



"I PRÊMIO IBCCrim DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS"

O **Prêmio IBCCrim de Monografias Jurídicas** é concedido, pela primeira vez, num momento de significativas coincidências.

O **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** está às vésperas de seu quinto ano de existência e ocupa, hoje, uma posição de inquestionável relevo no panorama penal brasileiro. Com quase três mil associados, com uma tiragem de 16 mil exemplares de seu *Boletim* e com a publicação do 19º volume de sua *Revista*, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** credencia-se, na atualidade, como o mais representativo porta-voz dos que debatem, de forma multidisciplinar e pluralista, o fenômeno do "crime" e de "suas conseqüências".

A entrega do **Prêmio IBCCrim de Monografias Jurídicas** ocorre, por sua vez, numa solenidade de todo especial, ou seja, no encerramento do **III Seminário Internacional do IBCCrim**. Apesar do curto tempo de vida, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** realiza, anualmente, desde o ano de 1995, a reunião de consagrados juristas, nacionais e estrangeiros, para a análise e debate de temas polêmicos, numa visão abrangente da problemática penal.

O **Prêmio IBCCrim de Monografias Jurídicas** foi outorgado, por votação unânime, ao trabalho ***Direito Penal, Estado e Constituição***, de autoria do promotor de Justiça, dr. **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**, pós-graduado nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidad de Salamanca (Espanha), mestre e doutor em Direito. O premiado está, sem sombra de dúvida, na vanguarda dos novos juristas brasileiros. Sua capacidade laborativa pode ser aferida por várias e importantes contribuições de Direito Público e Direito Penal, tais como ***Ética e Administração Pública, Poder Constituinte Reformador, Princípio da Legalidade Penal, Princípio da Insignificância no Direito Penal, Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Anotada***. Todos esses livros expressam a seriedade científica e a ponderada reflexão que pautam as atividades do premiado.

O dr. **Maurício Antonio Ribeiro Lopes** buscou, na monografia ora premiada, dar transparência à íntima conexão entre o Estado Democrático de Direito, a Constituição e o Direito Penal. Essa temática, que foi analisada à

exaustão, e com extrema riqueza bibliográfica, mostra-se extremamente adequada à crise que toma corpo no Direito Penal. A década de 90 caracteriza-se por uma ampla política de criminalização em áreas até então excluídas da intervenção penal e — o que é mais grave — pela detecção de duas explícitas e perigosas tendências: de um lado, a funcionalização do mecanismo controlador penal, colocado a serviço de determinadas posturas político-criminais e, de outro, o pernicioso processo de desformalização desse mecanismo que põe em xeque garantias penais e processuais penais conquistadas a tanto custo. Todas essas tendências da denominada "pós-modernidade penal" centram-se na idéia da eficácia preventiva e repressiva, em detrimento dos princípios penais liberais que informam o Estado Democrático de Direito. Em nome de uma ameaça avassaladora de caráter global que tem, não raro, algum ponto de contato com a realidade, constrói-se "o pressuposto genérico da guerra contínua. Nesse sentido, não podemos perder de vista que cada vez que os operadores políticos pretendem legitimar medidas penais antiliberais em função de todas as 'guerras' que fomentam e perdem, não estão fazendo mais do que apelar para um recurso teorizado há mais de meio milênio de modo estruturalmente não superado até o presente e que é próprio do Estado pré-moderno ou do Estado de terror e de suas reaparições" (**Eugenio Raúl Zaffaroni**, *"Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana"*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 3º e 4º trimestres de 1996, pp. 725 e segs.). A eficácia, como critério reitor do Direito Penal, debilita o Estado Democrático de Direito e, de certa maneira, significa paradoxalmente um retorno ao Estado pré-moderno. Para opor-se a essa nova idéia-chave, que avança impetuosamente no campo penal pondo em risco o paradigma garantístico, nada melhor do que conhecer os engates que prendem o Direito Penal à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

E eis, por fim, a última e a mais feliz das coincidências. A monografia premiada examina, com extrema propriedade, e com não menor competência, essa temática que é, na realidade, a própria razão de ser do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**.

Alberto Silva Franco

REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO

(Ranulfo de Melo Freire)

Antonio Ermírio de Moraes escreveu um artigo (*Folha de S. Paulo*, 17 de agosto de 97) em que trata do que se convencionou chamar **penas alternativas**. Matéria própria para domingo, não só porque sobeje tempo às pessoas, mas também por ser um dia em que, consciente ou inconscientemente, nos pomos a refletir sobre a vida: nossa, dos outros.

É um texto dos bons; motiva os que são sensíveis aos desafios que implicam mudanças comportamentais; despertam os que se acomodaram no "não adianta". Só não atinge quem ache que "sempre será assim".

Haverá resistência na sociedade em propiciar atividade a condenados de outro extrato social, qualquer que seja o delito. Mas, o pior não é isto.

Vou abrir um parênteses.

Não faz muito — um mês e pouco — a direção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou dois juízes da Vara das Execuções Penais. Fê-lo a pedido de promotores públicos que atuam ali (faí em promotores porque, parece, não foi obra de todos).

Trata-se de juízes desonestos? Preguiçosos? Autoritários?

A parte o dano teratológico da natureza e do êxito da iniciativa desse jaez (já que a erronia, as demasias, da primeira instância se obviam em remédios processuais), o que os promotores assacaram contra os magistrados, por sinal dos que honram e engrandecem a Justiça? A juízo dos sensores, seriam

liberais no concederem benefícios a presos!

Como pode isso acontecer no ano das graças de 1997?

Há na Justiça paulista uma anomalia: não vige aqui, em sua plenitude, o preceito constitucional da inamovibilidade do juiz. Na Vara das Execuções (ao que me parece, também, nas de menores), os juízes são designados pelo presidente do tribunal, ou melhor, pela Presidência, por variadas, numerosas, as tarefas que se repartem nos escalcões da assessoria.

Essa afronta à Constituição faz perigar o princípio do juiz natural, por tudo ficar a depender do arbítrio da direção do Tribunal de Justiça, tornando letra morta o texto constitucional que consagra a inamovibilidade, "garantia de que o magistrado permaneça à salvaguarda do arbítrio de outro agente estatal" (Ferreira, Pinto, *Manual de Direito Constitucional*, Forense, 1989, p. 288). Não se trata de um privilégio pessoal, mas, sim, de "uma garantia aos jurisdicionados e à sociedade em geral, como ensina Roulet, que cito de segunda mão" (vide Falcão, Pinto, *Constituição Comentada*, José Konfino, 1956, I/231).

Felizmente, os que se preocupam com a efetivação do Estado Democrático de Direito não estão inertes. Não faz muito, em debate no auditório da Apamagis, uma procuradora do Estado criticou a violação do princípio constitucional da inamovibilidade na Vara das Execuções. E pelo que tenho ouvido no IBCCrim, na Associação Juízes para a Democracia, na Ordem dos Advogados, a reação não ficará adstrita a conversas que se esfriam nos últimos goles do café.

Fechado o parêntese — ainda sob a inspiração haurida na fala do empresário — ocorrem-me algumas reflexões que parece serem convincentes a este momento.

Começo por uma indagação inserta em artigo da lavra de Juca Kfourí, a respeito do rigor com que apenaram um esportista: "A idéia da pena é a de corrigir o faltoso, recuperá-lo ou é apenas de puni-lo?" Em mensagem a bacharéis de São Paulo, que

optassem pela função de juiz (no contexto em que escrevo vale também para o Ministério Público), que sugeriu Rui Barbosa, nos seus cinqüentas anos de vida forense? "Não acompanheis os que, no pretório, ou no júri, se convertem de julgadores em verdugos." Ou como disse o poeta-desembargador da Inconfidência: "Julgando os crimes nunca os votos dava mais duro ou pio do que a lei pedia".

Mas, a impunidade; a pena exemplar!

Falam, deblateram como se não pesassem sobre os réus outras penas, a maior das quais — tal seja o réu — é o travesseiro. É o olhar dos amigos, dos parentes, dos colegas de profissão; o gesto da vizinhança, os comentários de rua, o julgamento no lar.

Juiz, promotor, advogado — é hora de avaliarmos o produto de nosso trabalho na esfera penal. Estaria, a solução, nessa pletora de leis rigorosas, num adjetivar que já não cabe na 2ª edição do Aurélio? A que leva esse abandono de princípios clássicos (enunciados na parte geral do Código Penal) — essa concessão a uma mídia envenenada na retórica dos movimentos da lei e ordem?

Seria atraso, pior que ignorância, aferirmo-nos a um positivismo que manietasse nosso potencial de vivenciar o Direito com o repertório da Psicologia, Criminologia, Sociologia, Filosofia, ciências que, insidiosamente, alargam nosso espaço de tolerância.

Não se trata de ignorar a lei; trata-se de alevantar o nível de alfabetização: melhorar a leitura.

Tenho duas receitas para isso: o livro, *As Misérias do Processo Penal*, de Cernelutti, que me foi apresentado pelo Aduauto Suannes e um convite para inscrição no III Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, onde iremos conviver com sábios do nível de Figueiredo Dias, Ferrajoli, Baratta, com a oportunidade de os promotores conhecerem seu colega J. J. Calmon de Passos.

O autor é desembargador aposentado do TJ/SP.

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

Dir. 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 e 605-4607
<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>.
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO PENAL NO 3º MILÊNIO

○ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS estará promovendo no dia 23.09.97, às 19 horas, no auditório da Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (Praça da Sé, 385, 1º andar), palestra com o professor de Direito Penal da Universidade de Frankfurt e Juiz do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, **Winfried Hassemer**, na qual serão abordadas as novas perspectivas do Direito Penal no 3º milênio. Maiores informações sobre o evento podem ser obtidas no **IBCCrim**. Vagas limitadas! Inscreva-se já!

A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 51 DO CÓDIGO PENAL (LEI Nº 9.268, DE 1º DE ABRIL DE 1996)

(Jorge Assaf Maluly)

A Lei nº 9.268/96 trouxe diversas inovações no tocante à execução da pena de multa, imposta em sentença condenatória, não se estendendo, portanto, àquela decorrente de transação⁽¹⁾. A primeira e mais importante foi a impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade, ante o seu não pagamento pelo condenado.

A conversão da multa em prisão, em virtude de sua inadimplência, antes era autorizada pelos arts. 51 e parágrafos do Código Penal e 182 da Lei das Execuções Penais. Porém, com a alteração da redação do *caput* do artigo 51 e a revogação dos demais dispositivos, esta via de execução da multa foi proibida.

Quais foram as razões que levaram o legislador a optar pela alteração do procedimento de execução da multa?

Na exposição de motivos da Lei nº 9.268/96 encontram-se os motivos desta modificação legislativa: a) uma alegada inconstitucionalidade da transformação da multa em pena privativa de liberdade, uma vez que a Constituição Federal de 1988 somente admite duas hipóteses de prisão por dívida pecuniária: a do devedor de alimentos e a do depositário infiel; b) a conversão, por fato posterior à aplicação da multa e, portanto, não relacionado com o delito, perde o sentido de proporcionalidade como forma de reação punitiva, uma vez que esta é a sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para a prevenção do delito.

Para reforçar o caráter exclusivamente pecuniário desta sanção, o *caput* do art. 51 considerou a multa uma "dívida de valor", por conseguinte não susceptível de conversão em prisão e com o intuito de evitar sua corrosão pela inflação, com o seu *quantum* corrigido monetariamente por ocasião de sua execução.

Observa-se, contudo, que a Lei nº 9.268/96, no que concerne ao procedimento de execução, foi infeliz na redação do *caput* do artigo 51 com a expressão "*aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública*". Essa frase obscura gerou a equivocada, mas compreensível interpretação de que a multa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, passaria a ser dívida ativa da Fazenda Pública, devendo assim ser inscrita e executada na forma da Lei nº 6.830/80.

Na verdade, uma vez que o legislador desejou alterar o procedimento de execução da multa, impossibilitando sua conversão, este teve então que adotar um novo rito para tal mister, optando ele, como forma de economia, por um já existente, o da Lei de Execução Fiscal (nº 6.830/80), *inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*.

Nesse sentido, é bom lembrar que a exposição de motivos da Lei nº 9.268/96 em nenhum momento fez referência à mudança da natureza da multa não paga, como sendo uma dívida ativa da Fazenda Pública. Pelo contrário, afirmou e reafirmou que o então projeto visava unicamente facilitar a cobran-

ça da multa criminal, através de um procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal⁽²⁾. Aliás, sequer há menção no texto da exposição de motivos às palavras "dívida ativa", sinalizando claramente a intenção do proponente da alteração legislativa de não modificar a natureza da pena pecuniária por ocasião de sua execução forçada.

Como bem lembrado pelo juiz **Damião Cogan**⁽³⁾, o desacerto da interpretação literal que considera a multa como dívida ativa da Fazenda Pública, com a remessa de sua execução à Vara da Fazenda Pública, salienta-se ainda mais quando se atenta para o art. 4º da Lei nº 6.830/80, que admite a execução fiscal contra "os sucessores a qualquer título". O que é perfeitamente cabível no cível, em matéria criminal é vedado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XLV, que preceitua que "*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*".

Não se pode olvidar, por outro lado, que a multa tratada como dívida ativa da Fazenda Pública perde sua finalidade de prevenção à criminalidade. Nesse sentido é o escólio do doutrinador português **Jorge de Figueiredo Dias**⁽⁴⁾: "*§ 121. A pena de multa só pode ser tomada como instrumento privilegiado da política criminal quando surja não apenas no seu enquadramento legal, mas também no conceito social formado à luz da sua aplicação, como autêntica pena criminal, antes que como mero < direito de crédito do Estado > — ainda que de natureza publicística — contra o condenado. Esta asserção, aparentemente trivial, revela-se, a uma consideração mais próxima, como verdadeiramente essencial e prenhe de conseqüências práticas*".

Continua o ilustre autor peninsular⁽⁵⁾: "*torna-se ainda mais imperiosa a necessidade — em si mesma, de um ponto de vista teórico, evidente — de que a multa seja legalmente conformada e concretamente aplicada em termos que permitam a plena realização, em cada caso concreto, das finalidades das penas, em particular da de prevenção geral positiva, limitada pela culpa do agente*".

Outra incompatibilidade desta interpretação literal está na limitação da competência da Vara da Fazenda Pública. Esse juízo de direito não pode apreciar a prescrição da pretensão executória ou ainda a revogação da suspensão condicional da pena, ante o não pagamento da multa, questões essas de competência da Vara das Execuções Penais (art. 66, incs. II e III, letra "a", da Lei nº 7.210/84).

Cabe lembrar, também, que a legitimidade da execução da multa é do Ministério Público, conforme o art. 164 da Lei de Execução Penal, enquanto que a dívida ativa da Fazenda se dá através dos seus procuradores. Isto porque o Ministério Público, atuando na condição de parte ou de *custos legis*, nos termos do art. 67 do referido estatuto, deve sempre buscar a efetivação da sanção imposta e a legalidade de sua execução,

atuação essa que seria tolhida pela referida exegese equivocada.

Ainda na compreensão de uma interpretação gramatical do *caput* do art. 51 do Código Penal, ao referir-se à aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, *inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*, não se pode concluir que o legislador desejou impor um tratamento diverso à pena de multa.

Ao que parece, se o legislador pretendesse que a multa passasse a ser dívida ativa da Fazenda Pública, com a aplicação das suas normas, não seria necessária a referência, logo em seguida, à incidência das causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Tal regra já decorreria da frase anterior ("*aplicando-se-lhe as normas...*"). De fato, com essa interpretação de que a multa tornou-se dívida ativa da Fazenda, somente faria sentido a lembrança das causas interruptivas e suspensivas, se fossem aquelas previstas na legislação penal, e não as da própria lei fiscal.

Neste contexto, não se pode ignorar o preceito de interpretação literal de que se presume "*que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva*"⁽⁶⁾.

Portanto, a literalidade da previsão de aplicação das causas interruptivas e suspensivas da prescrição da dívida ativa da Fazenda Pública somente tem cabimento com a manutenção do caráter penal da multa e, em complemento, com a adoção do procedimento da Lei nº 6.830/80 para orientar sua execução.

Por fim, aos fatos anteriores à vigência da lei deve-se aplicar imediatamente o novo procedimento de execução da multa, por força do art. 2º do Código de Processo Penal e em decorrência da revogação expressa da possibilidade da conversão em prisão. No entanto, as normas penais prejudiciais ao acusado, especialmente aquelas relativas às novas causas de interrupção e suspensão da prescrição, não poderão retroagir da mesma forma, em face da vedação constitucional contida no art. 5º, inc. XL.

(1) Ver artigo "Breves considerações sobre a proposta do Ministério Público (Lei nº 9.099/95)", Boletim IBCCrim 35/12, e obra *Juizados Especiais Criminais - Comentários*, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Editora AIDE, 1ª edição, 2ª tiragem, 1996, p. 61.

(2) TACrim-SP, Agravo em Execução nº 1.036.425/1, rel. juiz Xavier de Aquino.

(3) TACrim-SP, Agravo em Execução nº 1.040.287/1.

(4) *Direito Penal Português - As Conseqüências Jurídicas do Crime*, Acquitias, Editorial Notícias, 1993, § 121, p. 118.

(5) Obra citada, § 123, p. 119.

(6) Carlos Maximiliano/ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 16ª edição, 1996, p. 110.

A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DA PENA E A REINCIDÊNCIA

(Alberto Zacharias Toron)

A fixação do regime inicial do cumprimento de pena foi um dos temas que mereceu especial atenção do legislador na reforma penal de 84. Tanto que no art. 59, inc. III, exige-se que o juiz o fixe na sentença. A importância de tal determinação está em que o regime de pena atinge diretamente a liberdade do sentenciado, ainda que se possa dizê-la relativa. Daí por que **Alberto Silva Franco**, no consagrado *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, anota um julgado do Supremo Tribunal Federal no qual se retrata um caso em que o acórdão de um tribunal estadual deixou de se pronunciar sobre o regime inicial a ser observado no cumprimento da pena e, em consequência, determinou-se o prosseguimento do julgamento na instância *a quo* para que se suprisse a omissão (cf. na ob. cit., ed. RT, 5ª ed., p. 405). Mais do que isso, a abstração dos comandos legais nessa matéria pode ensejar constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas-corpus* (RTs 692/273, rel. des. **Luiz Betanho**, e 700/398, rel. min. **Anselmo Sant'ana**).

Na sistemática legal vigente, o regime aberto só pode ser concedido desde logo ao condenado "não reincidente", cuja pena não exceda a quatro anos (art. 33, § 2º, letra "c", do Código Penal). Mas há casos em que o antecedente que determinou a perda da primariedade não justifica a imposição de um regime de pena mais rigoroso. Suponha-se que o agente, já condenado anteriormente por crime culposos, tenha emitido duplicata simulada para obter crédito e, descoberto nessa prática, venha a ser condenado. A pena mínima de dois anos de detenção, fatalmente acrescida pela agravante da reincidência em ao menos 1/6, viria para o patamar de dois anos e quatro meses. Nessas circunstâncias, considerada a inviabilidade do *sursis*, a imposição do regime semi-aberto seria de rigor, pois o delito previsto no art. 172 do CP é apenado com detenção e, assim, torna-se impossível sujeitar-se o infrator ao regime fechado, salvo a hipótese de regressão (RTJ 141/188).

De saída, há um aspecto intrigante. Não se consegue compreender porque em relação à concessão dos regimes aberto e semi-aberto, que falam em "não reincidente", não se excetua, tal como ocorre com o *sursis*, a anterior condenação por crime culposos. A falha do legislador possibilidade o paradoxo de se poder o mais, obtendo-se a suspensão condicional da pena quando se é reincidente em razão de crime culposos, e não o menos, que seria a fruição do regime prisional aberto ou semi-aberto. De outro lado, no caso do exemplo, embora o agente não possa se beneficiar do regime aberto, porque é reincidente, se tivesse praticado um estelionato, crime mais grave, posto que apenado com reclusão, em sendo apenado nos mesmos moldes, isto é, com um acréscimo pela reincidência de 1/6, poderia gozar do *sursis* a teor do que dispõe o art. 77, I, do Código Penal. Soa iníquo, verdadeiramente extravagante, que a condenação por crime menos

grave enseje constrição maior do que a outra (mais grave) que acarretará na suspensão da pena de prisão.

Para se evitarem perplexidades dessa ordem é forçoso, como advertia **Bobbio**, atentar para que "*le norme giuridiche non esistono mai da sole, ma sempre in un contesto di norme, che hanno particolari rapporti tra loro...*" (*Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, ed. Giappichelli, 1960, p. 3). Nesse sentido, o então juiz **Silva Pinto**, com extrema sensibilidade, salientou que "*o intérprete não deve se ater à letra fria de uma norma insulada, mas analisar o conjunto do sistema para perquirir a real vontade do legislador, a qual, como é cediço, jamais pode contrariar a lógica e os transcendentes princípios que visam a atingir os ideais de justiça calorosa e autêntica*" (Jutacrim 86/79). Neste julgado, cujo *habeas-corpus* foi concedido, discutia-se a possibilidade de alguém que não mais era primário em razão de crime culposos poder apelar em liberdade. Aliás, no final do aresto ficou consignado que "*se a nova norma penal é expressa no sentido de que o reincidente em crime culposos tem direito ao sursis, seria absurdo que o agente, nessa situação, fosse obrigado a se recolher à prisão até que a superior instância apreciasse seu recurso*" (Jutacrim 86/79).

Outra vertente interpretativa, que também se conjuga com a necessidade de uma interpretação lógico-sistemática, é a que preconiza, de um ponto de vista material, o exame do significado da ocorrência anterior. Em acórdão lapidário da lavra do insigne juiz **Márcio Bártoli** ficou assentado que "*a reincidência não deve ser entendida como sinal revelador de maior culpabilidade, atuando como valor absoluto para a determinação do regime de cumprimento de pena, porque, muitas vezes, o crime anterior nada significa em termos de relevância penal, e pode ter representado apenas um fato episódico na vida do réu, incapaz e insuficiente para revelar qualquer inclinação ou tendência a reiteração obstinada ou ilícitos penais, de modo que a obrigatória indicação da modalidade fechada pode representar uma punição exagerada e, às vezes, desproporcional em relação a conduta ilícita, sendo possível a fixação, em tais casos, do regime aberto para início de cumprimento de pena*".

No corpo do aresto vem realçado que "...o dado referente à não-reincidência passou a influenciar o processo de individualização do regime penitenciário, com efeitos de prevenção especial extremamente graves, o que parece um equívoco, porque a tendência do direito penal moderno dirige-se à não-valorização demasiada dessa circunstância, que não está relacionada com a culpabilidade pelo fato penal cometido, o princípio reitor da Parte Geral do Código Penal, mas única e exclusivamente com o sujeito ativo do crime, ao ligá-lo com a rebeldia à condenação anterior e presumir que, diante da prática de novo crime, a resposta penal aplicada não surtiu o efeito desejado; que teria

sido insuficiente; ou que, mesmo apenado, teria demonstrado vontade criminosa intensa, etc., conclusões de constitucionalidade questionável, por representar outra punição pelo mesmo crime anterior (proibição do non bis in idem como decorrência do princípio da legalidade).

Em suma, não se pune a conduta típica realizada, mas o seu autor, presumido mais perigoso.

A interpretação desse requisito legal do art. 33 do CP não deve ser simplesmente literal, mecânica e, muito menos, preconceituosa, concebendo-se o reincidente sempre como alguém 'mais culpado', um desajustado que, já punido, desrespeitou a manifestação da Justiça, revelando-se inapto para conviver em sociedade". Por isso, como diz **Helelno Frago**, o legislador poderia ter dado um passo mais largo, que seria considerar facultativo o aumento da pena pela reincidência, à semelhança do que fez o Código Penal Tipo para a América Latina, porque "*a reincidência pode não significar coisa alguma. Imagine-se o crime de sedução praticado por quem tenha sido condenado por homicídio culposos*" (*Lições de Direito Penal*, Forense, 13ª edição, 1991, p. 332).

Mais à frente, citando artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 6, ano 2, 1994, p. 117, de autoria da juíza **Maria Lúcia Karam**, acrescenta "...que a manutenção da reincidência, tanto como circunstância agravante, como para impor o regime prisional fechado, é algo insustentável por ferir o princípio da culpabilidade pelo fato praticado e também as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade perante a lei, asseverando: 'Nenhum dos argumentos, que procuram fundamentar o instituto da reincidência, consegue esconder sua irracionalidade, seu comprometimento com o autoritarismo, sua incompatibilidade com princípios inerentes a um Estado de Direito. Tentando dar roupagem mais elaborada a tal fundamentação, à teoria da duplicidade de normas, segundo a qual todo tipo teria duas normas — uma que proíbe a conduta típica e outra que impõe a abstenção de cometer outros delitos no futuro — além de não conseguir esconder seu artificialismo, deixa claro seu parentesco com doutrinas de segurança nacional. Cria-se um segundo bem jurídico, traduzido na mera vontade estatal em um autoritário suposto direito do Estado à obediência, a evidenciar a manifesta inviabilidade de sua convivência com um Estado de Direito. As concepções mais freqüentemente acenadas na tentativa de fundamentação da reincidência, sustentando que condenações anteriores devem ser consideradas como agravantes por se expressar na reiteração delitiva 'uma elevação da intensidade criminosa', 'uma acentuada inimizade com o Direito', 'um desprezo permanente contra os bens jurídicos', a agravar a culpabilidade, trazem em sua adesão à culpabilidade de autor, a





pretensão de estabelecer a reprovabilidade não sobre a sua conduta, mas sobre a pessoa do agente, punindo-o pelo que é e não pelo que fez, reduzindo assim, o delito a um sintoma da personalidade e fazendo com que sua repressão caia sobre esta personalidade. Como também tradicional caminho positivista que aponta para uma maior periculosidade do reincidente, estes argumentos que giram em torno do maior grau de culpabilidade, rompem com o princípio da igualdade. A afirmação de periculosidade, além de, em última análise, não passar de uma ficção, implica numa classificação das pessoas, em que se distinguem em 'perigosos' e 'não-perigosos', uns superiores, outros inferiores, a receber distintos tratamentos. É o princípio da igualdade, vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana, impede tal distinção, igualmente impedindo regras discriminatórias... Na realidade, os argumentos em que se baseiam as concepções tradicionais, para apontar o maior grau de

culpabilidade do reincidente, contradizem as próprias finalidades, que seus defensores costumam atribuir à pena: se como cumprimento de uma pena anterior, se reforçou a motivação contrária à norma, o que se demonstra é tão-somente que aquela pena foi contraproducente e criminalizante, o que torna um paradoxo a insistência na mesma reação punitiva" (RJDTACrim 28/218).

Independentemente do acerto ou desacerto da inserção da reincidência como agravante⁽¹⁾ e circunstância impeditiva dos regimes aberto ou semi-aberto desde o início do cumprimento da pena, é certo que a lei penal não distinguia a natureza do crime anterior cometido pelo infrator, se doloso ou culposos, quando levou em consideração o regime de pena. No entanto, é de rigor o tratamento diferenciado para a consideração da reincidência como, aliás, se decidiu na **apelação criminal nº 1.045.017/8** (TACrim-SP, 2ª Câmara, j. 12.06.97, v.u., rel. juiz José Urban). Por fim, vale registrar que o abrandamento das regras do art. 33 do Código Penal ganha corpo, tanto que em caso de reincidência em crime

doloso já se permitiu o cumprimento da pena desde o início em regime semi-aberto (RJDTACrim 28/222, rel. juiz Moacir Peres e RJTJSP 122/479, rel. des. Ary Belfort).

O autor é advogado, professor de Direito Penal da PUC-SP, mestre em Direito Penal pela USP e ex-presidente do IBCCrim.

(1) Sobre o tema consulta-se o trabalho de David Baigun onde o autor sustenta que "la existencia de una serie de condenas anteriores nada tiene que ver con el acto personal que genera la aplicación del principio de culpabilidad" e acentua que as razões de prevenção invocadas para explicar e justificar o agravamento da pena pela reincidência servem para entendê-la como um mecanismo de coerção estatal, "pero no alcanzan para incorporarla al principio de culpabilidad..." (Culpabilidad y Coerción Estatal, in *El Poder Penal del Estado - Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1985, pp. 322/323. No mesmo sentido temos o entendimento de Enrique Bacigalupo, "A personalidad e a culpabilidad na medida da pena", *Revista de Direito Penal*, SP, ed. RT, 1974, nº 15/16, p. 34.

A PRÁTICA PERVERSA DA PRISÃO TEMPORÁRIA

(Eduardo Luiz Santos Cabette)

A Lei nº 7.960, de 31 de dezembro de 1989, trouxe ao cenário jurídico nacional uma nova modalidade de prisão cautelar, a chamada "prisão temporária", que veio a legalizar antigos procedimentos conhecidos como "correcionais" no afã de fornecer aos órgãos repressores um instrumento útil no combate à criminalidade.

Os prazos dessa prisão são, no Brasil, bastante dilatados, sendo previstos os de cinco dias prorrogáveis por mais cinco para crimes comuns e de 30 dias prorrogáveis por outro tanto para os chamados crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). Considerando que no rol de crimes abrangidos pela Lei nº 7.960/89 quase todos são classificados como hediondos, em regra o prazo dessa modalidade de prisão poderá chegar aos 60 dias.

A legislação alienígena apresenta-se mais branda. Nos Estados Unidos, embora haja a possibilidade de ser efetuada sem ordem judicial pela autoridade policial, deve ser examinada pelo Judiciário em 24 horas. Na França, a prisão temporária é de 48 horas, prorrogável até 72 horas. Na Espanha, essa prisão tem o prazo de 24 horas, podendo chegar ao máximo de 72 horas por renovação requerida ao juiz.

Percebe-se que a prisão temporária, especialmente em face de nossa rigorosa legislação, está a exigir uma interpretação em maior consonância possível com o princípio da presunção de inocência, agasalhado pela Constituição Federal.

A discussão em torno da possibilidade da convivência entre o citado princípio e as custódias cautelares, encontra-se praticamente pacificada na doutrina, desde que estabelecidos rígidos critérios para a concessão dessa coerção no estrito interesse público da apuração das infrações penais (especialmente as mais graves) e de acordo com a absoluta **necessidade e excepcionalidade** da sua aplicação.

Não obstante, na prática temos constatação de um grave desvirtuamento na aplicação da

Lei nº 7.960/89, seja por parte da Polícia, do Judiciário ou do Ministério Público. Na realidade essa modalidade de prisão tem, algumas vezes, sido utilizada como uma espécie de resposta rápida, demonstração de celeridade punitiva e eficiência por parte dos órgãos públicos no "combate" à criminalidade. Nestes casos, o exame dos requisitos de sua aplicação se apresenta apenas parcialmente satisfeito, deixando-se em segundo plano as características de **medida necessária e excepcional**, obrigatoriamente ligadas a este tipo de prisão num ordenamento democrático de direito.

O cabimento da prisão temporária é disciplinado no art. 1º, incs. I, II e III, da Lei nº 7.960/89. Os dois primeiros incisos se referem aos casos que justificam a medida no campo da real necessidade a ser demonstrada. Trata-se da imprescindibilidade para "as investigações do inquérito policial" e da situação em que "o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade". Na verdade, este segundo caso se apresenta supérfluo, uma vez que estaria abrangido pelo inc. I.

O inc. III, em suas alíneas, elenca os crimes nos quais será possível a decretação da prisão temporária.

É cristalino que somente na conjugação dos dois primeiros incisos com um dos crimes elencados no último é que se terão satisfeitos os requisitos da necessidade e excepcionalidade da prisão temporária. A aplicação estanque dos incisos levaria à banalização da medida, inclusive aplicando-a a casos de infrações de menor monta (incs. I e II isolados) ou à sua decretação somente baseada na natureza do crime, ainda que inexistentes outras motivações (inc. III isolado).

O primeiro caso supramencionado (aplicação da temporária a pequenos delitos) não têm sido corrente. No entanto, a solicitação e a concessão da medida baseadas apenas no

caráter da infração (inc. III) sem a necessária interação com os casos que a justificam (inc. I e II), tem sido amplamente constatáveis na prática, constituindo sem dúvida grave abuso, geralmente fomentado pela pressão da mídia.

A Resolução 11 do Conselho da Europa recomenda aos governos que atuem na prisão provisória inspirados nos seguintes princípios: 1 - não deve ser obrigatória e as autoridades devem decidir tendo em conta as circunstâncias do caso; 2 - deve considerar-se como medida excepcional; 3 - deve ser mantida quando seja estritamente necessária e em nenhum caso aplicar-se com fins punitivos. Portanto, não é admissível sua utilização perversa como antecipação punitiva em satisfação à sociedade dirigida pela mídia. Também não é aceitável quando findas as diligências investigatórias, caso em que, ou se transforma em preventiva ou, não presentes os pressupostos desta, deve o suspeito ser posto em liberdade. Finalmente, vale salientar que também não deve ser dirigida à obtenção da confissão, porque tal prova apartada de outros elementos é certamente de valia duvidosa, ainda que o suspeito não sofra outros constrangimentos além da privação da liberdade. Neste sentido deve-se ter em conta que a confissão extrajudicial já é bastante frágil com o suspeito solto. O que se dirá então com relação ao interrogado premido pelo cárcere? Isto sem mencionar o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado.

Conclui-se assim que a prisão temporária há que estar intimamente ligada à necessidade investigatória de um inquérito policial em andamento, somente devendo ser requerida e concedida quando houver conjugação dos incs. I e II com o III do art. 1º da legislação sob comento, sob pena de franca ilegalidade e abuso.

O autor é delegado de polícia em São Paulo.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI

(Carla Rodrigues de Araújo)

1. Introdução

O Tribunal do Júri vem detalhadamente traçado no nosso Diploma Processual Penal (arts. 406 a 497). Não obstante este minucioso tratamento por parte do legislador, inúmeras questões têm surgido ao longo do tempo. Trataremos neste trabalho de três: a primeira relaciona-se à desclassificação e à necessidade de representação, a segunda refere-se à quesitação e à autodefesa e a última examina qual é o recurso cabível da decisão dos jurados que nega atenuante comprovada nos autos.

2. Desclassificação no Procedimento do Júri e representação

A desclassificação de tentativa de homicídio para lesão corporal ocorre no procedimento do júri quando não restar comprovado o *animus necandi*, ou seja, que o réu agiu com dolo de matar. Algumas vezes, verifica-se, após a instrução, que o réu tinha apenas a intenção de lesionar a vítima. Neste caso, a decisão do juiz seguirá o disposto no art. 410 do CPP, e o processo será remetido à vara criminal singular.

A desclassificação, também, tem lugar no julgamento em plenário, aqui ela será feita pelo Conselho de Sentença, através das respostas aos quesitos formulados. E caberá ao juiz presidente prolatar a sentença (492, § 2º, CPP).

Feita a desclassificação, estamos diante, agora, de um crime de lesões corporais. Com o advento da Lei nº 9.099/95, este delito na sua modalidade leve e culposa tornou-se condicionado à representação da vítima ou de seu representante legal.

Nos dois casos acima, a denúncia foi oferecida sem a representação, uma vez que ela não constitui condição de procedibilidade para o delito de homicídio tentado.

Mas, agora, o crime a ser julgado é de lesão corporal. Precisar-se-á o juiz converter o julgamento em diligência, a fim de que a vítima possa ser intimada para representar?

Constitui, a representação, a manifestação de vontade da vítima para que o fato seja investigado e a autoria apurada. A lei não prevê uma forma especial para este ato. Assim, se durante a fase inquisitória a vítima procurou a autoridade policial e expressou desejo em prosseguir com a investigação, ou ainda, se na instrução, pelo seu depoimento se depreende que ela quer que o autor do fato seja punido, estes atos, por si só, podem ser considerados como representação, uma vez que esta é informal. Assim, o juiz julgará sem ouvir a vítima, justificando que dos atos por ela anteriormente praticados, pôde retirar sua vontade.

Observa-se, contudo, que embora informal, a manifestação de vontade da vítima tem que ser inequívoca, se houver dúvidas, deverá ser ela intimada.

Pode ocorrer que a vítima, ao ser ouvida, apenas relatou os fatos, sem demonstrar qualquer interesse na sua apuração, não sendo possível descobrir qual é sua vontade, imprescindível será que seja intimada. Só após a representação poderá o magistrado julgar, condenando ou absolvendo.

Outra possibilidade, é a vítima ter expressado seu desejo de não prosseguir com o processo, pois já está em paz com seu agressor. Fato comum de acontecer em brigas entre cônjuges. Restará ao juiz, somente, declarar extinta a punibilidade.

Assim, o juiz presidente deve analisar os autos buscando retirar dos atos anteriormente praticados qual o desejo da vítima. Caso não seja possível, o julgamento há de ser convertido em diligências, a fim da vítima ser intimada e poder manifestar sua vontade. E se a mesma não for

encontrada? Os autos deverão permanecer em cartório até que a punibilidade esteja extinta pela prescrição. Pode ocorrer, ainda, que a vítima tenha falecido por outra causa, neste caso o direito de representação poderá ser exercido pelo seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, nos termos do art. 24 do Código de Processo Penal.

Intimada a vítima, o prazo para oferecer a representação é de seis meses, de acordo com os arts. 103 do CP e 38 do CPP. Não é aplicável, aqui, o art. 91 da Lei nº 9.099/95, posto que se trata de uma norma de direito intertemporal, direcionada aos inquéritos e ações penais em andamento à época da promulgação da lei. A hipótese ora tratada pode acontecer em qualquer momento, não tendo nenhuma relação com direito intertemporal.

3. Quesitação e autodefesa

Constitui o interrogatório fonte dos questionários? Digamos que o réu sustente tese diversa da citada pelo advogado, por exemplo no interrogatório declara ter praticado o fato em legítima defesa e o seu patrono sustenta durante os debates o homicídio privilegiado pela violenta emoção. Deve ser quesitado o alegado pelo réu? Sustentamos que sim.

O julgamento pelo tribunal popular é realizado através de respostas aos quesitos, que são perguntas sobre o fato elaboradas pelo juiz presidente. Existem regras sobre a formulação dos quesitos, que devem ser obedecidas pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 564, III, "k" do CPP).

De acordo com o art. 484 do Código de Processo Penal: "*se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal*" (grifo nosso). Como se vê, não há uma faculdade do magistrado, nem tão pouco discricionariedade na escolha da tese a ser submetida aos jurados. O que existe é uma imposição legal de que, seja qual for ou quantas forem as teses, o juiz deve quesitá-las. A norma examinada, ainda, não condiciona em nenhum momento a formulação dos quesitos a requerimento da defesa. Assim, o juiz presidente, ao final dos debates, confeccionará os quesitos defensivos com base naqueles, bem como considerando o interrogatório do réu.

Não se pode esquecer que a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, consagra como garantia fundamental a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A ampla defesa não se faz unicamente através do advogado, mas também pelo próprio réu. Assim, temos a defesa técnica e a autodefesa. A primeira feita por profissional habilitado, e a última pelo réu pessoalmente.

A autodefesa se exterioriza com a presença do réu durante a instrução criminal, fato que pode ser de grande valia para o advogado, uma vez que o réu pode sugerir perguntas a serem feitas, ele conhece as testemunhas, sabe como os fatos ocorreram. Vale a pena lembrar que o julgamento pelo tribunal leigo só poderá ser realizado com a presença do réu, salvo se tratar de crime afiançável (art. 451, § 1º, CPP). O auge da autodefesa consiste no interrogatório, é neste momento que o réu dará sua versão sobre os fatos, é nesta oportunidade que ele tentará convencer o juiz, ou no caso, os jurados da sua inocência.

Não pode a autodefesa ser ignorada no procedimento do júri. Note-se que o legislador constituinte, ao reconhecer a instituição do júri, assegurou a plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, "a"). Se o alegado pelo réu não vai ser submetido à apreciação do Conselho de

Sentença, qual o interesse de ouvi-lo? Digamos que os jurados se convençam de que o réu foi verdadeiro em suas declarações, de que adianta se não lhes for quesitado sobre isto?

Entendemos, assim, que a tese sustentada pelo réu quando do seu interrogatório, ainda que não defendida por seu advogado, ou até mesmo em conflito com as alegadas pelo mesmo, deve ser submetida à votação, cabendo ao juiz presidente, de ofício, incluí-las na quesitação.

4. Recurso cabível da decisão dos jurados que nega atenuante existente e provada

Os jurados, após responderem positivamente aos quesitos relacionados à acusação, passam a votar o quesito obrigatório — se há atenuantes em favor do réu. Digamos, por exemplo, ser o réu menor de 21 anos, fato comprovado através de sua certidão de nascimento. O Conselho de Sentença, seguindo o alfa condenatório, responde negativamente ao quesito obrigatório. Ou seja, entendem os jurados que o réu era maior de 21 anos. O juiz presidente, ao prolatar a sentença condenatória, não reconhece a atenuante. Qual o recurso cabível?

Ser o agente menor de 21 anos na data do fato constitui circunstância que sempre atenua a pena, nos termos do art. 65, I, do Código Penal.

Embora sejam muitos os recursos previstos no âmbito criminal, entendemos que o mais adequado ao caso é o de apelo. O art. 593 do Código de Processo Penal estabelece os casos em que será cabível a apelação, estando no seu inc. III as hipóteses relativas às decisões do Tribunal do Júri. Vejamos!

As duas primeiras situações previstas em nada se relacionam com o fato ora estudado (art. 593, III, "a" e "b"). A alínea "c" do mesmo dispositivo prevê o caso de haver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena. Ora, o juiz presidente, no momento da sentença, respeitou o veredito. Como, aliás, determina a Constituição em seu art. 5º, XXXVIII, "c".

Já a alínea "d" do art. 593, III, preleciona que será cabível a apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Destina-se às questões fáticas, relacionadas ao mérito do processo. O fato do réu ser ou não menor de 21 anos certamente não é a matéria *sub judice*.

Como se vê, o caso ora tratado não se adequa perfeitamente a nenhuma das hipóteses previstas no art. 593. Mas, observando os princípios do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, bem como o da instrumentalidade das formas, sustentamos ser a alínea "d" a que mais se aproxima, uma vez que, embora não seja sobre o mérito da causa, a decisão foi contrária à prova dos autos, ou seja, negou o que está claro e incontestado na certidão de nascimento.

5. Conclusões

a) Desclassificado o crime, pelo Tribunal do Júri, para lesões corporais leves, deve o juiz presidente retirar dos atos anteriormente praticados a vontade da vítima. Caso não seja possível identificá-la, necessário se faz sua intimação.

b) A tese sustentada pelo réu, no seu interrogatório, deve ser objeto de quesitação, cabendo ao juiz presidente, de ofício, sua elaboração.

c) Cabe apelação, com base no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, da decisão dos jurados que nega atenuante comprovada nos autos.

A autora é promotora de justiça e professora de Direito Processual Penal da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Veiga de Almeida.

A PRODUÇÃO PROBATÓRIA ANTECIPADA (ART. 366 DO CPP) EM FACE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

(Eduardo Araújo da Silva)

O art. 366 do CPP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.271/96, introduziu no direito brasileiro a suspensão do processo em razão da revelia decorrente da citação editalícia, desde que o acusado não venha constituir defensor, permitindo-se, para tanto, a produção antecipada das provas consideradas urgentes e a decretação da prisão preventiva, presentes os requisitos do art. 312 do estatuto penal instrumental.

A previsão da possibilidade de produção probatória antecipada tem por escopo evitar a deterioração no tempo de certas provas, que se não forem produzidas desde logo perderão a razão de ser. Exemplo clássico dessa hipótese é aquele disciplinado pelo próprio Código de Processo Penal, que autoriza a oitiva antecipada de testemunha, quando houver de se ausentar ou por motivo de enfermidade, ou ainda em razão de velhice, inspirando assim receio de que ao tempo da instrução criminal, já não mais exista (art. 225).

Todavia, ao disciplinar essa excepcional produção probatória antecipada, o legislador silenciou quanto à necessidade de prévia manifestação do Ministério Público e da defesa. Assim, numa rápida leitura dos termos do art. 366 do CPP, de início o intérprete poderá concluir que, uma vez decretada a revelia decorrente da citação ficta, o juiz de imediato decidirá sobre eventuais provas antecipadas a serem produzidas e decretação da prisão preventiva, sem colher manifestações dos representantes das partes nesse particular.

Contudo, essa interpretação ofende a cláusula do *due process of law*, consagrada no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, que assegura o regular exercício da função acusatória e a ampla defesa ao acusado, com os direitos a ela inerentes. Ademais, fere o direito à prova, como uma das garantias do processo penal moderno, o qual, segundo **Antônio Magalhães Gomes Filho**, deve permear todo o procedi-

mento probatório, revelando-se até mesmo "antes" do próprio processo, como "direito à investigação", durante o processo, compreendendo inicialmente um direito à "proposição" de provas, e ainda um direito à "participação contraditória" nas atividades de aquisição das provas (cf. *O Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 172/173).

Destarte, tratando-se de ação penal pública, o Ministério Público na condição de órgão responsável pela pretensão punitiva estatal (art. 129, inc. I, da CF) ou, cuidando-se de ação penal de iniciativa privada, o querelante como titular do *jus persequendi in judicio*, figuram como principais interessados na produção antecipada de provas consideradas urgentes. Ademais, nada impede que o defensor nomeado especificamente para essa finalidade, ao compulsar o inquérito policial ou peças de informações, na busca da verdade real — finalidade precípua do processo penal —, também vislumbre a possibilidade de postular a produção probatória antecipada.

Não bastasse, uma vez respeitada a prévia oportunidade para o responsável pela acusação ofertar manifestação nesse sentido, em obediência ao dogma do contraditório, de rigor também assegurar à defesa dativa idêntico direito, pois com a citação válida — ainda que por meio editalício —, a relação processual se encontra constituída, militando em favor do já então formalmente acusado, o direito à ampla defesa e à paridade de armas ou de tratamento processual.

Na busca pois, de uma interpretação harmônica da nova redação do art. 366 do CPP com as garantias constitucionais-processuais, antes de decidir sobre a produção antecipada de provas, cumpre ao magistrado nomear defensor dativo ao acusado citado por edital, a fim de que, em seguida à manifestação do responsável pela acusação, venha a se manifestar sobre a matéria e a pretensão acusatória. Somente após superada essa providência, em obediência ao devido processo legal, deverá o juiz decidir a respeito dos requerimentos, sem prejuízo de decisão *ex-officio* sobre a matéria.

Em relação à produção probatória antecipada, logo quando no limiar da vigência da nova redação do art. 366 do CPP, **Damásio E. de Jesus** já vislum-

brava a possibilidade da produção probatória antecipada, em razão de requerimento das "partes", ou seja: *"Produção antecipada de provas: só as provas consideradas urgentes pelo juiz, com a presença do Ministério Público e do defensor dativo. Sua realização poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes"* ("Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 9.271/96", in **Boletim do IBCCrim**, na Edição Especial, 42/03, junho de 1996) — grifei.

Outrossim, em recente decisão, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não destoou desse entendimento, ou seja: *"Assim, o d. impetrante, tendo arrolado na denúncia (fls. 43/45) as testemunhas, impetrou o presente mandamus objetivando a concessão da segurança para que as mesmas sejam ouvidas, preservando a prova oral, ante a evidente probabilidade de deterioração de tal prova pelo decurso do tempo (...). Presente a legitimidade ad causam e sendo possível a impropriação do writ diante da inexistência de recurso previsto em lei para a impugnação da decisão hostilizada, a impetração merece conhecimento"* (Mand. Seg. nº 218.122-3/2, São Paulo, 2ª Câm., rel. des. **Renato Talli**, j. em 16.12.96, v.u.).

Acresce-se, ainda, que uma vez deferida a produção probatória antecipada, ou determinada *ex-officio* pelo magistrado, conforme reza expressamente o art. 366, § 1º, do CPP, em se tratando de oitiva de vítimas ou testemunhas, deverá ser produzida na presença do Ministério Público e do defensor dativo, assegurando-se o regular exercício de suas funções. Cuidando-se de prova pericial, aos representantes das partes deverá ser assegurada a oportunidade de prévia manifestação, notadamente para fins de eventual apresentação de parecer técnico.

Em suma pois, antes de decidir sobre a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, em obediência ao devido processo legal, deve o juiz patrocinar a prévia manifestação do representante do Ministério Público ou do querelante, bem como do defensor dativo, sob pena de nulidade absoluta, malgrado o silêncio da lei, em razão do manifesto cerceamento das funções acusatórias e defensórias asseguradas na Constituição da República.

○ IBCCrim parabeniza o associado **ROBERTO DELMANTO JUNIOR**

pela aprovação, com nota máxima, de sua dissertação de mestrado, intitulada *"As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração"*, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo como orientador o professor dr. Rogério Lauria Tucci.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, professor de Direito Processual Penal na Unidic e mestrando na mesma matéria na USP.

A JUSTIÇA PENAL NA FRANÇA

(Fausto Martin de Sanctis)

O Direito Penal francês distingue três níveis de infrações criminais. Da mais leve à mais grave: a contravenção, o delito e o crime. As penas previstas por cada uma das infrações estão definidas no novo Código Penal, que entrou em vigor em 01.03.1994.

Em primeira instância, há basicamente três jurisdições penais: o *Tribunal de Police*, o *Tribunal Correctionnel* e a *Cour d'Assises*.

O *Tribunal de Police* é composto por um juiz e é competente para julgar as contravenções (excesso de velocidade, estacionamento irregular, etc.), as quais são passíveis de multa ou suspensão da carta de habilitação ou confisco.

O *Tribunal Correctionnel* é composto por três juízes (sendo um, o juiz-presidente), competentes para julgar os delitos (furto, direção em estado de embriaguez, estelionato, tráfico nacional ou internacional de entorpecentes, crimes financeiros, etc.), os quais são passíveis de multa, prisão de até 10 anos ou, ainda, penas de prestação de serviços à comunidade, etc.

A *Cour d'Assises*, por sua vez, é composta por doze membros, sendo nove jurados leigos, escolhidos por meio de uma lista eleitoral, e três juízes togados. Referida Corte julga apenas os crimes, isto é, as infrações mais graves (roubo qualificado, homicídio, estupro, etc.), passíveis de uma pena de reclusão, que pode ir até à perpétuidade. Suas decisões são soberanas e não cabe recurso, salvo à *Cour de Cassation*, a mais alta Corte, a qual não se manifesta sobre o fato, mas tão-somente sobre o direito aplicado. Urge consignar que toda decisão desfavorável exige a maioria de pelo menos oito votos.

Cabe mencionar, outrossim, que há uma quarta jurisdição, chamada *Tribunal pour Enfants*, competente para julgar as infrações cometidas pelos menores de 18 anos, salvo os crimes cometidos pelos maiores de 16 e menores de 18 anos, cuja competência é da *Cour d'Assises* de menores. Cabe citar que não há limite de idade para se processar um menor. Exige-se, tão-somente, que fique caracterizada por meio de um laudo técnico a capacidade de entendimento do ato incorrido. O direito aplicado é específico e, se necessário, como última medida extrema, caso falhem as sanções sócio-educativas, podem ser condenados à prisão até metade da pena máxima prevista para os maiores.

Deve ser sublinhado que a representação processual por meio de advogado nem sempre é obrigatória, como por exemplo no *Tribunal de Police*, *Correctionnel*, etc.

Com exceção da *Cour d'Assises* — cujo procedimento é específico —, perante os juízes dos tribunais (ainda aqui se fala em primeira instância), há a audiência que tem por objeto a discussão das provas. Essa audiência é, via de regra, pública. Nela o conjunto de provas deve ser debatido perante os juízes: o réu será interrogado, as testemunhas e os peritos comparecem para responderem às questões. O Ministério Público, o advogado da vítima e o do réu participam dos

debates. O procedimento é todo oral, sendo certo que o escrivão anota apenas o essencial (palavras-chaves) a pedido do juiz-presidente. Este não dita toda a interpelação. Interessante notar que os réus são indagados, após a vítima, havendo, de imediato, confronto de versões e pedidos de justificativa.

Caso o ou os réus não compareçam sem motivo justificado ou o apresentado não for acatado pelo tribunal, a audiência não é adiada.

Na França, não há direito ao silêncio. Isto significa que, uma vez silenciando sobre as questões do tribunal, a interpretação será em desfavor do acusado.

No final da audiência, os membros do tribunal se reúnem em sala própria, secreta, onde deliberam decidindo a causa, ou então designam data para a publicação da sentença em audiência. O juiz-presidente discute com os demais qual decisão deve ser tomada. Não há voto preponderante. Todos decidem em conjunto o caso concreto.

Frise-se, outrossim, que a decisão pode, se o caso permitir, fixar a satisfação cabível devido ao prejuízo aferido pela vítima (material ou não), uma vez que não há separação de instâncias civil e criminal.

As decisões dos juízes são extremamente concisas, elaboradas pelo escrivão, que baseia-se num modelo, adaptado ao caso concreto. Em havendo certa complexidade, o que é raro, a decisão é redigida pelos juízes.

Interessante notar que os Tribunais de 2ª Instância (*Cour d'Appel*) não consideram, via de regra, nulas tais decisões, por falta de motivação. Daí por que poucos advogados ousam recorrer sob esse fundamento. Os juízes levam em consideração a quantidade de feitos e trabalho desenvolvido nas audiências, que podem exigir esforço contínuo de diversas horas de dedicação.

Cabe abordar, ainda, o sistema colegiado de primeira instância francesa, que é a regra geral. Para os franceses é inconcebível que um juiz sozinho exare decisões penais de relevantes consequências. Além disso, consideram que o sistema de juiz único expõe demasiadamente o magistrado, o que pode comprometer o julgado, mormente com relação ao juiz que acaba de ingressar na carreira.

Cumpra-se notar que antes de se sujeitar o fato aos juízes de julgamento de primeira instância, em havendo certa complexidade, é necessária a sua apuração pelo juiz de instrução. Inexistindo a fase de instrução, o fato é submetido diretamente aos juízes, imediatamente após a infração, ainda que não seja caso de flagrante.

A provocação do juiz de instrução cabe ao Ministério Público, ou à vítima, sendo obrigatória a atuação dele em caso de cometimento de crimes.

Dez por cento dos processos julgados passam pelo juiz de instrução, o qual possui um papel simultâneo de juiz e apurador. Isto é, ele ouve envolvidos e testemunhas e toma certas decisões jurisdicionais. Como **apurador**, ele procura os elementos de informa-

ção, úteis à manifestação da verdade, sejam ou não favoráveis ao réu. Conduz, ainda, os interrogatórios e depoimentos e, se necessário, as acareações. Além disso, dirige o trabalho da polícia, podendo delegar a esta seus poderes de apuração. Pode, ainda, determinar perícias e apurar acerca da personalidade do envolvido. Na função de **juiz**, decide sobre a possibilidade da detenção provisória (*detention provisoire*) ou sua substituição mediante condições a serem cumpridas pelo envolvido (*"contrôle judiciaire"*). O juiz de instrução pode, enfim, determinar o arquivamento do feito, ou encaminhar aos juízes para julgamento. Urge observar que não há prazo para a detenção provisória, não sendo incomum verificar-se a prisão cautelar pelo prazo de dois ou três anos antes mesmo da decisão de primeira instância.

A Polícia, por sua vez, tem seu papel relevante. Procede aos interrogatórios e depoimentos em havendo ou não flagrante delito e investiga mortes suspeitas, sempre sob a direção do Ministério Público. O membro do *Parquet* pode pessoalmente comparecer na Polícia e decidir pela interrupção do trabalho desta, passando a dirigir os trabalhos nessa instituição. O Ministério Público deve ser comunicado de certas circunstâncias, como prisão em flagrante ou temporária (art. 54, CPP) e envolvimento de um menor (art. 78, "3", CPP). Além disso, tem que concordar com a devolução de objetos apreendidos (art. 56, CPP), prolongação da prisão temporária (arts. 63 e 77, CPP), bem como tomada de impressões digitais e tiragem de fotografias, quando da identificação (art. 78, "3", CPP). Pode, ainda, expedir Mandado de Condução coercitiva a um suspeito que deverá ser a ele apresentado para seu interrogatório.

Importante mencionar, nesse passo, que o membro do *Parquet* é um magistrado, recrutado como os magistrados da jurisdição, ou seja, mediante concurso de provas ou de títulos. Daí por que tomam certas decisões típicas do nosso sistema de Poder Judiciário. Podem, durante o curso de sua carreira, passar ao Judiciário como os juízes podem se tornar membros do *Parquet*. Estes, ao contrário dos juízes que são, por força da Constituição francesa, totalmente independentes, são hierarquicamente subordinados ao ministro da Justiça, de quem podem receber ordens, até mesmo sobre a maneira de se conduzirem com relação ao procedimento penal, com maior ou menor severidade.

Por fim, cumpre-se tecer algumas breves palavras sobre a prisão em flagrante ou temporária, chamada *"garde à Vue"*. Trata-se de medida mediante a qual toda pessoa deverá permanecer presa na polícia, durante certo tempo dependendo da natureza da infração, caso haja necessidade para as investigações. Regra geral é de 24 horas, podendo ser prorrogada por mesmo lapso. O advogado, no caso, só é comunicado 20 horas após a prisão e não possui acesso aos autos. O acesso só





ocorre quando os autos chegam ao Juízo de Instrução.

Mesmo os menores são passíveis dessa modalidade de prisão, salvo se possuírem idade inferior a 13 anos, os quais estão sujeitos à lei específica que lhes prevê, tão-somente, medidas sócio-educativas, em caso de condenação.

Todo o procedimento é secreto ainda quando os autos já estão na posse do Juízo de Instrução, caso em que somente os advogados dos réus e o órgão do Ministério Público terão acesso.

Vê-se, assim, o quão é particular o sistema francês de repressão.

Interessante notar que, devido à existência do controle policial pelo *Parquet* na fase inicial do procedimento e eventualmente a sujeição deste ao juiz de instru-

ção (quando o caso permite face à sua complexidade), os processos submetidos aos juízes de primeira instância, chamados de tribunal, acabam por acarretar a condenação dos réus. Submetidos que são, logo que são presos, à instrução policial e/ou judicial, sem o concurso técnico de advogados, ficam desencorajados a negar os fatos. Quando isto ocorre, imediatamente as versões são confrontadas com as possíveis vítimas e co-réus, até mesmo perante o tribunal, fatos que acabam a conduzi-los à confissão ou versões inverossímeis. Daí, quiçá, explicar-se-ia a ocorrência de raras decisões absolutórias.

Eis, assim, em poucas palavras o resumo de um sistema que em relação ao nosso, deve servir de reflexão, mormente sobre alguns princípios que adotados de forma absoluta têm levado à inoperância da Justiça Penal Brasileira.

1. "Le B. A. BA - L'essentiel du Droit et des questions Juridiques", Lamy éditions.
2. "Les 200 mots-clés de la Justice", publicado pelo Serviço de Informação e Comunicação do Ministério da Justiça, março de 1996.
3. "Termes Juridiques", Raymond Guillen e Jean Vincent, 10ª edição, editora Dalloz, 1995.
4. "Procédure pénale", Michele-Laure Rassat, Ed. Presses Universitaires de France, 1995.
5. "Devenir Magistrat", publicação da "Ecole Nationale de la Magistrature", fevereiro de 1993.
6. "Les Chiffres-clés de la Justice", publicado pelo Serviço de Informação e Comunicação do Ministério da Justiça da França, outubro de 1994.
7. "A quel tribunal s'adresser", publicado pelo Serviço de Informação e Comunicação do Ministério da Justiça, março de 1996.
8. "Code de Procedure Penale" comentado, Gilbert Azebert, Ed. Litec, 1995.

O autor é juiz federal em São Paulo.

NOVA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA PARA OS INIMPUTÁVEIS

(Jaques de Camargo Penteadó e Oswaldo Henrique Duek Marques)

Embora tenha como pressuposto a prática de fato previsto como crime, em decorrência do princípio da reserva legal, a medida de segurança não constitui retribuição, nem se fundamenta na culpabilidade do agente. Consoante **Damásio Evangelista de Jesus**, ela "*possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais*" (*Código Penal Anotado*, 3ª ed., Saraiva, 1993, p. 243).

De acordo com a legislação penal em vigor, se o agente for inimputável, é obrigatória a imposição de medida de segurança. Entretanto, em se tratando de condenado semi-imputável, poderá a pena privativa de liberdade ser substituída pela referida medida, se ele necessitar de especial tratamento curativo. Adotou-se o sistema vicariante. Não se aplica medida de segurança para o imputável.

Pela atual legislação, duas são as espécies de medidas de segurança: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, e sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96 do Código Penal). A internação será obrigatória, se o crime praticado for punível com pena de reclusão, e facultativa, se punível com pena de detenção (art. 97 do Código Penal).

Todavia, essa não parece ser a melhor solução, pois vincula a espécie de medida de segurança à modalidade de pena privativa de liberdade prevista para o fato delituoso, como se a periculosidade do agente sempre estivesse interligada à prática de determinada infração. Em se tratando de inimputável, desprovido de capacidade volitiva, deve ser afastado qualquer juízo de culpabilidade, voltado para o passado, para se pensar no efetivo perigo que ele oferece e qual a medida curativa mais apropriada, segundo critérios médicos.

A lei penal protege bens essenciais ao convívio social, estipulando sanções para os que a transgridem. Entretanto, a prevenção geral, pela ameaça da pena, é inócua em relação aos inimputáveis, por não possuírem capacidade de entendimento ou de determinação. Não é outro o pensamento de **E. Gimbernat Ordeig**, para quem, "*desde o ponto de vista da manutenção da ordem social, proceder com uma pena frente aos enfermos mentais ou aos menores é intolerável e abusivo, porque é também desnecessário*" (citado por **Juan Carlos Carbonell Mateu**, in *Imputabilidade e Motivação na Doutrina Penal Espanhola*, publicado em *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 357). Por isso, a escolha da espécie de medida de segurança não pode alicerçar-se na modalidade da pena privativa de liberdade, correspondente ao preceito violado. A internação, por via de consequência, só deveria permanecer obrigatória quando o tratamento a ser ministrado ao inimputável e sua periculosidade real assim o exigissem, ainda que o crime fosse punível com pena de reclusão. Sobre o assunto, é oportuno lembrar que "*a solução normativa quanto à possibilidade de tratamento ambulatorial redundou tímida, porquanto se encerra nas hipóteses a que seria cominada a pena de detenção, o que significa, em muitos casos, o recurso à imposição de tratamento manicomial desnecessário e, portanto, nefasto*" (**Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sergio M. de Moraes Pitombo** in *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*, 2ª ed., Rio, Forense, 1987, p. 291).

Arrima-se o Código vigente na teoria biopsicológica da inimputabilidade, ao disciplinar, em seu artigo 26, *caput*, ser "*isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou re-*

tardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". A doença mental constitui, segundo **Damásio Evangelista de Jesus**, "*um dos pressupostos biológicos da inimputabilidade. Dentre outras, a expressão abrange as psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como paralisia geral progressiva, demência senil, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, psicose traumática, causadas por alcoolismo, psicose maníaco-depressiva, esquizofrenia, loucura, histeria, paranóia, etc.*" (*Código Penal Anotado*, cit., p. 95). Como se percebe, face à diversidade dos males que podem causar a inimputabilidade, torna-se praticamente impossível a prescrição antecipada da espécie de medida de segurança, sem a constatação da patologia, do nível de desenvolvimento mental do agente e do seu grau de periculosidade atual.

Conclui-se, portanto, que, para escolha da espécie de medida de segurança, internação ou tratamento ambulatorial, dois pressupostos devem estar conjugados: a necessidade do tratamento e a periculosidade real do agente. Nessa linha de raciocínio, sugere-se a seguinte redação substitutiva para o artigo 97, *caput*, do Código Penal: "*Se o agente for inimputável (art. 26), o juiz determinará sua internação ou sujeição a tratamento ambulatorial. A internação será obrigatória quando o tratamento e a periculosidade do agente assim o exigirem.*" Tal orientação, sem dúvida, encontra amparo científico e propiciará aos juízes maior discricionariedade na aplicação de uma medida tendente a proteger ao mesmo tempo a sociedade e o próprio inimputável.

Os autores são procuradores de justiça em São Paulo.

ABORTO EUGÊNICO: UMA REALIDADE

(Maurício Ferreira Cunha)

Enquanto afloram discussões a respeito das propostas de alteração da Parte Especial do nosso Código Penal, mister se faz, neste momento, tecer algumas considerações sobre o tema acima mencionado.

A atual legislação penal considera o **aborto** em si como crime e assim o tipifica nas suas formas, ou melhor, nas suas espécies, dentre o rol dos **crimes contra a vida**.

Mas, indaga-se preliminarmente: o que é o **aborto** em si? O que a doutrina expõe a respeito?

O professor **Damásio E. de Jesus** define o **aborto** como sendo a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). De outro lado, o igualmente preclaro mestre **Júlio F. Mirabete** conceitua o **aborto** como a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção.

Ante o exposto, essa conduta, se é que assim podemos denominá-la, pode decorrer de algumas situações que venham afetar diretamente a gestante. Pode o **aborto** ser **espontâneo**, natural, se relacionado com problemas de saúde da gestante, **acidental** (um acidente com o carro em que se encontra a gestante, p.e.) e **provocado** (o chamado **aborto ilícito**). Há que se destacar, contudo, que a lei ainda permite, conforme preceitua o art. 128 do texto penal no seu teor, a realização do **aborto** em duas situações: o **aborto necessário** (quando é o único meio para salvar a vida da gestante) e o **aborto no caso de gravidez resultante de estupro**.

Dentro, ainda, dessa análise superficial, mas fundamental para o entendimento da questão, convém salientar que nosso País constitui-se num dos poucos que impedem a realização do **aborto** fora dos casos excepcionados. Há países considerados membros do chamado "Primeiro Mundo" que não criminalizam o mesmo, dando ao tema uma maior discricionariedade quanto à opção de trazer ou não uma nova vida ao mundo. Apenas a título de ilustração, países como a Inglaterra, a França e a Suécia, dentre outros, não incriminam o **aborto** quando o mesmo ocorre até o 3º ou 4º mês de gravidez (**Boletim IBCCrim** 40/04, abril/96, **Ângela Simões de Farias**).

Idéias preliminares colocadas, é possível crer que o cerne maior da questão envolve a disponibilidade da vida humana, e nesse ponto os pensamentos são controversos, alguns pactuando a possibilidade da opção em si, outros pugnando pela não manifestação, sequer imaginária, dessa forma de agir.

Todavia, além de assim pensar, é preciso que se constate, e esse é o tema em pauta, se ao menos em determinadas situações não seria possível vislumbrar a ocorrência de tal acontecimento, ou seja, se alguns fatores não poderiam contribuir para que pudéssemos pensar numa alternativa que, **diante de algumas circunstâncias**, autorizasse a realização do **aborto**. Tomando como suporte aquilo que hoje é permitido legalmente em nosso País, deixaremos de lado a questão do **aborto no caso de gravidez resultante de estupro**, abjeta por sua própria constituição, e fixar-nos-emos mais detidamente à outra hipótese que é permitida, qual seja, a do **aborto necessário**.

O art. 128, inc. I, do Código Penal, apon-ta que o **aborto** praticado por médico não será punido se não há outra alternativa para salvar a vida da gestante. Claro está, portanto, que pretere-se uma vida em detrimento de outra, mas a situação é, realmente, de opção.

Essa **excludente de antijuridicidade**, de outra sorte, foi brilhantemente exposta no artigo do advogado **Paulo José da Costa Jr.**, publicado em **Tribuna do Direito**, edição do mês de março/96. Nele, o expositor aborda a questão do **aborto eugênico** de forma bastante objetiva, mormente em razão do feto ser portador de **anomalia grave e incurável**. Sem dúvidas, o permanente avanço dos conhecimentos médicos tem possibilitado, nos dias de hoje, que a citada anomalia seja detectada com certa antecedência, podendo, assim, ser imediatamente comunicada aos futuros pais.

Surge, então, a inevitável pergunta: tal qual relata o aludido autor, não haveria, na hipótese de **aborto eugênico**, uma caracterização de um **estado de necessidade**, preceito esse que é devidamente acobertado em nossa legislação penal?

A questão, com certeza, esbarra em diversas opiniões, havendo posicionamentos favoráveis e contrários à legalização do **aborto** em si e, como em toda e qualquer situação inovada no mundo jurídico, há consensos e dissensos. Porém, é preciso que se pense com bastante lucidez não só nesse possível "estado de necessidade", mas, principalmente, na liberdade de escolha daquela que consigo traz um ser que, nem mesmo com os mais avançados esforços médicos, conseguirá sobreviver após os nove meses de gestação.

O que importa, no entanto, é considerar que trata-se de situação prevalente nos dias de hoje e urge abrir precedentes para que o tema seja largamente discutido. Já que no início dessas despretensiosas linhas mencionamos a reforma na Parte Especial da nossa legislação penal, necessário se faz trazer aos debates as mais diversas possibilidades de abrangência dos tipos penais, permitindo, por conseqüência, que estejamos, ou melhor, que possamos estar cada vez mais atualizados com a nossa realidade social. O Direito, sabedores que somos, é ciência dinâmica e, como tal, deve acompanhar passo a passo as mudanças sociais.

Não propugna-se, aqui, pela descriminalização total da prática do **aborto**, mas sim, pela constatação de uma realidade que insiste em ser esquecida por alguns poucos. Enquadrar tal possibilidade como **excludente de antijuridicidade** cabe aos nossos legisladores, mas não custa nada alertá-los tratar-se de questão que vem ocorrendo com razoável frequência nos dias atuais. **Não podemos fechar, sob hipótese alguma, os olhos para tanto.**

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais autorizou a realização de **aborto** em gestante, cujo feto apresentava **anencefalia**, tudo após ter havido decisão contrária em primeira instância. Não menos recente foi a autorização dada pelo juiz de Direito da comarca de Maringá (PR), corroborada pelo posicionamento do

membro do Ministério Público em exercício, a qual possibilitou a realização de **aborto** em gestante, cujo feto também apresentava **anencefalia**. E, insista-se, não é falar-se em casos isolados, pois há vários outros que são realizados sem qualquer autorização judicial, de forma clandestina, e que configurariam crimes diante da nossa atual legislação.

A propósito, vale mencionar trecho do artigo escrito pelo próprio juiz de Direito de Maringá (PR), dr. **Miguel Kfoury Neto**, ao jornal **"Medicina. Conselho Federal"**, edição de janeiro desse ano:

"...Verifiquei, detidamente, os exames ultra-sonográficos e o laudo, subscrito por 3 médicos do Hospital Universitário. Solicitei à assistência social do Juízo que, com brevidade, trouxesse à minha presença aquela mãe e seu marido, para que pudesse ouvi-los e avaliar-lhes a firmeza de intenção. Veio-me à mente artigo do des. Alberto Silva Franco, publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (vol. 132/9), que leva algum tempo. O autor, notável penalista, manifestava-se favoravelmente à ampliação dos permissivos legais, de modo a se incluir a indicação eugênica — em casos como o da anencefalia. Após ouvir da própria gestante a afirmação de seu propósito, autorizei o aborto".

Acrescentou, ainda, o magistrado:
"...Não se estava admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que o ser em gestação viesse a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Buscou-se, apenas, evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só."

Portanto, o ilustre magistrado paranaense enfrentou o problema de **olhos bem abertos** como bem devem agir todos os operadores do Direito. Somente quem viveu e sentiu as agruras de uma futura mãe com feto anencéfalo e com ela partilhou desses momentos, pode definir com extrema clareza e objetividade a questão que aqui se coloca.

Não adianta fazermos conjecturas ou trazermos para debate a questão do direito à vida em si, pois como já restou exposto, não há e nem haverá vida para aquele feto anencéfalo. Louve-se o posicionamento de alguns congressistas que afirmam que o **aborto** é um tipo derivado da espécie "matar", como assim pactua o deputado federal **Hélio Bicudo**. Mas, sobretudo, é preciso, também, que ilustres juristas como o próprio deputado atentem para uma realidade, frise-se, **presente e flagrante**. Não tem sentido a crítica infundada e a pura demagogia.

Por fim, ressalte-se que essas linhas não compactuam com uma total e ampla legalização do **aborto**, mas há situações que devem ser muito bem examinadas e, sendo o caso, até mesmo convocando a sociedade para uma discussão a respeito. E a hipótese do **aborto eugênico** deve ser assim analisada.

O autor é advogado em Santos, SP.

SUBCULTURA CARCERÁRIA

(Carlos Lélío Lauria Ferreira)

A vida dentro dos presídios produz fenômenos que instigam os estudiosos das Ciências Sociais e da Ciência Penitenciária.

O ambiente carcerário é, na verdade, a grande arena onde são vivenciadas as cenas mais aviltantes e grotescas, tendo como protagonista um ser humano segregado provisoriamente do convívio social, que trouxe do submundo do crime, como herança, uma estranha cultura que será implantada no seu novo *habitat*.

Privadas da liberdade, essas pessoas são atingidas fatalmente em traços importantes de suas personalidades, obrigando-as a se submeterem à nova ordem estabelecida no cárcere.

A chamada subcultura carcerária foi tratada pela primeira vez por **Jeremias Bentham**, filósofo, economista, jurista e um dos precursores da reforma penal, ao lado de **John Howard** e **Cesare de Beccaria**. Dedicando-se a observar atentamente as condições criminosas da prisão, **Bentham** fez ver que as condições inadequadas dos cárceres, e o ambiente de ociosidade, defraudam os presos de sua honra, dignidade e de seus hábitos laboriosos. Submetido ao despotismo subalterno, o preso assimila linguagens e costumes desde o momento em que ingressa no estabelecimento penal.

A relevância do trinômio *crime-cadeia-castigo* no estudo da maleficência carcerária, permite desvendar os efeitos danosos do despojamento da liberdade. O conceito de autoridade dentro do cárcere está fatalmente relacionado à audácia, valentia e crueldade. De fato, os mais ousados, valentes e cruéis são temidos e respeitados. O medo legitima a ação impune de grupos marginais dominantes. É a caracterização do exercício paralelo do poder marginal. As leis que regulam essas relações espúrias surgem do consen-

timento tácito dos reclusos, são sempre outorgadas, de eficácia imediata, e retroagem de acordo com a conveniência de quem as aplica. Há uma espécie de "*Código de Silêncio da Ética*" ou "*Código de Ética Silencioso*", com regras claras sobre condutas e sanções severas às violações, aplicadas pessoalmente ou por delegação dos líderes de cada grupo, depois de decisões irrecorríveis.

As perturbações psicológicas sofridas pelo recluso trazem consequências drásticas nas formas de comunicação adotadas com os demais presos. A facilidade com que mentem e dissimulam é impressionante. Artifícios variados são usados tanto para a prática de infrações dentro do presídio, como para justificar reclamações de violações de direitos humanos, muitas vezes inexistentes.

A rotatividade da população carcerária e os novos hábitos e costumes trazidos pelos presos provisórios, que se misturam com os condenados definitivamente, acarretam graves consequências. Em primeiro lugar, os presos condenados assimilam e fazem assimilar linguagens e costumes aos presos provisórios, intercambiando inclusive, novas técnicas para a prática de delitos. Esse *dialeto carcerário* é assimilado fora do cárcere por uma parte expressiva da sociedade, que dessa forma apreende tradições, sentimentos e estilos de vida, surgindo dessa identificação um tipo cultural comum. Prova disso é a designação especial atribuída a alguns criminosos, como o já conhecido "*um sete um*", cognome dispensado aos vários tipos de estelionatários. Expressões como "*tirar a pena*", usada com o sentido de "*cumprir a pena*", já estão definitivamente incorporadas ao *linguajar carcerário*.

A imposição do silêncio dentro do presídio como regra de conduta rigorosamente

obedecida, impede o uso da *delação*, que é punida, invariavelmente, com a pena capital.

Há ainda, no ambiente carcerário, uma forma particular de manifestação de protesto, comandada por grupos que disputam o poder. Trata-se do que se convencionou chamar de "*ciranda da morte*", meio singular de execução de presos pelos próprios companheiros de cela, como forma de protestar contra o excesso de lotação das prisões, ou outro problema semelhante, e que traduz com fidelidade a existência de uma cultura da morte no cárcere.

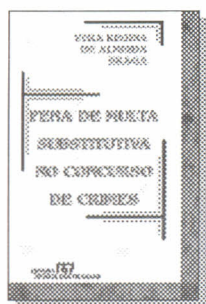
No curso desse *processo de desculturação*, a ociosidade influi decisivamente no comportamento do preso, impulsionando-o à idéia fixa de fuga.

É lícito afirmar-se que subcultura carcerária e subdesenvolvimento são faces da mesma moeda. Mas, afinal, qual a origem da subcultura carcerária?

Existem, basicamente, duas teses fundamentais: a primeira sustenta que a subcultura carcerária reflete as condições culturais que se encontram fora da prisão; a segunda considera que a origem da subcultura carcerária tem dois aspectos: um no modo como se desenvolve a pena privativa de liberdade, e o outro no fato de que o interno vê-se obrigado a criar um sistema social para se defender da execução social.

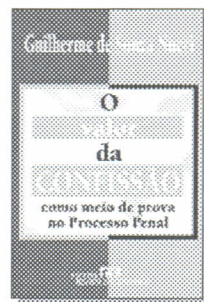
Na verdade, as duas proposições são relativamente válidas, e exprimem a certeza de que a subcultura carcerária tem origem dentro e fora do presídio.

O autor é promotor de justiça, presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Amazonas e professor de Direito Penitenciário das Faculdades Nilton Lins.



Pena de Multa Substitutiva no Concurso de Crimes
Vera Regina de Almeida Braga
 184 páginas R\$ 22,00

O Valor da Confissão –
como meio de prova no Processo Penal
Guilherme de Souza Nucci
 256 páginas R\$ 28,00



EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

atendimento ao consumidor: 0800 11 2433

PENAS ALTERNATIVAS NO PROJETO DE LEI Nº 2.684, DE 1996

(Damásio E. de Jesus)

O Poder Executivo, via Ministério da Justiça, remeteu ao Congresso Nacional a Mensagem nº 1.445/96, encaminhando o Projeto de Lei nº 2.684, de 1996, alterando os arts. 43 a 47, 55 e 77 do Código Penal, ampliando o rol das penas alternativas e dando outras providências, já tendo sido aprovado, com alterações, pela Comissão de Constituição e Justiça.

Alternativas penais são medidas que visam a impedir a que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada pena privativa de liberdade. Exs.: o *sursis*, a suspensão condicional do processo e o perdão judicial.

Penas alternativas, por sua vez, são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais.

Algumas penas alternativas são aplicadas diretamente. É o caso da multa. Outras, diferentemente, só podem ser impostas por via substitutiva, como as restritivas de direitos. De ver-se que, por serem substitutivas, não deixam de ser alternativas.

Encontramos quatro penas alternativas no Código Penal vigente:

1ª - multa (arts. 49 e ss.);

2ª - prestação de serviços à comunidade (arts. 43, I e 46);

3ª - limitação de fim de semana (arts. 43, III e 48);

4ª - interdições temporárias de direitos (arts. 43, II e 47), desdobrando-se em proibição do exercício de cargo, função, profissão, etc. e suspensão de autorização para dirigir veículo (art. 47, I a III).

As três últimas são denominadas restritivas de direitos (Código Penal, art. 43).

O Projeto de Lei nº 2.684/96, elaborado e aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária na sessão plenária de 29 de outubro de 1996, realizada em Curitiba, Paraná, eleva o número das penas alternativas para 14, incluindo-se a multa e as já previstas em nossa legislação com a denominação "restritivas de direitos".

A seguir, apresentamos as 14 penas alternativas: algumas já contidas no estatuto penal, outras, acrescidas na inovação, seguidas de breves observações.

O art. 43 do Código penal, com as alterações do Projeto, passa a prever que são penas restritivas de direitos (alternativas):

1ª - prestação pecuniária (art. 43, I)**; consistente no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 nem superior a 360 salários mínimos (art. 45, § 1º).

2ª - perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II)**; considerando-se o prejuízo causado pela in-

fração penal ou o proveito obtido por ele ou terceiro (art. 45, § 3º). Está prevista como pena criminal na Constituição Federal (art. 5º, XLVI, "b").

3ª - recolhimento domiciliar (art. 43, III)** - *arrest house*: assenta-se na auto-disciplina e senso de responsabilidade do condenado, baseando-se na obrigação de, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou local destinado à sua moradia habitual, de acordo com a sentença (art. 43, § 4º). Essa alternativa, conhecida como "prisão domiciliar", era prevista em nossa legislação no art. 117 da Lei de Execução Penal nas hipóteses de condenado maior de 70 anos de idade ou portador de doença grave e condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental.

4ª - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (IV)*: atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1º) em entidades assistenciais, escolas, orfanatos, hospitais, etc. (§ 2º).

O Projeto, no art. 46, § 2º, utiliza a expressão "orfanatos". De ver-se antiga recomendação de proibição de seu emprego em nossa legislação. Assim é que no Estado de São Paulo, a Lei nº 1.943, de 4 de dezembro de 1952, proíbe que a mesma seja usada na legislação estadual (Damásio E. de Jesus *et alii*, *Curso Sobre a Reforma Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1985, p. 17).

As interdições temporárias de direitos (Código Penal, art. 43, V, com redação do Projeto) desdobram-se em:

5ª - proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (Código Penal, art. 47, I)*.

6ª - proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (art. 47, II)*.

7ª - suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 47, III).

8ª - proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV)**.

9ª - limitação de fim de semana (arts. 43, VI e 48)*.

10ª - multa (arts. 49 e ss.)*.

11ª - advertência: consistente em admoestação verbal ao condenado (art. 44, § 1º)**.

12ª - freqüência a curso (art. 44, § 1º, 1ª fig.)*.

13ª - submissão a tratamento (art. 44, § 1º, 2ª fig.)*.

14ª - prestação pecuniária inominada (art. 45, § 2º)**: em que o juiz, havendo aceitação do condenado, pode substituir a prestação pecuniária (arts. 43, I e 45, § 1º), que se cumpre com pagamento em dinhei-

ro à vítima, em "prestação de outra natureza", lembrando a Exposição de Motivos de Projeto, elaborada pelo ministro da Justiça **Nelson Jobim**, os casos de "mão-de-obra e doação de cestas básicas".

A disposição do § 2º do art. 45 do Código Penal, com redação do Projeto, está destinada a causar polêmica, uma vez, ao permitir ao juiz a imposição de uma resposta penal não especificamente cominada na lei, na verdade prevê uma "pena inominada", contrariando o princípio da legalidade ou da reserva legal (Constituição Federal, art. 5º XXXIX; Código Penal, art. 1º). Encontra-se, contudo, em consonância com as Regras de Tóquio, que recomendam ao juiz, depois de arrolar cerca de 16 penas alternativas (*non-custodial measures*), a aplicação, se necessário e conveniente, de "qualquer outra medida que não envolva detenção pessoal" (*Comentário sobre as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade*, Nações Unidas, Nova York, 1994, p. 20, 8.2.1), referindo-se, efetivamente, a penas "criminais". Medida extremamente liberal e, por isso, perigosa em alguns países, corresponde, entretanto, ao ideal de justiça criminal, em que o juiz, nas infrações de menor potencial ofensivo, teria liberdade de aplicar **qualquer pena**, respeitados os princípios da segurança social e da dignidade humana, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinqüente.

As penas alternativas são autônomas (art. 44, *caput*), i.e., não são acessórias, não dependendo da imposição da sanção detentiva. Atuam como medidas substitutivas. O juiz, em primeiro lugar, fixa a pena privativa de liberdade. Depois, a substitui por uma ou mais alternativas, se caso. Pressupõem requisitos de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade da pena; art. 44, I e §§ 1º e 2º) e subjetiva (culpabilidade e circunstâncias judiciais; art. 44, II e III e § 3º), atendida a prevenção especial (arts. 44, II e 59, *caput*).

O art. 44, I, no Projeto, em sua feição original, tinha a seguinte redação: "I - se tratar de crime culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, excluída a hipótese de crime cometido com violência ou grave ameaça contra pessoa". Sofreu alteração na Comissão de Constituição e Justiça, passando a rezar: "I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo" (Emenda de autoria do deputado federal **Abi-Ackel**, a ser examinada no Plenário). Assim, tratando-se de crime doloso, é necessário que a pena





privativa de liberdade a ser substituída não seja superior a quatro anos e não tenha sido praticado "com violência ou grave ameaça a pessoa". Cuidando-se de crime culposo, a substituição é admissível "qualquer que seja a pena aplicada".

A reincidência, no Projeto, não constitui obstáculo absoluto à imposição das penas alternativas (art. 44, § 3º). A recidiva que proíbe a substituição é a que ocorre com a "prática do mesmo crime" (art. 44, II, *in fine*), a "específica", outra vez ressuscitada, embora sem esse *nomen juris*, em favor do condenado. Conforme o caso, tratando-se da "genérica", desde que, em face da condenação anterior, a aplicação da pena alternativa "seja socialmente recomendável", não fica impedida a substituição (art. 44, § 3º). A inovação atende a recomendação da doutrina de mais de 50 anos, no sentido de que a recidiva nem sempre configura circunstância de maior temibilidade, culpabilidade ou fator de

exasperação da pena ou de impedimento de benefícios ou do exercício de direitos. Muitas vezes os crimes constituem fatos isolados na vida do cidadão e não circunstâncias de maior censurabilidade, recomendando-se faculdade e não obrigatoriedade no reconhecimento de seus efeitos (Damásio E. de Jesus, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1985, II:630).

O art. 44, II, também sofreu alteração na Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, abolindo-se a referência à "reincidência específica". O referido inciso ficou com a seguinte redação: "o réu não for reincidente em crime doloso" (Emenda *Abi-Ackel*).

O Projeto revive o criminoso habitual, não admitindo, quando assim reconhecido na sentença, a incidência do princípio vicariante das penas alternativas (art. 44, II). Na Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, entretanto, foi abolida a referência ao criminoso habitual (Emenda de autoria do deputado federal

Abi-Ackel, a ser discutida no Plenário).

Por fim, as penas alternativas têm a mesma duração da detentiva substituída (art. 55). Na legislação vigente, as sanções restritivas de direitos, ocorrendo motivo, convertem-se em privação da liberdade "pelo tempo da pena aplicada" (art. 45, *caput*), i.e., pela quantidade da pena de prisão imposta na sentença condenatória, sem desconto do período cumprido (Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, São Paulo, Editora Saraiva, 6ª ed., 1996, p. 137; RT, 652:330), o que sempre se mostrou injusto (Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1988, p. 79; *Revista de Jurisprudência do TACrimSP*, 4:26). No Projeto, adotou-se acertadamente o princípio da detração penal (art. 44, § 4º).

O autor é procurador de justiça aposentado

* Pena alternativa já prevista no Código Penal.

**Inovação.

AINDA SOBRE O "SABE" E O "DEVE SABER" NO CRIME DE RECEPÇÃO

(Cassio Juvenal Faria)

Em aguçado estudo publicado no *Boletim IBCCrim* 52/05, de março/97, o ilustre professor Damásio E. de Jesus, analisando as inovações na descrição do crime de recepção introduzidas pela Lei nº 9.246/96, concluiu que se o comerciante ou o industrial cometem o crime próprio do § 1º do art. 180, sabendo da origem criminosa do objeto material (tendo conhecimento pleno dessa origem, de forma a indicar o dolo direto), aplicam-se, em face do princípio da tipicidade, os preceitos primário e secundário do *caput* do art. 180, vez que na recepção qualificada do parágrafo a lei não mencionou, ao lado do "deve saber", o elemento subjetivo "sabe". Nessa linha, e aplicando a chamada "redução teleológica", aduziu que se o comerciante ou o industrial, devendo saber da origem criminosa, adquirem, por exemplo, o objeto material, "o fato se enquadra no § 1º (preceito primário), com a pena do *caput* (preceito secundário)".

Permitimo-nos, *data maxima venia*, neste trabalho, até mesmo para estimular o debate sobre a questão, sustentar a orientação de que o § 1º, nada obstante a aparente omissão e, mesmo assim, sem qualquer ofensa ao princípio da tipicidade, abrange não apenas o "deve saber" (dolo eventual), mas, também, e com mais razão, o "sabe" (dolo direto).

Isto porque o nosso sistema penal não repele, mas, ao contrário, admite, desde que observados certos princípios, a chamada *interpretação extensiva* da norma penal incriminadora. Ela será possível, sem afronta ao princípio da tipicidade, quando, sucessivamente:

a) em um primeiro passo, o princípio da razoabilidade, contrapondo-se à omissão apenas aparente, autorizar a asserção de que, no caso, *lex minus dixit quam voluit*, ou seja,

"o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada", devendo o intérprete ampliar o alcance das palavras da lei "para que a letra corresponda à vontade do texto" (Damásio, *Direito Penal*, 1º vol., 8ª ed., Saraiva, p. 36);

b) em um segundo passo, esta asserção puder ser demonstrada por uma argumentação indutiva *a fortiori* (com maior razão).

Tomemos um exemplo tirado do próprio Código Penal.

O art. 148 define o crime de seqüestro ou cárcere privado, consistente da privação da liberdade de alguém. A distinção entre o seqüestro e o cárcere privado reside, como se sabe, no maior ou menor grau de restrição à liberdade de locomoção da vítima. No seqüestro, embora a vítima seja submetida à privação da faculdade de locomoção, remanesce alguma liberdade de ir e vir, ao passo que no cárcere privado a privação se dá em recinto fechado, em clausura, importando assim em maior restrição a essa liberdade. Dessa forma, no cárcere privado a conduta do agente é até mais censurável, porque a vítima se vê impedida de qualquer possibilidade de locomoção.

Por seu turno, o art. 159 define o crime de extorsão mediante seqüestro. Cabe então perguntar: e se a privação da liberdade se der mediante cárcere privado? Todos os doutrinadores, com exceção apenas de Noronha, afirmam que o seqüestro "abrange o cárcere privado"; que o termo seqüestro tem "acepção ampla", envolvendo também o cárcere privado. Por quê? Simplesmente porque, no caso, invocando-se, em um primeiro passo, o princípio da razoabilidade, decorre a asserção de que *lex minus dixit quam voluit*. E se houver a privação da liberdade da vítima em

clausura, ou seja, em recinto fechado, para se extorquir de alguém o preço do resgate, até com mais razão, *a fortiori*, deverá o agente responder pelo crime do art. 159, nada obstante a aparente omissão.

Voltando à recepção: se o comerciante, apenas "devendo saber" da origem criminosa do objeto material (agindo assim com dolo eventual), faz a sua aquisição, responde pela forma qualificada. E se ele "sabe" dessa origem, agindo com dolo direto? Ora, se o dolo direto é mais grave do que o eventual, na escala normativa de graduação da censurabilidade da conduta, o comerciante, que adquire o objeto material sabendo de sua origem criminosa, só pode responder, até com mais razão, *a fortiori*, pela forma qualificada, impondo-se-lhe, sem qualquer afronta ao princípio da tipicidade, a pena mínima de três anos de reclusão.

Para finalizar, resta lembrar que a esta conclusão, ligada ao problema da tipicidade, não se pode contrapor o princípio do *in dubio pro reo*, porque este, como instituto processual, só tem aplicação "no campo da apreciação das provas de um crime atribuído a alguém" (Frederico Marques), e não em matéria de interpretação da lei penal.

Bem por isso que Grispigni, também citado por Damásio em edição anterior, conclui que "entre os vários significados da lei não se deve escolher o mais favorável ao réu, mas sim buscar a vontade do texto, que pode coincidir", como no caso do § 1º do art. 180 do Código Penal, "com o significado mais rigoroso" (op. cit., p. 37).

O autor é procurador de justiça em São Paulo e professor de Direito Penal e Direito Constitucional do M.P.M.

LIBERDADE DE IMPRENSA E PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

(Alexandre de Moraes)

Ínúmeros fatos recentes e não tão recentes colocam-nos, novamente, diante do eterno conflito entre a liberdade de imprensa e a inviolabilidade à honra. Tome-mos como exemplos o caso que envolveu proprietários de escola infantil e a atual investigação sobre ocorrência em aeronave de determinada empresa. Como deve a imprensa agir a fim de compatibilizar seu direito-dever de informar com o direito constitucional à honra, vida privada e imagem das pessoas envolvidas?

Podemos afirmar que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe à partir da consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. Porém, igualmente, é correto afirmar que a liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a necessidade de *absoluta proibição de censura prévia*, deve ser exercida com responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civis ou penais, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.

Portanto, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, bem como a livre divulgação dos fatos devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), bem como com a proteção à imagem (CF, art. 5º, XXVII, "a"), sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (CF, art. 5º, V e X).

O direito de receber *informações verdadeiras* é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido à todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção política-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos. A Constituição Federal não protege as informações *levianamente não verificadas ou astuciosas e propositalmente errôneas*, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem se prestar à tutela de condutas ilícitas. A proteção constitucional à informação, portanto, é relativa, havendo a necessidade de distinguir-se as informações de fatos de *interesse público*, da *vulneração de condutas íntimas e pessoais*, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.

Importante relembrar a distinção feita por **Jean François Revel**, no intuito de demonstrar a grande responsabilidade da imprensa com a verdade, ao dizer que a

"livre manifestação de pensamento deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o direito de informar, diferentemente, deve ter por objetivo proporcionar informação exata e séria" (*El Conocimiento Inútil*, Barcelona, Planeta, 1989, p.207).

O verdadeiro espírito democrático exige uma imprensa livre, forte, independente e imparcial, repelindo qualquer censura prévia do Poder Público, ao mesmo tempo que garanta proteção à honra, vida privada e imagem de todos os indivíduos, respeitando-se, portanto, dois dos princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

O autor é promotor de justiça em São Paulo e professor de Direito Constitucional.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- 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
- Verdicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

ASSOCIE-SE AO IBCCRIM E GARANTA:

- ✓ Recebimento mensal do Boletim;
- ✓ Recebimento da Coleção de Monografias;
- ✓ Desconto especial de 40% na assinatura da Revista Brasileira de Ciências Criminais;
- ✓ Descontos nos pagamentos dos cursos e seminários realizados periodicamente pelo Instituto;
- ✓ Consulta ao acervo da Biblioteca e Videoteca;
- ✓ Acesso à rede mundial Internet, onde se encontrará o rol de todas as atividades do Instituto.

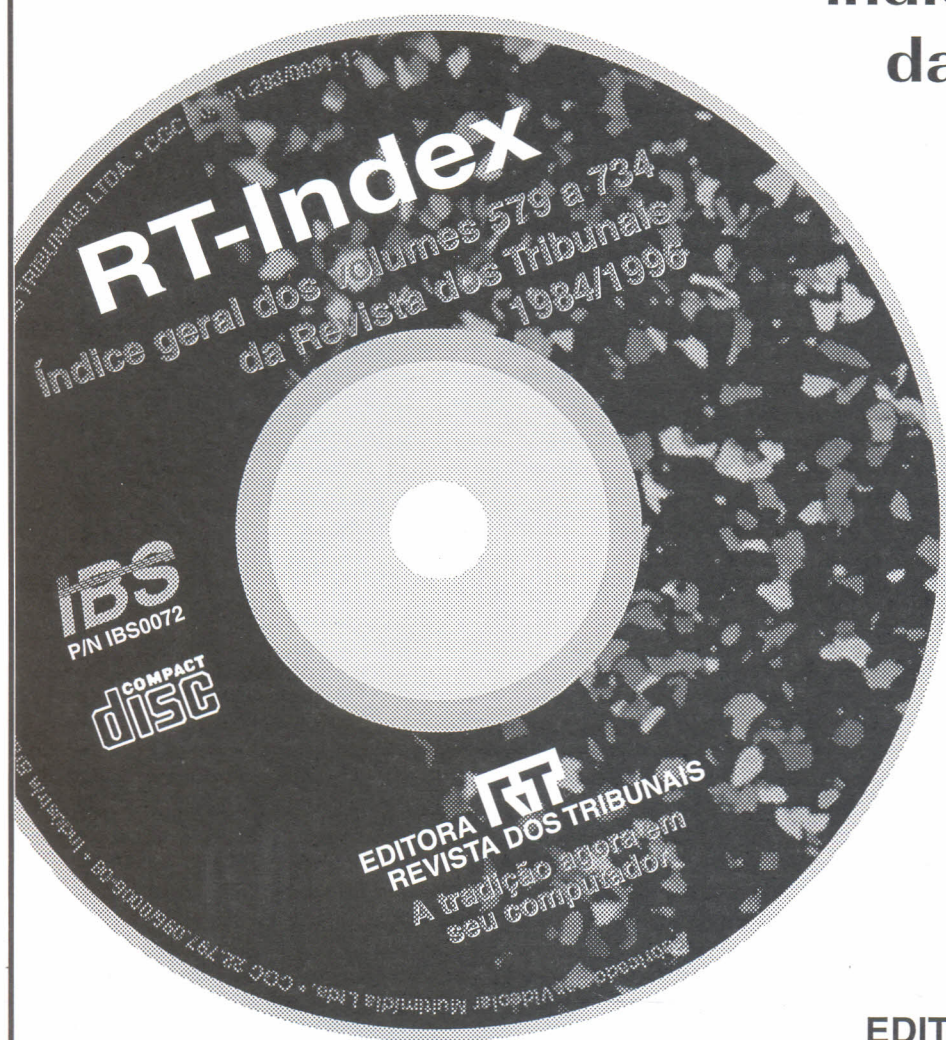
PARA SE ASSOCIAR BASTA LIGAR PARA O **IBCCRIM** OU ACESSAR, PELA INTERNET, O ENDEREÇO:
<http://www.ibccrim.com.br>

Editora Revista dos Tribunais

13 anos de RT em segundos

RT-Index

Um CD-Rom que traz o
índice de 13 anos
da Revista dos
Tribunais
(volumes
579 a 734)



Localize a
informação
necessária
com muito
mais agilidade
e eficiência.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Atendimento ao consumidor: 0800 11 2433

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

Loja 1 • R. Conde do Pinhal, 80 • CEP 01501-060 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 607-2433 • Fax: (011) 607- 5802
Loja 2 • R. Tabatinguera, 140 • loja 2 • CEP 01020-901 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 3115-2433 • Fax: (011) 606-3772
Loja 3 • R. da Assembléia, 83 • CEP 20011-001 • Rio de Janeiro • RJ • Tel.: (021) 533-7037/7038 • Fax: (021) 533-4660
Loja 4 • R. Gal. Osório, 1992 • Cambuí • CEP 13010-112 • Campinas • SP • Tel.: (019) 255- 6355/ 8220 • Fax: (019) 252-8639