Infrator - Uma Nova Abordagem Policial - Manual de Orientação", Olga Câmara.
- ▣ "Le Code Pénal Russe de 1997", L. Golovko, direction Jean Pradel.
- ▣ "Impartialité et Justice Pénale", préface de Jean Pradel.
- ▣ "Penas e Medidas Alternativas à Prisão", Luiz Flávio Gomes.
- ▣ "Código Penal dos Estados Unidos do Brasil - Repertório Analytico", Hyppolito de Camargo.
- ▣ "Einzelverantwortung Und Mitverantwortung im Strafrecht - Band S71", Albin Eser.
- ▣ "Posibilidades de Enjuiciamiento a los Miembros de las Fuerzas Armadas Argentinas por Crímenes Contra Ciudadanos Alemanes Durante el Período 1976-1983", Instituto Max-Planck, Kai Ambos.

- ▣ "Kriminologische Forschungsberichte - Politisch Motivierete Verfolgung", Ulrich Baumann.
- ▣ "Ação Penal Pública - Princípio da Oportunidade Regrada", Eduardo Araújo da Silva.
- ▣ "Reforma e 'Contra' Reforma Penal no Brasil", Jackson C. de Azevedo.
- ▣ "La Expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Posindustriales", Jesús-Maria Silva Sánchez.
- ▣ "A Constituição e sua Reserva de Justiça - Um Ensaio Sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma", Oscar Vilhena Vieira.
- ▣ "Direito Global", Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira.
- ▣ "Processo Penal à Luz da Constituição", Fauzi Hassan Choukr.
- ▣ "Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral", Luiz Regis Prado.
- ▣ "Crimes Contra o Meio Ambiente - Responsabilidade e Sanção Penal", Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes.
- ▣ "Lei das Armas de Fogo", Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira.
- ▣ "Crime Organizado", Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini.
- ▣ "Manual de Direito Penal - Parte Geral", Cezar Roberto Bitencourt.
- ▣ "Bases e Alternativas para o Sistema de Penas", René Ariel Dotti.
- ▣ "Tribunal do Júri - Estudo Sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira", Rogério Lauria Tucci.
- ▣ "Curso de Direito Penal - Parte Geral", Jair Leonardo Lopes.
- ▣ "Dos Delitos e das Penas", Cesare Beccaria.
- ▣ "Crimes de Trânsito", Maurício Antonio Ribeiro Lopes.
- ▣ "A Família e a Justiça Penal", Jaques de Camargo Penteadó.
- ▣ "Erro de Tipo e Erro de Proibição", Luiz Flávio Gomes.
- ▣ "Lei de Lavagem de Capitais", Raúl Cervini, William Terra de Oliveira e Luiz Flávio Gomes.
- ▣ "Casos Criminais Célebres", René Ariel Dotti.
- ▣ "Reforma Judicial en America Latina", Alfredo Fuentes Hernández.
- ▣ "Tortura - Una Aproximación Hacia su Tipificación Penal", José Ignacio González Macchi.

- ▣ "Homicidio y Lesiones Imprudentes: Requisitos y Limites Materiales", Bernardo José Feijó Sánchez.
- ▣ "O Ministério Público e um Novo Modelo de Estado", João Gaspar Rodrigues.
- ▣ "Código de Processo Penal Português", Maria João Antunes.
- ▣ "Código Penal Português", Maria João Antunes.
- ▣ "Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial Tomo I", Jorge de Figueiredo Dias.
- ▣ "Sucessão de Leis Penais", Américo A. Taipa de Carvalho.
- ▣ "Direito Penal da Comunicação", José Francisco de Faria Costa.
- ▣ "Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas", Eduardo Correia et al.
- ▣ "Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra - Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais", Pedro Caeiro.
- ▣ "Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra - Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio Pro Reo", Cristina Libano Monteiro.
- ▣ "O Concurso de Penas", Paulo Dá Mesquita.
- ▣ "Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal", José Moraz Lopes.
- ▣ "Crime de Emissão de Cheque sem Provisão", Américo A. Taipa de Carvalho.
- ▣ "A Constituição de Crime da Substancial Constitucionalidade do Direito Penal", Paulo Ferreira da Cunha.
- ▣ "A Tutela Penal dos Interesses Difusos", Jorge dos Reis Bravo.
- ▣ "Segurança, Tranquilidade e Lazer do Cidadão", João Luís de Moraes Rocha.
- ▣ "Cheques sem Provisão - Regime Jurídico Anotado", António Augusto Tolda Pinto.
- ▣ "Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal - Uma Perspectiva Jurídico-Criminal", Manuel da Costa Andrade.
- ▣ "Criminologia: O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena", Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade.
- ▣ "Colectânea de Legislação Penal Extravagante - Direito Penal Económico e Afim", António Augusto Tolda Pinto e Jorge Manuel Almeida Reis Bravo.

LEGISLAÇÃO

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

Resolução nº 1, de 30 de março de 1999

Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais.

O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), no uso de suas atribuições e,

CONSIDERANDO a decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP);

CONSIDERANDO constituir-se a **visita íntima** em direito constitucionalmente assegurado aos presos;

CONSIDERANDO dever-se recomendar aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que envidem o máximo esforço no sentido de que os presos tenham condições de usufruir do direito da **visita íntima**, resolve:

Art. 1º - A **visita íntima** é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

Art. 2º - O direito de **visita íntima** é, também, assegurado aos presos casados entre si ou em união estável.

Art. 3º - A direção do estabelecimento prisional deve assegurar ao preso **visita íntima** de, pelo menos, uma vez por mês.

Art. 4º - A **visita íntima** não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício.

Art. 5º - O preso, ao ser internado no estabelecimento prisional, deve informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro para sua **visita íntima**.

Art. 6º - Para habilitar-se à **visita íntima** o cônjuge ou outro parceiro indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional.

Art. 7º - Incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da **visita íntima**, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização.

Art. 8º - O preso não pode fazer duas indicações concomitantes e só pode nominar o cônjuge ou novo parceiro de sua **visita íntima** após o cancelamento formal da indicação anterior.

Art. 9º - Incumbe à direção do estabelecimento prisional informar ao preso, cônju-

ge ou outro parceiro da **visita íntima** sobre assuntos pertinentes à prevenção do uso de drogas, de doenças sexualmente transmissíveis e, particularmente, a Aids.

Publicada no DOU de 05.04.99,
pp. 01/02.

Resolução nº 2, de 30 de março de 1999

Define e reafirma regras para organização dos Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências.

O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), no uso de suas atribuições e,

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 62 a 64, 69, 70, 137, 143, 144, 145, 146, 158, 186, 188 e 195 da Lei nº 7.210, de 11/07/1984;

CONSIDERANDO a necessidade de organização uniforme dos Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal, resolve:

Art. 1º - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os Conselhos Penitenciários, observados os critérios desta resolução.

Art. 2º - As atribuições dos Conselhos Penitenciários abrangerão os limites territoriais da respectiva Comarca ou grupos de Comarcas, se organizado mais de um conselho por unidade federada.

Art. 3º - Os Conselhos Penitenciários serão integrados por membros nomeados pelo governador do Estado e do Distrito Federal, entre professores das ciências penais e correlatas, de instituições de ensino superior, bem como membros do Ministério Público da União e dos Estados, representantes da OAB, da Defensoria Pública e da comunidade.

§ 1º - Os representantes da OAB e da Defensoria Pública serão indicados em lista triplíce pelas respectivas instituições.

§ 2º - O mandato dos membros dos Conselhos Penitenciários será de quatro anos.

Art. 4º - Os Conselhos Penitenciários liberarão por intermédio do seu Plenário, facultada a criação de Câmaras ou Turmas.

Art. 5º - Incumbe aos Conselhos Penitenciários:

I - emitir parecer sobre livramento condicional, indulto e comutação de pena;

II - inspecionar os estabelecimentos e os serviços penais, propondo à autoridade competente a adoção das medidas adequadas, na hipótese de eventuais irregularidades;

III - apresentar ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no primeiro trimestre de cada ano, relatório cir-

cunsciado dos trabalhos efetuados no exercício anterior;

IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos;

V - realizar a cerimônia do livramento condicional;

VI - propor ao Juízo da Execução Penal a decretação da extinção da pena privativa de liberdade, a revogação de livramento condicional, bem como a modificação ou observância das normas especificadas na sentença e das demais condições de cumprimento da pena;

VII - suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução;

VIII - propor ao Juízo da Execução Penal a extinção da punibilidade nas hipóteses previstas em lei;

IX - propor a concessão de indulto individual;

X - propor outras medidas administrativas ou judiciais nos assuntos pertinentes às suas atribuições;

XI - colaborar com os órgãos encarregados da formulação da política penitenciária e da execução das atividades inerentes ao sistema penitenciário;

XII - baixar resoluções e outros atos de sua competência.

Art. 6º - São atribuições do Plenário dos Conselhos Penitenciários, sem prejuízo de suas funções específicas:

I - dar posse aos membros do Conselho, de seus suplentes e designar os integrantes das câmaras ou turmas;

II - convocar eleições para Presidente e Vice-Presidente;

III - eleger e dar posse ao Presidente e Vice-Presidente;

IV - elaborar, reformar e aprovar o seu regimento interno;

V - instituir comissões especiais ou permanentes;

VI - deliberar sobre matéria administrativa no âmbito de suas atribuições.

Art. 7º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Publicada no DOU de 05.04.99,
p. 02.

LEGISLAÇÃO

Decreto Federal nº 3.018, de 6 de abril de 1999

Decreto que promulgou a "Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Coextensiva, quanto Tiverem Eles Transcendência Internacional", concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971.

A íntegra do Decreto e do texto da Convenção encontram-se à disposição dos associados em nossa Biblioteca.

LEGISLAÇÃO

Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito

- 64/98** - Altera a composição dos Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRANs, do Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE e das Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARIs.
- 65/98** - Dispõe sobre a integração dos órgãos e entidades executivos dos municípios ao Sistema Nacional de Trânsito, de acordo com o § 2º do art. 24 e art. 333 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB e revoga a Resolução nº 29, de 21 de maio de 1998.
- 66/98** - Institui tabela de distribuição de competência dos órgãos executivos de trânsito.
- 67/98** - Concede prazo para regularização da habilitação dos condutores de veículos a que se refere o art. 144, do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.
- 68/98** - Requisitos de segurança necessários à circulação de Combinações de Veículos de Carga - CVC, a que se referem os arts. 97, 99 e 314 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB e os §§ 3º e 4º dos arts. 1º e 2º, respectivamente, da Resolução CONTRAN nº 12/98, de 6 de fevereiro de 1998 e revoga a Resolução CONTRAN nº 631, de 25 de maio de 1984.
- 69/98** - Revoga a Resolução nº 47, de 21 de maio de 1998, que define as características e estabelece critérios para o reboque de carretas por motocicletas.
- 70/98** - Dispõe sobre curso de treinamento específico para condutores de veículos rodoviários transportadores de produtos perigosos e revoga as Resoluções que menciona.
- 71/98** - Altera o § 1º do art. 3º e os Anexos I, II e III da Resolução nº 765, de 10 de fevereiro de 1993, CONTRAN, revoga a Resolução nº 828, de 18 de fevereiro de 1997 e dá outras providências.
- 72/98** - Altera o Anexo da Resolução nº 17/98,

que estabelece procedimentos de informação sobre o condutor do veículo, no momento da infração.

- 73/98** - Estabelece critérios para aposição de inscrições, painéis decorativos e películas não refletivas nas áreas envidraçadas dos veículos, de acordo com o disposto no inciso III do art. 111 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.
- 74/98** - Regulamenta o credenciamento dos serviços de formação e processo de habilitação de condutores de veículos.
- 75/98** - Estabelece os requisitos de segurança necessários à circulação de Combinações para Transporte de Veículos - CTV.
- 76/98** - Altera a redação do art. 2º, § 2º da Resolução nº 68/98 - CONTRAN e substitui o seu Anexo III.
- 77/98** - Estabelece os procedimentos para o cadastramento de veículos no RENAVAM, a emissão do Certificado de Segurança Veicular - CSV e a comprovação de atendimento dos requisitos de segurança veicular, de acordo com o que dispõe o art. 103 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.
- 78/98** - Trata das normas e requisitos de segurança para a fabricação, montagem e transformação de veículos.
- 79/98** - Estabelece a sinalização indicativa de fiscalização.
- 80/98** - Altera os Anexos I e II da Resolução nº 51/98 - CONTRAN, que dispõe sobre os exames de aptidão física e mental e os exames de avaliação psicológica.
- 81/98** - Disciplina o uso de medidores de alcoolemia e a pesquisa de substâncias entorpecentes no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes.
- 82/98** - Dispõe sobre a autorização, a título

precário, para o transporte de passageiros em veículos de carga.

- 83/98** - Reconhece o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER como Órgão Executivo Rodoviário da União.
- 84/98** - Estabelece normas referentes à Inspeção Técnica de Veículos - ITV de acordo com o art. 104 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.
- 85/99** - Dispensa os tripulantes de aeronaves do exame de aptidão física e mental necessário à obtenção ou à renovação periódica da Carteira Nacional de Habilitação - CNH.
- 86/99** - Prorroga o prazo estabelecido no art. 5º da Resolução 820/96, que trata da utilização do radar portátil avaliador de velocidade para fiscalização de trânsito.
- 87/99** - Dá nova redação à alínea "C" do inciso III do art. 2º, e prorroga o prazo referente ao inciso II do art. 6º da Resolução nº 14/98 - CONTRAN, que estabelece os equipamentos obrigatórios para a frota de veículos em circulação e dá outras providências.
- 88/99** - Estabelece modelo de placa para veículos de representação e dá outras providências.
- 89/99** - Altera a Resolução nº 74/98, que regulamenta o credenciamento dos serviços de formação e processo de habilitação de condutores de veículos.
- 90/99** - Prorroga o prazo para expedição da Carteira Nacional de Habilitação, conforme disposto no art. 5º da Resolução nº 71/98 - CONTRAN.
- 91/99** - Dispõe sobre Cursos de Treinamento Específico e Complementar para Condutores de Veículos Rodoviários Transportadores de Produtos Perigosos.
- 92/99** - Dispõe sobre requisitos técnicos mínimos do registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo, conforme o Código de Trânsito Brasileiro.
- 93/99** - Altera o art. 10 e revoga os arts. 11 e 13, todos da Resolução nº 50/98 - CONTRAN, que trata sobre processo de habilitação de condutores de veículos.

CIC: Mediação de Conflitos e Democratização do Estado

LUCI GATI PIETROCOLLA e JACQUELINE SINHORETTO

O IBC Crim, representado pelo seu Núcleo de Pesquisas, visitou as instalações do Centro de Integração e Cidadania - CIC no Itaim Paulista e Jaguaré, criados pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo. O objetivo dessas visitas foi conhecer essa experiência inovadora em administração pública. A proposta do CIC é articular os diferentes órgãos responsáveis pela distribuição da Justiça no interior de bairros periféricos que sofrem de carência desses serviços, buscando minorar a fragmentação dos serviços públicos e a demora no atendimento. A melhoria dos serviços de justiça é o cerne dessa experiência, sendo parte de um projeto político mais amplo que visa à transformação do gerenciamento dos órgãos estatais, de forma favorável à participação da sociedade civil. Cidadania, Integração e Sociedade Civil são as palavras de ordem desse projeto.

Assim, não se trata de levar os operadores do Direito à periferia, mas se exige firmar um

novo compromisso dos agentes do Estado com o seu trabalho e com o cidadão. Para os idealizadores do CIC, a administração da justiça deve se fazer com o objetivo de oferecer solução pacífica aos conflitos, através de técnicas de mediação, e promover a inclusão social, através do reforço de redes de cidadania locais.

A idéia é que, ao procurar a intervenção estatal em um conflito, a pessoa não saia do CIC sem uma resposta. Para isso, agregam-se no mesmo espaço físico o juiz, o promotor, o delegado, o procurador do Estado, o policial militar, o investigador de polícia, o assistente social, o psicólogo e os funcionários de outros serviços como o CDHU, o Procon e o Instituto de Identificação.

Na prática, concretizam-se propostas como a unificação das polícias, informatização da Justiça, descentralização da administração pública.

Estamos diante de uma tentativa de mudança das imagens externa e interna do poder

público. Isto é, busca-se conquistar uma confiança do cidadão no serviço eficiente e rápido, ao mesmo tempo em que se busca arejar a cultura corporativa dos órgãos estatais. Pensa-se que uma meta não pode se realizar sem a outra. Aproximar o Judiciário da população implica em diminuir a distância simbólica entre o poder e o cidadão, o que significa que o cidadão deve passar a contar com a justiça pública na resolução dos seus conflitos, e não apenas utilizá-la como o último recurso cuja eficácia não se garante. Nesse aspecto, o CIC representa uma novidade em relação a outras iniciativas que levam o Judiciário à periferia mas que não propõem uma mudança de atitude dos operadores face à comunidade, que é destinatária do seu serviço, nem com a desta comunidade em relação aos operadores da Justiça. Essa novidade expressa o desejo de mudança de mentalidades, o que envolve as dimensões das relações políticas, morais, econômicas e religiosas. Por tudo isso, fica evidenciado que o compromisso que fez brotar a experiência do CIC é, antes de tudo, um compromisso político.

Um dos objetivos do CIC é atuar na transformação do padrão de solução de conflitos. Nas regiões periféricas da cidade observa-se





uma valorização de padrões violentos de ajustamento: confrontos pessoais que, muitas vezes, resultam na eliminação de uma das partes. O trabalho dos profissionais reunidos no CIC procura se estabelecer como uma alternativa de ajustamento das partes através de acordos. Desse modo, a mediação pacífica configura-se como uma política de prevenção da violência. Imagina-se que, sendo o ajustamento pacífico algo desejado pelos habitantes do bairro, o CIC será cada vez mais procurado por ser o lugar da mediação, em contraposição aos métodos violentos costumeiros.

A opção pela mediação dos conflitos se apresenta como alternativa para resolver problemas no interior da comunidade, mas também indica um novo olhar sobre os conflitos, à medida em que procura a melhor solução possível para todos os envolvidos. Esse novo olhar subentende uma mudança radical na mentalidade, não só da população, mas sobretudo dos operadores da Justiça. Isto porque a distância entre as instituições judiciais e os cidadãos, freqüentemente reforçada por rituais, linguagem, vestimenta, não cabe quando se quer estabelecer uma relação de confiança mútua.

O pessoal do CIC do Itaim Paulista informou uma queda no índice de homicídios no bairro em que está instalado. Essa queda nas estatísticas já reflete uma mudança nos padrões de ajustamento? Se por um lado não se pode esperar que essa transformação, que é sobretudo cultural, se dê de forma rápida e isolada, por outro lado não se pode ignorar os números.

Todavia, a experiência do CIC não se restringe à distribuição da justiça, ela pretende ser, como já foi mencionado, um novo modelo de

gestão pública. O deslocamento dos órgãos para a periferia, a otimização dos recursos, o compartilhamento da administração constituem os elementos fundamentais na construção de uma nova mentalidade. A idéia que os executores do projeto estão empenhados em concretizar é a de envolver cada um dos profissionais que trabalham no espaço do CIC com o gerenciamento dos problemas cotidianos. Desse modo, atualmente procura-se estimular a auto-coordenação de cada unidade do CIC, o que em certa medida exige privilegiar o trabalho coletivo em relação às corporações profissionais.

O projeto político é expandir essa novidade para outras áreas da administração pública. Do sucesso da descentralização da administração depende uma outra face do projeto político: a participação da comunidade. A proposta anunciada pelo secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo é a ação conjunta entre Estado e comunidade; entretanto, só será possível envolver a comunidade se houver espaço para ela na realização das metas. O deslocamento dos órgãos do Estado para a periferia e a ação dos seus agentes junto a população local por si só garante a real participação destes nas decisões e gerenciamento administrativo? Em que medida isto fomenta na comunidade o interesse na co-gestão do empreendimento, na valorização do coletivo, no realce da figura do cidadão fiscalizador, solidário e participativo? A idéia de cidadão ativo está muito presente no material de divulgação do CIC, mas será que ela corresponde à realidade dos habitantes das periferias que se quer atingir? Se não existe este cidadão quem vai ocupar este lugar? Ou, contrariamente, se ele existe qual é o seu lugar? Qual é a relação que com ele se estabelece?

Haveria espaço para o cidadão participar desde a elaboração do orçamento e a definição dos objetivos?

Se é verdade que este projeto é revolucionário, como nos pareceu e como afirmam seus idealizadores, não mereceria um maior destaque político, impactando o orçamento do governo estadual na sua direção? Não deveria haver, no interior dos órgãos governamentais, parceiros do projeto, maior compromisso no sentido de ampliar esta experiência?

À primeira vista, essa experiência já está produzindo resultados. Pelo seu significado o CIC merece estar no centro do debate e das reformas institucionais que visam à democratização. Por isso, o projeto merece uma avaliação externa sistemática, ainda não realizada, que contemple todas as suas implicações, podendo enriquecer a experiência e trazer contribuições para este saudável debate.

As autoras são, respectivamente, diretora do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim e doutora em Sociologia; e pesquisadora do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim e mestrandia em Sociologia.

"Sursis Profilático"

MARCELO MATIAS PEREIRA

A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou sensivelmente o Código Penal ao incluir no seu rol penas alternativas, vem demonstrar a tendência de humanização do Direito Penal.

Ao lado do conhecido "sursis etário" surge um novo instituto que tomamos a liberdade de denominar de "sursis profilático".

Estabelece a nova redação dada ao art. 77, § 2º, do Código Penal que "a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 04 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 04 (quatro) a 06 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão".

Nesta última hipótese, o julgador deverá considerar as condições de saúde do réu que justifiquem a concessão da medida, ou seja, em razão de alguma doença grave ou incurável de que o acusado esteja acometido, sendo recomendável a concessão da suspensão, pois a pena de prisão só poderia agravar seu estado de saúde.

Não podemos nos esquecer que a pena visa também a recuperação do criminoso, a sua ressocialização, de modo que a aplicação de pena privativa de liberdade à pessoa acometida de grave doença ou enfermidade incurável somente virá a agravar o quadro por ela apresentado, contrariando, assim, a finalidade da pena.

Entendemos que tal medida seja profilática, eis que, segundo o vernáculo, profilaxia quer dizer parte da Medicina que trata das medidas preventivas contra as enfermidades ou emprego de meios para evitar as doenças.

Não é novidade nenhuma que os nossos estabelecimentos penais estão superlotados e que o ambiente carcerário é absolutamente promiscuo, representando uma preocupação das autoridades a crescente disseminação das doenças infecto-contagiosas nesses estabelecimentos, em especial o vírus HIV, a conhecida Aids, bem como a tuberculose, dentre outras.

Nesta esteira de pensamentos mostra-se tal medida profilática, eis que evitará que réus que estejam contaminados por doenças graves ou incuráveis, como no caso da Aids ou tuberculose, que tenham cometido crimes com pena inferior a quatro anos, estejam sujeitos ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

Em síntese, são estas as razões que nos levam a denominar tal instituto de "sursis profilático".

O autor é juiz de direito da comarca de Guarulhos (SP), professor de Direito Penal da UNIP, mestrando em Direito Penal pela PUC-SP e coordenador regional da Apamagis de Guarulhos.

Entidades associadas com o IBCCrim que recebem mensalmente o Boletim:

AMAZONAS

- Assoc. dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

CEARÁ

- Assoc. Cearense de Magistrados
- Assoc. Cearense do Ministério Público
- Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará

DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal

GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

MATO GROSSO DO SUL

- Assoc. dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Assoc. Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sind. 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

- Assoc. do Ministério Público do Estado do Pará

RIO GRANDE DO SUL

- Inst. Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público
- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Assoc. Paulista dos Magistrados
- Assoc. de Ensino Superior Paulista - UNICID
- Assoc. Paulista do Ministério Público
- Assoc. dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Curso Vocação Preparatório para as Carreiras - Presidente Prudente
- Fund. de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - Marília
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredicto Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas - Campinas

PERU

- Dep. de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA