

BOLETIM

ANO 6 Nº 62
JANEIRO/1998

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

INTERNET

Comunicamos que a *home page* do IBCCrim estará sendo totalmente reformulada, visando melhor atender às necessidades de nossos associados. Além dos serviços que já estão sendo regularmente prestados, em breve, serão implantados, entre outros, "News Group" e "Chart Room". Solicitamos aos nossos associados que nos enviem seu *e-mail*, pois, dentro de pouco tempo, estaremos remetendo uma senha de acesso aos serviços restritos.

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

(Carta enviada pelo **IBCCrim** aos srs. líderes partidários no Congresso Nacional)

Excelentíssimo Sr. Deputado:

○ **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim**, por ato de sua Diretoria, deliberou enviar a V. Exa. nosso último **Boletim**, que contém algumas considerações acerca do novo *Código de Trânsito Brasileiro* (Lei nº 9.503/97).

Como V. Exa. bem poderá observar, a opinião dos mais íclitos juristas brasileiros é extremamente crítica em relação ao conteúdo penal da referida lei.

Alguns equívocos foram cometidos e não poucas inconstitucionalidades já foram observadas, como anotam os artigos que acompanham a presente.

Assim, solicitamos o apoio de V. Exa. no sentido de que seja elaborada *lei de emergência* com o objetivo de postergar a entrada em vigor do mencionado diploma legislativo, com a ampliação do período de *vacatio legis* estatuído em seu art. 340. Tal providência encontra justificativa nas inúmeras incongruências que por certo advirão da aplicação da nova lei.

Certos de poder contar com seu indispensável apoio, aproveitamos o ensejo para expressar a V. Exa. protestos de estima e distinta consideração.

São Paulo, 11 de dezembro de 1997

A Diretoria

CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS

Conforme deliberação firmada na Reunião de Diretoria do dia 08.12.97, o **IBCCrim** estará, a partir deste mês, repassando para as mensalidades dos associados o valor da inflação verificada no ano de 1997.

Desta forma, os novos valores das mensalidades são os seguintes:

• Estudantes: R\$ 13,00

• Profissionais: R\$ 19,00

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.571-7/97 Como CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES FISCAIS

(Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Jr. e Fábio Machado A. Delmanto)

As consequências penais do deferimento do parcelamento do débito tributário têm dividido a jurisprudência.

Assim, nossos tribunais vêm decidindo: **a)** *É causa extintiva da punibilidade* (STJ, HC nº 2.538, DJU 09.05.94, p. 10.883, in **RBCCrim** 7/214; TRF 1ª Região, Inq. nº 3.454, DJU 06.06.94, p. 28.847-8, in **RBCCrim** 7/214; RHC nº 135.201, DJU 03.08.92, p. 22.351), *constituindo promoção de pagamento* (TRF 4ª Região, Ap. nº 14.665, DJU 24.04.96, p. 26.579); **b)** *É causa extintiva da punibilidade, desde que haja a "regular satisfação de parcelas avençadas antes do recebimento da denúncia", não sendo o caso de suspensão do processo, mas de extinção da punibilidade* (TRF 3ª Região, HC nº 88.440, m.v., DJU 17.04.96, p. 24.573); **c)** *Inexiste o delito, desfazendo-se o elemento subjetivo, à vista da vontade inequívoca de devolver* (STJ, JSTJ e TRFs 76/255; TRF 1ª Região, RC nº 18.475, DJU 25.09.95, p. 64.398 — ambos casos de contribuição previdenciária, Lei nº 8.212/91, art. 95; **d)** *Não extingue a punibilidade* (STJ, RHC nº 4.113, m.v., DJU 05.02.96, p. 1.443; TRF 4ª Região, RC nº 3.320, DJU 28.08.91, p. 20.266).

Entendemos correta a primeira (**a**) posição (nesse sentido, cf. **Fábio Machado de**

Almeida Delmanto, "O parcelamento do débito tributário e a extinção da punibilidade", in **Boletim IBCCrim** 55/8-9, junho de 97).

Recentemente, todavia, foram editadas as Medidas Provisórias nº 1.571-6/97, publicada no DOU de 26.09.97, e nº 1.571-7/97 (reedição) publicada no DOU de 24.10.97, que dispuseram, aquela no § 7º e esta no § 6º de seu art. 7º: "As dívidas provenientes das contribuições descontadas dos empregados e da subrogação de que trata o inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, poderão ser parceladas em até dezoito meses, sem redução da multa prevista no caput, ficando suspensa a aplicação da alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento".

Portanto, em dispositivo quicá inédito no Direito Penal brasileiro, suspende-se a aplicação de uma lei penal enquanto o contribuinte que parcela sua dívida em até dezoito meses se mantiver adimplente.

Ora, se ele continuar adimplente até a última parcela, terá se tornado totalmente adimplente, ficando, a nosso ver, suspensa de modo definitivo a aplicação da mencionada alínea d do art. 95.

Trata-se de uma verdadeira e inovadora causa de extinção da punibilidade que, por ausência de restrição do referido § 6º do art. 7º da Medida Provisória nº 1.571-7/97, deve ser aplicada inclusive após o recebimento da denúncia, o que não era, em regra, admitido pela legislação anterior.

Embora a medida provisória que contenha disposições penais seja inconstitucional diante do princípio da legalidade (CP, art. 1º), deve-se abrir exceção quando ela for benéfica ao acusado. A propósito, referindo-se ao decreto-lei da antiga Constituição da República, substituído na atual Carta pela medida provisória, o STJ decidiu que, embora inconstitucional, sendo mais favorável pode e deve ser aplicado em matéria penal (STJ, RHC nº 3.337-1, j. 20.09.94, DJU 31.10.94).

Como, na lição de **Francisco Clementino de Santiago Dantas**, um dos requisitos do *due process of law* é o de que "a diferenciação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa", abrindo-se "ao Poder Judiciário a

porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa" (**Problemas de Direito Positivo - Estudos e Pareceres**, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 46/47), entendemos que o mencionado § 6º do art. 7º da Medida Provisória nº 1.571-7/97 deve ser aplicado não apenas aos delitos de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, mas também aos demais crimes fiscais, como os contra a ordem tributária, de sonegação fiscal e o próprio descaminho.

A propósito dos delitos contra a ordem tributária e de sonegação fiscal, salienta-se que o art. 34 da Lei nº 9.249/95, ao prever a extinção da punibilidade "quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia", referiu-se somente a eles (crimes definidos nas Leis nºs 8.137/90 e 4.729/65), não fazendo menção ao delito previsto no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91.

No entanto, a jurisprudência tem aplicado, pacificamente, o art. 34 da Lei nº 9.249/95 ao crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias (cf. **Fábio Machado de Almeida Delmanto**, "Da extinção da punibilidade pelo pagamento no crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias", in **Boletim IBCCrim/Edição Especial** nº 45/06, agosto/96), considerando, entre outros fundamentos, "que o tipo do inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/99 é idêntico ao do art. 95, d, da Lei 8.212" (TRF 4ª Região, Ap. nº 95.04.02712-1/SC, j. 09.04.96).

Quanto ao delito de descaminho (não o de contrabando), já decidiu o TRF da 3ª Região que o art. 34 da Lei nº 9.249/95 aplica-se a todos os crimes fiscais, "incluindo-se entre eles os casos de descaminho" (RSE 97.03.005.261-4, j. 31.03.97, DJU de 07.05.97).

Ora, baseando-se nas mesmas acertas premissas, mas fazendo raciocínio inverso, não há porque não se estender a aplicação da Medida Provisória nº 1.571-7/97 também aos crimes contra a ordem tributária, de sonegação fiscal e descaminho.

Os autores são advogados em São Paulo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Diretor de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTb. 6372)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 16.000 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 -
Tels. (011) 607-6743, 605-6482,
605-4607 e 606-9306
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

No final do mês de novembro, mais precisamente no último dia 27, foram editadas as Leis nºs 9.520 e 9.521 (DOU de 28.11.97), trazendo reflexos na seara penal.

A primeira revogou o art. 35 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, referente ao direito de queixa pela mulher e a segunda revogou o art. 27 da Lei das Contravenções Penais, referente à infração da exploração da credulidade pública.

MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL

(Rômulo de Andrade Moreira)

O tema em epígrafe diz respeito a uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, em fase anterior ao processo criminal e, muitas vezes, de fundamental importância para a persecução criminal.

Nada obstante opiniões em contrário, o certo é que tal atribuição transparece suficientemente clara à luz do texto constitucional e da Lei Orgânica do MP (LOMP), como procuraremos demonstrar a seguir.

Com efeito, diz o art. 129 da Constituição Federal que são funções do Ministério Público, dentre outras:

"II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia" (grifo nosso).

"VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva" (grifo nosso).

"VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

"IX - exercer outras funções que lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (idem).

Como se nota pelo inc. II, supra-referido, a Carta Magna permite que sejam promovidas as medidas necessárias para a garantia dos direitos assegurados pela própria CF/88, que não estejam sendo respeitados pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública; assim, por exemplo, quando um agente público, abusando de poder ou de autoridade, transgredir o direito à liberdade de um cidadão, *verbi gratia*, prendendo-o ilegalmente, é evidente caber ao MP, constitucionalmente, "promover medidas necessárias para a garantia do direito à liberdade", ora desrespeitado pelo agente do Poder Público.

Já o inc. VI, complementando as atribuições do *parquet*, refere-se expressamente à expedição de notificações "nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los"; pergunta-se: para que serviriam tais notificações ou as informações e os documentos requisitados, se não fossem para instruir procedimento administrativo investigatório? É evidente que nenhuma lei traz palavras ou disposições inúteis (é regra de hermenêutica), muito menos a Lei Maior.

Comentando este inciso, afirma o ínclito **Marcellus Polastri Lima**:

"Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar opinião delicti e, se for o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do MP adstrito às investigações da Polícia Ju-

diciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal.

Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando provas necessárias para formar sua opinião delicti" (in *MP e Persecução Criminal*, Lumen Juris, 1997, p. 88).

Que não se diga tratar-se tal procedimento administrativo, do inquérito civil preparatório para a ação civil pública, pois desta matéria já cuidara o anterior inc. III; portanto, este outro dispositivo (VI), ao se referir a "procedimentos administrativos" não faz alusão ao inquérito civil (que também é um procedimento administrativo), este já tratado no item anterior; neste mesmo sentido caminha **Mazzilli**, para quem "se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso (VI) fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inciso III. O inquérito civil nada mais é que uma espécie de procedimento administrativo ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se esgota na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais" (*Regime Jurídico do MP*, Saraiva, 1996, p. 239).

Obtemperem-se, com o inc. VIII, a seguinte indagação: se é concedido o mais (requisitar diligências investigatórias), como não seria o menos, *id est*, fazer-se diretamente tais apurações?

Se não bastassem tais preceitos, há ainda o quarto deles, consubstanciado no inc. IX, este a deferir o exercício de funções outras que forem atribuídas ao MP e que sejam compatíveis com suas finalidades: a referida LOMP também prevê a instauração de procedimentos administrativos investigatórios, como veremos a seguir.

Esta Lei Federal nº 8.625/93 dispõe, no seu art. 26, poder o MP (os grifos são nossos):

"I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (omissis);"

"II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;"

"V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;"

Comentando este artigo (mais especificamente o seu inc. V), assim se pronunciou o eminente professor **Pedro Roberto Deco-main**, promotor de justiça em Santa Catarina:

"Trata-se de todas as providências preliminares que possam ser necessárias ao subsequente exercício de uma função institucional qualquer. Providências administrativas de âmbito interno poderão ser de rigor para o melhor exercício de alguma função institucional, em determinadas circunstâncias. Por força deste inciso, está o Ministério Público

habilitado a tomá-las. Aliás, nem poderia ser diferente. É claro que a instituição está apta a realizar todas as atividades administrativas que sejam indispensáveis ao bom desempenho de suas funções institucionais. Tal será uma direta consequência do princípio de sua autonomia administrativa, que orienta não apenas o funcionamento global da instituição, mas também a sua atuação em cada caso concreto que represente exercício de suas funções institucionais" (*Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, Obra Jurídica Editora, pp. 204/205, grifado por nós).

Adverte **Polastri**, dirimindo dúvidas:

"A exemplo do disposto na CF/88, entendemos que o estabelecido no item I do art. 26 da Lei 8.625/93 refere-se não só aos inquéritos civis, como a quaisquer outros procedimentos, sendo a expressão pertinente atinente a medidas e procedimentos condizentes com as funções do MP, e não somente aos inquéritos civis, conforme estabelecido no caput do art. 26" (idem, p. 90).

E, continuando a análise da Lei Federal, temos no seu art. 27, verbo *ad verbum* (por nós sublinhado):

"Art. 27 - Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I - pelos poderes estaduais e municipais;

II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

(omissis).

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;

II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos (omissis)."

Vemos, destarte, que não há dificuldades em admitir-se a instauração de procedimentos administrativos investigatórios no âmbito do MP, desde que haja a necessidade de apuração de determinado fato que, por sua vez, enquadre-se no leque institucional das atribuições ministeriais.

Portanto, não podemos conceber, em que pese a autoridade dos que pensam contrariamente, que se diga ser defeso a esta instituição a investigação e a coleta de provas para o processo criminal, pois tal mister é permitido perfeitamente, principalmente levando-se em conta a lição doutrinária amplamente conhecida, segundo a qual o inquérito policial é peça prescindível à instauração da ação penal, conclusão esta retirada do próprio





Código de Processo Penal, arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º.

Com razão afirma **Mazzilli**:

"Tanto na área cível como criminal, admitem-se investigações diretas do órgão titular da ação penal pública do Estado. Para fazê-las, não raro se valerá de notificações e requisições" (ob. cit., p. 239).

Costuma-se opor ao entendimento acima esposado o art. 144, § 4º, da CF/88, cuja dicção diz caber à Polícia Civil a apuração de infração penal, exceto a de natureza militar, ressalvada, também, a competência da União.

Ocorre que esta atribuição constitucional não é exclusiva da Polícia Civil, sendo esta a melhor interpretação deste dispositivo constitucional.

Não se deve interpretar uma norma constitucional isoladamente, mas, ao contrário, vê-la sistematicamente, considerando-se cada preceito como parte integrante de um corpo, analisando-se todas as regras em conjunto, a fim de que se extraia o correto sentido de cada uma delas:

"Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio" (**Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Freitas Bastos, 1961, p. 165).

Partindo-se desse pressuposto hermenêutico, pensamos que a CF/88 não previu exclusividade na apuração de infrações penais; observa-se que um outro artigo da mesma Carta (art. 58, § 3º) dá poderes à Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação própria e, adiante, como já demonstrado, concede a mesma prerrogativa ao MP.

A esse respeito, em sua mais recente obra, editada bem depois da atual Constituição, pensa o íncito **Tourinho Filho**:

"O parágrafo único do art. 4º (CPP) deixa entrever que essa competência atribuída à Polícia (investigar crimes) não lhe é exclusiva, nada impedindo que autoridades administrativas outras possam, também, dentro em suas respectivas áreas de atividades, proceder a investigações. As atinentes à fauna e flora normalmente ficam a cargo da Polícia Florestal. Autoridades do setor sanitário podem, em determinados casos, proceder a investigações que têm o mesmo valor e finalidade do inquérito policial" (**CPP Comentado**, Vol. 1, Saraiva, 1996, p. 16).

Da mesma forma, o já citado **Polastri Lima**:

"Obviamente, não sendo a Polícia Judiciária detentora de exclusividade na apuração de infrações penais, deflui que nada obsta que o MP promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos."

Como já salientamos, de há muito **Fredérico Marques** defendia que o MP poderia, como órgão do Estado-administração e inte-

ressado direto na propositura da ação penal, atuar em atividade investigatória.

O art. 4º do CPP já dispunha, em seu parágrafo único, **inteiramente recepcionado pela nova ordem constitucional**, que a atribuição para apuração de infrações penais não exclui a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a função" (ob. cit., p. 84, grifo nosso).

E não se diga que, sendo parte, não pode o promotor de justiça ser considerado autoridade para efeito de instauração de procedimento administrativo, na forma permitida pelo parágrafo único do art. 4º do CPP; tal argumento também é rebatido pelo autor por último indicado, ao afirmar, depois de apoiar-se nas lições de **Hely Lopes Meirelles**, que:

"Não resta dúvida que, estando o Ministério Público regido por lei orgânica própria, detendo funções privativas constitucionalmente e possuindo seus agentes independência funcional, além de preencher os demais requisitos elencados pela doutrina, os seus membros são agentes políticos, e como tal exercem parcela de autoridade", concluindo:

"Portanto, indubitavelmente, exerce o MP parcela de autoridade e, administrativa-mente, pode proceder às investigações penais diretas na forma da legislação em vigor" (ob. cit., pp. 85 e 87).

Mirabete não pensa diferente:

"Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da Polícia Judiciária, ressaltando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º do CPP). Não ficou estabelecido na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. Tem o MP legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais" (**Processo Penal**, Atlas, 1997, p. 77), citando várias hipóteses em que outras autoridades administrativas, que não delegados de Polícia, podem e devem proceder a investigações: Lei de Falências, arts. 103 e segs.; as já referidas CPI's; Lei nº 4.771/65, art. 33, b; art. 43, do Regimento do STF.

Espínola Filho, por sua vez, já advertia:

"Que o inquérito não é atribuição exclusiva da autoridade policial, é ponto assente, muito comuns sendo os inquéritos administrativos."

O Código de Processo Penal, no art. 4º, parágrafo único, ressalva, do modo mais claro, a pertinência desses inquéritos extrajudiciais, acentuando que a competência dada no inquérito à Polícia Judiciária, exercida por autoridades policiais, não exclui a de autoridades administrativas, para promoverem inquéritos, quando a isso legalmente autorizadas" (cfr. **CPP Anotado**, Borsoi, 1960, p. 248).

Tudo o que foi exposto vale para o Ministério Público da União, visto que a respectiva Lei Complementar Federal nº 75/93 "não deixa margem de dúvidas quanto a operacionalização das investigações criminais dire-

tas no âmbito do Ministério Público", como acrescenta **Polastri**, no livro aludido (p. 91), referindo-se, com certeza (ainda que não o diga expressamente), aos seus arts. 7º, I, e 8º, VII, *in verbis*:

"Art. 7º - Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos correlatos.

(omissis).

Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

(omissis).

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar."

Diante de tudo quanto foi exposto, pode e deve o membro do MP, quando isto lhe é faticamente possível, investigar diretamente fatos criminosos; é bom que se diga não ter o Ministério Público, muitas das vezes, condições de, *motu proprio*, levar adiante uma investigação criminal, até por carência de material, seja humano (investigadores, por exemplo), seja físico (viaturas, espaço físico apropriado, etc.); quando houver dificuldades, nada impede, ao contrário, tudo indica, que seja requisitada a instauração de inquérito policial (ou termo circunstanciado na forma da Lei nº 9.099/95).

Interessante, a título de ilustração, a observação feita por **Renê Ariel Dotti**:

"(...) forçoso é reconhecer que o sistema adotado em nosso país deixa muito a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. E o maior obstáculo para alcançar estes objetivos decorre da falta de maior integração não somente das categorias funcionais da Polícia Judiciária e do Ministério Público como também de seus integrantes. Observa-se, lamentavelmente e em muitas circunstâncias, a existência de um processo de rejeição que parece ser genético" (cfr. *"O Ministério Público e a Polícia Judiciária - Relações formais e desencontros materiais"*, in **Ministério Público, Direito e Sociedade**, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 135).

Atentos à observação supra (verdadeira e preocupante), esclarecemos que tais considerações, longe de representarem obstáculos à atuação policial, são apenas elucidações que devem ser feitas a respeito das prerrogativas do MP, nunca olvidando-se da importância da Polícia Judiciária, aliás, sem a qual, impossível se tornaria o cumprimento de nossos misteres.

Devemos, na lição do maior de todos os promotores de justiça, *"no trato com as autoridades policiais (...), além do respeito devido às prerrogativas daqueles colaboradores e não subordinados, pugnar pelo prestígio que advém da sua correção"* (**Roberto Lyra, Teoria e Prática da Promotoria Pública**, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 12).

ARMA DE BRINQUEDO E REPRESSÃO PENAL

(André Fernandes Indalencio)

A partir do mês de agosto, passaram a vigorar no Brasil, em sua plenitude, as disposições de caráter penal da Lei nº 9.437/97, criadora do SINARM (Sistema Nacional de Armas), definidora de tipos relacionados ao porte, comercialização e uso de armas de fogo, diploma este idealizado no escopo declarado da busca da contenção da violência urbana, surgido na esteira das recentes e graduais reformas da legislação penal em vigor no País.

Dentre vários tipos penais ali estatuídos, um revela-se de especial peculiaridade: segundo o art. 10, § 1º, inc. II, do referido texto normativo, comete crime, punido com pena de detenção, de um a dois anos e multa, quem *"utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes"*. Trata-se de dispositivo que já na primeira leitura parece evidenciar sua finalidade, indicando a pretensão de trazer solução definitiva à problemática do roubo qualificado pelo emprego de arma, há muito persistente na doutrina e na jurisprudência.

Com efeito, ora adotava-se orientação segundo a qual a arma de brinquedo, por não possuir em si capacidade vulnerante, não configuraria a qualificadora em questão (§ 2º, I, do art. 157 do Código Penal), ferindo, ademais, sua adoção o princípio da legalidade e ora validava-se entendimento contrário, defendendo posição que veio a se solidificar no Superior Tribunal de Justiça, refletido na recente Súmula nº 174, onde consigna-se, com todas as letras, *"que no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena"*.

A opção do legislador à solução da controvérsia, entretanto, presente no novo dispositivo, foi de uma infelicidade a toda prova.

E que, de fato, não bastasse toda a discussão acerca da interpretação da circunstância exasperante presente no roubo agravado, agora também as regras do concurso de normas passaram a atormentar a pessoa do operador do Direito, tornando difícil a avaliação prática e teórica do tipo delituoso criado, servindo apenas para acirrar ainda mais o debate já existente ao invés de dirimi-lo, como se pretendeu na edição da presente lei.

Assim, cabe indagar: empregando o agente arma de brinquedo em um delito, qual o tratamento jurídico-penal adequado?

A questão pode ser encarada sob três aspectos.

Primeiro, com o reconhecimento, puro e simples, do concurso de crimes, somando-se as penas ou agravando a sanção do delito mais grave, conforme se adote a posição dos arts. 69 ou 70 do Código Penal.

Vale anotar, entretanto, que o texto normativo em questão, à evidência, não limita sua aplicação ao crime patrimonial que certamente lhe motivou a existência, estendendo sua incidência indiscriminadamente a toda espécie de delitos. É a conclusão insofismável que se extrai da redação do tipo, quando fala na utilização da arma de brinquedo ou simulacro para o fim de cometer crimes e não crimes contra o patrimônio. De modo que, à vista da perigosa amplitude que se quer conferir ao dispositivo em comento, impõe-se salientar que para além do crime complexo citado e da extorsão, o estupro, o

atentado violento ao pudor e todos os demais delitos em que a resistência da vítima se veja diminuída pelo emprego da ameaça, a teor do conteúdo do tipo em objeto, trazem em si a possibilidade de concurso com o novo delito, havendo, assim, agravamento da sanção em casos que tais pelo emprego da arma de brinquedo⁽¹⁾.

Em uma segunda hipótese, visualizar-se-ia, então, a possibilidade de reconhecimento, na espécie, da subsidiariedade do tipo em questão, incidindo somente quando a ameaça decorrente de seu emprego não estiver inserida em outro tipo penal mais grave, limitando a tipicidade da conduta prevista na norma em exame apenas aos casos em que a pena prevista em seu dispositivo for superior à do tipo principal, como ocorre, por exemplo, com a ameaça (art. 147 do Código Penal). É entendimento esposado pelo ilustre juiz **Nilton Macedo Machado**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em palestra recentemente proferida na cidade de São Miguel d'Oeste, patrocinada pela subseção da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por derradeiro, vale registro o posicionamento adotado por **Damásio de Jesus**. Para o mestre, o novo tipo em questão é inconstitucional por ferir o princípio da lesividade, já que os delitos da Lei nº 9.437/97 atingem a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos e essa objetividade jurídica não é ofendida no emprego de arma de brinquedo⁽²⁾.

Sem embargo dos entendimentos diversos, preferimos a segunda orientação.

É que, ainda que se tenha criminalizado condutas anteriormente atípicas e agravado outras cujo tratamento resumia-se à menor potencialidade ofensiva, os crimes em questão não deixaram de perder sua natureza de delitos de perigo, inexistindo razão para a manutenção de sua subsistência quando o risco gerado pela conduta já então tenha se transformado em dano efetivo ao bem jurídico tutelado, como no caso da ameaça insita aos tipos supramencionados.

Como lembra **Jiménez de Asúa**, *"Este principio (o da subsidiariedade) consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquella"*. Lex primaria derogat legi subsidiariae. No podemos deducir la subsidiariedad de 'neutralidad', como lo ha hecho Javier, porque lo que se relaciona e influye no es neutral.

Una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la principal queda absorbido por ésta."⁽³⁾

E o bem jurídico tratado pelas normas em questão, a toda evidência, é o mesmo, viabilizando a aplicação da regra aventada: os tipos mencionados compõem-se de crimes complexos, onde a incolumidade pessoal também é tutelada. Assim, além do patrimônio, da liberdade sexual, etc., também a liberdade individual é objeto de proteção, revelando a identidade da ofensa e o reconhecimento da subsidiariedade implícita que se propõe como interpretação adequada à controvérsia surgida.

Descarta-se, assim, o concurso de crimes, por levar à desproporcionalidade e por agravar a sanção do agente, com base na ocorrência de circunstância elementar ao próprio delito principal cometido. Descarta-se, também, com a devida *venia*, o entendimento do mestre **Damásio de Jesus**, porque ignora a censurabilidade decorrente da maior intimidação da vítima, deriva do emprego de tal objeto, negando a possibilidade de utilização da arma de brinquedo como agravante do próprio roubo, desautorizando a Súmula nº 174 do STJ e a tendência que afinal pretendeu-se confirmar com a edição da nova lei.

De qualquer modo, ressalta visível a incoerência do legislador: fosse o caso de conferir maior reprovabilidade à utilização de tal arma de fogo (e, junto, da arma de brinquedo) — medida esta que, a teor dos princípios da nova lei, orientados por sua finalidade de busca do desarmamento da população como forma de contenção da violência urbana, não se afigura desarrazoada — bastaria seguir o caminho prático da inserção de tal circunstância como agravante, na parte especial ou geral do Código, tal qual fez o legislador de 1940 com circunstâncias como o veneno, fogo, explosivo, etc., buscando, de igual modo, tornar proporcional o agravamento punitivo direcionado à antiga prática contravençional agora criminalizada (nos moldes em que hoje se encontra, em certos casos, incide no paradoxo de se considerar mais grave o perigo do que a efetiva violência do bem jurídico tutelado — é o que ocorre, por exemplo, na lesão corporal leve, tratada, agora, de modo significativamente menos grave que o porte de arma, sendo aliás, ao contrário deste, delito de menor potencial ofensivo). Se, por outro lado, o escopo da atuação legislativa direcionava-se a dirimir a vigência relacionada ao roubo circunstanciado, melhor teria sido, então, a inserção de um parágrafo no art. 157 do Código Penal, definindo arma para os fins do dispositivo, ou mesmo o acréscimo, puro e simples, da referência à arma de brinquedo ou simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, ao inc. I, do § 2º, do mesmo preceito, onde então a discussão existente, com a interpretação autêntica fornecida, talvez se visse encerrada.

Na esteira das várias reformas da legislação penal até aqui levadas a efeito, porém, mais uma vez mostrou o legislador a péssima opção que vem fazendo, ao preferir a criminalização de condutas e elevação indiscriminada de penas como princípio de política criminal, perdendo mais uma oportunidade de uma reforma coerente do sistema punitivo brasileiro.

(1) Tanto quanto pela utilização de arma verdadeira, incidindo, neste último caso (delitos outros que não o roubo agravado, por óbvio, sob pena de *bis in idem*), se adotado tal posicionamento, a disposição do caput do art. 10 da Lei nº 9.437/97, também em concurso.

(2) **Código Penal Anotado**, Saraiva, 7ª ed. 1997, p. 524.

(3) **Principios de Derecho Penal - La Ley y el Delito**, Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 147.

PENAS ALTERNATIVAS: UMA SOLUÇÃO?

(Mário de Magalhães Papaterra Limongi)

Tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.684, de 1996, que, alterando os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, amplia as hipóteses de aplicação de penas alternativas.

Consta da exposição de motivos do citado projeto de lei, de autoria do Poder Executivo, que *"caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomenda seu isolamento do meio social"*. Ora, esta afirmação é absolutamente consensual e nenhum operador do Direito, juiz, promotor de justiça ou advogado, apresenta a ela qualquer contestação.

Temo, porém, que se esteja criando uma falsa expectativa, eis que a ampliação das penas restritivas de direito, embora desejável, nem de leve resolverá o problema da superpopulação carcerária.

Ademais, as penas restritivas de direito já estão previstas em nosso sistema desde 1984 e são pouco aplicadas diante das dificuldades de fiscalização. Estas dificuldades, por certo, continuarão a existir e, assim, a ampliação proposta pouco alcance terá.

Em verdade, de há muito, a prisão é reservada a réus perigosos. Qualquer levantamento feito na população carcerária indicará que a esmagadora maioria dos presos é reincidente em crimes graves, o que vale dizer que a prisão já é *"reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosi-*

dade recomenda seu isolamento social", como quer o projeto do governo. Assim, malgrado todos estejam de acordo com a ampliação das penas restritivas de direito, é bom que ninguém se iluda: a aplicação das penas alternativas não é uma panaceia e não resolverá o problema da superpopulação carcerária.

Apenas para exemplificar: o projeto prevê a aplicação de pena restritiva de direito, substituindo a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos. Ora, nestas hipóteses, no atual sistema o réu também efetivamente não cumpre a pena privativa de liberdade porque tem direito a prisão albergue domiciliar.

Não se trata, em absoluto, de se criticar a idéia de ampliação das penas alternativas. Trata-se apenas de alertar que o problema carcerário continuará e que somente um investimento maciço na construção de pequenos presídios poderá minimizar o problema.

Durante anos, fez-se um discurso fascista e irresponsável, que nossas cadeias eram "hotéis de luxo" e, por conta disto, não se investiu um único centavo no sistema penitenciário. Esta é a verdadeira razão para a lamentável situação carcerária com distritos policiais lotados com a injustificada mistura de presos provisórios e definitivos.

Quem se lembra da polêmica travada em abril do ano passado quando da edição do Indulto Especial (Decreto nº 1.986, de 11 de abril de 1996) e da expectativa criada de que haveria diminuição significativa no número

de presos (alguns órgãos da imprensa estavam manchetingos sensacionalistas), com certeza constatou que a expectativa do governo não foi atingida porque pouquíssimos presos foram beneficiados, já que, repito e insisto, de há muito, a cadeia é reservada aos perigosos.

A solução para o problema não está na modificação legislativa, necessária mas insuficiente, mas sim na construção de presídios (não há nenhum país no mundo que prescindisse das penas privativas de liberdade). É evidente que os presídios devem obedecer ao princípio básico de se procurar a recuperação dos condenados, o que é absolutamente impossível com nossos atuais presídios.

Construção de bons presídios é boa política de segurança pública, pois evita, como ocorre hoje, que o preso, ao voltar ao convívio social, esteja ainda mais revoltado e, por consequência, mais tendente a voltar a delinquir.

A idéia do governo de São Paulo de implodir o complexo Carandiru e a construção de presídios menores para substituí-lo é um bom começo e merece contar com o apoio da sociedade que deve esquecer do discurso irresponsável do passado e cobrar dos governantes a construção de bons presídios que possam recuperar os infratores.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais.

LEI Nº 9.437/97 REDAÇÃO DEFICIENTE DO ART. 10, § 3º, IV

(Eduardo Luiz Santos Cabette)

A qualidade da redação das recentes leis promulgadas tem deixado a desejar, refiro-me especificamente ao art. 10, § 3º, inc. IV, da Lei nº 9.437/97, porque quando de sua primeira leitura, pareceu-me que se encaixava perfeitamente na legislação fantástica que oprimia o personagem Josef K. em *O Processo*, do prodigioso escritor **Franz Kafka**.

Explico-me: o art. 10, *caput*, estabelece condutas referentes à utilização de armas de "uso permitido" ilegalmente, estabelecendo uma pena de detenção de um a dois anos e multa. No § 2º agrava a pena para reclusão de dois a quatro anos e multa, *"se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito"*. Vem então o § 3º e passa a estabelecer figuras consistentes em condutas que são equiparadas ao parágrafo anterior para fins de pena, ou seja, reclusão de dois a quatro anos e multa, distribuídas em quatro incisos. Os três primeiros descrevem condutas que podem ser atribuídas ao agente por sua atuação voluntária.

No inc. IV, o susto!

A conduta consiste em *"possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de*

entorpecentes e drogas afins". À primeira vista essa forma do dispositivo leva a crer que aquele que possui uma condenação naqueles moldes, estaria sujeito à pena de reclusão de dois a quatro anos e multa automaticamente. Logicamente, um absurdo inaceitável, um *bis in idem* escancarado, um tipo penal inaplicável.

Por isso, a única interpretação sensata do dispositivo em questão é aquela que o coloca em conjunto com o art. 10, *caput*, ou seja, o § 3º, IV, não descreve uma conduta típica equiparada com os incs. I a III, mas estabelece uma condição especial do agente que o levará a incidir na pena mais grave, ainda que tenha utilizado arma de uso permitido.

Exemplificando, num caso de prisão em flagrante, pode-se ter duas situações que ora apresento por julgar poderem ser de grande utilidade na prática:

a) o agente porta um revólver calibre 38 ilegalmente, sendo esta arma de uso permitido e não registra condenação anterior pelos crimes elencados no § 3º, IV. Incide nas penas do art. 10, *caput* (detenção de um a dois anos e multa), com direito inclusive a fiança arbitrada pela autoridade policial de

acordo com a legislação processual;

b) o autor porta um revólver idêntico, nas mesmas circunstâncias, mas possui condenação anterior por crimes elencados no inc. IV sob comento (v.g. roubo). Incide então nas penas do § 2º (reclusão de dois a quatro anos), não tendo, portanto, direito a fiança arbitrada pela autoridade policial (art. 322, CPP).

Certamente todo esse esforço de interpretação seria dispensável e, principalmente, a primeira má impressão do exegeta, acaso o dispositivo não figurasse como o inc. IV do § 3º, mas fosse um parágrafo independente ou, melhor ainda, simplesmente agregado ao § 2º na forma seguinte: § 2º. A pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito, ou ainda se o agente possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Fica, portanto, a sugestão na esperança de uma crítica construtiva.

O autor é delegado de polícia em São Paulo.

TERMO CIRCUNSTANCIADO E DELITOS DE TRÂNSITO

(Bruno Amaral Machado)

Após um ano de campanha que conjugou esforços entre o poder público e setores da sociedade civil, comemora-se no Distrito Federal significativa diminuição do número de acidentes com vítimas, em particular o de vítimas fatais. Nesse sentido, foram decisivos não somente os instrumentos de controle de velocidade mas a ainda incipiente, porém decisiva, busca de uma nova cultura no trânsito.

Nesse contexto, há que se considerar o novo paradigma de justiça criminal instaurado pela Lei nº 9.099/95. Para os homicídios culposos foi estabelecida a possibilidade de suspensão do processo, desde que preenchidos os requisitos e condições estabelecidas em lei, entre os quais o ressarcimento dos danos aos familiares das vítimas. Quanto às lesões corporais culposas, enquadra-se no procedimento instaurado pelo mencionado diploma legal.

Assim, estabeleceu-se que a autoridade policial, ao tomar conhecimento de ocorrências relativas a contravenções penais ou crimes cuja pena máxima não seja superior a um ano, exceto os casos em que a lei preveja procedimento especial, lavrará termo circunstanciado e os encaminhará imediatamente ao Juizado com o autor do fato e a vítima e, não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada audiência da qual ambos sairão cientes.

Em especial nas infrações culposas, particularmente nos delitos de trânsito, nem sempre há uma definição imediata do autor do fato e vítima nas colisões identificadas no tráfego. Assim, não raramente são recebidos termos que não apontam o autor do fato. Se não há autor identificável resta frustrada a realização de audiência de conciliação e, por conseguinte, o objetivo primordial da nova perspectiva instaurada pela Lei nº 9.099/95, a composição de danos. Em outras hipóteses, não são providenciados os laudos de exames de corpo de delito das vítimas ou mesmo qualquer documento que comprove as lesões

sofridas. Se não há lesão identificada não há crime que justifique a instauração do procedimento aludido no art. 69 da lei em apreço. Ademais, deve-se envidar esforços em se identificar e localizar a vítima, vez que é fundamental e imprescindível para realização da audiência de conciliação. Sem a vítima não há acordo.

As infrações de trânsito, na maioria dos casos, tem demonstrado a experiência que a solução depende mais da rapidez na colheita da prova e preservação do local do que de investigações futuras que, muitas vezes esclarecem a autoria do delito, mas não fornecem dinâmica detalhada do fato.

Nos atropelamentos revela-se de fundamental importância que haja a colheita de informações simples porém precisas para que se identifique a prática de fato típico e antijurídico: faixa em que trafegava o condutor, velocidade desenvolvida, possível distância em que a vítima se encontrava do veículo quando adentrou a pista, sentido da travessia.

Cumprir salientar, não se exige inquirição pormenorizada dos envolvidos e testemunhas mas informações precisas que forneçam dinâmica para o fato, sem se distanciar dos critérios de simplicidade e celeridade consagrados pela Lei nº 9.099/95.

Exatamente por fornecerem elementos insuficientes para formulação da denúncia, grande parte dos termos, após audiência de conciliação, retornam à Polícia para novas investigações. Nesse sentido os critérios da simplicidade, economia processual, informalidade e **oralidade** (denúncia oral), acabam sacrificados pela ausência desses elementos considerados imprescindíveis pelo membro do *Parquet*. Ressalte-se que tais critérios não se sobrepõem aos princípios que regem o processo penal e ao objetivo nunca abandonado de combate à impunidade.

Exempli gratia recente colisão ocorrida em cruzamento controlado por semáforo no

DF com vítimas em ambos os veículos e versões diametralmente opostas. Em verdade, a inquirição de outros condutores presentes no local e mesmo comerciantes que por ali trabalhavam permitiria facilmente concluir quem dispunha de prioridade no tráfego. A solução, mais uma vez, dependia muito mais da rapidez na colheita de informações simples e precisas do que de investigações futuras que foram sobremaneira prejudicadas.

Evidente que há importante número de termos circunstanciados que se enquadram no espírito da lei e propiciam amplos elementos de convicção e compreensão do fato. Contudo, em diversos procedimentos não há as circunstâncias mínimas que permitem a correta compreensão da dinâmica. Sem as circunstâncias do fato não há que se falar em "termo circunstanciado" mas mera notícia, com as tristes consequências observadas: muitas vezes se descarta a produção de provas no afã de se obter maior celeridade e simplicidade, sem a consciência de que futuro processo para apuração de crime estará seriamente comprometido, vez que seu objetivo maior, a busca da "verdade real", foi abortado *ab initio*. Nesse sentido, saliente-se, fere-se a *ratio* da Lei nº 9.099/95 que, além de privilegiar o consenso, também persegue o combate à impunidade através de procedimentos mais céleres.

Por fim, cumpre salientar, tais reflexões não se revestem em nenhuma hipótese de caráter de crítica ao trabalho da Polícia Militar (em regra primeira a chegar ao local) e Polícia Civil, mas de sugestões para a melhoria do trabalho realizado, contextualizadas na luta que deve empenhar o poder público e a sociedade civil na diminuição da violência no trânsito.

O autor é promotor de justiça junto à 2ª Promotoria de Delitos de Trânsito em Brasília, DF.

PATRIMÔNIO X VIDA

(Messias José Lourenço)

Muitas são as críticas dirigidas às leis brasileiras.

Dentre elas, no âmbito do Direito Penal, afirma-se que é dada maior proteção ao patrimônio das pessoas do que às suas vidas. Nesse sentido, a título de exemplo, verifica-se que, se uma pessoa, intencionalmente, fura os olhos de seu inimigo, terá como pena mínima prevista em lei dois anos de reclusão. Por mais absurdo que pareça, pena semelhante, ou seja, dois anos, será o mínimo que alguém poderá ser condenado se, em companhia de outras pessoas, furtar uma pulseira, ou um par de óculos.

Aliás, ainda como exemplo desse descompasso, verifica-se que o homicídio culposo possui pena mínima de um ano de detenção, ou seja, inferior ao furto da pulseira ou par de óculos, onde, além de tudo, a pena é de "reclusão".

Assim, constata-se que o patrimônio, em

geral, realmente recebe maior proteção do que a vida.

Ocorre que, de acordo com a opinião dos estudiosos, a lei nada mais faz do que refletir os anseios da sociedade em um determinado momento.

Essa constatação permite a análise de um episódio recente. Com efeito, sob o argumento de que estavam "levando nossas riquezas", milhares de pessoas foram às ruas com o objetivo de evitar a privatização da Vale do Rio Doce.

Um exercício democrático e, enquanto pacífico, legítimo, uma vez que o patrimônio é um bem merecedor de proteção.

No entanto, já faz algum tempo que os órgãos de imprensa vêm denunciando a sistemática destruição da floresta amazônica e, lamentavelmente, pouco se fez para tentar impedir tal catástrofe.

O jornal *Folha de S. Paulo* do dia 9 de maio de 1997, numa reportagem onde a entidade

ambientalista Greenpeace denunciava a ação predatória de madeiras estrangeiras na região, noticiou que uma *única empresa*, a malásiana WTK, tem um "*projeto de exploração*" de uma área de 300 mil hectares.

Por mais absurdo que possa parecer a "venda" de área tão imensa a uma madeireira, nenhuma manifestação nacionalista até agora foi feita em defesa de nossas florestas — por mais que essas ações predatórias coloquem em risco, em última instância, a "vida" dos seres humanos.

Assim, lamentavelmente, verifica-se que na maioria das vezes a lei nada mais faz do que refletir as aspirações de nosso povo — uma escolha infeliz que reflete algumas mazelas de nossa sociedade capitalista.

O autor é procurador do Estado de São Paulo, professor de Direito Penal da Universidade de Guarulhos e da Academia Militar do Barro Branco.

PRESOS E CAVALOS XUCROS

(Ana Sofia Schmidt de Oliveira)

Conversando há algum tempo atrás com um diretor de presídio, já falecido, sobre a disciplina no sistema penitenciário, ouvi a seguinte comparação: *"Imagine um cavalo xucro. Se você colocar sobre ele um saco com 5 quilos de areia, o bicho dá coice. Se o saco tem 50 quilos, ele continua inquieto. Mas se o saco tem 250 quilos, o cavalo, por mais que não queira ser domesticado, vai ficar parado."*

A lembrança deste posicionamento surge agora diante da tão noticiada crise do sistema penitenciário. Em verdade, nem se deveria falar em crise, porque a expressão não combina com situações permanentes. A seqüência de movimentos nas cadeias e presídios não é de hoje. Basta voltar ao primeiro semestre do ano de 1995, período em que sete pessoas morreram, entre presos, agentes e reféns; período em que as rebeliões duravam dias e mal terminava uma começava outra. A violência policial não surgiu no episódio de Diadema e as movimentações nos presídios não surgiram agora. Agora é que ocupam grande espaço na imprensa.

Buscando explicação para o suposto fenômeno, aventa-se a existência de uma organização criminosa por trás das grades: o PCC - Primeiro Comando da Capital. Fala-se de conexões organizadas. De movimentos orquestrados. De um estatuto que prega a justiça mas promete a morte ao membro que não for solidário. O documento apócrifo chegou a ser publicado no *Diário Oficial do Estado*. O Ministério Público realiza, a respeito, uma investigação sigilosa. Real ou fictícia, a história tem lá seu glamour e é compreensível, por isso, que ocupe o horário nobre da televi-

são. O perigo é que pode desviar o olhar da comunidade do foco do problema.

E o foco não é saber se a organização dos presos existe ou não. O foco são as condições subumanas em que a maioria dos presos é obrigada a viver. É a distância imensurável e cruel entre as garantias legais e as condições reais de grande parte dos estabelecimentos prisionais. O foco é o Estado descumprir diuturnamente com suas obrigações. Ou será que passa pela cabeça de alguém que é possível manter tanta gente em condições tão degradantes por tanto tempo e não pagar preço algum por isso? Quantos quilos de areia serão necessários?

Muitas das reivindicações dos encarcerados nos últimos tempos resumem-se a uma: o cumprimento da lei — remoção dos presos condenados para local adequado, respeito à integridade física, apreciação dos benefícios, espaço ao menos para deitar. É evidente que a expressão de tais reivindicações por meios violentos — roleta-russa, tomada de reféns, etc. — é inaceitável, merece ser apurada e punida. Mas é compreensível.

Conversando há pouco tempo com um dos dirigentes do Federal Bureau of Prisons, que é o órgão, em Washington, responsável pela administração de todas as prisões federais dos EUA, sobre a disciplina nos presídios, ouvi a seguinte colocação: *"O governo americano aprendeu uma grande lição com a rebelião de Attica em 1971, que deixou um saldo de 43 mortos: é essencial para a manutenção da ordem nos presídios que os direitos dos presos sejam respeitados"*.

É evidente que qualquer comparação

neste campo deve ser feita com cautela. A política prisional nos EUA não é exatamente um exemplo a ser seguido e a lição referida foi inspirada muito mais por cifras financeiras do que por ideais humanitários. De se lembrar que, além de manter a ordem nos presídios, o respeito aos direitos dos presos significa uma economia para o Estado. Muitos dólares já foram gastos em ações de indenização movidas por sentenciados que tiveram seus direitos desrespeitados. E estes direitos integram um amplo rol que vai desde a temperatura adequada das refeições até o respeito à integridade física.

De qualquer forma, é uma lição que precisa ser aprendida pelas autoridades e pela sociedade civil. As lições se repetem ano após ano. Motim após motim, morte após morte.

Seria bom que houvesse respeito porque, afinal de contas, são pessoas aqueles seres por trás das grades. E, por esta singela condição, são titulares de direitos não tocados pela condenação. Mas, se esta concepção porventura afigurar-se romântica, é suficiente que sejam respeitados porque está escrito na Constituição Federal, e em documentos internacionais ratificados pelo Brasil, que deve ser assim. Em último caso, deixando de lado o humanismo, que os direitos sejam respeitados porque é mais barato para o Estado. Mas que se aprenda a lição, a que título for. Caso contrário, não haverá neste Brasil areia suficiente para manter a ordem nos presídios.

A autora é procuradora do estado e membro do Conselho Penitenciário em São Paulo.

A CRIMINOLOGIA CLÍNICA E A LEI PENAL

(Claudio Th. Leotta de Araújo)

A **Criminologia Clínica**, aparentemente, tem suas raízes na "Antropologia Criminal" e, freqüentemente, usa de terminologia de natureza "médica". Através de uma "postura clínica", chega a um "diagnóstico", pretende realizar uma ressocialização do infrator ("terapia") e elabora um "prognóstico" (quanto a uma possível e provável reincidência).

Alguns críticos dessa escola consideram na própria denominação **Criminologia Clínica** uma postura questionável que implica em se considerar o infrator "um doente". É necessário pontuar que os termos médicos aqui utilizados sempre se acompanham de um adjetivo (criminológico) que lhes atribui significado próprio e específico. Outros consideram o comportamento delitivo como "desviante" e produto de "uma patologia social". É preciso assinalar que a "escola clínica", afastando-se de conceitos genéricos, está funda-

mentada em "princípios permanentes", oferecendo recursos técnicos e científicos para uma adequada avaliação de cada caso particular. A **Criminologia Clínica** apresenta-se como ciência de "casuística", mas com base na pesquisa e até na experimentação. Tudo o que é "genérico" e "social" precisa ser convenientemente sopesado na específica e particularíssima dinâmica delitiva de cada infrator. Exige, em cada eventualidade, no exame do infrator, no estudo de sua personalidade, um estudo amplo e de duplo sentido: analítico e sintético. Portanto, na análise do comportamento individual de cada autor de delito ou delitos, se não forem respeitados os conceitos desta escola, seguramente, a "observação" terá adotado outros conceitos (provável e possivelmente de aplicação duvidosa ou de caráter generalista). A **Criminologia clínica** é "teórico-prática"; seus princípios fundamentais apresentam

duas características: (1) são produtos de observações casuísticas e (2) são "permanentes", pois definem uma linha de pensamento em atuação. Essa escola clínica reitera que inexistente doutrina sem base na observação e esta se faz sobre fundamento científico (desprovido de ideologia). A vigente legislação penal brasileira (CP, CPP e LEP) adota conceitos da Escola de Criminologia Clínica. Afora a legislação para o infrator anormal que não tem condições de entender a natureza ilícita do seu ato, vem de se determinar de forma adequada e cujo delito se apresenta em decorrência de sua patologia mental, adquirindo características de "sintoma" dessa anormalidade, não devendo ser apenas, pois disso não resultaria benefício algum, quer pessoal, quer social. Esse infrator necessita de tratamento psiquiátrico, que deve ser





providenciado e até imposto. Ficam sujeitos à medida de segurança, em substituto à pena. Interessam-nos, na presente abordagem, as considerações do exame do infrator normal (sem perturbação mental), segundo a **Criminologia Clínica**, o que difere das anteriormente propostas pela Antropologia Criminal (que se inspirou nos conceitos lombrosianos) e pela Biotipologia Criminal (sob a influência dos conceitos de Pende).

O exame da personalidade do infrator em seus aspectos biopsicossociais, suas motivações delituosas e a participação na dinâmica do delito caracterizam a postura clínica dessa escola, que parece ter sido definida no 1º Curso Internacional de **Criminologia Clínica**, sob a liderança de **Pinatel** (início da década de 50). Trata-se de uma observação interdisciplinar e multiprofissional que busca uma compreensão global do comportamento do criminoso, com vistas a um planejamento da assistência a lhe ser oferecida, uma triagem para indicar o estabelecimento adequado a cada caso e obter dados que auxiliem na formação de um prognóstico criminológico.

Em síntese, esta postura clínica implica em:

- a) um exame classificatório inicial;
- b) uma triagem para endereçar o sentenciado ao estabelecimento adequado;
- c) elaboração de um plano de assistência pluriprofissional;
- d) reavaliações periódicas;
- e) estudo prospectivo: prognose criminal.

Todos os fundamentos da **Criminologia Clínica** foram consagrados na vigente Legislação Penal Brasileira. Senão, vejamos.

A exposição de motivos do vigente Código Penal (Lei nº 7.209, de 11.07.84) no inc. 31 estabelece: "*Institui-se, no regime fechado, a obrigatoriedade do exame criminológico para a seleção dos condenados conforme o grau de emendabilidade e consequente individualização do tratamento penal*". Também a "exposição de motivos" da Lei nº 7.210, de 11.07.84, Lei da Execução Penal, retoma nos incs. 27 a 35: "*A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.*" — "*Reduzir-se-á à mera falácia o princípio da individualização da pena,*

com todas as proclamações otimistas, se não for efetuado exame da personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução." — "*O projeto cria a Comissão Técnica de Classificação com atribuições específicas para elaborar um programa de individualização e acompanhar a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos. Cabe-lhe propor as progressões e as regressões de regimes, bem como as conversões que constituem incidentes de execução resolvidos pela autoridade judiciária competente.*" — "*Fiel aos objetivos assinalados, ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo de pena no regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas de liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se do regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semi-aberto; do semi-aberto para o aberto). Na regressão dá-se o inverso, se ocorrer qualquer das hipóteses previstas para o projeto, entre elas a prática de fato definido como crime doloso ou falta grave.*" — "*Em homenagem ao princípio da presunção de inocência, o exame criminológico, pelas suas particularidades de investigação, somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito. O exame é obrigatório para os condenados à pena privativa de liberdade em regime fechado.*" — "*A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinante da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.*" — "*A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semiliberdade ou de prisão albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.*" — "*Com a adoção do exame criminológico entre as regras obrigatórias da execução da pena privativa de liberdade em regime fechado, os projetos de reforma da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal eliminam a controvérsia ainda não exaurida na literatura internacional acerca do momento processual e dos tipos criminológicos de autores passíveis desta forma de exame. Os escritores brasileiros tiveram o ensejo de analisar mais concreta-*

mente este ângulo do problema com a edição do Anteprojeto do Código de Processo Penal elaborado pelo professor José Frederico Marques, quando se previu o exame facultativo de categorias determinadas de delinquentes, no curso do processo ou, conforme a condição do autor, no período inicial do cumprimento da sentença (Álvaro Mayrink da Costa, Exame Criminológico, São Paulo, 1972, pp. 255 e seguintes). As discussões amplamente travadas a partir de tais textos revelaram que não obstante as naturais inquietações a propósito dos destinatários das investigações e da fase em que se deve processá-las, a soma das divergências não afetou a convicção da necessidade desse tipo de exame para o conhecimento mais aprofundado não só da relação delito-delinquente, mas também da essência do evento anti-social." — "*O projeto distingue o exame criminológico do exame de personalidade como a espécie do gênero. O primeiro parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como reclamavam os pioneiros da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas o elemento característico da execução ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles Di Tullio (Principi di criminologia generale e clinica, Roma, V. Ed., pp. 214 e seguintes).*" — "*O exame criminológico e o dossiê de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a Criminologia e o Direito Penal, particularmente sob as perspectivas de causalidade e de prevenção do delito.*" — "*O trabalho a ser desenvolvido pela Comissão Técnica de Classificação não se limita, pois, ao exame de peças ou informações processuais, o que restringiria a visão do condenado a certo trecho de sua vida, mas não a ela toda. Observando as prescrições éticas, a Comissão poderá entrevistar pessoas e requisitar às repartições ou estabelecimentos privados elementos de informação sobre o condenado, além de proceder a outras diligências e exames que reputar necessários.*"

Escusado reiterar, como facilmente se percebe, que aí está um conjunto de conceitos próprios da **Criminologia Clínica**.

O autor é médico criminologista do Centro de Observação Criminológica, professor colaborador da USP, professor de Criminologia da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo e membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.

A NULIDADE DERIVADA DA INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 514 DO CPP

(Marco Antonio de Barros)

I. Nulidade e eficácia do ato processual

Uma parte da doutrina sustenta que a nulidade é uma falha, um defeito, que pode tornar o processo ineficaz, no todo ou em parte. Para esta corrente doutrinária a nulidade é a um só tempo vício e sanção. Outros afirmam que a nulidade é uma sanção. Mas há os que divergem desses posicionamentos assinalando que a invalidade do ato não se identifica com o vício. Por isso a nulidade é efeito do vício.

Esta última colocação nos parece ser a mais precisa. A nulidade atua como consequência de um vício insanável e prejudicial ao legítimo direito ou interesse da parte. Desse modo a nulidade é a sanção aplicável ao ato realizado ao arrepio da norma cogente. A declaração judicial de nulidade do ato retira-lhe a eficácia.

Também não cabe confundir ineficácia com vício. Este é a própria mácula do ato, enquanto a ineficácia impede a produção de efeitos válidos ou jurídicos que o ato tinha por fim produzir.

Interessa ainda notar que podem existir ato "válido ineficaz" e ato "nulo eficaz". Os exemplos foram recordados por **Komatsu** e, não obstante reportarem-se ao ramo civil, servem para fixar bem a idéia diferenciadora. Se o ato para completar-se depende da ocorrência de uma condição suspensiva, enquanto esta não confirmar-se o ato será válido, porém, não produzirá efeitos, ou seja, é um ato válido ineficaz. De outro vértice, pode ocorrer que um ato nulo tenha eficácia excepcional, como sucede no casamento putativo, já que ele será eficaz ou produzirá efeitos para o cônjuge de boa-fé e em relação aos filhos.

II. Nulidades cominadas e não cominadas

Outra distinção que há de ser feita é que existem nulidades ditas cominadas, isto é, aquelas cujo efeito ou consequência sancionadora estão expressamente estabelecidas na lei. Exemplo notório disto encontramos no processo que contenha vício de citação, cuja falha o torna absolutamente inválido (art. 564, III, letra "e", do CPP).

Numa outra ponta encontram-se as nulidades não cominadas, ou seja, aquelas que, embora derivando de vício ou defeito formal do ato, não existe previsão expressa na lei sancionando-as. É o caso da regra inserta na Carta Magna, consignando a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF). Vê-se que a prova ilícita sequer pode ser admitida pelo juiz. Mas, se num caso concreto esta circunstância ficar caracterizada depois de colhida a prova, ao magistrado outra saída não restará senão declará-la nula, ineficaz e de nenhum efeito no contexto probatório, embora não haja previsão expressa sobre isto no Código de Processo Penal. Muitos autores sustentam que o exemplo ora dado configura a chamada prova inexistente juridicamente, ou "não-prova". Seja nulidade ou inexistência, o certo é que não há cominação legal.

Nunca será demasiado lembrar a lição dos professores **Grinover**, **Scarance** e **Maga-**

lhães no sentido de que no Direito Processual Penal a sanção de nulidade não decorre naturalmente do texto legal, mas depende invariavelmente de uma decisão judicial que a reconheça, expurgando a eficácia do ato praticado de forma irregular. Para exemplificar, firme-se a idéia na exigência constitucional de que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF). Ora, suponha-se a hipótese de uma sentença absolutória em que, depois de transitada em julgado para a acusação, tal falha seja objeto de pretendida arguição de nulidade. Isto não será possível, porque o ordenamento jurídico não prevê a possibilidade de revisão *pro societate*, e desse modo a nulidade jamais vingará, não obstante o vício patente. No caso a declaração judicial é imprescindível, mas, como não há mais possibilidade de novo pronunciamento, a nulidade não será declarada.

III. Nulidade absoluta e nulidade relativa

Nulidade absoluta e nulidade relativa derivam da falha do ato processual. Se o defeito é de considerável gravidade e produz reflexos prejudiciais aos interesses da defesa ou acusação, configura-se a nulidade absoluta.

O traço caracterizador da nulidade absoluta é a sua impositividade. **Quando o vício do ato atingir o próprio interesse público de correta aplicação do direito, ou quando desrespeitar as normas constitucionais garantidoras do regular desenvolvimento do processo, impõe-se indeclinável declaração de nulidade do ato.**

De outro vértice, se o defeito não chega a resvalar as garantias do devido processo legal, o ato poderá até vir a ser aproveitado, dando lugar à chamada nulidade relativa. Um exemplo ilustrativo dessa orientação é encontrado na Súmula nº 523 do STF, estabelecendo que no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Assim, se a regularidade da prestação jurisdicional não for atingida, a eiva dará vez à nulidade absoluta, tornando imprestável o ato. No entanto, se a nódoa for de menor alcance, o ato, embora defeituoso na sua forma originária, poderá ser aproveitado e produzir efeitos.

Do ponto de vista conceitual elas apresentam diferenças básicas. A decretação de nulidade absoluta é a própria declaração judicial de que o ato processual nenhum efeito produz, até porque o vício não pode ser sanado, sendo defesa a sua convalidação. Além disso, esta nulidade pode ser arguida por qualquer das partes, independentemente de ter ou não interesse, em qualquer fase do processo ou em qualquer grau de jurisdição. Aqui é presumido o prejuízo decorrente da eiva declarada, o juiz pode reconhecê-la de ofício e as partes não podem dela dispor.

Já a nulidade relativa caracteriza-se por sua menor rigidez no raio de consequências da invalidade do processo. Considerando a menor relevância da falha, optou o legislador em entregar à parte a faculdade de pleitear ou não a declaração de nulidade do ato

praticado, sendo-lhe obrigatório demonstrar a ocorrência do prejuízo sofrido. Além disto, sua arguição deve ser feita em momento processual oportuno, visto que se tal não for satisfeito dar-se-á a convalidação e consequente produção de efeitos do ato. Esta convalidação também será confirmada uma vez praticado o ato por outra forma, desde que atinja o seu fim, e a nulidade também não será declarada se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos (art. 572, I, II e III do CPP).

Em outras palavras, pode-se concluir que somente a relevante desconformidade do ato implicará na declaração de sua nulidade. E sobre esta declaração judicial bem oportuna foi a colocação feita pelo professor da Universidade de Roma, **Giovanni Leone**, nos seguintes termos: "*La pronuncia sulla nullità assume carattere dichiarativo nel caso si nullità assoluta, carattere costitutivo nel caso di nullità relativa*". E arremata: "*Nei confronti delle parti le nullità assolute di atteciano con il più radicale carattere d'indisponibilità; mentre le nullità relative si atteciano con il più largo carattere di disponibilità*".

Não obstante as peculiaridades inerentes à nulidade relativa, é bom que se afirme não estar o juiz proibido de também decretá-la de ofício *oportuno tempore*, pois a ele compete prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos (art. 251, CPP).

IV. A inobservância do artigo 514 do CPP

"Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 dias. - Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar."

Ditando regras específicas aos "processos especiais", o legislador fixou a norma acima no capítulo denominado "*Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos*".

Sob o enfoque deste trabalho, questionar cabe se a inobservância da notificação prévia do acusado será causa de nulidade absoluta ou de nulidade relativa. O posicionamento sobre esta questão, à luz da jurisprudência, não é de fácil definição como aparentemente possa parecer. Antes de apresentarmos o nosso entendimento, vamos anotar alguns acórdãos que destacamos dos nossos tribunais, coletados em pesquisa feita a partir do ano de 1982.

No Supremo Tribunal Federal o tema evoluiu da nulidade absoluta para nulidade relativa:

"*Ementa oficial: Art. 514 do CPP. Falta de notificação do acusado para responder, por escrito, em caso de crime afiançável, apresentando nulidade do processo, porque atinge o princípio fundamental da ampla defesa. Evidência do prejuízo*" (ministro **Soares Muñoz**,





HC nº 60.104-9, de 08.10.82, RT 572/412).

"*Ementa oficial: Formalidade da resposta por escrito em crime afiançável. Nulidade alegada oportunamente e, como tal, irrecusável, causando a recusa prejuízo à parte e ferindo o princípio fundamental da ampla defesa*" (ministro **Oscar Corrêa**, HC nº 62.635-1, de 08.02.85, RT 602/409).

"*Ementa oficial: No que tange às alegações de inobservância da regra inserida no art. 514 do CPP, relativa à notificação do acusado para oferecer resposta, é de se considerar nulidade relativa, considerada sanada se não argüida em tempo oportuno (art. 572, I, CPP). HC denegado*" (ministro **Djaci Falcão**, HC nº 65.277-8, de 25.09.87, RT 625/379).

No Tribunal de Justiça de São Paulo a inobservância do art. 514 do CPP sempre foi considerada falha essencial, dando ensejo a reiterados julgamentos reconhecendo-se a configuração de nulidade absoluta. Confirase neste sentido os acórdãos publicados nas RT 611/323, 613/290 e 654/270. Todavia, recente julgado publicado na RT 725/544, de março de 1996, coteja solução diversa em decisão tomada por maioria de votos dos desembargadores da 2ª Câmara, a saber:

"*Ementa: Notificação prévia do acusado. Formalidade descumprida. Defensor que na defesa prévia e nas alegações finais nada*

alega sobre tal fato. Irregularidade que ficou dessa maneira sanada" (desembargador **Silva Pinto**, Apelação nº 150.372-3/3, em 12.06.95).

Completando este tópico referencial de nossa jurisprudência, anotamos agora as correntes sustentadas por ministros do Superior Tribunal de Justiça.

"*A omissão do contraditório preliminar, onde assegura ampla defesa ao réu, a ponto de elidir a denúncia, dá causa à nulidade absoluta e insanável do processo, ainda que não tenha sido argüida, ou demonstrado prejuízo da defesa. É que a ofensa atingiu a CF, no que concerne aos princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa*" (ministro **José Cândido**, HC nº 1.503-GO, em 09.03.92, RSTJ 34/64).

"*A falta de notificação prévia ao funcionário público não causa a nulidade do processo, se não demonstrado o prejuízo para a defesa*" (ministro **Costa Lima**, RE nº 25.023-0, em 16.11.92, DJU, p. 21.155).

V. Conclusão

Como se observa, as últimas decisões desses tribunais consideram a irregularidade apenas nulidade relativa. Pensamos que tal entendimento não reflete o melhor direito aplicável ao problema. O juiz não pode alterar o rito especial estabelecido para esse tipo de infração. A defesa preliminar é um ato do processo que não comporta substituição em

sua forma.

O prejuízo para o réu é presumido. Não há necessidade de se provar que o não exercício deste ato acarreta prejuízo à sua defesa, porque isto está insito na própria supressão da contrariedade prévia à peça acusatória.

Nem se argumente com a idéia de que esta defesa preliminar constitui privilégio que atenta contra o princípio da isonomia, pois a tendência do legislador contemporâneo é de estender a aplicação desse procedimento especial a outros casos genéricos, como já acontece nas infrações de menor potencial ofensivo sujeitas ao rito estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 81, Lei nº 9.099/95).

A ausência de notificação prévia para oferecimento dessa defesa preliminar a um só tempo desvirtua as regras estabelecidas para o regular desenvolvimento do processo, nega o direito a ampla defesa e impede o contraditório. Como todos estes institutos são garantidos pela Constituição Federal, não há falar em momento oportuno para arguição da falha, **pois, qualquer vício processual afrontante à Carta Magna configura nulidade absoluta.**

O autor é procurador de justiça em São Paulo e mestrando em Direito Processual Penal pela USP.

DISTINÇÃO ENTRE MAUS-TRATOS E O ART. 1º, II, DA LEI DE TORTURA

(Ana Paula Nogueira Franco)

Com o advento da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que tipificou o crime de tortura em nosso ordenamento jurídico, surgiram algumas críticas e dúvidas. Em relação às dúvidas, comentarei sobre uma delas que poderá causar um aparente conflito.

Surge a questão: Quando uma conduta caracterizaria maus-tratos ou se adequaria ao art. 1º, II, da Lei de Tortura?

Para responder, cabe tecer algumas distinções básicas entre os delitos.

Primeiramente, antes de distingui-los, lembremos que a objetividade jurídica em ambos os delitos é a mesma, ou seja, a vida e a saúde humanas. Como também há de se notar que, tanto nos maus-tratos e no inc. II do art. 1º da Lei nº 9.455/97 o crime é próprio, assim, só pode ser sujeito ativo a pessoa que exerce a guarda, a vigilância ou autoridade sobre outra (sujeito passivo). Há, assim, uma relação jurídica preexistente entre o sujeito ativo e o passivo. Só quem tem a legitimação especial de autoridade, ou titular de guarda ou vigilância poderá cometer o crime.

Ao analisar as ações nucleares dos tipos começam a surgir as diferenciações. No delito de maus-tratos a ação é a exposição ao perigo através das modalidades: a) privando de cuidados necessários ou alimentos; b) sujeitando a trabalho excessivo; c) abusando de meio corretivo. Já no art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97, a ação se resume em

submeter alguém (sob sua autoridade, guarda ou vigilância) a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça. Nota-se então, que o elemento subjetivo do tipo do art. 136 é o dolo de perigo, o resultado se dá com a exposição do sujeito passivo ao perigo de dano. No crime de tortura, o resultado se dá com o efetivo dano, ou seja, o intenso sofrimento físico ou mental provocado pela violência ou grave ameaça. Nesta última situação, o agente age com dolo de dano.

Outra questão importante de se ressaltar, é que no crime de maus-tratos o agente abusa de seu *ius corrigendi* para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Diferentemente no crime de tortura, no qual o agente pratica a conduta como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Creio que o art. 1º, II, da Lei nº 9.455/97, muito entrará em conflito com as modalidades instantâneas do art. 136 do CP (b) sujeitando a trabalho excessivo e c) abusando de meio corretivo), pois o meio utilizado pode ser uma violência física ou moral. Como bem lembrado pelo ilustre dr. **Sérgio Salomão Shecaira** em seu artigo publicado no **Boletim IBCCrim** 54/02, ao indagar: "*A conduta do pai que, ao exceder-se em seu ius corrigendi, bate em seu filho, sobre quem tem a guarda, mesmo sem lhe causar lesão, como forma de cas-*

tigo pessoal, praticaria a figura descrita no art. 1º, II?". Concordando com o mestre citado, melhor seria se o legislador arrolasse condutas assemelhadas, pois a falta delas fará com que caiamos em freqüente conflito entre as normas já mencionadas, o que nos leva a recorrer ao elemento subjetivo, para se saber qual o dolo do agente, se de perigo ou de dano.

Assim, bem coloca o assunto a seguinte jurisprudência:

"*A questão dos maus-tratos e da tortura deve ser resolvida perquerindo-se o elemento volitivo. Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus-tratos. Se a conduta não tem outro móvel senão o de fazer sofrer, por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura*" (TJSP, Ac. rel. **Canguçu de Almeida**, RJTJSP 148/280).

Por derradeiro, a matéria deverá sempre ficar sujeita ao prudente arbítrio do juiz, em cada caso concreto, pois como bem sabido, não é fácil estabelecer um critério exato para se distinguir entre meios corretivos lícitos e ilícitos, sendo que alguns são evidentemente ilícitos como o uso de armas, instrumentos ou crueldade, porque totalmente contrários à finalidade de correção.

A autora é advogada em São Paulo.

NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO NARRADO NA DENÚNCIA E APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95

(Marcelo Sergio)

De início, faz-se necessário alertar o leitor de que provavelmente não encontrará nestas linhas solução para o problema prático que surge quando o juiz, ao dar nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia, depara-se com a possibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95, na parte atinente à suspensão do processo. A intenção deste pequeno trabalho é apenas de fomentar a discussão, já que nada há sobre o tema na doutrina e na jurisprudência e nem mesmo eu estou convicto quanto à solução adotada. A discussão que proponho refere-se apenas à aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal, ou seja, quando todos os elementos do tipo estão descritos na denúncia. Merece também ser alertado o leitor de que as diretrizes do trabalho foram apresentadas apenas resumidamente, pois algumas delas demandariam, por si só, trabalho específico.

Dividimos o problema: o fato narrado na denúncia é tipificado como sendo, v.g., roubo, e o juiz, ao cabo da instrução e nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, entende tratar-se de furto. No momento da denúncia não era possível a aplicação do art. 89 da lei nº 9.099/95, pois a pena mínima cominada ao roubo é superior a um ano. Entretanto, ao ser operada a desclassificação, surge crime para o qual a incidência desse artigo seria possível, pois a pena mínima do furto é de um ano.

Surge então o problema. O que deve o juiz fazer?

Para melhor análise da questão, mister se faz, resumidamente como alertado, estabelecer algumas diretrizes.

1ª) A proposta de aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95 é faculdade do Ministério Público, caracterizando-se como ato discricionário, porquanto o *parquet* é o titular da ação penal pública e, tratando-se do **processo** — ou seja, do direito de ação — não pode o juiz agir *ex officio* (cf. **Júlio Fabbrini Mirabete, Juizados Especiais Criminais**, Atlas, 1997, pp. 153/155). Ao juiz somente é permitido agir, fazendo a proposta, quando, **injustificadamente**, o Ministério Público recusa-se a fazê-la. É que mesmo os atos discricionários são passíveis de controle pelo Poder Judiciário quando desbordarem os limites impostos pela lei (cf. **Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo**, 2ª ed., Malheiros, pp. 118 e seguintes).

2ª) A adequação jurídica do fato à norma é dada pela atividade jurisdicional, não ficando o juiz adstrito à qualificação sugerida pela denúncia. Essa diretriz vem expressamente estabelecida no art. 383 do Código de Processo Penal e é pacificamente aceita pela doutrina e jurisprudência, não merecendo maiores digressões.

3ª) Somente na sentença pode o juiz operar a desclassificação do delito. É que, ao ser ofertada a denúncia, ao juiz somente resta recebê-la, quando presentes os requisitos da ação penal, ou rejeitá-la, diante das hipóteses do art. 43 do Código de Processo Penal ou quando não houver justa causa para a persecução penal. Nessa fase — recebimento da denúncia — não pode o juiz proceder à desclassificação do crime, porquanto estaria malferindo o direito de ação do Ministério

Público, a quem é permitido, na instrução criminal, provar a existência do crime, conforme tipificado na denúncia.

A propósito, cito:

"A classificação jurídica do fato na denúncia não é definitiva, podendo a imputação ser alterada no decorrer do processo. Assim, não pode o juiz rejeitar a denúncia, por inépcia, mesmo quando entender errada a classificação jurídica do crime oferecida na denúncia, já que se trata de irregularidade sanável até a sentença" (Mirabete, **Processo Penal**, 4ª ed., Atlas, p. 129 — grifei).

"Não se cogita também de nulidade pelo erro na classificação do crime, pois o réu se defende do fato a ele imputado e não da tipificação feita na denúncia, cabendo ao juiz, no momento da sentença, fazer a adequação do fato à norma penal" (Ada, Scarance e Magalhães, **As Nulidades do Processo Penal**, 4ª ed., Malheiros, p. 89 — grifei).

Na jurisprudência, confira-se acórdão da lavra do eminente ministro **Assis Toledo**: *"Processual Penal. Denúncia. Classificação do crime. Dependendo do exame da prova, a desclassificação do fato descrito deve ser remetida para a sentença de mérito"* (STJ, RHC nº 89.000366, 5ª T., j. 20.11.89, v.u., DJU de 11.12.89, p. 18.143).

4ª) Após transitar em julgado a sentença condenatória, não é mais possível a proposta de suspensão do processo. É que, após o trânsito, somente seria possível falar-se em suspensão da execução e nunca em suspensão do processo.

Tendo em mira tais diretrizes, vejamos o que fazer.

Alguns juízes preferem, ao cabo da instrução, proceder à desclassificação do crime e intimar o Ministério Público para propor a suspensão. Somente após a manifestação das partes sobre a suspensão do processo é que o juiz "retomaria" a sentença para aplicar a pena. Ou seja, a mesma decisão seria proferida em dois momentos distintos: num primeiro momento a desclassificação e, num segundo, se for o caso, a condenação.

Tal solução pode ser mais prática, mas, pergunto: deve o Ministério Público aceitar a nova definição jurídica dada ao fato?

É evidente que não. Então, qual recurso cabe ao Ministério Público contra essa decisão? Essa decisão é de que espécie: sentença ou decisão interlocutória?

De sentença não se trata pois não tem dispositivo e não soluciona a lide, julgando o mérito da causa. Ademais, não se pode admitir "sentença partida", proferida em dois atos distintos. Parece-me que também não estamos diante de uma decisão interlocutória, pois não encerra o processo (por exemplo, rejeição da denúncia — decisão interlocutória mista terminativa) e nem dá início a nova fase processual (por exemplo, pronúncia — decisão interlocutória mista não-terminativa). Não nos esqueçamos que a desclassificação do crime somente pode ocorrer na sentença, conforme visto na 3ª diretriz.

Não obstante, mesmo que a classifiquemos como sendo decisão interlocutória, não seria possível a utilização do recurso em sentido estrito, porquanto não prevista a hi-

pótese no taxativo rol do art. 581 do Código de Processo Penal.

Também não se me afigura viável a utilização de mandado de segurança, a não ser que seja com o intuito de anular a decisão, por vício de legalidade, e não para reapreciação da tipificação legal do fato narrado na denúncia, já que nesse caso haveria necessidade de análise da prova, o que é impossível em sede dessa ação constitucional.

Ao sentenciar processo que versava caso semelhante ao acima sugerido — tentativa de roubo desclassificado para tentativa de furto em concurso com tentativa de lesão corporal, tendo-se para esse último operado a decadência por ausência de representação — assim decidi na parte pertinente ao tema ora analisado:

"Tendo em vista a desclassificação, surgindo crime para o qual se admite a aplicação da suspensão do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95, intime-se apenas o Ministério Público. Após o trânsito em julgado para o Ministério Público, remetam-se os autos ao parquet para que diga sobre a possibilidade de ser ofertada a proposta de suspensão ao acusado."

Embora a consequência da suspensão do processo pareça ser mais drástica do que a pena imposta, a sentença condenatória tem efeitos secundários, como, por exemplo, gerar reincidência, que poderiam ser evitados pela suspensão, devendo, assim, ser ofertada oportunidade ao interessado para manifestar sua preferência.

A intimação da presente sentença somente será feita ao acusado e seu defensor após a solução sobre a possível suspensão do processo. Tal medida se faz necessária pois, uma vez transitada em julgado a sentença para a defesa, inviável será a proposta de suspensão do processo."

Adotei tal decisão porque:

a) somente na sentença pode o juiz dar nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia;

b) sentença é ato pelo qual o juiz decide a lide e é composta de relatório, fundamentação e dispositivo;

c) o Ministério Público tem o direito de discordar da desclassificação, devendo ser-lhe possibilitado recurso;

d) o acusado não pode ser formalmente intimado da decisão condenatória, porquanto o trânsito em julgado impede a possibilidade de se propor a suspensão.

Infelizmente o promotor de justiça não apresentou recurso contra a decisão, o que forçaria manifestação do Órgão Superior. Também consultei alguns colegas que adotam a primeira opção — sentença cindida — os quais me relataram que não estão encontrando problemas práticos, pois o Ministério Público vem concordando com a desclassificação, ao menos por enquanto. Entretanto, acredito que o tema mereça ser enfrentado pelos estudiosos a fim de trazer subsídios para os que, como eu, estão iniciando a jornada pelo vasto e empolgante campo do Direito.

O autor é juiz de direito em Itapetininga, São Paulo.

CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL. (SOLUÇÃO JURÍDICA OU PRÁTICA?)

(Luís Paulo Sirvinskas)

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram criados, tendo-se em vista a necessidade de uma prestação jurisdicional célere, respeitando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (art. 2º da Lei nº 9.099/95).

A transação penal encontra-se disciplinada no art. 76 da Lei nº 9.099/95. Reza citado dispositivo: *"Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta"*. Trata-se de um instituto novo que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano, o qual permite a aplicação imediata da "pena" (restritiva de direitos ou multas). Transação é o ato ou efeito de transigir, negociar, contratar, ajustar, acordar. Assim, o Ministério Público, a defesa e o autor da infração discutem qual a melhor medida a ser aplicada ao caso em espécie. Em havendo consenso, o acordo será submetido à apreciação do juiz, o qual, verificando a presença dos pressupostos legais, profere uma decisão homologatória da transação. Esta decisão homologatória não gera condenação, reincidência, lançamento do nome do autor da infração no rol dos culpados, efeitos civis e nem maus antecedentes.

Referida lei inseriu em nosso ordenamento criminal o sistema consensual de solução de litígios criminais. No dizer do professor **Damásio E. de Jesus**, o autor da infração renuncia a certas garantias constitucionais *"em prol de satisfazer outros interesses pessoais, como, v.g., o de não sofrer constrangimento de um processo penal em virtude da prática de uma infração penal de pouca monta"* (in *IBCCrim*, 45/02, agosto/96). Ou seja, havendo representação por parte da vítima e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público, o autor e seu defensor ajustam, de comum acordo, uma medida adequada para o caso *sub judice* sem se adentrar no mérito da questão. Pode ser uma "pena" restritiva de direitos ou multas, não se admitindo a aplicação de pena privativa de liberdade (art. 72 da Lei nº 9.099/95). Por outro lado, a "pena" restritiva de direitos se desdobra em: a) prestação de serviços à comunidade (art. 46); b) interdição temporária de direitos (art. 47 do CP); e c) limitação de fim de semana (art. 48 do CP). Inserem-se nestas medidas, a entrega de cestas básicas a entidades de caridade previamente cadastradas no juízo, a obrigatoriedade de assistir palestras na Associação dos Alcoólatras Anônimos, a obrigatoriedade de se submeter a tratamento em entidades governamentais de desintoxicação por drogas, a obrigatoriedade de prestar serviços, dentro de sua especialidade, em órgãos públicos ou em entidades que exercem a filantropia, o pagamento de multas, etc.

O legislador se utilizou da palavra "pena", em alguns dispositivos, dando a entender tratar-se de uma sanção de natureza penal, advindo daí as consequências inerentes a uma sentença condenatória propriamente dita. Não é verdade, pois todos os efeitos foram afastados expressamente pela lei em questão. Entendo que a sanção tem natureza especial e não penal. Tanto é verdade que o professor **Damásio E. de Jesus**, ao analisar a natureza jurídica da transação, disse que *"a aceitação da pro-*

posta de aplicação de pena menos grave, constitui forma de despenalização" (in *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Ed. Saraiva, 1995, p. 62). Ou seja, não se trata de sanção penal propriamente dita. Na realidade, não há processo penal em seu sentido estrito. Não há observância do *due process of law* e nem das garantias inerentes previstas na Constituição Federal. Consequentemente, não há pena a ser aplicada. Cuida-se de uma medida judicial sem consequência penal. No processo comum, como é sabido, a relação processual se forma somente em juízo com o recebimento da denúncia, formando-se a relação processual com a citação do réu para interrogatório. No Juizado Especial Criminal, a relação se forma com a simples comunicação da *notitia criminis* à autoridade policial. Uma vez lavrado o termo circunstanciado, o mesmo é remetido ao órgão do Ministério Público, o qual, verificado que não é o caso de arquivamento e havendo a formalização da representação, requererá a designação de audiência preliminar, intimando-se o autor da infração e do seu defensor e, se for o caso, da vítima, oportunidade em que se fará a proposta de aplicação imediata da medida. Até então, no dizer de **Cláudio Antônio Soares Levada**, não há denúncia, não há colheita de provas (no que este instituto difere da *probaton* norte-americana, por exemplo), não há confissão ou reconhecimento de culpa, que em nenhum lugar está indicado no *caput* do artigo 76 ou em seus parágrafos (in *Boletim IBCCrim* 35/03, novembro/95). E mais: não sendo caso de arquivamento e havendo a formalização da representação, passa-se à fase da transação penal. Não aceita a proposta, o órgão do Ministério Público oferece, de imediato, a denúncia oral, formando-se, aí sim, a relação processual. Tudo o que ocorreu antes está dentro da fase preliminar não processual.

Ademais, aceita a proposta não mais se discute a culpa do autor da infração. A decisão que homologa o acordo deixa consignado que, uma vez aceita a proposta, não significa que o autor está assumindo a culpa pelo fato. Às vezes o autor da infração aceita a proposta apenas para se ver livre do processo, mesmo tendo a convicção de não ter praticado a infração penal. Aceita a proposta, o autor da infração poderá buscar o ressarcimento dos danos, se for o caso, na esfera cível. Vê-se, pois, que o autor, ao aceitar a proposta, não está assumindo a culpa. E se o agente se arrepender da transação, não poderá, posteriormente, voltar atrás com o intuito de provar sua inocência? Basta o autor da infração deixar de cumprir a pena aplicada para o feito prosseguir até final decisão. Prevendo-se a possibilidade do arrependimento ou do descumprimento da transação, as decisões proferidas na 1ª Vara Criminal da Penha deixam consignado que o autor, ao aceitar a proposta, não está assumindo a culpa pelo fato, e o não cumprimento do acordo importa em prosseguimento do feito.

Discute-se: qual a natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal? É condenatória ou meramente declaratória? Dependendo da resposta, as consequências seriam diversas. Se condenatória, os efeitos são os mesmos de qualquer decisão definitiva. Se declaratória, não haverá consequência penal nenhuma. No primeiro caso, a sentença tem eficácia de título executivo. No segundo, a

decisão não gera efeitos civis e, por via de consequência, não tem força de título executivo. Entendo que a decisão que homologa a transação penal é meramente declaratória e não condenatória. A decisão meramente declaratória não pode ser executada, pois haveria a possibilidade de se discutir o mérito da medida aplicada. **Cláudio Antônio Soares Levada** sustenta que a decisão é declaratória, acrescentando ainda que, *"não tendo havido processo penal regularmente instaurado, e não gerando a sentença a ser proferida efeito algum típico de condenação (reincidência ou título executivo na esfera civil), tem-se que não há lesão alguma ao due process of law, não havendo que se falar, igualmente, em assunção de culpa por parte do agente, mas apenas em uma sanção consentida, por um critério de conveniência e oportunidade inaugurado pela recente lei e que escapa à análise da doutrina e jurisprudência tradicionais, que deverão, doravante, ter em mente o princípio da disponibilidade também no processo penal para as causas que se enquadrem na Lei nº 9.099/95, e que o consagram"* (idem, p. 03).

Aqueles que entendem que a decisão homologatória é condenatória se baseiam na denominação "pena" contida no *caput* do art. 76 da Lei nº 9.099/95, porém sem as consequências penais de uma decisão propriamente dita. E se o autor da infração não aceitar a proposta do órgão ministerial, este oferece denúncia e, ao final, aquele é condenado. Essa decisão não seria condenatória? Não produziria todos os efeitos penais?

Com a transação penal, o autor da infração se vê livre do eventual processo, cabendo, da decisão homologatória da transação, apelação (art. 76, § 5º, da citada lei). Cabe apelação, sim, contra a decisão que homologa a transação e não do acordo propriamente dito, se ausentes os pressupostos legais. Desse modo, o autor da infração, ao verificar que as provas lhe são desfavoráveis, aceita a transação penal e, posteriormente, deixa de cumpri-la, pois a decisão não poderá ser mais revista para o prosseguimento do feito. Ora, para que serve então a transação penal? Apenas para o autor se ver livre do eventual processo? E mais: como se explica ainda o art. 85 da citada lei que permite a conversão da multa não paga em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, nos termos legais? Ressalte-se, contudo, que a Lei nº 9.268/96 alterou o art. 51 do CP e, por sua vez, modificou o art. 85 da Lei nº 9.099/95, impedindo a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, mas permitiu a conversão da pena de multa em restritiva de direito. Não estaria, aí, se modificando a decisão homo-lo-gatória? Claro que sim. Tal decisão não faz coisa julgada material, mas somente coisa julgada formal. Portanto, não poderia constituir um título executivo penal. Isso vem expresso no art. 76, § 6º, da dita lei. Se assim fosse, esse título poderia ser objeto de questionamento na esfera cível, podendo, inclusive, ser anulado por não ter sido originado de uma decisão condenatória propriamente dita, nos termos do art. 63 do CPP. E, através de embargos à execução, poder-se-ia discutir acerca da origem do título executivo. Somente na hipótese de composição dos danos civis que que





a decisão homologatória constituiria título executivo a ser executado no juízo civil competente (art. 74 da Lei nº 9.099/95). Não se aplica a Seção IV (Da Execução). Tal instituto se aplica somente se houver condenação penal definitiva, com a observância do *due process of law*. Não fosse assim, o legislador não teria inserido no § 6º do art. 76 da citada lei a ressalva de que a transação não teria efeitos civis. Também não teria esclarecido que a composição dos danos, devidamente homologada, não teria eficácia de título executivo (art. 74 da Lei nº 9.099/95).

Indaga-se: a execução das medidas aplicadas na transação penal devem seguir as regras da Lei de Execução Penal ou da Seção IV desta lei? Entendo que a transação é inexecutível pelos modelos clássicos, pois os critérios norteadores da lei se pautaram na celeridade, oralidade, simplicidade, informalidade e na economia processual. Registre-se também que as medidas aplicáveis nos Juizados Especiais Criminais têm caráter repressivo mínimo e educativo. Ora, se o autor da infração não cumpre a transação por ele mesmo aceita, deve o feito prosseguir e não executá-la através de processo executivo ordinário. Com tal atitude, o autor da infração demonstrou não ser merecedor do benefício, e poderia ficar impune, caso haja questionamento do título executivo. Ainda: como se obrigar o autor da infração a prestar serviços à comunidade ou obrigá-lo a se submeter ao tratamento de desintoxicação, ou assistir palestras na Associação dos Alcoólicos

Anônimos, ou entregar cestas básicas a uma entidade de caridade, etc.? Cuidam-se de "penas" restritivas de direito ou multas sem nenhuma força coativa?

Entendo que o não cumprimento da transação penal é caso de prosseguimento do feito por todos estes motivos já elencados, especialmente porque se trata de uma decisão declaratória e não condenatória. Além disso, *"o consenso implica necessariamente a convergência de vontades: de um lado, o Ministério Público deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal (com a exclusão do processo); e, de outro, o autor do fato aceita submeter-se a uma multa ou a algumas regras de conduta que, uma vez adimplidas, motivarão a extinção da punibilidade. Eventual descumprimento deverá resultar pura e simplesmente no oferecimento de denúncia ou a adoção de procedimento preparatório para tal desiderato (p. ex., requisição de inquérito policial ou diligências necessárias ao embasamento da denúncia), retornando-se ao status quo ante"* (in *Juizados Especiais Criminais - Comentários*, de **Pedro Henrique Demercian** e de **Jorge Assaf Maluly**, Ed. Aide, 1996, p. 65). A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido do prosseguimento do feito na hipótese de descumprimento da transação penal pelo autor da infração, designando-se outro promotor de justiça para oferecer denúncia (Protocolo nº 7.329/97, Conflito de Atribuições, TC nº 174/96, da 22ª Vara Criminal da Capital).

Há necessidade de se buscar uma alternati-

va jurídica ou prática para forçar o autor da infração a cumprir a transação penal. Na esfera jurídica, através da interpretação sistemática, chega-se à conclusão de que a transação penal não terá efeitos civis. Portanto, não teria eficácia de título executivo. Assim, homologada a transação, intima-se o autor para cumpri-la dentro do prazo legal. Em não comparecendo, o juiz determina a sua condução coercitiva e, por fim, revoga-se a decisão homologatória ou torna prejudicada a transação penal, abrindo-se vistas ao Ministério Público para oferecer a denúncia. Uma hipótese prática, é aguardar, uma vez aceita a proposta, o cabal cumprimento pelo autor da infração. Cumprida a "pena", homologa-se a transação penal e extingue-se a punibilidade em um único ato processual.

Vê-se, além disso, que o art. 60 da citada lei diz que os Juizados Especiais Criminais têm competência para a conciliação, o julgamento e a **execução** das infrações de menor potencial ofensivo. Como a citada lei ainda não foi regulamentada pela nossa Assembléia Legislativa, torna-se necessário encontrar uma alternativa jurídica ou prática para se fazer cumprir a transação penal homologada pelo juízo competente. Essa alternativa poderia evitar a omissão legislativa, que bem poderia servir de inspiração ao nosso legislador no sentido de minimizar a impunidade que reina em nosso sistema penal.

Fica aqui aberto um canal para discussão do tema.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

AMANHÃ? QUEM SABE!

(Roberto Podval e Janaina C. Paschoal)

AAtualmente verifica-se a existência de uma tendência, pode-se dizer, de moralização, que, apesar de originariamente nobre, acarreta consequências potencialmente perigosas.

No início do mês de novembro, ao término de um *show*, os integrantes de uma banda de *rock* foram presos em flagrante, em decorrência das letras das músicas que compõem o seu repertório.

Também em novembro, a torcida organizada do Corinthians, a famosa Gaviões da Fiel, em reflexo ao que já havia ocorrido com as do São Paulo e do Palmeiras, foram impedidas pela Justiça de continuarem desenvolvendo suas atividades.

Logo em seguida a esses dois acontecimentos, a revista *Veja* trouxe como reportagem de capa, os feitos da deputada federal **Marta Suplicy**, que, dentre várias propostas, sustenta a de que deve haver a criação de um órgão encarregado de controlar os programas a serem veiculados pela televisão.

Estamos certos de que tanto o magistrado que determinou a prisão dos músicos, como os srs. promotores de justiça que interpuuseram a ação civil pública com o fim de obter a proibição de que a Gaviões exercesse as suas atividades, bem como a deputada autora da proposta de instituição de uma "leve censura", são pessoas imbuídas das melhores intenções. Já que todas pretendem zelar pela moralidade, pela paz social, e pela preservação da formação de nossos jovens.

Ocorre que medidas dessa natureza, como já dito, todas bem intencionadas, cerceiam, flagrantemente, garantias asseguradas pela Constituição Federal, como as do direito de livre expressão (art. 5º, inc. IV) e a do direito de livre associação (art. 5º, inc. XVII).

Apesar de já estarmos vivenciando há mais

de dez anos um ambiente democrático, não podemos deixar de recordar que no regime ditatorial todos os responsáveis pela manutenção do sistema estavam imbuídos da mais nobre intencionalidade.

Para defender as medidas e propostas ora criticadas, poder-se-á até dizer que as garantias constitucionais devem ser, em certa medida, limitadas, até para a manutenção do próprio Estado de legalidade.

No entanto, restam sérias dúvidas acerca do pretense caráter criminoso das músicas tocadas pelo conjunto cujos integrantes foram, pelo interregno de quase uma semana, cerceados em sua liberdade.

Em que medida requerer a legalização do uso de substâncias entorpecentes pode caracterizar incentivo à utilização das mesmas?

Da mesma forma, cumpre questionar até que ponto a proibição das atividades das torcidas organizadas (e aqui não nos referimos apenas à Gaviões da Fiel) pode impedir as violências praticadas pelo torcedor esteja ele em grupo, ou mesmo em uma atitude individual.

Será que uma expectativa de diminuição na violência nos campos de *football* pode justificar o cerceamento do direito de uma sociedade civil de fins **lícitos** exercer suas atividades? Cremos que não.

A simples proibição da existência das torcidas organizadas, com o fim de cessar a criminalidade nos campos, corresponde ao absurdo de pretender acabar com a violência no trânsito, através da proibição da utilização de automóveis.

Não é menos perigosa a pretensão da parlamentar **Marta Suplicy** de, como dito, criar um órgão de censura. Pois, se hoje tal órgão se incumbiria apenas de verificar quais programas podem ou não ser assistidos por crianças

ou ser veiculados nos horários em que as crianças estão em casa, nada pode garantir que amanhã (quem sabe?), esse mesmo órgão esteja verificando o que pode ou não ser veiculado para o povo brasileiro como um todo, povo esse que, como é sabido, por muito tempo, não teve direito ao voto graças a desculpa de que não estava preparado para votar.

Idéias como a de que o Estado deve "cuidar" do particular, protegendo-o, privando-o da falta de discernimento das emissoras de televisão, da ação de músicos que não têm respeito pelo desenvolvimento de seu público infanto-juvenil ou da ameaça representada por uma associação de fins lícitos, tal qual a privação da árdua tarefa de votar, nada mais são que um ranço ditatorial disfarçado.

Tais idéias são, na verdade, sementes precursoras das opiniões que, no auge das crises financeiras atuais, foram largamente aventadas no sentido de que o Presidente da República, pessoa indubitavelmente bem intencionada, em razão das barganhas a que teve que se curvar para ver as reformas administrativas aprovadas, deveria "fechar o Congresso Nacional", "ainda que provisoriamente", já que o mesmo só "servia" para "atrapalhar".

Apesar de sermos obrigados a concordar que, em certa medida, o quilate de muitos parlamentares efetivamente dá ensejo a esse tipo de opinião, cremos que o Congresso Nacional, o direito de expressão, o direito de associação civil etc., devem ser entendidos como instituições que em hipótese alguma podem ser curvar a pessoas bem intencionadas. Caso contrário, amanhã? Quem sabe!

Os autores são advogados em São Paulo. O primeiro é vice-presidente do IBCCrim.

FALÁCIA DO ABOLICIONISMO

(Ricardo Antonio Andreucci)

A luta pela sobrevivência sempre marcou a existência do homem na face da Terra. Desde as mais remotas épocas, o homem viu-se frente às agruras da vida primitiva, sendo obrigado a desenvolver formas e mecanismos de defesa que pudessem resguardá-lo das ameaças e dar-lhe um mínimo de tranqüilidade para o desempenho das tarefas do cotidiano.

Com o passar do tempo, a evolução da espécie levou o homem à conclusão de que deveria estabelecer uma forma de resolução de seus conflitos de interesses interpessoais, optando a sociedade pela criação de um ente, denominado Estado, representativo de todos os cidadãos, que passaria a estabelecer regras destinadas a reger o comportamento humano, compondo, na medida do possível, as lides de natureza pública e de natureza privada.

Inevitavelmente, colocou-se o Estado frente a um fenômeno originado pelo desrespeito de alguns cidadãos aos direitos e garantias individuais de outros, na medida em que bens jurídicos tutelados por escolha da sociedade, através de seus legítimos representantes, eram ofendidos e necessitavam de proteção.

Criou-se, então, uma forma de controle social institucionalizado, tendo como integrante o sistema penal, do qual faz parte o Direito Penal.

O chamado *abolicionismo*, doutrina de contornos recentes e com propostas até agora não bem delineadas, baseia-se justamente na abolição da pena, apresentando cinco possíveis modelos de resposta ao que denominou "situação-problema": modelo compensatório, modelo terapêutico, modelo conciliatório, modelo educativo e modelo punitivo revisitado.

É de se ressaltar, entretanto, que essa tese abolicionista, do crime sem realidade ontológica, tornou-se ultrapassada em face da nova tendência apresentada pela política criminal.

O crime tomou proporções desmedidas e a sociedade, através de grupos politicamente organizados, passou a exigir do Estado postura mais condizente com a realidade, que deixasse de lado fantasiosas invenções doutrinárias destinadas a satisfazer os anseios dos criminosos.

O sistema segundo o qual os conflitos sociais devem ser solucionados através de mecanismos conciliatórios e compensatórios, dispensando intermediação do sistema penal, não guarda a devida correspondência nas aspirações da sociedade, que já não suporta mais a imposição de valores morais e legais importados por aqueles que não encontraram respaldo popular em suas novas teses nem sequer em seus países de origem.

A simples abolição da pena é proposta absurda e ultrapassada, já que justamente os fracos e os débeis do sistema social é que seriam os mais atingidos pelas condutas ilegais daqueles que são tidos pelo abolicio-

nismo como expostos a *condições sociais marginalizadoras*.

Ora, nem todo criminoso é oriundo de meio social marginalizador, da mesma forma que não se pode afirmar, sem cometer grave equívoco, que somente os desafortunados é que cometem delitos. A dinâmica social, através de movimentos progressistas, impôs a tutela não somente dos tradicionais valores já resguardados como também dos novos bens jurídicos supraindividuais que começaram a surgir.

A par de todas as discussões acerca do sistema penal instituído, vimos surgir do seio social, principalmente no Brasil, aspirações legítimas da coletividade, contrárias às teses de premiação e favorecimento aos delinquentes e destinadas a proteger aqueles que efetivamente são os destinatários da organização legal.

Aquele que cumpre a lei não teme o sistema penal, dele fazendo paradigma para a conduta de vida estabelecida. Para o transgressor da lei, a pena é inafastável, já que, não obstante várias tentativas frustradas, não se conseguiu estabelecer modo mais eficaz de resposta social.

Creio que o maior risco que corremos na atualidade seja o de nos deixar influenciar por tendências abolicionistas, que ganham maior vulto em face do combalido sistema carcerário brasileiro. Não se pode optar pela situação mais simplista (abolir a pena) apenas porque o sistema em funcionamento apresenta defeitos e imprecisões que merecem maior reflexão por parte dos envolvidos no processo e maior consideração por parte daqueles que têm a obrigação de implementar a infra-estrutura necessária a suportar as condenações penais.

É inegável que, muitas vezes, o Poder Executivo não sustenta o necessário aparato devido ao implemento efetivo das penas aplicadas. A falta de vagas no sistema prisional, a inadequação dos estabelecimentos penais, o descumprimento das normas de execução e o descaso com os direitos e garantias fundamentais do preso faz com que se rotule levemente todo o Direito Penal como ineficaz e inoperante.

Há que se não olvidar, entretanto, que o Direito Penal tem como escopo fundamental a defesa social contra o delito, através não somente da prevenção objetiva estampada na sanção oriunda do preceito secundário da norma, mas também e fundamentalmente através da resposta penal adequada ao criminoso, sem se afastar dos princípios constitucionais garantidores do efetivo respeito aos direitos humanos.

Direitos humanos, aliás, que não podem ser confundidos com direitos dos presos, direitos dos criminosos ou direitos dos chamados marginalizados, mas antes devem ser tidos como direitos de todos os cidadãos, direitos e garantias fundamentais de toda a coletividade, aplicáveis a todos, inclusive às vítimas de crimes, que, não raras vezes, integrantes de camada social menos favore-

cida, se vêem absolutamente desamparadas e desorientadas frente à covarde e desproporcional agressão a seus bens jurídicos que deveria o Estado proteger e resguardar.

Urge sejam tomadas atitudes concretas de corajosa investida contra o crime e de combate às causas da criminalidade. Concordo com os abolicionistas quando sustentam a necessidade do Estado ser instrumento garantidor dos direitos inerentes aos seres humanos, mas discordo da ilegítima proposição de abolição da pena como solução para a extinção da criminalidade.

Gostaria que a sociedade fosse mais respeitada em seus anseios e aspirações, que a democracia fosse realmente implementada como meio de manifestação legítima da vontade popular no que se refere ao crime. Aspiro a uma nova fase do Direito Penal que não se baseie apenas em utópicas proposições impostas por minoria que se julga detentora da autoridade moral do País, mas que reflita exatamente aquilo que nos é necessário à garantia dos direitos fundamentais à convivência social.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, mestrandando em Direito Processual Civil e professor de Direito Penal pela Unip e professor de Direito Penal do Centro de Estudos Jurídicos do IPEP - Instituto Paulista de Ensino e Pesquisa.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unid
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Paulista de Magistrados
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Curso C.P.C., SP
- Curso Forense - Ribeirão Preto, SP
- Curso do Professor Damásio, SP
- Curso Vocação Preparatório à Carreira de Delegado de Polícia e Exame de Ordem, Presidente Prudente, SP
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Meta Juris - Curso de Aperfeiçoamento Jurídico, Presidente Prudente, SP
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados de São Paulo
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas, Sorocaba, SP
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA