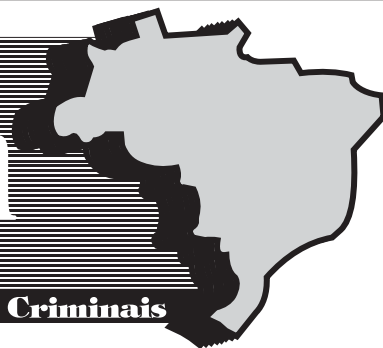


BOLETIM

ANO 5 N° 57
AGOSTO/1997

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

10 a 13 de
setembro
de 1997

PARTICIPE DO
MAIOR EVENTO
NA ÁREA DE
DIREITO PENAL
E PROCESSO
PENAL DE 1997

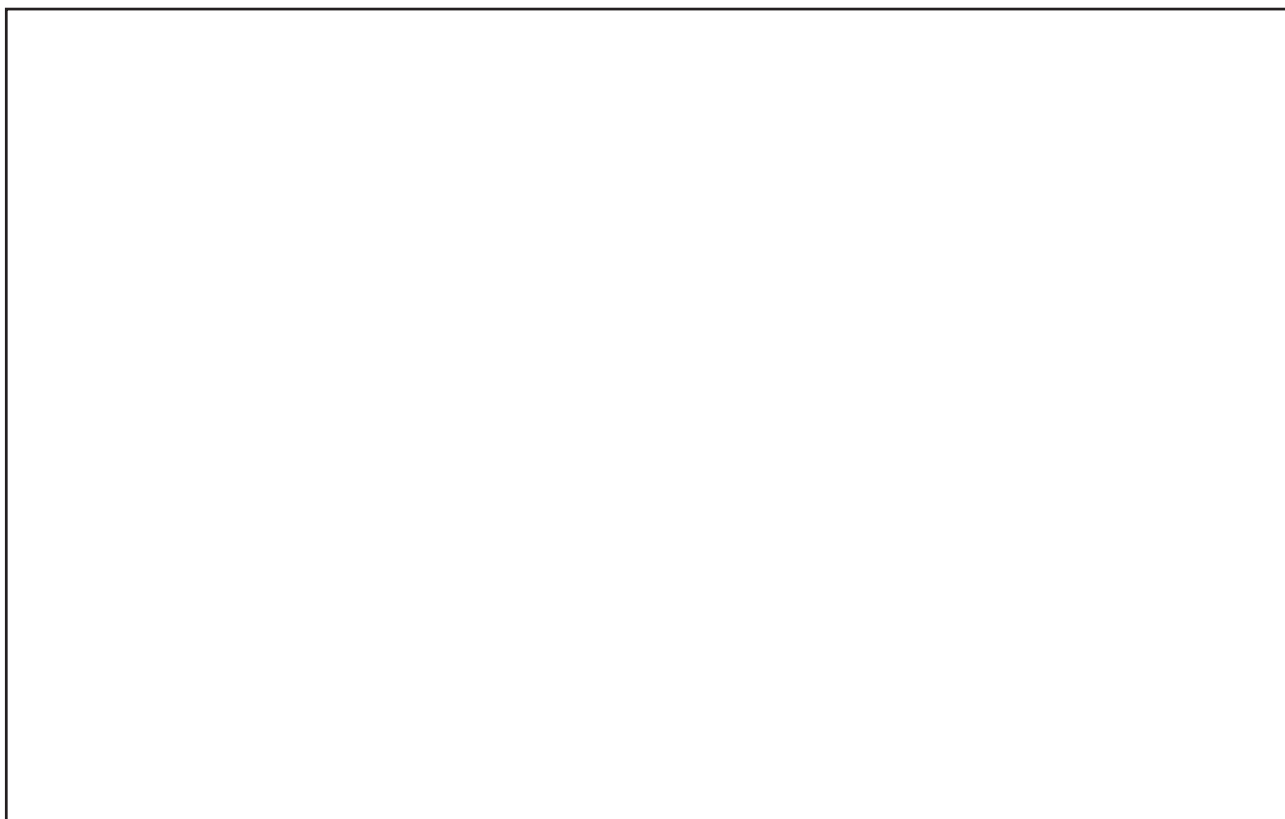


FOTO DA SEDE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Informações e inscrições pela Canal Aberto pelos telefones (011) 288-03790 ou 251-4632 e Fax (011) 283-5515
ou no IBCCrim pelos telefones (011) 607-6743, 605-6482 e Fax (011) 605-4607

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO AUTORITÁRIO

(Claudio Fonteles)

É de virtual importância que se contemple a **alínea b**, do **inciso I**, do **artigo 4º**, da Lei nº 9.140/95, para que se lhe confira adequada interpretação.

Está no contexto deste dispositivo que, *verbis*:

"**Art. 4º:** Fica criada Comissão Especial que, face à **situação política** mencionada no artigo 1º e, em conformidade com este, tem as seguintes atribuições:

I - proceder ao reconhecimento de pessoas (...)

b) que por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais, ou assemelhadas" (grifamos).

Primeira e apressada interpretação conduzir-nos-ia a uma **mera identificação topográfica**: a palavra "assemelhadas" reduz-se ao que pode ser aproximado de "dependências policiais". Assim, **somente** aqueles mortos em **locais de confinamento** — tais: cárceres de unidades militares, casas de tortura, etc. — enquadrar-se-iam no reconhecimento legal de seu falecimento.

Tal conclusão distancia-se, **porque muito aquém**, da **mens legis**, além de estribar-se no sempre condenável **gramaticalismo**.

O texto do **artigo 4º, caput**, onde insere-se a norma em comento, é **claro, verbis**:

"**Artigo 4º:** Fica criada Comissão Especial que, face à **situação política** mencionada no **artigo 1º**..." (grifamos).

E qual é "**a situação política** mencionada no **artigo 1º**"?

A **situação** de pessoas que, por terem parti-

cipado, ou disto virem-se acusadas, de atividades políticas foram detidas por agentes públicos, e desapareceram.

Responsabiliza-se, sem lugar a dúvidas, o Estado autoritário pelo desaparecimento — morte presumida — dos que o combateram, politicamente.

Por certo que a **mens legis**, assim explicitada, contemplando, ressalte-se sempre, **situação política**, está claramente a indicar que a expressão "assemelhadas" **não é singelo sinônimo** de "dependências policiais" — aliás qual a razão para a sinonímia? — mas, no contexto do **caput**, do **artigo 4º**, significa: **situações assemelhadas**.

E quais seriam as **situações assemelhadas** ao "**falecimento, por causas não naturais, em dependências policiais**"?

Sem pretender ser exaustivo, **porque a própria Lei nº 9.140/95 taxativa não é** — nem poderia sê-lo, porque o conceito **situação política** é aberto — é certo que corresponde à **mens legis**:

"**a) quem, em espaço aberto (numa rua, numa praça, etc.), algemado, via-se conduzido a dependência policial e, antes que lá chegasse, é sumariamente executado;**

b) quem, em espaço aberto, é detido; resiste à detenção, e é morto;

c) quem, em espaço aberto, ou fechado

(**próprio domicílio**), **acuado, em estado de pânico, põe fim à própria vida;**"

São situações, reiteramos, que longe estão de esgotar os casos possíveis à exata compreensão da **mens legis**, mas suficientemente nela presentes.

Suficientemente nela presentes porque, em todas as situações retro descritas, o Estado autoritário, por seus agentes, **onipresentemente vigia, onipresentemente detém, onipresentemente acua**, o indivíduo, ou grupo de indivíduos, **já sem margem para qualquer ação, porque eliminado** é: seja porque se entregou, seja porque resistiu.

Tão **grave culpa** do Estado autoritário fica reconhecida porque suprime a **essência** mesma do ser humano, tão bem posta nestas palavras de **Alceu de Amoroso Lima**, *verbis*:

"**Cada ser humano é um universo à parte. É uma nova natureza irredutível a todas as demais. Ser fiel à sua distinção é o primeiro dos seus deveres. Essa fidelidade a si próprio é a condição primordial de suas virtualidades, isto é, de sua capacidade em desdobrar suas potencialidades de desenvolvimento e plenitude**" (in **Teologia Moral: Entre o Pessoal e o Social**, Nilo Agostini, p. 18, grifamos).

O autor é subprocurador-geral da República e professor de Direito Processual Penal.

A Aids E O CÓDIGO PENAL

(Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior)

A Aids não pode ser considerada, rigorosamente, uma moléstia venérea.

Com efeito, a sua transmissão se dá por inúmeras formas, tanto por pessoas contaminadas quanto não contaminadas; além da via sexual, pela própria gravidez, pelo uso de material cirúrgico e odontológico contaminados, pelo emprego de seringas usadas, por transfusão sanguínea, pelo ato de efetuar tatuagem ou acupuntura com agulhas infectadas, por agressões com objetos cortantes ou perfurantes contaminados etc. (nesse sentido, **Diego-Manuel Luzón Peña**, *Problemas de la Transmisión y Prevención del Sida en el Derecho Penal Español*, in **Problemas Jurídico Penales del Sida**, org. por **Santiago Mir Puig**, Barcelona, Bosh, 1993, pp. 11-12).

Tratando-se de agente contaminado e que agiu com o especial fim de transmitir a doença (dolo de dano, direto e não eventual), haverá a incidência do art. 131 do Código Penal, que sob o **nomen juris** de **perigo de contágio de moléstia grave**, dispõe:

"**Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:**

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa".

A consumação desse delito se dá "**com o ato capaz de contágio, sendo indiferente que a transmissão se efetive**" (**Celso Delmanto**, *Cód. Pen. Comentado*, 3ª ed., Renovar, atualizada e ampliada pelo primeiro autor deste artigo, p. 226).

Havendo, todavia, **efetiva transmissão da doença**, o agente contaminado não incidirá no crime do art. 131, mas em outros tipos penais: lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, II - enfermidade incurável), lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), homicídio doloso, tentado ou consumado (art. 121, *caput*). Tais tipificações dependerão da existência ou não

de **animus necandi**, a ser apurado em cada caso concreto. Como lembra **Carlos Maria Romeo Casabona** (*Responsabilidade Médico-Sanitária - Aids*, in **RBCCrim** 3/22), "**a comprovação, sempre difícil, do dolo do sujeito, nos indicará se é o delito de lesões corporais ou o de homicídio o aplicável**".

Quanto ao eventual e tardio evento morte, há autores como **Bernd Schünemann** (*Problemas Jurídico-Penales Relacionados con el Sida*, trad. por **Santiago Mir Puig**, in ob. cit., pp. 28-29) que entendem que esse resultado "**é imprevisível**" e "**escapa por completo ao controle do autor**", o que o tornaria impunível. Já entre nós, ao contrário, **Hungria**, muito antes do aparecimento da Aids, sustentava que "**é de presumir-se... o animus necandi, toda vez que o resultado morte é consequência normal da moléstia transmitida**" (*Comentários ao CP*, 1958, vol. V, p. 413).

Ressalte-se que, em qualquer caso, o consentimento do ofendido em assumir o risco é **indiferente**, por serem a vida e saúde bens indisponíveis.

Na hipótese de agente contaminado que, agindo com culpa, transmitiu a Aids, igualmente não se configurará o art. 131 (que exige dolo direto), mas, sim, lesão corporal culposa (art. 129, § 6º) ou homicídio culposo (art. 121, § 3º).

Tratando-se de agente não contaminado (que não pode ser sujeito ativo do crime do art. 131) e havendo efetiva transmissão da Aids, há que se distinguir se ele agiu com culpa ou dolo, bem como, no último caso, se houve **animus necandi**, para então verificar se a tipificação será a de lesão corporal culposa, homicídio culposos, lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte ou homicídio doloso, consumado ou tentado.

Os autores são advogados em São Paulo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Carlos Hernany 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

CONEXÃO E CONTINÊNCIA NA LEI Nº 9.099/95

(Sidney Eloy Dalabrida)

Pacificamente reconhecidas como causas modificadoras da competência, disciplinadas nos artigos 76 *usque* 82, do Código de Processo Penal, a conexão e a continência, em suas variadas formas de manifestações, determinam a unidade de processo e julgamento, ou seja, as infrações penais interligadas em função da conexão e continência devem ser processadas e julgadas em um *simultaneus processus*, pelo juízo competente para a apreciação da infração penal que, diante das regras processuais, exerça a *vis attractiva* sobre as remanescentes, ressalvadas naturalmente as exceções legalmente estabelecidas, o que permitirá uma abrangente visualização dos fatos e de todo contingente probatório, possibilitando assim uma justa e precisa prestação jurisdicional.

Verificando o promotor de justiça, após a análise dos termos circunstanciados ou mesmo do inquérito policial, a existência de dois ou mais delitos interligados *ratione conexitatis* ou pela continência, figurando entre eles infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei nº 9.099/95), tem-lhe ocorrido: aplicam-se as regras que fixam o *forum attractionis* previstas no artigo 78 do Código de Processo Penal, motivadoras da reunião dos processos para julgamento único, o que implicará no oferecimento de uma única denúncia perante o juízo da atração abrangendo todas as infrações penais, ou a hipótese implicará na quebra da unidade, disjunção dos processos e conseqüente pluralidade de julgamento, em virtude do que de rigor será o oferecimento de denúncia, em separado, perante o Juizado Especial Criminal?

No encaminhamento dessa questão estão sendo seguidos os mais variados direcionamentos, o que tem conseqüentemente implicado a adoção de uma indesejável diversidade de procedimentos, revelando a necessidade de uniformização da atuação, eliminando-se assim os conhecidos reflexos negativos advindos desta práxis, notadamente os decorrentes da apreciação de matéria por juízo incompetente, sem falar no desrespeito à garantia constitucional do devido processo legal, também em virtude da tramitação totalmente irregular do processo, já que corolário do inafastável princípio é o direito do acusado ao regular desenvolvimento do processo segundo a forma preestabelecida legalmente.

A opção pelo oferecimento de denúncia única perante o Juizado Especial Criminal é absurda, padecendo todos os processos assim julgados de incontornável vício de nulidade absoluta (art. 564, inc. I, CPP), passível de arguição em qualquer fase do procedimento, até mesmo quando já prolatada sentença condenatória e suas vias impugnativas tenham precluído, caso em que poderá ser atacada inclusive via *habeas corpus*. A razão é simples. A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, inc. I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (*ratione materiae*), e, sendo assim, absoluta. Logo, na ausência de disposição legal permissiva, é inadmissível a submissão a processo pelo Juizado Especial Criminal de outras infrações penais, sob pena de nulidade absoluta.

Por outro lado, sem afastar de forma abso-

luta a possibilidade de sua adoção, atrevo-me a combater o argumento até aqui levantado pela doutrina para justificar a opção pelo oferecimento de denúncia única perante o juízo comum, assim sintetizado pelo consagrado **Julio Fabbrini Mirabete**: “*Tratando-se de continência ou conexão nas hipóteses de crimes comuns, na ausência de norma específica sobre a hipótese dos Juizados Especiais, a competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave, aplicando-se o art. 78, II, do CPP*” (in “**Juizados Especiais Criminais**”, Editora Atlas, 1997, página 34 - grifos meus).

Permito-me divergir do enfoque conferido à questão pela doutrina citada, por entender inaplicável ao caso a regra processual de fixação do juízo da atração que lhe serve de fundamento, prevista no artigo 78, inc. II, do Código de Processo Penal, estabelecendo que no concurso de jurisdições da mesma categoria preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave, fator que obrigatoriamente fixará o juízo comum como competente para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conexas ou continentes com as demais.

A omissão da Constituição Federal e da própria Lei nº 9.099/95 no que se refere aos casos de conexão e continência, apesar das regras processuais-penais serem aplicadas subsidiariamente, conforme previsão expressa da Lei nº 9.099/95 (art. 92), não autoriza o manejo da citada norma processual, porquanto a sua utilização, *in casu*, implicará na alteração de competência constitucionalmente definida (art. 98, inc. I, CF). Ao se remeter ao juízo comum os processos relativos a infrações penais de menor potencial ofensivo em virtude de previsão infraconstitucional (art. 78, inc. II, CPP) estar-se-ia, em última análise, negando vigência a preceito constitucional.

Como se sabe, a delimitação do poder jurisdicional é realizada em vários planos, sendo o primeiro deles a Constituição Federal, não podendo a lei discipliná-la de forma a afastar competências nela expressamente previstas, sob pena de sobre ela se projetar o vício da inconstitucionalidade. Assim, a distribuição pela via legislativa comum da jurisdição entre os vários órgãos do Poder Judiciário encontra seu limite na Constituição Federal sempre que esta expressamente já houver atribuído o poder de julgar a determinado órgão.

Assim, embora jurisdição de idêntica categoria, não há falar-se em prorrogação de competência do juízo comum para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conexas ou continentes, posto que tal implicaria no afastamento de competência constitucionalmente definida, o que, à evidência, não pode ser admitido.

Destarte, por decorrência lógica, é defeso ao operador jurídico valer-se de interpretação que conduza ao mesmo fim, devendo, no caso, desprezar a regra do artigo 78, inc. II, do Código de Processo Penal, porquanto sua aplicação inegavelmente afronta o Texto Maior.

Portanto, constatando o promotor de justiça a existência de conexão ou continência de quaisquer delitos com infrações penais de menor potencial ofensivo, como regra, o caminho devido é o oferecimento, em separado, de denúncia perante o Juizado Especial Criminal abrangendo aquelas que se inserem no concei-

to do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, com a disjunção dos processos.

Contudo, no âmbito dessa discussão, o que me parece necessário destacar são os casos de ocorrência de concurso de crimes, previstos nos artigos 69 (concurso material), 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado), envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo.

O fator determinante da prorrogação da competência em tais hipóteses, ao contrário do que, com extremada ênfase, vem sendo defendido por juristas de nomeada, não é a existência de conexão ou continência, o que, não fosse a apontada ressalva, justificaria a invocação da regra inserta no art. 78, inc. II, do CPP, mas sim a natureza do concurso e seus naturais reflexos.

Como dito alhures, a competência do Juizado Especial Criminal restringe-se à conciliação, julgamento e à execução das **infrações penais de menor potencial ofensivo** (art. 98, inc. I, CF, e 60 da Lei nº 9.099/95), assim definidas “*as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial*” (art. 61 Lei nº 9.099/95 — grifos meus).

O critério utilizado pelo legislador para a identificação da potencialidade lesiva de determinado crime foi a pena que lhe foi **abstratamente cominada** pela lei penal. Esta a razão que possibilita, por exemplo, a submissão aos efeitos da Lei nº 9.099/95 de crime que, se consumado, não se ajustaria àquela definição, mas que, por ter sido tentado, com a redução prevista no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, com ela se harmonizaria.

Ocorre que a lei não catalogou os crimes que entendeu de menor potencial ofensivo (lesão corporal, receptação culposa, etc), mas fixou um parâmetro de determinação dessa circunstância — **pena cominada em abstrato** —, de sorte que todas as causas que sobre ela se projetem devem ser consideradas para o efeito de determinação de seu potencial ofensivo, porquanto integram o fato criminoso praticado, agravando ou diminuindo a sua gravidade, embora não lhe modifique a essência.

Exemplificando: No caso da lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, CP), que a princípio é infração penal de menor potencial ofensivo, visto que a pena máxima não excede a um ano, uma vez agravada pelas circunstâncias do § 4º do art. 121 do CP (§ 7º do art. 129 do CP), perderá tal característica, em face do aumento de pena de um terço que se dá sobre a pena cominada em abstrato.

Portanto, as causas genéricas e especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal que interfiram na pena cominada à infração de menor potencial ofensivo devem ser consideradas para efeito de determinação da potencialidade lesiva do delito e, portanto, da competência para a sua apreciação.

O concurso formal e o crime continuado inegavelmente constituem circunstâncias legais genéricas de aumento de pena, de aplicação impositiva, que se projetam sobre a pena cominada em abstrato. Obrigatoriamente, portanto, devem ser consideradas por ocasião da aferição da potencialidade lesiva do delito.

Como nas hipóteses de concurso entre infrações penais de menor potencial ofensivo e



delito de natureza diversa, com a elevação da pena em abstrato por decorrência da regra que lhes é pertinente, o limite legal de determinação da natureza do delito restará superado, tem-se como inadmissível a proclamada cisão dos fatos, porquanto aquele crime que, a princípio se ajustava ao conceito legal, diante da causa de aumento de pena, perdeu a característica que a lei lhe emprestava. Não mais se tratando de crime de menor potencial ofensivo, deverá ser processado no juízo da atração, segundo as regras comuns, não se podendo falar em separação dos processos ou aplicação das normas da Lei nº 9.099/95, exceto quanto à exigência de representação para os crimes de lesões corporais dolosas leves e culposas (art. 88).

Ainda que se trate de concurso material de crimes (art. 69 do CP), outra não pode ser a solução, até mesmo porque implicaria em se privilegiar situação que retrata uma gravidade

inegavelmente maior àquela traduzida nos casos de concurso formal e crime continuado, o que por óbvio não foi o objetivo do legislador, centrado na mitigação da repressão penal sobre os delitos de menor potencialidade lesiva, característica que se afasta com a ocorrência de *concurso delictorum*.

Não podendo se considerar as infrações penais praticadas, uma vez verificada a ocorrência de concurso material, formal ou crime continuado, como de menor potencial ofensivo, não há falar-se em tais hipóteses, até sob pena de se oficializar a impunidade, na aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

Face ao exposto, embora reconheça que o entendimento esposado desafia a doutrina produzida sobre o tormentoso tema, concluo: a) havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção dos processos, devendo o promotor de

justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face à inaplicabilidade do art. 78, inc. II, do Código de Processo Penal, por importar sua incidência em afronta à Constituição Federal; b) tratando-se de concurso material, formal ou crime continuado, envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo, caso diante da aplicação das regras pertinentes, restar superado o limite previsto no art. 61 da Lei nº 9.099/95 (pena máxima não superior a um ano), deverá ser oferecida denúncia única, abrangendo todos os delitos, a ser ajuizada no juízo comum, desprezadas as regras da Lei nº 9.099/95, exceto as do art. 88.

O autor é promotor de justiça em Florianópolis, assessor jurídico do procurador-geral de justiça e professor de Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público Catarinense.

LEI Nº 9.099/95 - A AUSÊNCIA DA VÍTIMA À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO IMPORTA EM RENÚNCIA TÁCITA?

(Antonio Milton de Barros)

Como se sabe, a Lei nº 9.099/95, em seu artigo 88, prevê mais dois casos de crime cuja ação depende de representação do ofendido: lesões corporais culposas e lesões corporais dolosas de natureza leve, mantendo expressamente aqueles previstos no Código Penal e Código de Processo.

Outrossim, prevê expressamente, a legislação comentada, verificar-se renúncia ao direito de queixa ou de representação, o acordo homologado pelo juiz, referentemente aos danos materiais (artigo 74, parágrafo único).

Ao contrário da situação prevista no artigo 104 do CP, em que o recebimento de indenização não implica em renúncia tácita, na Lei nº 9.099/95 ela decorre diretamente, e por comando legal, da composição relativa aos danos materiais.

No entanto, a situação que ora se coloca à discussão diz respeito à ausência da vítima à audiência para tentativa de conciliação, seja nos termos do artigo 69 (de aplicação ainda restrita, por não estarem criados, no Estado de São Paulo pelo menos, os Juizados Especiais) ou mesmo do artigo 71, mediante intimação.

E, a propósito, penso que a vítima deva ser, sempre, intimada, e não aguardar-se seu comparecimento espontâneo, como eventualmente se faz e isso porque, de acordo com o artigo 69, ela deveria ser apresentada ao Juizado, para os fins do artigo 72, mas essa apresentação, ao que me consta, não é feita inclusive porque não há agendamento prévio de audiências, como sugerido pela Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura⁽¹⁾.

Como não é apresentada pela Polícia, nem lhe informam a ocasião em que deverá comparecer, a vítima deve ser intimada, sem o que não saberá onde e quando fazê-lo, pois, do contrário, a Lei, ao invés de facilitar e desburocratizar, estaria criando para a vítima situação de maior perplexidade, uma vez que pelo regime previsto no Código de Processo, ela formulava a representação perante a autoridade policial e ainda que não fizesse na mesma ocasião da lavratura do boletim, ordinariamente feito em plantões, era avisada sobre o prazo decadencial e o distrito onde deveria comparecer.

E, superada a questão da notificação da vítima, sendo notificada (ou intimada, na terminologia da Lei) implicaria sua falta em renúncia tácita?

Conquanto a situação não esteja prevista na lei, tem-se notícia de decisões nesse sentido, declarando, conseqüentemente, a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, V, do CP.

Com o devido respeito, entendemos que a decisão não é a mais acertada.

Nesse caso, abrir-se-ia oportunidade para aplicação do disposto no artigo 75, parágrafo único, da Lei comentada, ou seja, o direito de representação poderá ser exercido no prazo previsto em lei, que é o prazo decadencial (artigos 103 do CP e 38 do CPP).

De fato, se é pacífico o entendimento de que não importa em decadência o não exercício do direito de representação, nessa fase, estando presente a vítima (e representante legal, se o caso), com maior razão haverá de ser resguardado esse direito se deixar de comparecer, **ainda que não justifique a ausência.**

Também porque, enquanto que para o autor do fato pode traduzir-se em dever, para a vítima o comparecimento à audiência de conciliação é um ônus que, não cumprido, levará à perda da oportunidade de compor-se logo na audiência de conciliação⁽²⁾.

Acrescente-se que, nessa hipótese, **“não poderá ser conduzida coercitivamente, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade e em respeito à sua liberdade pessoal”⁽³⁾.**

Em vez de se declarar extinta a punibilidade, a solução é aguardar-se o prazo decadencial.

Entretanto, como temos sustentado a necessidade de nova postura dos operadores do direito (e do Ministério Público em particular) frente às situações previstas na lei, por coerência, entendemos dispensável aquela solenidade preconizada no artigo 19 do CPP, podendo optar-se pelo arquivamento, observado o que dispõe o artigo 18 do estatuto processual, dando-se à superveniente condição de procedibilidade (a representação) o tratamento dispensado à nova prova.

Não pode ser empecilho para tal medida o

argumento de que se está afastando da melhor técnica e forma processuais, bastando relembrar-se que nos encontramos em face de procedimentos que se pretendem informais.

E, quando nada, será preferível a declarar-se extinta a punibilidade, uma vez que esta é irreversível, enquanto o arquivamento não tem aquele efeito preclusivo, porquanto a decisão que o determina não produz coisa julgada.

Conclusões:

1ª Como a vítima não é encaminhada ao Juizado Especial, pela Polícia, deve ser intimada, pela Secretaria, para a audiência de conciliação;

2ª Para a vítima o comparecimento à audiência de conciliação é um ônus que, não cumprido, levará **apenas** à perda da oportunidade de compor-se logo na audiência de conciliação;

3ª Não é correto declarar extinta a punibilidade, com base no artigo 107, V, do CP, considerando a ausência da vítima renúncia tácita;

4ª É dispensável a solenidade preconizada no artigo 19 do CPP, podendo optar-se pelo arquivamento, observado o que dispõe o artigo 18 do estatuto processual, dando-se à superveniente condição de procedibilidade (a representação) o tratamento dispensado à nova prova.

⁽¹⁾ “Décima Conclusão: O encaminhamento pela autoridade policial dos envolvidos no fato tido como delituoso ao Juizado Especial será precedido, quando necessário, do agendamento da audiência de conciliação com a Secretaria do Juizado, por qualquer meio idôneo de comunicação, aplicando-se o disposto no artigo 70”. (cf. **Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95**, de 26.09.95, Editora Revista dos Tribunais, Grinover, Scarance e Gomes Filho, p. 100).

⁽²⁾ Idem, p. 109.

⁽³⁾ Ob cit., p. 108.

O autor é promotor de justiça em Franca/SP e professor de Processo Penal na Faculdade de Direito de Franca.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ATINENTES À TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

(Luís Paulo Sirvinskas)

Os povos de todo o mundo têm seus olhos voltados ao meio ambiente. Tanto é verdade que existem várias organizações não governamentais defendendo o meio em que vivemos contra atos lesivos praticados por quem quer que seja. Estas organizações têm representantes praticamente em todos os países do globo. Tais organizações pretendem alertar o poder público, em especial, e a comunidade, de um modo geral, da necessidade de se proteger o nosso sistema ecológico de agentes nocivos à saúde e à qualidade de vida desta e da futura geração. A par disso, e como não podia deixar de ser, nosso legislador passou a editar leis mais específicas, colocando instrumentos mais eficazes em defesa do meio ambiente. Nas décadas de 80 e 90, houve um desenvolvimento enorme em nosso País, no que tange à proteção ao meio ambiente, vários livros e artigos doutrinários foram publicados. Nesse período, inúmeras leis foram criadas. Houve também uma repercussão benéfica com a divulgação pela mídia de algumas decisões judiciais favoráveis das ações civis públicas impetradas pelo Ministério Público. Foi com o advento da Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985, que a defesa do meio ambiente se fortaleceu. Tal lei criou a denominada Ação Civil Pública. Instrumento este poderosíssimo, colocado à disposição do cidadão, de um modo geral, e em particular, do Ministério Público. Em decorrência disso, inúmeras ações foram propostas na defesa de nosso ecossistema, nos mais longínquos rincões do Brasil.

A preocupação foi tanta com o meio ambiente que o nosso legislador constituinte resolveu reservar um capítulo inteiro na Constituição Federal, procurando disciplinar a matéria diante de sua importância mundial. O legislador constituinte procurou definir meio ambiente, de maneira genérica, em seu artigo 225, *caput*, nos seguintes termos: *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*. Vê-se, pois, que incumbe à coletividade e também ao Poder Público defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como se deve interpretar a expressão **ecologicamente equilibrado**? Trata-se de uma expressão genérica em face da qual poderiam caber inúmeras interpretações. Mas não se pode interpretar dissociando do binômio desenvolvimento *versus* meio ambiente.

A própria Constituição protege o **meio ambiente** administrativa, cível e penalmente (art. 225, § 3º, da CF). Na esfera administrativa, a legislação visa à aplicação de multas a fim de se evitar o efetivo dano ao meio ambiente. No artigo 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, vamos encontrar as penalidades cabíveis em caso

de transgressão ao meio ambiente, cuja lei foi regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, o qual tipifica as infrações administrativas. Esta área do Direito atua de maneira preventiva. Na esfera cível, a legislação protege o meio ambiente através da Ação Civil Pública, imposta contra o causador do dano, objetivando, se possível, a reconstituição da flora ou da fauna, se o caso — obrigação de fazer ou não fazer — ou o ressarcimento em pecúnia dos danos causados e irrecuperáveis a curto espaço de tempo. A Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985, disciplina a Ação Civil Pública. Esta área do Direito atua especificamente na reparação de danos causados ao meio ambiente. Já na esfera penal, a tutela fica muito a desejar, pois não existe um ordenamento sistemático de infrações penais ambientais. As infrações existentes encontram-se em legislações esparsas e em alguns dispositivos do Código Penal. Esta área do Direito, por seu turno, atua de maneira repressiva.

Entende-se por degradação ao meio ambiente *"a alteração adversa das características do meio ambiente"* (art. 3º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981) e poluição como *"a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos"* (art. 3º, inciso III, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981). Estas transgressões encontram proteção em alguns dispositivos penais já existentes.

As Leis nºs 6.938/81 e 7.347/85, dentre outras, foram recepcionadas pela nova ordem constitucional naquilo que não for incompatível com ela. Ressalte-se, ainda, que o dispositivo constitucional previsto no artigo 225 e seguintes não tem a força que tem o dispositivo do artigo 5º da CF. Trata-se de norma constitucional de eficácia programática, no dizer de **José Afonso da Silva**. Mas ambos os artigos devem ser conjugados, pois a inviolabilidade da vida é um dos princípios inseridos naquele dispositivo constitucional. Forçoso assim salientar que a tutela penal protege a vida, a saúde, a integridade física, a estabilidade emocional, a qualidade de vida e a felicidade, bem como a incolumidade, a saúde e a administração pública (in *Ação Civil Pública*, coordenado por **Edis Milaré**, *A Proteção do Meio Ambiente - Dados para uma visão histórica*, artigo do professor **René Ariel Dotti**, Ed. RT, ed. 1995, p. 411).

A tutela penal atua repressivamente a fim de se punir e desestimular a prática de atos lesivos contra o patrimônio do povo. São estas as seguintes infrações encontra-

das em nossa sistemática penal. No **Código Penal**: artigo 163 (crime de dano), artigo 165 (coisa tombada), artigo 166 (alteração de local protegido), artigos 270 e 271 (envenenamento e corrupção de água potável), artigo 250, § 1º, inciso II, alínea "h" (incêndio em mata e floresta), artigo 251 (explosão), artigo 252 (uso de gás tóxico ou asfixiante), artigo 254 (inundações), artigo 256 (desabamento e desmoronamento) e artigo 259 (difusão de doença ou praga). Na **Lei de Contravenções Penais**: artigo 38 (poluição do ar) e artigo 42 (poluição sonora). Nas **Legislações Esparsas**: Decreto nº 24.643/34 (Código de Águas), Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), Lei nº 5.197/67 (Código de Caça), Decreto-Lei nº 221/67 (Código de Pesca), Decreto nº 227/67 (Código de Mineração), Leis nºs 7.643/87 e 7.653/88 (proíbe a pesca de cetáceo em águas jurisdicionais brasileiras e criminalizou condutas que eram meras contravenções pelo Código de Caça), Lei nº 7.679/88 (proíbe a pesca de espécies em períodos de reprodução), Lei nº 7.802/89 (disciplina o uso de agrotóxicos), Lei nº 7.804/89 (delitos de poluição), Leis nºs 7.803/89 e 7.805/89 (disciplinam vários ilícitos contra o meio ambiente), Lei nº 7.347/85 (recusa, retarda ou omite dados requisitados pelo MP) e Lei nº 8.072/90 (causar epidemia).

Fica difícil uma consulta rápida e imediata de toda a legislação esparsa existente em nosso ordenamento penal. Daí a necessidade de uma codificação ordenada e sistemática das infrações penais de caráter ambiental. A inexistência desse ordenamento lógico e sistemático, causa certas aberrações que somente a jurisprudência acaba sanando ou minimizando suas consequências gravíssimas. Por exemplo: um indivíduo que mata um tatu é preso em flagrante. O crime por ele praticado é hediondo, inafiançável, imprescritível e insuscetível de liberdade provisória. Já um indivíduo que atea fogo em uma mata e causa a morte de vários tatus e outras espécies da fauna, responde apenas pelo delito de dano. Estes disparates devem ser evitados por nosso legislador.

Há necessidade de se distinguir entre dolo e culpa. Alguns dos tipos penais só se consumam se o crime foi praticado dolosamente, ou seja, se o indivíduo tinha a vontade e a consciência de querer praticar aquele delito. Sua intenção subjetiva deve estar em harmonia com sua conduta exterior. Já a culpa, mais freqüente, se caracteriza pela imprudência, imperícia e negligência. Por exemplo: na cidade de Teodoro Sampaio, o prefeito municipal recepcionou alguns deputados federais e estaduais e, para tanto, comprou vários fogos de artifício e os distribuiu a diversas pessoas para soltá-los no momento em que tais pessoas descessem do avião. Isso causou um enorme incêndio





nas imediações do aeroporto. O prefeito foi condenado na Ação Civil Pública e absolvido na Ação Penal. A prova, neste último caso, é muito difícil de se produzir.

Outra distinção que se faz é a respeito do crime de perigo e o de dano. Crime de perigo se consubstancia na mera expectativa de dano. Reprime-se para se evitar o dano, basta a mera conduta independentemente da produção do resultado (*in Revista do Direito do Consumidor*, artigo do professor **Antonio Herman V. Benjamin**, vol. 1, p. 103, Ed. RT). O caráter sancionatório está num momento anterior ao efetivo e eventual dano causado ao meio ambiente. Tem caráter intimidativo e, até certo ponto, educativo. O delito de dano exige o resultado efetivo do dano ao meio ambiente. A doutrina, de um modo geral, sustenta que a repressão ao delito de perigo seria o meio mais eficaz para se evitar o dano.

Discutia-se também se a pessoa jurídica poderia ser sujeito ativo de crime. Tal discussão acabou por ser dirimida pela disposição expressa na CF, ao consignar que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” (art. 225, § 3º, da CF).

Assim sendo, quais as sanções penais possíveis e aplicáveis à pessoa jurídica? A doutrina entende que, por ora, aplicar-se-ia

a multa, a privação de direitos e vantagens, as interdições de atividades e a publicação da sentença. Cuida-se de um rol exemplificativo.

O Direito Penal moderno, por seu turno, vem sustentando que a sanção deve ser aplicada em última hipótese, ou seja, seria a *ultima ratio*. Só se deve aplicar uma sanção penal após esgotarem-se todas as outras medidas cabíveis à espécie (administrativa e civil). Para alguns, não basta punir mais severamente a conduta delituosa. Isso não impediria novos crimes. Para outros, há necessidade de se punir mais severamente, criando-se novos tipos penais na esfera ambiental. Os que pensam desta maneira estão na contramão do desenvolvimento penal. É sabido ainda que o Direito Penal não tem sido muito eficaz para solucionar os problemas atuais, quanto mais na esfera ambiental.

Dani Rudnicki e Salo de Carvalho sustentam que o legislador deveria criar mecanismos para inserir na legislação normas penais em branco, deixando que os atos administrativos disciplinem as novas condutas (*in Boletim do IBCCrim* 53/15, abril/97).

Acredito que a norma penal em branco causaria uma insegurança enorme, pois estaria-se outorgando poderes inconcebíveis ao administrador. Este, por sua vez, poderia criar verdadeiros tipos penais, contrariando o princípio da legalidade ou da reserva legal e o princípio de *nullum crimen sine praevia lege*. Somente a lei poderia

criar novos tipos penais. No meu entender, seria inadmissível deixar que um mero ato administrativo crie novos tipos penais que poderiam ser verdadeiros monstros.

Os atos lesivos ao meio ambiente devem ser punidos criminalmente. Quanto a isso não há dúvidas. Resta saber se mais severamente ou se devem ser procurados outros meios para se punir o causador do dano. Creio que a reparação do dano é importante, bem como a eventual multa administrativa. É necessário ainda se criarem mais tipos penais de perigo, evitando-se a pena privativa de liberdade. No Direito Ambiental procura-se evitar o dano, reprimindo a conduta anterior. Além disso, é necessário codificar e sistematizar toda a legislação penal disciplinada nas leis citadas anteriormente, criando-se o maior número possível de crimes de perigo. O anteprojeto da Parte Geral do Código Penal sistematizou as infrações penais no título XIII, artigos 401 a 416, mas no meu entender, de forma insuficiente. Não basta apenas termos uma legislação forte e eficaz, se não formos educados para defender o patrimônio universal. É necessário que nossas crianças tenham aulas nas escolas sobre meio ambiente. Só assim estaremos contribuindo para fazer um País mais humano e solidário.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, especialista em Direito Penal pela FADUSP e ex-professor adjunto de Legislação Tributária das FMU.

PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: NECESSIDADE DE DISCUSSÃO

(Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado)

A discussão em torno da necessidade de se tutelar o meio ambiente através do Direito Penal é importante, na medida em que, como bem ressalta **Cuello Contreras**, a destruição do meio ambiente seria a do próprio gênero humano⁽¹⁾. Por esta razão, revelam-se oportunas considerações às posições já expostas de **Erika Bechara**⁽²⁾, que pretende um maior rigor, e de **Dani Rudnicki e Salo de Carvalho**⁽³⁾, desfavoráveis à tutela penal do meio ambiente.

A realidade do ordenamento jurídico brasileiro é a seguinte: a Constituição de 1988, no art. 225, § 3º, indica a criminalização de “*condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente*”; no tocante à legislação ordinária, temos que considerar que existe um emaranhado de normas esparsas que prevêm crimes contra o meio ambiente. E então questionamos: até que ponto o legislador ordinário está vinculado à Constituição? As leis penais existentes correspondem à proteção do meio ambiente delineada pelo texto constitucional?

Partiremos do princípio de que todo crime é uma ofensa a um bem jurídico fundamental, o qual é preexistente à norma e tem sua importância deduzida de uma fonte meta-jurídica (teorias sociológicas) ou de uma fonte jurídica superior, que é a Constituição (con-

cepções constitucionalistas)⁽⁴⁾, quando, então, passa a integrar o ordenamento jurídico.

Acontece que, por um lado, nem todo bem jurídico necessita da tutela penal e, por outro lado, a efetivação desta tutela não deve resultar na limitação exacerbada de outros bens — principalmente da liberdade —, sendo, por isso, imperioso restringir-se o alcance desta tutela.

Para tanto, alguns critérios são oferecidos, como os apresentados pelas teorias constitucionais do bem jurídico, que apontam como parâmetro para o legislador, na definição desses bens, a Constituição, “*operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais*” (**Prado**: 1996, 43/44).

No particular, coexistem duas correntes que divergem apenas quanto à forma de vinculação à norma constitucional: 1) as *teorias de caráter geral*, que estabelecem como critério de escolha do bem jurídico a Constituição como um todo, os princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito Social e Democrático, e seus corolários que informam o sistema penal; 2) as *teorias de fundamento constitucional restrito*, que delimitam o campo de escolha do legislador às normas constitucionais que apontam explícita ou implicitamente os objetos de tutela e a forma

pela qual esta deve se efetivar (**Prado**: 1996, 44/46).

Conforme o primeiro enfoque, temos que o princípio do Estado Social, traduzido em valores constitucionais, informa o conteúdo das leis penais, direcionando uma possível criminalização de algumas agressões a bens jurídicos que se tornaram relevantes para a sociedade, como o meio ambiente, por exemplo — que passou a ser considerado bem autônomo, desvinculado de quaisquer outros valores, a exemplo dos patrimoniais.

Do princípio do Estado de Direito decorrem os princípios de Direito Penal constitucional — expressos ou implícitos no texto constitucional —, os quais limitam o âmbito de criação do legislador, colocando-se como ponto de partida para uma possível descriminalização das normas, delineando a estrutura do sistema penal e servindo, em relação ao bem jurídico, de critérios crítico-limitadores (denominados, portanto, *genéricos princípios político-constitucionais*)⁽⁵⁾.

Tais princípios são, em suma: a) *princípio da intervenção mínima* — o direito penal só deve intervir como *ultima ratio*, ou seja, quando não houver outra forma de proteção eficaz ao bem jurídico, deve ser o último





instrumento procurado; b) *princípio da fragmentariedade* — nem todo tipo de ofensa deve ser considerado pelo Direito Penal, mas apenas aquelas socialmente intoleráveis, quanto à intensidade e à gravidade em relação ao bem jurídico; c) *princípio da proporcionalidade* — o bem jurídico deve ser tutelado, levando em conta a proporcionalidade entre o desvalor do fato sancionado e a pena.

Palazzo explica que, “*da influência desses princípios constitucionais deve se originar uma tendência à secularização do direito penal, ...como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico*” (1989, 87).

Há que se considerar, ainda, posição diversa sustentando que o texto constitucional oferece indicações positivas de necessidade de proteção de determinados bens pelo Direito Penal, configurando um “catálogo tendencialmente fechado” (cláusulas de criminalização).

Essas cláusulas de criminalização, seguindo o pensamento de **Palazzo**, são “*de fato, fruto de um condicionamento historicamente bem situado pelo constituinte: isso não obstante, deve ser sublinhado como, em particular, as primeiras duas cláusulas [da Constituição espanhola: relativas à tutela do ambiente natural (art. 45/3) e à tutela do patrimônio histórico, cultural e artístico*

(art. 46)] são expressões de uma sensibilidade constitucional, hoje indiscutivelmente viva na tutela dos interesses **difusos e sociais**, destinadas a perdurar por todo o futuro no quadro das indicações de conteúdo, características do Estado Social”⁽⁶⁾.

Desta forma, o mais indicado é conjugar as concepções (totalizadoras e restritas), como o faz **Regis Prado**, ao argumentar que o Direito Penal deve ser sempre informado pela Constituição e pelos valores nela consagrados, e o legislador deve seguir este mesmo caminho ao determinar os bens jurídicos, elevando “*à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor*”. Ora, esta “*circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico*”. Decorrendo daí “*que a eventual restrição de um bem só pode ocorrer em função da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática*” (1996, 67/68).

Trazendo os argumentos para o âmbito da proteção do meio ambiente, podemos verificar que se trata de um bem jurídico fundamental (pois assim informa o princípio do Estado Social e a Constituição é expressa), justificando-se a sua proteção penal, a qual deve ser direcionada pelos genéricos princípios político-constitucionais.

Isto implica na necessidade de revisão da

legislação penal que tutela o meio ambiente, tendo em vista dois enfoques que aparentemente se excluem: descriminalização e criminalização. Há necessidade de se “*enxugar*” e aprimorar tal legislação, tendo em vista que devem ser objeto de sanção penal aqueles ilícitos considerados mais graves, retirando dessa esfera as agressões de menor potencial ofensivo, coordenando as normas administrativas (proteção primária) e as normas penais (recurso secundário).

⁽¹⁾ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “Prólogo” de RODRÍGUEZ-ARIAS, de Antonio Mateos. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*. Madrid, Colex, 1992, p. 16.

⁽²⁾ “Aspectos Penais da Política Nacional do Meio Ambiente”, *Boletim IBCCrim*, 49/11, dez., 1996 e “Política de Tutela Ambiental: Proposta de Debate ao Texto de Bechara”, *Boletim IBCCrim*, 53/15, abr., 1997.

⁽³⁾ “Política de Tutela Ambiental: Proposta de Debate ao Texto de Bechara”, *Boletim IBCCrim*, 53/15, abr., 1997.

⁽⁴⁾ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova, Cedam, 1988, p. 208. **PRADO**, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*, São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 27.

⁽⁵⁾ PALAZZO, Francesco C. - *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre, SeAF Editor, 1989, p. 87.

⁽⁶⁾ *Ibid*, p. 104. Mais detalhes: RODRÍGUEZ-ARIAS, A. M. *Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente*.

A autora é mestranda em Direito Penal pela PUC-SP.

SISTEMA CARCERÁRIO

(Tarlei Lemos Pereira)

Não é à-toa que o sistema carcerário brasileiro vive mergulhado no caos. Quem passe os olhos sobre a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), poderá verificar o enorme dissenso existente entre muitos de seus dispositivos e a realidade dos estabelecimentos penais.

Instituída a pretexto de resolver o problema penitenciário no País, o fato é que, decorridos quase doze anos desde a sua entrada em vigor (entrou em vigor em 1985), chega-se à infeliz conclusão de que o assunto não está sendo tratado com o devido tento, impossibilitando a adoção de soluções que viabilizem o cumprimento da pena de maneira humana e ressocializadora.

Por paradoxal que possa parecer, a Lei de Execução Penal não é exequível. Isso porque traz no seu bojo mandamentos totalmente divorciados daquilo que o Poder Público quer ou pode fazer.

A rigor, não necessitamos de uma reforma legislativa, mas sim de aproximarmos duas extremidades, a lei e a realidade. Não demanda maior esforço de raciocínio verificar que, entre a vigência e a eficácia da norma penal, deve haver a necessária participação do Executivo. Do contrário, nada irá melhorar e os problemas sociais tenderão, mais e mais, a tornarem-se insolúveis.

Ninguém há de acreditar, atualmente, que a prisão reedue; de alguma forma, castiga e, talvez, intimide. Logo, é absolutamente inviável a prisão “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado*”, como quer a LEP no art. 1º.

Insiste-se na “*participação da comunidade*” para auxiliar o egresso (isto é, o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento, e o liberado condicional, durante o período de prova), quando de seu retorno ao convívio social. Baldadas todas as tentativas, o que vemos é que a sociedade já tem preocupações suficientes com aqueles que agem de acordo com a lei, mas que por um motivo ou outro, encontram-se desempregados, enfermos, desagregados no contexto familiar, etc. Daí a falta de solidariedade com os problemas daqueles que erraram, pagaram pelo erro, mas terão que recomeçar a vida, muitas vezes, sozinhos. Não é crível que a sociedade, mormente numa época em que a criminalidade cresce vertiginosamente, venha se dispor a colaborar, o que de certa forma é até compreensível.

O Capítulo I do Título II da LEP trata da classificação dos condenados visando a individualização das penas. O *caput* do art. 7º dispõe que “*a Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade*”. Tal classificação, na prática, constitui uma falácia, pois muitos presídios brasileiros nunca sequer tiveram um assistente social ou psicólogo às suas portas (que dirá em suas dependências!).

A LEP prevê, ainda, na Seção III do Capítulo III a admissibilidade de trabalho externo para os presos em regime fechado,

“*desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina*”. Todos sabemos que a vigilância interna dos presídios é feita de maneira precária. A sugerida escolta policial até o local de trabalho, no mais das vezes, é inviável, na medida em que o número de guardas é insuficiente, impedindo assim o exercício da atividade laboral. O instituto da remição (aquele que permite ao preso abater um dia de pena a cada três dias trabalhados) torna-se letra morta, uma vez que a maioria dos detentos, por motivos óbvios, desejariam trabalhar a fim de serem colocados em liberdade mais cedo.

Ousa a LEP, no art. 77, exigir a preparação técnica do pessoal penitenciário, através de um corpo de funcionários competentes que estejam imbuídos de sua alta missão social. Ora, a admissão dessas pessoas é feita por concurso público, sendo que muitas delas só têm ciência plena de suas atribuições no momento em que iniciam-se no serviço. Com efeito, não há que se pensar existir uma escola para preparação profissional de carcereiros e demais funcionários da administração.

O § 1º do art. 84 da LEP cuida do preso primário, dispondo que “*cumprirá pena em seção distinta daquela reservada aos reincidentes*”. Quem quer que vá à Casa de Detenção de São Paulo ou a outro estabelecimento prisional qualquer, verá que essa regra não é respeitada, proporcionando influências nocivas do condenado contumaz em relação ao que delinqüiu pela primeira vez. A superlo-





tação dos presídios é um problema crônico que somente será resolvido com a criação de novas vagas, o que decorre do mais elementar princípio logístico. No entanto, quanto mais são expedidos mandados de prisão, menos se constroem presídios.

A colônia agrícola, industrial ou similar, destinada ao cumprimento da pena em regime semi-aberto, visa ser uma etapa de transição entre o regime fechado e o aberto, verificando-se os progressos ocorridos no processo de reinserção social do reeducando. Deve ser transferido do regime fechado para o regime semi-aberto o condenado que tiver cumprido no regime anterior ao menos um sexto da pena, desde que seu mérito indique a progressão (art. 112 da LEP). O problema reside no fato de que — e isso a lei esqueceu de dizer — só foram criados tais estabelecimentos em algumas poucas cidades do interior paulista, quais sejam: Bauru, Taubaté e São José do Rio Preto. Ademais, de que adiantaria encaminhar um preso da capital para “cultivar a roça” no interior se quando do seu retorno não terá terra para plantar e cultivar?

Por outro lado, a distância que separa as demais localidades do Estado de São Paulo

destas três cidades mencionadas é sempre um fator que dificulta o acesso das visitas, nutrindo ainda mais no preso o desejo constante da fuga.

O que tem ocorrido com alguma frequência é que condenados (não reincidentes) à pena não excedente a oito anos têm cumprido parte dela em regime fechado (muitas vezes em Distritos Policiais), quando na realidade, deveriam cumpri-la, desde o início, em regime semi-aberto, nos exatos termos do art. 33, § 2º, letra “b”, do Código Penal.

Em relação à Casa do Albergado (arts. 93 a 95 da LEP), que destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana, o problema é ainda mais grave. Sabe o leitor quantas Casas de Albergado existem na comarca de São Paulo? Nenhuma. Vale dizer, a segurança da sociedade, em tais casos, resumir-se-á ao senso de responsabilidade que, oremos à Têmis, o condenado tenha.

Ainda de acordo com a LEP, “a Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios” (art. 102). Outra falácia. Como sói acontecer, tanto as Cadeias Públicas como os Distritos Policiais, estão atulhadas de presos provisórios e outros tantos com sentença já transitada em julgado.

Quanto ao *sursis* e ao livramento condi-

onal (arts. 156 a 163 e 131 a 146, respectivamente), impõe a LEP várias condições a que estaria sujeito o condenado (v.g., proibição de ausentar-se da comarca sem autorização e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo mensalmente, proibição de frequentar determinados lugares, etc.). Todavia, não dispondo a Justiça de funcionários que se dediquem a essa tarefa, torna-se inexecutível a lei ainda quanto a este aspecto.

Finalizando, a pena de multa também é bastante criticável, quer sobre o ponto de vista jurídico, quer sobre o econômico-financeiro, eis que, afigura-se muitas vezes inócua para o condenado rico, ainda que aplicada no grau máximo, e extremamente penosa para o pobre, ainda que aplicada no grau mínimo.

O mais incrível (e aqui no sentido de não ser crível) é que tudo isso nos leva a constatar que o Poder Judiciário, já tão desacreditado, principalmente pela morosidade (reconhecimento, por vezes justificada) na prestação da tutela jurisdicional, vem, cada vez mais, submetendo-se aos caprichos do Executivo, que vive e ainda por muito tempo viverá alegando “falta de verbas”.

O autor é advogado em São Paulo.

SEGURANÇA PÚBLICA, IMPRENSA E DIREITOS INDIVIDUAIS

(Oswaldo Serrão)

Somente um Estado Democrático de Direito pode, efetivamente, absorver as tensões emergentes dos confrontos entre as demandas da segurança pública e as salvaguardas dos direitos individuais, na proporção em que assegura o imprescindível equilíbrio ao regime de paz social. Nesse sentido, o zelo, a proteção e o respeito às garantias constitucionais dos envolvidos em situação de anti-sociabilidade — longe de convergir à impunidade ou pandemia do crime — contribuem, decisivamente, para o aperfeiçoamento e eficácia dos padrões de investigação e repressão do delito, ao mesmo tempo que previnem violações não apenas à intimidade, à honra e à dignidade da pessoa humana, mas aos próprios erros judiciários.

Tanto mais, ainda, que, se todos os homens são iguais em dignidade e direitos, no particular o acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade haja sido provada.

O dia-a-dia, contudo, demonstra que, com a cobertura jornalística — afoita e sensacionalista — de fatos policiais e judiciais, vidas e reputações têm sido sumária, unilateral e irreversivelmente espoliadas e destruídas.

Nessa faina, no que se convencionou denominar de **apresentação do preso à imprensa**, o telespectador dos nossos dias acostumou-se a conviver, porque cena típica do cotidiano, com pessoas detidas pela polícia, não raro algemadas, acuadas, sob as fortes luzes das câmaras, a responder em unidades policiais a constrangedoras e incisivas perguntas (ou *interrogatórios*?) de repórteres sobre crimes que lhes são atribuídos.

Assim, embora ainda no **início das investigações**, a matéria, depois de editada, é bombasticamente veiculada em forma de libelo. E o pior: invadindo casas e divulgando nomes, ganha força de sentença definitiva perante a opinião pública.

Casos de repercussão nacional, ocorridos ultimamente em São Paulo — *Bar Bodega* e *Escolinha de Base* — dentre tantos outros,

exemplificam pessoas que, envolvidas em investigação policial — **cujas características fundamentais deveriam ser o sigilo e descrição** — acabaram por ter suas imagens e conceitos pessoais destruídos publicamente, mercê de estrepitosas e irresponsáveis reportagens.

O mais lamentável, nesse contexto, é que a notícia escandalosa, ao atingir indiferentemente culpados e inocentes, termina, como sói acontecer, beneficiando os primeiros, na proporção em que a sociedade, confusa, não sabe mais distinguir nem separar uns dos outros; já que orientada pela informação da mídia, torna-se mais fácil acreditar que todos são culpados, ainda que a cuidadosa averiguação da prova venha, oportunamente, confirmar a inocência do inculpatado.

Nesse contexto, no momento em que ser inocente de um delito deixa de ser garantia do acusado, todos os cidadãos são atingidos. O prejuízo é da própria sociedade, especialmente, do conjunto das pessoas ofendidas pelo tratamento injusto, que — remarque-se — tem sempre como alvo a parcela mais pobre da comunidade.

O certo mesmo é que, nos dias atuais, pouco importa que a Constituição assegure a inocência até que a sentença transite em julgado, porque o cidadão está chegando ao incrível extremo de transformar toda acusação veiculada pelos órgãos de informação em prova definitiva de culpa e condenação.

O que ocorre mesmo é que imprensa, não raro, veicula a notícia em pleno clamor do fato típico. Todavia, por inexplicável razão, não rastreia, não acompanha a sequência da investigação policial, e, principalmente, a tramitação do eventual processo criminal dela oriunda.

Só que o adubo da audiência — **o estrépito** — já havia sido, desastrosamente, lançado perante a opinião pública. Os direitos dos atingidos, nesse estágio, não mais importam ao jornalista. A notícia matriz, porém, permanece intocável, com força sentencial, perante a sua principal destinatária: a sociedade. Geram-se os estereótipos, que acabam, em consequência, por mascarar a própria realidade.

No particular, os órgãos de segurança possuem o dever legal de proteger a intimidade das pessoas, impedindo que testemunhas, vítimas, indiciados, ou presos, sejam constrangidos nas unidades da polícia judiciária a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informação de comunicação social, especialmente sua exposição compulsória à fotografia e filmagem.

É certo que não se pode exigir da imprensa que, adremente, apure a veracidade dos fatos, cuja versão lhe tenha chegado às mãos. Não. As notícias urge sejam transmitidas em contemporaneidade com os fatos, sob pena de perderem a oportunidade de publicação, o que ocorreria se todas tivessem que ser checadas, apuradas, com a transformação de jornalistas em policiais, responsáveis por inquéritos.

Na prática, porém, perquirindo sobre a origem da notícia, emerge a tolerância cúmplice, onde policiais agem como repórteres, e estes como aqueles.

Em suma, a convivência entre o aparente conflito da presunção de inocência e a liberdade de informação é possível ser harmônica, desde que coibido o intolerável abuso, representado pelo sensacionalismo de programas que, na contramão do jornalismo investigativo e imparcial, escarnecem da desgraça alheia, e, de certa forma, concorrem para o aumento da criminalidade, na proporção em que lhes confere indesejável notoriedade. **Em tempo:** O jornal *O Estado de São Paulo*, de 17.3.95, noticiou que um *câmera-man* estaria ingressando em juízo, postulando indenização por uso indevido de sua imagem. Em seu pleito, assevera que em determinado programa de auditório levado ao ar, nacionalmente, aos domingos, era submetido ao vexame de marido traído. Alega que sendo casado, com três filhos, vivia o drama de ser humilhado nas ruas por causa das brincadeiras do apresentador.

O autor é advogado em Belém/PA.

O BELGA IDIOTA E A LEI IMBECIL

(Maurício Antonio Ribeiro Lopes)

Hercule Poirot, famoso detetive dos livros de **Agatha Christie**, belga de origem, freqüentemente era chamado de francês por outros personagens. Mais do que chamado de francês, motivo por si só — ao menos para belgas — para produzir imediata retorsão, era qualificado como idiota. Assim, chamado (ou injuriado) de “francês idiota” redarguia imediatamente dizendo: “*Francês idiota, não! Belga, belga idiota.*”

A Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, dentre outras lesões à sistemática penal, já bastante fraturada desde 1940, traz alguns novos absurdos, sobretudo em matéria de injúria, que merecem repúdio pronto e, infelizmente, inútil. Tão inútil quanto a própria eficácia dessa lei.

O crime de injúria (ofender a dignidade ou o decoro de alguém) é um dos tipos penais de mais difícil caracterização, por si só, independentemente de considerações laterais sobre elementos subjetivos especiais (aqueles afora o *animus injuriandi*).

Acentua-se na jurisprudência uma imprecisa tendência a, cada vez mais, circunscrever o âmbito de incidência da norma penal do tipo de injúria a situações em que esteja clara e inequivocamente presente a intenção do agente em ofender concretamente a honra subjetiva da vítima. Nem poderia ser diferente, ainda mais em casos de ação penal privada, sob pena de se conceder exagerada autoridade às idiossincrasias pessoais das vítimas, que enxergariam ofensas onde existe apenas falta de educação ou grosseria.

Assim, muitas vezes em que chamado de “francês idiota”, o baixote Hercule Poirot não era vítima de injúria, mas de pilhéria, grosseria, má-educação, gozação, ou coisas assim.

Pior ainda, queixava-se não pelo epíteto de “idiota”, mas pelo de “francês”. Pois bem,

fosse ele não de papel e tinta, mas de carne e osso e estivesse no Brasil, a partir da funesta data de 13 de maio de 1997, e poderia correr ao fórum criminal levando sua queixa-crime debaixo do sovaco, reclamando que fora vítima não de injúria vulgar, mas de injúria qualificada, de injúria preconceituosa ou racista, de *injúria master*.

Efeitos disso, a pena daquele que o chamara de “idiota”, que então seria de detenção de 1 a 6 meses, opera um salto olímpico, alcançando agora, por utilizar-se de elemento referente à origem (novo e já famigerado § 3º do art. 140 do pobre Código Penal), a extraordinária marca de reclusão de 1 a 3 anos, sem dúvida, um recorde, lástima grande seja ele o de imbecilidade.

O idiota é protegido pela lei penal com a fixação de pena de detenção; o francês, belga ou camaronense idiota ao contrário, se declarada essa origem como elemento de ofensa, tem sua honra amparada pela pena de reclusão ao cruel infrator. Pior ainda, o mínimo da pena foi duodecuplicado (e não apenas é complicado dizer isso, como também é absurdo) em relação à injúria simples. Desafia-se o paciente leitor, o notável intérprete e o (é melhor esconder o adjetivo) legislador a apontar qualquer outro crime do Código Penal ou da legislação complementar em que uma forma qualificada, em seu mínimo, é doze vezes mais grave do que a forma simples.

Triste do povo que tem legisladores cuja preocupação mais elevada é superar-se na capacidade de produzir bobagens, ainda mais quando são bobagens penais.

Ao invés de se tutelar a honra daqueles ofendidos na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, estabelecendo causa de aumento de pena para a injúria simples ou até a qualificando-a, mas

dentro de critérios razoáveis, cria-se uma nova e pior situação de desamparo pelo mito — fetiche de tara legislativa autoritária e repressora — de que as novas penas, absurdas e desproporcionais, venham a ser aplicadas por juízes que ainda conservam ao menos resquícios da noção de sistema penal e de uma tabela de valores dos bens jurídicos.

A exagerada severidade da lei remedia-se com interpretação benéfica ao infrator para que sejam evitadas injustiças. Ou a injúria preconceituosa volta a ser classificada, e mal, no *caput* do art. 140, ou pior, considerada atípica pela construção pretoriana de inexistência do dolo.

Duvida-se que algum magistrado sensato venha a aplicar pena por injúria que seja duas vezes mais grave do que qualquer calúnia. Pior, imputar ao Presidente da República ou a chefe de Estado estrangeiro falsamente a prática de crime é ainda muito menos grave do que chamar Hercule Poirot de “francês ou belga idiota”.

A injúria preconceituosa é mais grave do que o seqüestro, ainda que preconceituoso, porque para aquela existe aplicação cumulativa de multa. O dano patrimonial causado a alguém, por motivo de preconceito, é menos grave do que a injúria. Como esses, centenas de absurdos poderiam ser apresentados como comparação.

Talvez fosse hora de se propugnar pela criação de tipos penais contra a inteligência do cidadão, ou contra a integridade e racionalidade do sistema penal; até lá, a imbecilidade continuará como fato atípico e nós com a cara de típicos idiotas feitos de bobo por leis imbecis.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e doutor em direito.

E COMO FICA A CONSTITUIÇÃO?

(Adauto Suannes)

O art. 1.525 do Código Civil, tanto quanto o art. 66 do Código de Processo Penal, dispõem, de fato, que determinadas questões, uma vez decididas no Juízo Criminal, não mais poderão ser discutidas no Juízo Civil. Uma dessas questões, como lembrado por ilustre magistrado gaúcho, diz com o *álibi*, palavra latina que indica estar alguém em local diverso (*al ibi*) daquele onde ocorrera o crime.

Ainda recentemente tivemos um exemplo inverso disso: determinado corredor de automóvel prestou exame vestibular no Brasil no mesmo dia em que competia no Exterior! Talvez estejamos diante de um novo Santo Antônio de Pádua...

O exemplo serve para demonstrar como nos processos criminais, não poucas vezes, a Defensoria consegue provar o que bem entende, até mesmo com elementos de prova *plantados* (a expressão é do jargão policial, como se sabe) já na fase do inquérito policial (leia-se, a respeito, a esclarecedora entrevista do ilustre bel. **Ademar Gomes**, presidente da Associação dos Advogados Criminais de São Paulo, na revista *Veja*), conseguindo o defensor, com engenho e arte, criar uma verdade processual que virá beneficiar o acusado.

E tudo estaria muito bem (mais alguém

que fica livre do maldito *contágio carcerário*) se não houvesse aqueles dois dispositivos legais, a afirmarem que, **mesmo sem ter sido parte do feito**, a vítima não mais poderá acionar o causador do seu dano, porque, pela ficção da verdade processual, o fato não existiu ou seu autor não foi aquele que a vítima sabe e pode provar que foi.

No artigo “*A Absolução e Alibi (Não-Autoria)*”, seu ilustre autor em nenhum momento denuncia a clara inconstitucionalidade daqueles dispositivos de lei (*rectius*: sua não recepção), em face do contido no art. 5º da Lei Maior, em seu inciso XXXVI, combinado com o inciso LV do mesmo artigo, que considera somente haver trânsito em julgado (e, portanto, ser imutável a decisão judicial), se tiver sido observado o princípio do contraditório em relação às partes que intervieram no feito.

Ora, nenhuma decisão judicial é oponível *erga omnes* exatamente porque ela não contempla uma **verdade real**, mas tão-somente uma **verdade processual**, de natureza eminentemente formal (“*a coisa julgada faz do branco preto e do redondo quadrado*”, dizia-se nos bancos escolares). Em razão disso, toda decisão judicial tem limitações objetivas e subjetivas (cf. Código de Processo Civil, arts. 468 e 472), não podendo conceder nem tirar

direitos de quem não foi parte no feito.

É certo que no âmbito criminal não se permite, no Brasil, que quem não foi parte no feito (a vítima) possa propor uma nova ação penal, em caso de absolvição do réu. Isso, porém, se dá menos por motivos lógico-processuais do que pelo tratamento privilegiado que a lei dispensa ao réu (o chamado *favor rei*). Esse benefício, de índole especialíssima, porém, não pode implicar em dano aos direitos de terceiros, um dos quais precisamente aquela pessoa que, lesada em seu interesse, pode querer comprovar na esfera civil que o fato efetivamente existiu e que o acusado fora realmente seu autor. Imagine-se um conluio entre promotor e defensor, culminando pela absolvição do réu. Em nome de que princípio ético a vítima deveria suportar as consequências disso?

Daí nossa profunda estranheza diante das conclusões do aludido trabalho, que não levou em conta esses aspectos da questão ali enfocada, sendo que a “solução sugerida” pelo ilustre articulista viria simplesmente a criar mais um caso de manifesta inconstitucionalidade.

O autor é advogado em São Paulo e desembargador aposentado.

ATUAÇÃO DO MP NA ESFERA CRIMINAL. NOVAS TENDÊNCIAS

(Selma Pereira de Santana)

O interrogatório do acusado constitui, seguramente, um dos atos mais importantes no *iter* procedimental de um processo.

Por intermédio do interrogatório, a autoridade judiciária ouve aquele a quem se imputa uma prática delituosa, colhendo e reunindo, também através dele, dados e subsídios que lastrearão o seu convencimento.

Característica básica, pois, do interrogatório, é sua judicialidade, ou seja, cabe ao juiz, e tão-somente a ele, interrogar o réu.

A respeito, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal, no seu artigo 187, estabelece que, nesse ato processual, o defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.

Em sintonia, o Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, o Código de Processo Penal Militar, no seu artigo 303, consigna que não será permitida a intervenção de qualquer pessoa, no aludido ato.

Sob a perspectiva da justiça castrense, trazemos à baila, e somente por ilustração, o fato de que tempo houve em que algumas autoridades judiciárias entendiam que somente elas, na qualidade de magistrados togados, poderiam elaborar perguntas para serem formuladas ao acusado. Com isso, se alijavam do interrogatório os demais membros dos Conselhos de Justiça que, embora militares, exerciam e exercem funções judicantes nesses órgãos colegiados.

Nossa lei processual penal não admite que o defensor faça perguntas no ato de interrogatório do acusado; até mesmo o curador não pode nele interferir; suas atuações atêm-se ao aconselhamento preliminar antes do ato de inquirição, ou, durante sua realização, estar simplesmente presente para fiscalizá-lo, ou, também, para depois reclamar contra erro ou abuso do juiz, acaso perpetrado.

Apesar de o Código de Processo Penal não se referir expressamente ao representante do Ministério Público, é pacífico o entendimento de que a mesma proibição a ele também se estende, em razão do dever de se respeitar o equilíbrio entre as partes, decorrentes do princípio do contraditório ou, melhor ainda, da isonomia processual, princípio daquele derivado.

Tal princípio, aliás, é dogma constitucional, previsto no artigo 5, LV, da Carta Federal, que presuppõe que tanto a acusação como a defesa estão num mesmo plano, em igualdade de condições.

Ademais, o Código de Processo Penal, no seu artigo 394, como, outrossim, o Código de Processo Penal Militar, no seu artigo 399, firmam que é obrigatória a presença do *Parquet* nesse ato, tanto que o mesmo deverá ser cientificado da sua realização.

Entendemos, porém, dever merecer reforma esse posicionamento, especificamente no sentido de que se faculte a intervenção, nesse ato processual, das partes *ex adversis* que, por muitas vezes, e a experiência tem demonstrado, peticionam convergentemente: o Ministério Público e a Defesa.

Antecipando-nos a eventuais questionamentos, firmamo-nos pela incompatibilidade

de dessa intervenção no inquérito policial, em razão da sua natureza inquisitorial e informativa.

Tanto assim é, que a falta de nomeação de curador a indiciado menor de 21 anos e maior de 18 anos não provoca a nulidade da ação penal subsequente. É mera irregularidade. Não se aplica ao fato o consignado no artigo 564, II, c, do CPP e art. 500, III, f, do CPPM, que se referem ao “réu” e não ao “indiciado”.

Entendemos, ainda, que as perguntas das partes não precisariam ser formuladas diretamente ao acusado. O *Parquet* e a Defesa manifestariam suas inquirições ao juiz, e este, então, as apresentaria. Com esse procedimento estaria preservado o caráter de judicialidade do interrogatório.

Com tal afirmação trazemos à tona a velha questão doutrinária, a respeito do ato do interrogatório dever ser considerado como meio de defesa, ou como meio de prova.

José Frederico Marques, em *Elementos de Direito Processual*, vol. 2, acentua que o interrogatório do acusado, frente à sistemática adotada pelo CPP, é meio probatório, porém, considera mais aceitável o entendimento de **Lincoln Prates** de que este ato seja concomitantemente meio de prova e meio de defesa, desde que ele se realize com plena liberdade para o réu.

“*Sarebbe superfluo discutire della necessità e dell'efficienza del interrogatorio, agli effetti della prova: certe astinenze imposte dal sistema accusatorio sarebbero, nei tempi nostri, un vero anacronismo, date le nuove esigenze e gli ampli molteplici sviluppi del moderno processo penale*” (**Eugenio Florian**, *Prove Penale*, 1924, vol. II. p. 10).

O muito conhecido **Fernando da Costa Tourinho** diz que melhor seria denominar tal ato como “declaração”, providência, aliás, de há muito adotada pelo Código de Justiça Militar argentino, que, no seu artigo 235, ao referir-se ao mesmo ato, o intitula de “*Declaración Indagatoria*”. O ilustre processualista afirma que o interrogatório constitui, “indubiosamente”, meio de defesa. Endossam esse mesmo pensamento **Bento de Faria**, **Edgar Costa**, **Lourival Vilela Viana** e **Jorge Alberto Romeiro**.

Julio Fabbrini Mirabete, em obra conhecida, manifesta sua concepção de que o interrogatório possui um caráter misto, ou seja, tanto é meio de prova, quanto de defesa.

Hélio Tornaghi, afirmando tratar-se de uma questão de política processual, complementa dizendo que o ato multireferido, tanto pode ser aproveitado pela lei para servir como expediente de prova, quanto como para ser instrumento de defesa.

Em que pese o entendimento da doutrina dominante, de que esse ato processual possui um caráter duplo, meio de prova e meio de defesa, os Códigos de Processo Penal vigentes o consideram como meio de prova.

A posição topográfica do interrogatório, nos Códigos de Processo, demonstram, com clareza solar, a concepção do legislador, quanto à natureza do mesmo.

No Decreto-Lei nº 3.689/41, Código de Processo Penal, o interrogatório encontra-se

localizado no Capítulo III do Título VII (“Das Provas”) do Livro I; no Decreto-Lei nº 1.002/69, Código de Processo Penal Militar, o mesmo ato processual insere-se no Capítulo II do Título XV (“Dos Atos Probatórios”) do Livro I.

Ora, mesmo havendo dissensões outras, mas existindo consenso de ser o interrogatório meio de prova, por que não se admitir que também o órgão ministerial, como a defesa, intervenham nesse ato?

Se se busca a apuração da verdade real, de como ocorreu o fato, quem o realizou, as condições em que o mesmo foi perpetrado, por que se impedir essa possibilidade? Onde estaria o prejuízo?

Ressalte-se que, ao contrário do que possa inicialmente parecer, o acusado não se sujeitaria a situação processual que o constrangesse, tampouco que redundasse em dano para sua defesa.

Tal se deve à vigência do princípio *nemo tenetur se detegere*, pelo qual ninguém é obrigado a acusar-se, princípio que se encontra, diga-se de passagem, em perfeita harmonia com a Constituição Federal, ao proclamar no seu artigo 5º, LXIII, como garantia constitucional individual, o direito de o réu permanecer calado, sem que tal atitude possa ser interpretada em seu desfavor.

Entendemos, reiterando, dever ser facultada a intervenção das partes no interrogatório, cuja manifestação do acusado há de ser considerada com valor probatório relativo, militando em relação à mesma a presunção *juris tantum*, somente elidida pela compatibilidade com os demais elementos probantes trazidos à instrução.

Faz-se mister ressaltar que, uma vez possibilitada a intervenção das partes no interrogatório, se permitiria a produção de maior número de elementos sobre os quais o juiz se debruçaria para avaliação. Esta, por sua vez, se realizaria sob a perspectiva do Sistema de Apreciação de Provas da Livre Convicção, adstrita, porém, à circunstância de que *quod non est in actis non est in mundo*.

Partindo, agora, para nova argumentação, sabe-se, previamente, que o interrogatório é ato personalíssimo. As perguntas hão de ser formuladas para o réu. Não se pode falar, por conseguinte, em representação, substituição ou sucessão.

Assim, uma vez podendo o acusado ser alvo de perguntas advindas do juiz, do *parquet* e do defensor, não haveria maior probabilidade de se alcançarem mais dados a respeito da prática delituosa, sobretudo do seu elemento subjetivo? Evidentemente, desde que o réu não fizesse uso do seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Sendo o interrogatório realizado dessa forma, não se poderiam colher mais informações que permitiriam uma avaliação mais precisa sobre a causação ou motivação do procedimento do acusado?

Por certo, melhor condição teria o órgão julgador para concluir sobre a tipicidade criminosa, como também para consideração





das circunstâncias judiciais cotejadas para a fixação da pena privativa de liberdade, tal como a intensidade do dolo ou grau de culpa, conduta social, insensibilidade, indiferença ou arrependimento pela prática do fato delituoso.

Ainda, e para exemplificar, melhor lastro teria o julgador para a concessão dos benefícios da suspensão condicional da pena e da suspensão do processo, este último com fincas na Lei nº 9.099/95, com base na presunção de que o sentenciado não voltará a delinquir, como consequência da avaliação dos seus antecedentes, personalidade, circunstâncias do delito e conduta do mesmo.

Outrossim, seria ainda uma melhor oportunidade para, quicá numa primeira observação, se constatar se o criminoso entendeu o caráter ilícito do ato praticado para, posteriormente, encaminhá-lo ao exame pericial apropriado, se for o caso.

Por outro lado, sabe-se, hodiernamente, que o avanço da tecnologia e da informática vem gerando revoluções no mundo jurídico.

Em face disso, tem-se notícia que o eminente juiz de direito de São Paulo, doutor **Luiz Flávio Gomes**, no intuito tão-somente de promover a agilização, desburocratização, segurança e economia processual, tem realizado interrogatórios à distância, ou, como denominam alguns, *on-line*, "virtual".

O muito ilustre magistrado vem realizando interrogatórios de réus presos, através do uso de modernos computadores, interligados em rede. Ele, em seu gabinete, e o réu, no local onde se encontra recolhido, acompanhado por um funcionário da Justiça local, que digita suas respostas.

Tal iniciativa tem sido objeto de questionamentos de inúmeros doutos, que, embora reconheçam que o interrogatório por computador possa agilizar o início da instrução e até mesmo a soltura de alguns acusados, concluem que tal prática prejudica a qualidade da prova colhida.

Para estes últimos, o interrogatório por computador impossibilita uma melhor percepção da personalidade do réu. No entender deles, os gestos, a entonação da voz, a postura do corpo, a emoção do olhar, podem dizer, por vezes, mais que palavras, e transmitir mensagens subliminares ensejadoras de rumos inesperados no feito. Porém, rendendo-se ao avanço tecnológico, que já adentrou no nosso dia-a-dia, defendem a substituição do interrogatório *on-line*, pela "vídeo-conferência", mas tendo consciência de que o Estado brasileiro não tem a menor condição de tornar isso realidade agora.

Em que pesem as discussões sempre fecundas e próprias da seara jurídica, alertamos que nosso entendimento da intervenção das partes nesse ato processual é aplicável em ambas as possibilidades.

É de se lamentar que, na atualidade, têm restado às partes os procedimentos de apresentação de petições que buscam um reinterrogatório ou a interposição de remédios recursais. Esses recursos, além de significarem sobrecarga para os nossos tribunais, afrontam, infelizmente, o ideal da economia temporal e processual.

Por fim, a parte recorrente, ainda quando tenha obtido provimento no recurso interposto, está sujeita à intransigência de algumas autoridades judicantes, que podem insistir em manter o padrão anterior do interrogatório, como, talvez, à insensatez da defesa,

que muitas vezes, julgando ser esse ato um meio de resguardo, instrui o acusado a fazer uso do seu direito de permanecer calado. Do que se conclui, dificultando a realização da justiça, escopo do processo.

Conclusão:

Devem ser superadas as discussões anacrônicas a respeito da natureza jurídica desse ato processual. Paralelo ao direito subjetivo de todo cidadão, há o interesse público, manifestado no anseio de contenção e repressão das condutas delituosas.

Aquele que é inocente negará com abso-luto êxito a imputação que lhe tiver sido formulada, porque nenhum crime houvera praticado.

Mais difícil se apresentará o interrogatório, contudo, para aquele que é culpado. Sua negativa mentirosa o conduzirá a rodeios e malabarismos de raciocínios que, por certo, deixarão rastros, vestígios e contradições, que consubstanciarão circunstâncias probatórias a serem utilizadas pelas autoridades judiciárias nas suas decisões.

Por essa razão, se impõe a necessidade de intervenção das partes no interrogatório, pois que, sem macular a possibilidade do exercício do direito de defesa do acusado, também viabilizado pela garantia constitucional do seu silêncio, se permitirá uma melhor colheita de dados e informações que, certamente, irá possibilitar um delineamento mais aprimorado do evento ocorrido e, dessa forma, se concretize o ideal de realização de justiça.

A autora é promotora da Justiça Militar da União.

IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA CONTRA ADVOGADO

(Eduardo Luiz Santos Cabette)

A Lei nº 9.296, de 24.07.96, que dispõe sobre a interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, veio a cobrir uma lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio, face à necessidade expressa de regulamentação do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Estabelece o diploma sob comento o procedimento legal para a regular realização dessa diligência apuratória, estabelecendo a necessidade de ordem judicial e a fundamentação que sempre deverá estar presente desde o pedido até a concessão da ordem, considerando a excepcionalidade da medida.

Por seu turno, a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), determina em seu artigo 7º, inciso II, que é direito do advogado "ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos de dados, de suas correspondências e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo

caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representação da OAB" (grifo nosso).

Verifica-se *prima facie* que o dispositivo somente excepciona a hipótese de busca e apreensão, mesmo assim condicionando sua realização ao acompanhamento de um representante da OAB, sendo notória a intenção de dispensar ao advogado um tratamento diferenciado, motivado pela necessidade de conferir-lhe garantias que possibilitem o livre exercício de suas funções, hoje acertadamente reconhecidas como "essenciais à justiça" (CF, art. 133).

Portanto, pelo dispositivo legal ora enfocado, é expressa e incondicionalmente vedada a interceptação telefônica contra advogado.

Entendemos que o advento da Lei nº 9.296/96 não teve o condão de alterar esta situação, uma vez que não menciona especificamente o caso de modo a possibilitar a diligência, permanecendo válida a proibição do Estatuto. Esta assertiva estriba-se no fato de que a interceptação telefônica constitui-se em res-

trição aos direitos e garantias individuais.

No caso, haveria necessidade de declaração expressa na lei, nos termos do primeiro verbo do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que estabelece as três hipóteses em que a lei posterior revoga a anterior (quando expressamente o declare, quando seja incompatível e quando regule inteiramente a matéria), uma vez que as demais hipóteses não se coadunam com o quadro sob exame.

Na realidade, a Lei nº 9.296/96, em relação à norma prevista no Estatuto da OAB (art. 7º, II), adapta-se ao previsto no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução, não revogando nem modificando a garantia ali determinada em prol da viabilização de uma efetiva ampla defesa em nosso ordenamento, que pretende caminhar sempre no sentido de contínua manutenção e aprimoramento de um verdadeiro Estado de Direito.

O autor é delegado de polícia em São Paulo.

SERÁ A FUGA UM DIREITO DO PRESO?

(Juvenal Marques Ferreira Filho)

A realidade carcerária do País beira ao caos. As penitenciárias e detenções, por todo o País, estão superlotadas, e os distritos policiais estão abarrotados de presos com sentença transitada em julgado, portanto, presos de responsabilidade da Justiça. Nos grandes centros populacionais, como Rio de Janeiro e São Paulo, ocorrem rebeliões e fugas de presos quase todos os dias, e não raras vezes a Polícia, ao enfrentar aqueles que buscam a liberdade a qualquer custo, se vê obrigada a ferir preso em fuga, resultando desses ferimentos, por vezes, a morte.

As Comissões de Direitos Humanos imediatamente empunham a bandeira daqueles que classificam como "vítimas do sistema social", e acusam a Polícia de violenta e arbitrária, como se esta fosse culpada pela situação calamitosa dos presos no Brasil, onde a condição de encarceramento é degradante, sem a menor possibilidade de recuperação do criminoso.

Partindo dessa triste realidade, alguns membros da sociedade e até mesmo do Direito têm apregoado que a fuga é um direito natural do preso, e essa idéia tem grassado pelas faculdades, e o que é pior, já chegou no sistema prisional, gerando um aumento nas rebeliões e depredações nos xadrezes por parte dos amotinados, que se sentem mais motivados, pois afinal estão exercendo um direito natural.

Por outro lado temos o agente penitenciário, ou mesmo o policial nos distritos, que se sente inseguro, não só pela situação de perigo constante, como também sem saber como deter uma fuga em massa, sem ser indiciado por lesões corporais ou mesmo homicídio, no sagrado dever de impedir fuga de preso.

Em primeiro lugar, em que pesem as formulações filosóficas do Direito Natural, que no entender de muitos que postulam essa concepção é a inspiração do Direito Positivo, a invocação desse "Direito" é inócua, haja vista inexistir em qualquer sistema legal amparo à fuga de pessoa legalmente privada de sua liberdade pelo Estado.

A partir do momento em que o agente transgredir a norma penal e tem como sanção aplicada pelo Estado a supressão do *jus libertatis*, não pode invocar a seu favor um direito natural subjetivo, sem fundamento ou previsão no Direito Positivo, mesmo porque seria um contra-senso o Estado punir o

transgressor de suas leis, e ao mesmo tempo tutelar o direito desse transgressor de se furtar ao cumprimento da pena.

Creio que os que propalam tais idéias, estão a confundir "aspiração natural de liberdade", inerente a qualquer ser vivente, com direito natural à fuga, mesmo porque se estivessem plenamente convictos desse direito, iriam impetrar tantos **mandados de segurança** quantos fossem necessários para que a Polícia cessasse o constrangimento ao **livre exercício do direito de fuga do preso**.

Há aqueles, ainda, que argumentam que a fuga é um direito, tanto que não é tipificada penalmente quando não ocorre violência. Cabe lembrar que o Estado também não sanciona o autor de tentativa de suicídio, nem por isso tem alguém o direito de se suicidar, pois a vida é um bem indisponível. Essas atipicidades são em decorrência de política criminal, e não em decorrência de um direito.

Por fim, não bastassem os melhores argumentos do bom senso, que prevaleça o direito na sua mais clara personificação, que é a lei.

A Constituição Federal, balizadora do direito nacional vigente, estabelece no capítulo destinado à garantia dos direitos e deveres individuais e coletivos, o seguinte:

"Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação de liberdade;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e o sexo do apenado".

A Lei nº 7.210, de 11.07.84 (LEP), dentre outras, estabelece:

"Art. 38 - cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena;

Art. 39, inciso I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

inciso II - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina".

Portanto, à luz do Direito, o funcionário que faz uso moderadamente dos meios necessários, quer seja uma arma ou outro qualquer, a fim de impedir fuga de preso de estabelecimento prisional, e vem em decorrência do uso moderado desses meios, ferir ou matar um preso, não comete crime, por

estar acobertado pela excludente de anti-juricidade do art. 23, inciso III, do Código Penal — estrito cumprimento do dever legal — qual seja o de zelar pela guarda do preso.

No decorrer dos séculos do mundo civilizado, se antagonizaram na formação dos Estados, o Individualismo e o Coletivismo, ora preponderando um sistema, ora outro.

Na lição de **Sahid Maluf (T.G.E., 17ª ed., p. 329)**: "*Individualismo e Coletivismo são extremos do eixo sobre o qual gira a ciência política. O Individualismo caracteriza-se pela supremacia do indivíduo em relação à sociedade e ao Estado; e o Coletivismo, ao revés, só reconhece os direitos da sociedade*".

O Brasil viveu um período de ditadura, onde os direitos individuais foram suplantados em nome da segurança do Estado. Com o reaparecimento da democracia no cenário político brasileiro, os representantes da sociedade na Assembléia Nacional Constituinte inseriram diversos dispositivos que exacerbaram os direitos individuais, em detrimento do poder de polícia do Estado. Há de se ponderar que toda radicalização é prejudicial. Um indivíduo não é a sociedade, e a sociedade não é composta apenas de um indivíduo.

Conforme ensina **Sahid Maluf** (obra citada, p. 325): "*Se o indivíduo se sobrepõe ao Estado, caminha-se para a anarquia, ou então, para a escravização do homem pelo homem. Por outro lado, se assume o Estado uma posição de preeminência absoluta sobre o homem, chega-se ao Estatismo Autoritário, incompatível com a dignidade da pessoa humana, e por isso mesmo, formalmente condenado pelo pensamento cristão*".

O indivíduo que comete um crime, e que mediante processo judicial legal é condenado ao encarceramento, não pode arguir direito natural à liberdade, pois mais importante que seu direito individual é o direito à paz social, que nada mais é do que a vida harmônica dos demais indivíduos também titulares de direitos, mas que não descuraram de seus deveres para com a sociedade, reunião de todos.

A verdadeira cidadania consiste na equidade entre direitos e deveres.

O autor é delegado de polícia em São Vicente/SP.

"VII CONGRESSO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DE CARREIRA"

Será realizado nos dias 09, 10, 11 e 12 de setembro de 1997, no Hotel Casa Grande, Guarujá, São Paulo, o **"VII Congresso Nacional dos Delegados de Polícia de Carreira"** que terá como tema central a **"Reengenharia policial e qualidade de vida"**. O congresso contará com a participação dos seguintes conferencistas: **Michel Temer, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Ernando Uchoa Lima, Fabio Konder Comparato e Sidney Sanches.**

Maiores informações e inscrições - Isatur Viagens e Turismo Ltda. Tel. (011) 222-3722, r. 218.

CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE E CRIMES CONTRA O SISTEMA TRIBUTÁRIO

(Antonio Carlos Barandier)

O artigo 1º da Lei nº 8.137/90, que contempla como crime contra ordem tributário o **suprimir** ou **reduzir** tributo, contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas constantes dos diversos incisos, traduz, irreplicavelmente, ao contrário do direito anterior consubstanciado na Lei nº 4.729/65, figuras puníveis de resultado, crimes materiais. A configuração de tais delitos, consoante o magistério de **Hugo de Brito Machado**, exige que se defina a existência de um tributo devido, para que se possa afirmar a sua supressão, ou redução (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15, p. 235, RT).

Nos últimos tempos, prescindindo do procedimento preparatório, o Ministério Público Federal, lastreado exclusivamente em lançamentos tributários, que podem ser desconstituídos, ofertava denúncias, estabelecendo-se, não poucas vezes, situação de perplexidade: sustentava-se a pretensão punitiva, enquanto a autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário acolhia, no todo ou em parte, a impugnação contra o auto de infração. Mais: as iniciais, lastreadas unicamente nos procedimentos administrativos de lançamento, arrastavam pessoas ao constrangimento de um processo criminal em situações que caracterizavam a odiosa responsabilidade objetiva.

Tais situações originaram-se do Decreto nº 982, de dezembro de 1996, que dispunha sobre a comunicação ao Ministério Público Federal de crimes de natureza tributária e conexos, relacionados com as atividades de fiscalização e lançamento de tributos e contribuições, impondo aos auditores-fiscais do Tesouro Nacional a **representação fiscal para fins penais**.

Adveio a Lei nº 9.430/96 que, no seu art. 83, condicionou o envio da representação fiscal ao MP após proferida decisão final, na

esfera administrativa sobre a exigência do crédito tributário correspondente.

Em apertada síntese, formaram-se duas correntes: uma, que via, na hipótese, **condição de procedibilidade** e outra, atenta à matéria, que é de direito substantivo, que enxergava, no tema, uma **questão prejudicial**. Acenderam-se os debates.

A Procuradoria Geral da República aforou ação de inconstitucionalidade do art. 83, *caput*, da Lei nº 9.430, de 17/12/96, tendo o eminente ministro **Néri da Silveira**, relator (ADIn 1.571), indeferindo a liminar, que alvejava suspender a vigência do dispositivo apontado, consignado: "*Não define o art. 83 da Lei nº 9.430/1996, desse modo, condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo MP, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrada a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente*" (*Informativo STF* nº 64, 2 de maio de 1997).

Evidente que não se cogita de condição de procedibilidade. Esta diz respeito ao processo. No passado, surgiram dificuldades para distingui-la da questão prejudicial, mote do direito material. Por outro lado, na doutrina, não era fácil situar a diferença entre a condição de procedibilidade e a condição objetiva de punibilidade.

O sempre lembrado e citado **Frederico Marques** ensinava: "*A pretensão punitiva pode estar sujeita a condições. Não basta assim a prática de um fato típico, antijurídico e culpável para que surja a punibilidade. Em certos casos, imprescindível se faz, para nascer o direito concreto de punir, que se realize determinada condição: é o que se denomina de condição objetiva de punibilidade*" (*Tratado de Direito Penal*, Vol. 3, p. 315, 2ª edição, 1996, Saraiva, São Paulo). Eis o magistério do acatado

Damásio de Jesus: "*Vimos que, em regra, a prática de um crime faz surgir a punibilidade. Ocorre que, às vezes, a punibilidade ou pretensão punitiva pode estar sujeita a determinadas circunstâncias, denominadas condições objetivas de punibilidade*" (*Direito Penal*, Vol.1, p. 589, 14ª edição, 1990, Saraiva, São Paulo).

Dentre os exemplos extraídos da legislação repressiva, costuma-se destacar, como típica condição objetiva de punibilidade, o decreto de quebra nos crimes falimentares. Não se pode falar em crime tributário sem a definição da existência do tributo devido que, no caso, no art. 83 em tela, é condição objetiva de punibilidade. Consoante a atilada **Kátia Tavares**, em judicioso artigo em homenagem a **Antonio Evaristo de Moraes Filho**, "*o fato é que, sem maiores pesquisas, antes da Lei nº 9.430, de 17/12/96, denúncias eram oferecidas, com base em meras presunções, pois lastreavam-se, apenas, em cópias do auto de infração, impondo ao contribuinte o constrangimento de responder a uma ação penal, antes do término do procedimento fiscal, não ficando, assim, demonstrada a existência da relação jurídica tributária, ou seja, a configuração efetiva do crédito tributário! Por isso, procurou o legislador evitar que o contribuinte fosse processado e, até, condenado, antes de esgotar sua defesa na esfera administrativa e ser, definitivamente, constituído, ou não, o tributo devido*".

No caso, à luz do art. 83 da Lei nº 9.430/96, a pretensão punitiva está sujeita a condição objetiva: a definição do efetivo crédito tributário, a fim de que possa nascer o direito concreto de punir.

O autor é advogado no Rio de Janeiro e professor de Direito Processual Penal da Faculdade Cândido Mendes.

DETERMINISMO, LIVRE ARBÍTRIO E CRIMINALIDADE

(Edilson Santana Gonçalves)

Incontestável, nos dias hodiernos, o famigerado avanço da criminalidade. Multiplicam-se os crimes. Aperfeiçoam-se as suas técnicas. Aumenta-se o número de criminosos, segundo os meios de execução das mais variadas e hediondas operações delituosas. Fracionam-se e instabilizam-se as leis penais, numa tentativa de solução fracassada para o combate à ilicitude que assola todos os quadrantes da vida societária. Em **contrasenso**, procura-se atacar, desordenadamente, os efeitos esquecendo-se das causas.

Angustiante é o drama vivido pelo homem nesse contexto de insegurança e medo, gerados pela crescente violência: sórdida, fria, calculista, premeditada, com evidentes requintes de crueldade.

Muitos são os assassinios, estupros, latro-

cínios, seqüestros, estelionatos, roubos, furtos, e tantos outros delitos que já fazem parte do dia-a-dia das manchetes dos jornais, infelicitando famílias, exterminando a vida.

Criminosos renitentes, malvados, sádicos, conscientemente fazem da sociedade o palco sangüinolento de suas torpezas, despreocupados em diferenciar suas vítimas, que são executadas pelo prazer de praticarem o mal.

Diante de tão deplorável e preocupante situação, buscando identificar as causas das predisposições criminosas e quais os meios que deveriam ser empregados para afastá-las, pergunta-se:

1) **O homem é absolutamente livre, nada lhe restringe (absolutamente nada) a manifestação da vontade para delinqüir?**

ou

2) **O homem é absolutamente subjugado a todas as formas de determinismo (seja o determinismo resultante de pressões glandulares, seja o determinismo psicológico, ou, ainda, o determinismo do meio social) e, por isso, se torna criminoso?**

e, consoante a resposta que se obtenha quanto a tais indagações,

3) **Quais os meios a serem empregados, com eficácia, objetivando afastar, diminuir e/ou controlar a criminalidade?**

No estudo da criminologia, deparamo-nos com várias correntes de idéias, pensamentos e opiniões respeitáveis, que procuram, de per si, definir o crime em seus





variados tipos e a pessoa do criminoso em suas múltiplas características, objetivando também elencar as medidas — **repressivas, corretivas, preventivas e defensivas** — a serem adotadas, com a finalidade de salvaguardar a sociedade, bem como de punir e reeducar o delinqüente.

Nesse quadro, destacam-se: **a) a escola clássica** — embasada no princípio do “livre arbítrio” (absoluto), segundo a qual o crime é produto da livre vontade do delinqüente que, por isso mesmo, deve ser castigado. Proclama: “possei o homem a faculdade de analisar e discernir, como também o poder de livre deliberação” e, como tal, é penalmente responsável; **b) a escola antropológica** — fundada no princípio do “determinismo” orgânico (absoluto). Para essa escola o homem não age espontaneamente, porém conforme a herança. Ele sente, pensa e quer, muito mais por seus avós do que por si mesmo. Dessarte, o delito não é o resultado da livre vontade do delinqüente, mas de fatores biológicos, físicos e sociais, com predominância para os fatores biológicos. É a concepção do criminoso nato; **c) a escola sociológica e/ou eclética** — para a qual o crime é produto do “determinismo” sociológico, resultando, com efeito, exclusivamente, dos fatores sociais. Fulmina o “livre arbítrio” e assenta a responsabilidade penal na responsabilidade moral do criminoso, definindo o direito de punir na condição obrigatória e essencialmente sociável do homem.

De conseguinte, livre de preconceitos, se pode afirmar que tais teorias, embora aparentemente antagônicas, se complementam,

sendo até indispensáveis à formação de um corpo de doutrina que, em linhas gerais, aponte as causas e soluções para a grande problemática da criminalidade. E isso resulta da admissão simultânea dos dois princípios basilares que norteiam as sobreditas teorias: o **livre arbítrio** e o **determinismo**, donde se conclui que:

a) embora possuidor de livre arbítrio, o homem não é absolutamente livre, porquanto muitos fatores lhe restringem a manifestação da vontade; e

b) por outro lado, mesmo sofrendo as influências do meio e da hereditariedade biológica, não é o homem mero objeto de todas as formas de determinismo (seja por comportamento glandular, seja pelas pressões psicológicas, seja pelas contingências sociais).

É o homem, pois, possuidor de um livre arbítrio e submetido a um determinismo relativos, sem deixar de ser responsável por todos os seus atos, na medida de sua culpabilidade.

Deficiências físicas, degenerescências glandulares, podem influir, indubitavelmente, sobre a vontade humana, consoante o grau de evolução moral, educacional e espiritual de cada um; o meio social, igualmente, pode exercer papel coercitivo sobre o querer humano; sem que isso signifique isenção de responsabilidade penal. Negar a existência do livre arbítrio, por sua vez, seria negar uma verdade, mas admiti-lo como tese exclusivista de que o “homem é absolutamente livre e comete crime quem quer”, também não teria consistência.

Conclusivamente, frente ao elevado índice de criminalidade nos dias atuais, torna-se

imperioso que o Estado e a sociedade não se preocupem tão-somente com o crime que é um efeito, porém com as suas causas e, principalmente, com as formas de combatê-las. E, para tanto, identificando o criminoso como um doente, às vezes em estado crônico, adotem medidas urgentes de saneamento moral, educacional e espiritual dos seus membros. Se há criminosos predeterminados, também vigoram no seio da sociedade problemas geradores de crimes: miséria material e moral, analfabetismo, doenças de natureza física e psíquica, velhice abandonada, orfandade, paternidade irresponsável, prostituição infantil, falência do sistema carcerário, abandono, fome, desemprego, preconceito, discriminação, dentre outros tantos males.

A profilaxia recomendável, na espécie, com efeitos concretos sobre estes males, objetivando afastar a criminalidade, dá-se, essencialmente, pela **educação, pela formação moral e espiritual, mediante assistência material, pelo trabalho, pelo fortalecimento da família, pela implantação de efetivos sistemas de saúde e carcerário, pela reformulação de leis, pela independência econômica do Poder Judiciário e do Ministério Público; pelo fortalecimento das diversas polícias nacionais; enfim, pela adoção da tão propalada JUSTIÇA SOCIAL.**

Este é o caminho, o rumo certo, o direcionamento a ser seguido, sem o qual a sociedade correrá graves e sérios perigos de sobrevivência.

O autor é promotor de justiça no Estado do Ceará.

PROVA TESTEMUNHAL E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

(Paulo Henrique Moura Leite)

O princípio do contraditório está umbilicalmente ligado ao da ampla defesa. Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa, mas é essa — como poder correlato ao de ação — que garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório ⁽¹⁾. “A ampla defesa é uma decorrência do princípio do contraditório, porque de nada serviria ouvir sempre a parte se não se lhe desse oportunidade de se defender amplamente. Essa amplitude inclui tanto o poder de discutir como de provar.” ⁽²⁾

Partindo dessa premissa, indagamos: é válida a prova testemunhal no processo penal quando a testemunha limita-se a confirmar o seu depoimento prestado na polícia?

Não resta dúvida que a resposta é negativa.

Com efeito, dispõe textualmente o artigo 203 *in fine*, do Código de Processo Penal Brasileiro que a testemunha deve “relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade” (grifei).

Ora, relatar e explicar, como exige a lei, não é apenas confirmar o depoimento prestado na polícia. Deve a testemunha narrar tudo o que sabe, o que viu e ouviu de

maneira pormenorizada, se possível.

Referido dispositivo legal é um corolário lógico do princípio do contraditório. Urge que as provas colhidas naquele inquisitivo procedimento extrajudicial sejam repetidas em juízo. Só assim a parte contrária poderá ter condições de fazer a contraprova.

Pertinente nos reportarmos, neste momento, a um caso concreto: um juiz da comarca de Araraquara fez expedir carta precatória para a comarca de Ribeirão Preto com a finalidade de oitiva das testemunhas de acusação. O juiz deprecado, ao colher aquelas provas orais, apenas fez constar do termo que o depoente confirmara seu depoimento prestado no inquérito policial.

É evidente, *data venia*, o desvalor probante dessas provas por infringirem violentamente o princípio do contraditório. Ora, como poderia o defensor que acompanhou aqueles depoimentos ter condições de fazer alguma repregunta? Neste caso especificamente, o defensor não tinha sequer, à sua disposição, o inquérito policial para se certificar do que disseram as testemunhas.

Realmente, não é à toa que existe a disposição legal do artigo 203 do CPP supramencionada. Note-se que a lei não contém palavras inúteis, de modo que cabe ao magistrado, no exercício de sua nobilíssima função, utilizar o seu poder jurisdicional para colher corretamente a prova, assegurando oportunidade à parte de interferir na colheita da prova

testemunhal. Nesse sentido: “Prova. Princípio do Contraditório. Toda prova criminal deve ser produzida com a interferência e a possibilidade de oposição pela parte a que possa prejudicar, pois o princípio do contraditório é de aplicação imperativa, abrangendo inclusive, aquela de iniciativa do juiz” ⁽³⁾. E ainda: “A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo, como oposição ou resistência, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento do processo” ⁽⁴⁾.

Destarte, após essa breve explanação podemos concluir, sem sombra de dúvidas, que fulmina sobremaneira o princípio constitucional do contraditório o juiz que se limita a perguntar à testemunha se ela confirma o seu depoimento prestado na fase inquisitiva; portanto desprovida está de valor probante em face do cerceamento de defesa daí resultante.

⁽¹⁾ Ada Pellegrini Grinover. *As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros, ed. 94; p. 104.

⁽²⁾ Artigo jurídico publicado na RT 659/07.

⁽³⁾ Ap. 127.930, TACrim/SP.

⁽⁴⁾ Ada Pellegrini Grinover. *Ob. Cit.* p. 94.

O autor é procurador do Estado-PAJ em Araraquara/SP.

TEATRALIDADE E JUÍZO ORAL

(Edmundo S. Hendler, tradução de José Henrique Pierangeli)

"Trial Advocacy" é o nome que, nos Estados Unidos, se dá a uma particular matéria ensinada nas escolas de Direito. Consistiria em algo como "oratória" ou "técnica de argumentação". Sua inclusão no *curriculum* da carreira da advocacia não constitui simplesmente um excesso de pragmatismo, nem, como freqüentemente se pode pensar, um traço de superficialidade do ensino universitário do Direito, sob angulação anglo-saxã. A advocacia nos Estados Unidos, tal qual a medicina, é uma profissão de pós-graduação, que pressupõe uma preparação prévia dotada de conteúdos universalmente aceitos, que bem pode compensar, e até com acréscimos, muitas limitações curriculares⁽¹⁾.

De qualquer maneira, o fato de ser a argumentação feita oralmente ensinada como uma técnica em si, suscita algumas reservas acerca da qualidade do ensino, ainda quando, ao mesmo tempo, significa uma clara indicação de bens de raiz, e dá importância que se concede à metodologia de juízo oral e público, do qual deriva a necessidade de que os profissionais do Direito possuam uma especial preparação. O assunto possui, na atualidade, contornos ainda mais significativos. Informações recentes apresentam dados anedóticos, que parecem confirmar esta desconfiança. Por um lado, inteiramos-nos de que os advogados no exercício da profissão, os *"trial lawyers"*, estão recorrendo a escolas teatrais para melhorar o seu desempenho. Por outro canto, amplia-se o costume de contratar atores profissionais para que leiam, nas audiências, os conteúdos de depoimentos e perícias feitos por escrito, de maneira que não se perca, em razão da monotonia que a leitura feita por um funcionário cria, a riqueza dos matizes da linguagem exposta⁽²⁾.

Os cursos de *"Trial Advocacy"*, por sua vez, parte são concluídos com a utilização de recursos próprios de modernas técnicas de comunicação. Torna-se cada vez mais comum assistir-se aulas em que, com a ajuda de equipes de gravação em vídeo, os estudantes analisam o seu desempenho diante de tribunais imaginários, constituídos por seus professores e colegas. O mesmo ocorre também nos níveis pós-profissionais. As entidades de advogados matriculados concedem grande importância à análise e avaliação do desempenho dos letrados na audiência pública, e oferecem numerosos programas, muitos deles disponíveis em vídeo, destinados ao aperfeiçoamento daquilo que chamam de *"Art of Advocacy"*⁽³⁾. O mesmo sucede com os membros do Ministério Público. Na esfera federal, o Departamento de Justiça desenvolve, permanentemente, planos para o aperfeiçoamento dos promotores em exercício, que incluem a realização de julgamentos simulados, e neles cada participante pode apreciar a sua própria atuação, com a ajuda de filmagens em vídeo⁽⁴⁾.

O fenômeno descrito apresenta-se para a nossa formação acadêmica clássica, como heterodoxo. Não só as modalidades enraizadas dos sistemas de juízos em que predominam imagens de teatralização. Juízes e advogados ostentam portes solenes que, ainda que possamos suspeitar tratar-se de poses adotadas, transmitem uma mensagem implícita incompatível com a idéia de uma repre-

sentação cênica. Em outras palavras, podemos aceitar a idéia de um juiz ou um advogado fingindo seriedade acadêmica, mas jamais aceitaríamos que francamente o confessasse, ou que venha admitir ter ensaiado gestos ou impostado a voz para convencer sobre os seus argumentos. A idéia subjacente que temos inculcada, é a de que a seriedade das razões que abonam uma boa causa ficaria desmerecida com semelhantes recursos. Os bons argumentos se impõem pela demonstração como os teoremas matemáticos. Nada que possa apelar aos sentimentos não deveria possuir, destarte, alguma influência.

O ato de julgar deve parecer, o mais próximo possível, uma dedução fria, derivada dos postulados contidos na lei, e os fatos têm de ser apreciados mediante uma percepção objetiva, tanto mais eficaz quanto mais parecida a uma análise de laboratório.

É claro que o ato de teatralizar algo tão delicado, como um juízo criminal, sugere uma consequência inadmissível: que alguém seja condenado ou absolvido, conforme possuir, ou não, dotes artísticos. Trata-se, na verdade, de uma objeção fútil. A obscuridade e circunspeção de um processo levado a cabo inteiramente por escrito, não fica isento de uma objeção semelhante. A pena e as habilidades literárias do advogado tenderiam, nesta classe de procedimentos, à mesma influência que a habilidade histriônica no julgamento público.

Em rigorosa verdade, o que se impõe extrair como conclusão de todas estas observações, é algo que a moderna semiologia tem posto em evidência: que a exposição oral possui uma riqueza comunicativa complexa e que corresponde a regras perfeitamente estruturadas. Por sua vez, o teatro é uma forma de comunicação. Se é certo ser ele também ficção, observa **Humberto Eco**, o é enquanto signo. *"E o logra porque o signo teatral pertence aos signos classificados por alguém como naturais e não artificiais, motivados e não arbitrários, analógicos e não condicionais"*⁽⁵⁾.

O Direito, por sua vez, como o tem assinado **Hassemer**, é um fenômeno de comunicação⁽⁶⁾. E o processo judicial, por meio do qual se coloca o Direito em prática nas causas criminais de maior transcendência pressupõe, tal como a representação dramática, uma sorte de purgações dos conflitos que atingem a uma sociedade. Bem se poderia pensar que afora esta, tanto mais do que o resultado do processo em si, é a consequência mais importante que dele deriva. Será em boa hora, então, que uma certa dose de teatralização sobrevenha com a implantação, tantas vezes reclamada e presumivelmente iminente, do juízo oral nos tribunais argentinos.

⁽¹⁾ Para se ter uma idéia da importância que mantém nos Estados Unidos os estudos teóricos e a formação cultural de suas profissões de nível universitário, é ilustrativa uma das regras aprovadas pela American Bar Association, como patamar mínimo para que os títulos expedidos por uma determinada faculdade de Direito sejam suficientes para apresentar-se ao exame de admissão para inscrição em quaisquer Estados da Federação. Exige-se que a faculdade seja parte e esteja situada dentro de uma universidade, que possua ampla biblioteca, especialmente em temas jurídicos e, em geral, que o seu *curriculum*

vá além do estritamente jurídico (American Bar Association, *"Standards for Approval of Law Schools"*, 1987, Standard 210).

⁽²⁾ Informação extraída de um artigo da revista **Time**, de 1º de agosto de 1988. Esclarece ela acerca do estabelecimento de distintos institutos de ensino de artes para advogados e de sua crescente popularidade.

⁽³⁾ Destacam-se os da American Bar Association, através da sua Divisão de Educação Profissional e em consórcio com o "National Institute for Trial Advocacy". Também são importantes os cursos de "Trial Advocacy", que organiza a "Association of Trial Lawyers of America", entidade fundada em 1946, juntamente com o "National College of Advocacy", cuja fundação data de 1971.

⁽⁴⁾ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos conta com uma repartição especialmente encarregada destes planejamentos.

⁽⁵⁾ **Humberto Eco**, *"El Signo Teatral"*, no volume *De Los Espejos y Otros Ensayos*, Barcelona, 1988, Ed. Lumen.

⁽⁶⁾ **Wilfred Hassemer**, *Fundamentos Del Derecho Penal*, Barcelona, 1984, p. 118.

O autor é juiz nacional camarista e professor na Universidade Nacional em Buenos Aires e o tradutor é professor e advogado.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- Associação do Ministério Público do Estado de São Paulo
- 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
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Instituição Toledo de Ensino - Presidente Prudente, SP
- 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
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA