



ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997

Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional."

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: Reclusão de um a três anos e multa."

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previsto no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido."

Art. 2º O art. 140 do Código Penal fica acrescido do seguinte parágrafo:

"Art. 140.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem:

Pena: reclusão de um a três anos e multa."

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário, especialmente o art. 1º da Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, e a Lei nº 8.882, de 3 de junho de 1994.

Brasília, 13 de maio de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

Fernando Henrique Cardoso
Milton Seligman

SINARM

Encontra-se à disposição dos associados, na sede do **IBCCrim**, o Decreto nº 2.222 de 8 de maio de 1997, que regulamenta a Lei nº 9.437/97, a qual institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências.

- Coleção de Monografias - Novo lançamento do IBCCrim

O **IBCCrim**, cumprindo a filosofia de melhor atender a seus associados, está lançando mais um produto, a **"Coleção de Monografias"**, que tem como objetivo a publicação anual de quatro obras inéditas.

Para o lançamento da Coleção, foi editada a excelente obra de **Rui Carlos Machado Alvim**, *"Uma Pequena História das Medidas de Segurança"*, que está sendo enviada gratuitamente aos associados, podendo, ainda, ser adquirida em nossa sede pelos demais interessados.

CURSO

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (**IBCCrim**) e a Associação dos Advogados de São Paulo (**AASP**) promoverão, no período de **16 a 19 de junho**, com início às 19 horas, no auditório "Roger de Carvalho Mange", no Largo de São Francisco, 34, 14º andar, Curso sobre

"Processo Penal:

Avanços e Retrocessos"

sob a coordenação do doutor

Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, conforme o seguinte programa:

Dia 16.06.97 (segunda-feira)

Panorama das Reformas no Processo Penal

Expositor: **Jo Tatsumi**

Dia 17.06.97 (terça-feira)

Crime Organizado

Expositor: **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**

Dia 18.06.97 (quarta-feira)

Revelia

Expositor: **Rogério Lauria Tucci**

Dia 19.06.97 (quinta-feira)

Interceptação Telefônica

Expositor: **Eduardo Augusto Muylaert Antunes**

Outras informações poderão ser obtidas no Setor de Cursos da **AASP**, no Largo de São Francisco, nº 34, 10º andar, ou pelo telefone 239-2488, ramais 151 e 173, das 9 às 17 horas, ou no **IBCCrim** pelo telefone 605- 6482.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

Enriquecendo nosso ementário jurisprudencial e atendendo antiga reivindicação dos associados, comunicamos que a partir desta edição, o **Boletim** contará com nova seção de jurisprudência composta por acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral.

A TENTATIVA DE SUBORDINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO PODER EXECUTIVO: O CASO DO ARTIGO 83 DA LEI Nº 9.430/96

(André de Carvalho Ramos)

Recente alteração legislativa reintroduziu debate inflamado no Direito brasileiro, que vem a ser a vinculação ou não da esfera judicial à esfera administrativa no tocante aos crimes de sonegação fiscal. De fato, o artigo 83 da nova lei do Imposto de Renda (nº 9.430/96) obriga a Receita Federal, em relação aos crimes da Lei nº 8.137/91, a apontar pretensos delitos ao Ministério Público Federal *apenas após encerrado o procedimento administrativo tributário que constate a efetiva sonegação tributária*. Tal alteração vem ao encontro com o desejo daqueles que pregam a necessidade da certeza do Fisco em relação à existência do tributo para que, **somente então**, possa o Ministério Público, enquanto **titular constitucional da ação penal pública**, promover a persecução criminal. Alegam que a decisão administrativa que considere a ação do contribuinte legítima iria tornar uma condenação na área criminal injusta. Como seria possível, dizem os defensores do citado artigo 83, ser condenado por sonegação e ter ao mesmo tempo um “nada deve” do Fisco? Tal contradição aumentaria a insegurança, aniquilando o propósito maior da jurisdição, que é trazer a paz social.

Entretanto, com a devida vênia, **não podemos nos curvar a este sedutor argumento**. De fato, a busca da certeza e do justo é objetivo maior do Direito, com maior ênfase para a área penal, já que nesta área seres humanos lutam pelo mais precioso dos bens, que é a liberdade. Ocorre que, se a justiça nem sempre pode ser alcançada, tendo em vista as imperfeições humanas de todos os operadores do Direito — juízes e promotores inclusos —, **pelo menos a**

certeza no Direito só pode ser obtida no Poder Judiciário. É isto que prega a nossa Constituição, que estabelece o princípio da universalidade da jurisdição, previsto no seu artigo 5º, inciso XXXV. **Tal princípio é verdadeiro direito fundamental da pessoa humana**. Assim, com as garantias que regem o processo judicial e com a imparcialidade do juiz, podemos assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Visto isso, só o Poder Judiciário pode nos dar a certeza da existência ou não de tributo sonegado. A via administrativa não elimina, por exemplo, a possibilidade do contribuinte interpor ação judicial cível para impugnar decisão administrativa final contrária aos seus interesses. **E quanto a ação penal, também esta deveria esperar o resultado da ação cível?** O nosso CPP já responde a este antigo questionamento e nos informa em seu artigo 93 que o juiz pode suspender o processo penal, após a inquirição das testemunhas e realização das provas urgentes. Com isso, suspende-se o processo penal e a prescrição dos crimes, demonstrando o desejo legal de se evitar decisões contraditórias. **Esta decisão que leva a obstrução do processamento normal da ação penal é prolatada pelo próprio Poder Judiciário e não por órgão administrativo**. Assim, toda iniciativa que retire do Poder Judiciário a possibilidade de apreciação de litígio a pretexto de uma suposta necessidade de apreciação prévia por órgão administrativo, **só vem amesquinhar o Direito e a busca da certeza tão almejada**.

É exatamente isto que o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 tentou fazer de maneira imperfeita. Ao impedir que a Receita Federal represente ao Ministério Público Federal, a citada lei criou um obstáculo ao exercício da ação penal pública, e conseqüentemente criou um obstáculo ao Poder Judiciário, **já que este é inerte em sua imparcialidade**. Logo, criou-se, em última ratio, uma vinculação do Poder Judiciário a um órgão do Poder Executivo, o que claramente ofende o princípio constitucional da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição).

Mas não foi gerado um obstáculo intransponível.

De fato, a Lei nº 9.430/96 não poderia ter criado verdadeira condição de procedibilidade como defendem os dignos advogados **Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara** (Boletim do IBCCrim 51/08). Isso pois, analisando o conteúdo do artigo 83 (“*A representação para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público Federal após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência legal do crédito tributário correspondente*”), verifico que o mesmo **só restringe a ação do Fisco — o que nem poderia deixar de ser**.

Como é assente na doutrina, a nova Constituição estabeleceu uma série de tarefas árduas ao Ministério Público, definindo-o como titular da ação penal pública e estabelecendo a necessidade de lei complementar que regulamentaria o Ministério Público Federal, dentro de sua definição constitucional. Mesmo esta lei complementar não poderia subordinar a ação do Ministério Público Federal ao parecer prévio de um órgão administrativo, **pois isso seria obstar a atuação do exercício da própria ação**

penal pública, criando assim um segundo titular da mesma. Sim, pois quem pode impedir tem tanta força quanto quem pode propor.

Se nem mesmo uma lei complementar poderia impedir que o Ministério Público propusesse a ação penal pública, que se dirá de uma lei ordinária referente ao Imposto de Renda?

A Lei nº 9.430/96 criou, dessa forma, **um obstáculo, mas perfeitamente transponível, já que o Ministério Público pode propor a ação penal requisitando informações ou por meio de outros dados disponíveis**.

É preciso lembrar que mesmo o inquérito policial não é peça imprescindível para a propositura da ação penal, como todos sabem. Assim, é claro que o Ministério Público poderá buscar outras fontes de informação, requisitando-as dos órgãos competentes, que deverão prestá-las sob as severas penas da lei, se necessário for.

Esta seria a **interpretação conforme a Constituição**, para que tal artigo passasse pelo crivo de constitucionalidade. Mas nem mesmo esta interpretação é possível, sendo este artigo 83 **flagrantemente inconstitucional**. Isso pois a mera hipótese da existência de um caso concreto em que o Fisco, ao não informar o Ministério Público, possibilitasse a extinção da punibilidade pela prescrição, eiva de vício insanável de inconstitucionalidade o artigo 83.

Ocorre, *in casu*, ofensa simultânea ao princípio da universalidade da jurisdição, ao princípio da separação de poderes e ao princípio constitucional da titularidade do Ministério Público sobre a ação penal pública, pois como já foi dito, nos casos onde o Ministério Público não obtiver as informações necessárias para a propositura da ação penal, os crimes irão prescrever pela mera utilização dos prazos e recursos administrativos tributários. Logo, o Fisco passaria a ser segundo titular da ação penal e também senhor da provocação ou não do Poder Judiciário. **Isso tudo sem contar a ofensa ao princípio da igualdade, pois só os sonegadores de tributo teriam tamanha vantagem do atraso na propositura da ação penal sem que ocorresse suspensão da prescrição**.

Como bem lembra o ilustre **Hugo Nigro Mazzili**, não podemos obstar a ação do Ministério Público no campo da esfera penal. Diz o douto procurador de justiça paulista em relação ao Ministério Público que: “*Na esfera criminal, pode investigar diretamente as infrações penais, bem como tem o mister de promover em juízo a apuração dos delitos e a responsabilização dos seus autores, zelando pelos interesses gerais da sociedade*” (in *Regime Jurídico do Ministério Público*, Ed. Saraiva, 1995, 2ª ed., p. 29).

Além destes argumentos de índole constitucional, gostaria de salientar que, com a devida vênia e admiração pelos nobres ideais perseguidos, **os defensores do artigo 83 devem estar cientes que estão atirando no próprio pé**. No dia em que o Poder Judiciário não for mais capaz de fornecer a sua prestação jurisdicional devido à necessidade de prévia manifestação de órgão administrativo, então estaremos a um passo da submissão do citado Poder.

O procedimento administrativo passaria a ter mais força que o processo judicial.



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTB. 6372)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 16.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP -
Tels. (011) 607-6743,
605-6482 e 605-4607
http://www.mgnet.com.br/ibccrim.
e-mail:ibccrim@mgnet.com.br



Estariamos criando, finalmente, a porta de entrada para uma espécie *mascarada e manca* de contencioso administrativo, pois bastam ser os prazos de impugnação administrativa elásticos e os recursos inúmeros para que os crimes prescrevam. **Dado o primeiro passo, o que nos espera?** Por exemplo, na área não-penal, que tal novas leis (também inconstitucionais) que condicionassem o uso do mandado de segurança à prévia utilização e esgotamento do procedimento administrativo e os seus recursos? **Não é necessário maior exemplo do que este para nos mostrar o futuro que se avizinha.**

Assim, não foi surpresa a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 1.571, promovida pelo procurador-geral da república, com base em representação dos procuradores da república de São Paulo, atacando o citado artigo 83. Apesar de negar a liminar, adotou o Excelso Pretório o lado daqueles que defendem que a vedação administrativa à Receita Federal não criou condição de procedibilidade no âmbito do processo penal. Disse o ilustre relator ministro **Néri da Silveira** que: “*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*”.

Assim, além da recente posição do Supremo Tribunal Federal, urge a manifestação dos órgãos e das pessoas que pregam a democratização e a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público. Só com a independência dos promotores que conseguiremos a independência dos juizes. **E só com a independência destes agentes políticos, sem que haja subordinação a órgãos administrativos,** que podemos obter justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana, metas estas tão almeçadas por todos.

(O autor é procurador da república, doutorando em Direito pela USP e professor de Direito Constitucional na Universidade São Judas Tadeu).

AINDA A PROPÓSITO DA LEI Nº 9.430/96

(Eugênio Pacelli de Oliveira)

O Boletim do IBCCrim nº 51, de fevereiro de 1997, traz mais duas recentes reflexões sobre as disposições contidas no art. 83 da Lei 9.430/96, que, como se sabe, condiciona a “representação fiscal para fins penais” ao esaurimento da atividade administrativa no âmbito da Receita Federal. Sustentam ambas, uma em sede jurisprudencial e outra de fonte doutrinária, que a modificação introduzida pela aludida Lei nº 9.430/96 importaria na alteração da própria natureza jurídica da ação penal prevista para os chamados crimes contra a ordem tributária, que, assim, teria se transformado, de **pública**, em **pública condicionada**, porque dependente de “representação” da Receita Federal, configurando esta, então, indispensável **condição de procedibilidade da ação penal**.

O equívoco de semelhante posicionamento, *data venia*, é de fácil e necessária constatação.

Eslareça-se, por primeiro, que a “representação fiscal para fins penais” tem origem e sua razão de ser no **dever** imposto a todo **servidor público de noticiar** às autoridades competentes qualquer infração penal de que tenha conhecimento (art. 116, Lei nº 8.112/90, na Administração Federal). No âmbito da Receita Federal, tal **dever** foi expressamente consignado no Decreto nº 982, de 12 de novembro de 1993, onde, inclusive, se fez constar que “...a representação será instruída com cópias de todos os autos de infração ou cópias das notificações de lançamento expedidas, seguidas dos demais termos e atos lavrados, diligências e perícias realizadas, ... com indicação clara das circunstâncias e provas razoáveis ao convencimento do Ministério Público, de modo a viabilizar o oferecimento imediato da denúncia” (art. 3º § 2º). No mesmo dispositivo, e revelando, mais uma vez, a **natureza e a finalidade** do procedimento consignou-se que “...A representação de que trata este Decreto... conterá: I - a exposição minuciosa dos fatos e das providências tomadas no art. 2º; II - elementos caracterizadores do ilícito...”.

Tem-se, portanto, que a “representação fiscal” outra coisa não é, e nunca foi, senão a conhecidíssima *notitia criminis*, prevista genericamente na norma do art. 27 do Código de Processo Penal (“...fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção...”), permitida, de resto, a “qualquer pessoa do povo”. Trata-se, pois, de expediente destinado a mera **provocação** da autoridade detentora da **iniciativa da ação penal pública**, que é o órgão do Ministério Público.

Mas não é só.

Ao se sustentar que a “representação fiscal” teria se transformado em “condição de procedi-

bilidade” da ação penal — e assim o fizeram os ilustres subscritores das manifestações objeto destas poucas linhas — pretendeu-se, na verdade, **conceder** aos órgãos fazendários atribuições e competência que não lhes reconhece a Constituição da República. Mais. Atribuições e competência que o **texto** constitucional — fora do alcance, como se sabe, da legislação ordinária — defere e reserva **expressamente** ao Ministério Público, titular que é da ação penal pública.

E do poder-dever constitucional da ação penal pública decorre indubitavelmente a **privatividade** da valoração **jurídico-penal** de qualquer conduta que eventualmente venha a configurar crime cuja persecução criminal seja atribuição do *parquet*, seja qual for a leitura que se faça do art. 83 da Lei nº 9.430/96. Obviamente não se está negando a competência do Poder Judiciário para **rejeitar** o juízo de valor emitido na **denúncia**, no que se refere à imputação criminal, até porque decisão desta natureza é própria da atividade judicante. Pretende-se, ao contrário e precisamente, a delimitação e demarcação da área de competência **constitucional** dos órgãos responsáveis pela administração da justiça.

De se ver, então, e desde logo, que as chamadas “condições de procedibilidade” não interferem com a apreciação de valor (subsunção do fato à norma) da conduta típica.

Requisição do Ministro da Justiça e apresentação do ofendido, como se deveria saber, são condições objetivas de punibilidade não porque se defere a tais pessoas a **valoração** da natureza **criminal** ou não de determinadas condutas, mas, muito ao contrário, por que se reserva a eles o juízo de **oportunidade e pertinência** da ação penal, dado que, por força de reconhecimento legal, possuem os mesmos o direito de tutela dos interesses violados. Mas, repita-se, a apreciação da eventual conformação do fato à norma penal permanecerá, sempre, na esfera da **livre convicção** do órgão detentor da iniciativa da persecução penal.

De outro lado, assentada a natureza **discricionária da representação** de que cuida a ação penal pública **condicionada** (e cuja acepção é equivalente à de **autorização, consentimento**) não se pode acreditar que aqueles que vêm na “representação fiscal para fins penais” uma verdadeira condição de **procedibilidade** e não simples *notitia criminis*, estejam a sustentar que a Receita Federal teria sido o órgão “escolhido” pelo legislador para aferir da **oportunidade e conveniência** da instauração da persecução penal, como se a ela fosse atribuído o papel de representante do **ofendido (erário)**, já que a espécie não é a de **requisição ministerial**.

Uma última palavra. Não há, por fim, como

sustentar a vinculação (e submissão) da instância criminal à instância administrativa e nem que “...não havendo ilícito tributário, não se pode pensar na existência de ilícito penal...” (Boletim 51/181, Jurisprudência do TRF).

É que, como se tem certeza, a obrigação tributária nasce com o **fato gerador** e não com o lançamento, cujos efeitos são meramente **declaratórios** (arts. 113 e 142 do C.T.N.). Registre-se, ainda, nos termos do art. 140 do mesmo Código Tributário Nacional, que mesmo as circunstâncias que modificam o crédito tributário ou excluem a sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem. Assim, nascida esta, o agente que, v. g., **falsificar ou alterar nota fiscal** ou que **inserir elementos inexatos** em documentos ou livro exigido pela lei fiscal, estará, em tese, **reduzindo ou suprimindo** tributo (art. 1º da Lei nº 8.137/90) com o que se legitimará a pronta instauração de procedimento investigatório, seja pela autoridade policial, de ofício ou a requerimento do juiz ou do *parquet*, ou mesmo no âmbito do Ministério Público Federal (art. 8º, V, da Lei Complementar nº 75/93).

Feitas tais considerações, é de se concluir que: a) o comando normativo do art. 83 da Lei nº 9.430/96 teve o objetivo **único** de uniformizar os procedimentos administrativos **no âmbito da Receita Federal**, diferindo o momento do exercício do dever de **noticiar** a prática de infração penal para a fase final do procedimento administrativo-tributário (tanto o fundamento quanto o fim perseguido são obviamente **arrecadatórios**, diante do que dispõe o art. 34 da Lei nº 9.249/95); b) a conclusão, positiva ou negativa, da Receita acerca de determinado fato objeto de procedimento administrativo **não tem qualquer relevância** no que diz com a valoração **jurídico-penal** que dele fizer o Ministério Público; c) o órgão do Ministério Público que tiver conhecimento de qualquer infração penal contra a ordem tributária poderá “*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*” (art. 129, VIII, da C.F.) para a apuração imediata dos fatos, podendo oferecer a denúncia **independentemente** da apuração feita pela Receita Federal, que, inclusive, é **obrigada** a apresentar toda a documentação e peças que lhe forem **requisitadas** (art. 8º, II, L.C. 75/93); d) “representação fiscal para fins penais” é mera *notitia criminis*, não interferindo com qualquer **condição da ação penal pública**, que, assim, **pública e incondicionada** permanece.

O autor é ex-procurador do estado de Minas Gerais, procurador da república em Minas Gerais, prof. de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito Milton Campos.

A CONCESSÃO DE OFÍCIO DA SUSPENSÃO PROCESSUAL E O PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO NA JUSTIÇA FEDERAL

(Alberto Zacharias Toron)

Ao interpretar o artigo 89 da Lei 9.099/95, boa parte da doutrina tem assinalado que o instituto da suspensão processual apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, assim, cria para o Ministério Público uma situação de discricionariedade regrada, não podendo o juiz, em consequência, conceder a suspensão *ex-officio* (Ada Pellegrini e outros em *Juizados Especiais Criminais*, SP, ed. RT, 1995, p. 210, Pedro Demercian e outro: *Juizados Especiais Criminais*, SP, Aide, 1996, pp. 49/50 e Afrânio da Silva Jardim: *Juizados Especiais Criminais - Lei 9.099/95*, Associação Mineira do MP, nº 02, p. 72). Em trabalho publicado logo após a vigência do diploma em exame, no *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* nº 35 (novembro/1995, "Drogas: novas perspectivas com a Lei nº 9.099/95"), cheguei a sustentar o acerto desta inteligência, alvitrando, para se escapar do draconianismo isolado de um ou outro promotor de justiça, que o magistrado, discordando do posicionamento ministerial em não propor a suspensão, poderia, no máximo, por analogia, invocar o disposto no artigo 28 do CPP e colher o pronunciamento do chefe da instituição.

Sem embargo, este entendimento não tem merecido o aplauso da jurisprudência, principalmente a do E. TACrim-SP, bem como a do Col. TJSP (AC 158.135-3, rel. des. **Deviene Ferraz**), como se lê no corpo deste v. acórdão:

"Com efeito, o réu que preenche os requisitos exigidos pelo artigo 89 e seus parágrafos da Lei nº 9.099/95 tem o direito de requerer a suspensão do processo, mesmo quando o Ministério Público não formula a proposta..."

Na hipótese do Ministério Público não efetuar a proposta e o réu não a requerer, o juiz tem o dever de propô-la de ofício, pois se cuida de um direito do réu. Essa obrigação do magistrado decorre do fato de que qualquer direito do réu, em matéria penal, deve ser apreciado pelo Poder Judiciário mesmo na ausência de pedido expresso."

Aliás, pioneiramente, o eminente ministro **Vicente Cernicchiaro**, em palestra proferida na sede da Apamagis, em evento promovido pelo IBCCrim, advertia para o fato de que *"...Nesse quadrante, não fica a critério do membro do Ministério Público (mais rigoroso ou mais tolerante) propor a suspensão do processo. A suspensão é direito do acusado. Consequentemente, obrigação do Ministério Público. Reunidas as condições, impõe-se sugerir-la"* (Bol. IBCCrim nº 36/04).

Nesse mesmo sentido, o preclaro juiz **Luis Flávio Gomes**, em seu artigo "Sobre a natureza jurídica da proposta do Ministério Público na suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89)", publicado tanto na magnífica coletânea "Doutrina 1", coordenada pelo eminente magistrado **James Tubenchlak**, quanto na prestigiosa *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, coordenada pelo eminente professor **Figueiredo Dias** (abril/junho de 1996), dissertando sobre o caráter de direito público subjetivo do instituto em foco, enfatiza: *"...e tudo porque a suspensão é também um processo (despenalizador) de individualização da resposta estatal que leva à extinção da punibilidade. Exatamente porque é via alternativa com esse caráter penal, pode-se falar em direito público subjetivo do acusado, desde que preenchidos todos os seus requisitos legais. E direito público não pode ficar sem amparo*

judicial. A perda da bilateralidade (explícita) do instituto, como se vê, é sacrifício menor que o de não amparar um direito público subjetivo. O escopo mais profundo da suspensão do processo é concretizar um novo modelo de política criminal, que não pode sucumbir diante de uma recusa não amparada no ordenamento jurídico" (RJ, ed. Instituto de Direito, 1996, p. 146). Não é outro o preciso escólio do professor **Damásio de Jesus**, para quem o juiz **pode** agir de ofício se entender cabível a suspensão processual (*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, SP, ed. Saraiva, 3ª ed., 1996, p. 112).

O assunto, pela sua importância, carecia de um pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Assim, num caso de suposta violação ao art. 335 do Código Penal, que atina com "fraude em concorrência", o representante do Ministério Público, mesmo reconhecendo que a reprimenda abstratamente cominada (detenção de seis meses a dois anos ou multa), além da primariedade e ausência de antecedentes dos agentes, autorizavam a proposta da suspensão, deixou de lançá-la em face, resumidamente, da *gravidade dos fatos*.

O E. TACrim-SP, por sua 16ª Câmara, embora desposando o entendimento de que o instituto em foco representa um direito público subjetivo, não vislumbrou nenhuma ilegalidade no proceder do juiz que se limitou a remeter o feito ao procurador geral da Justiça. Por isso, à unanimidade de votos, denegou o *Habeas-Corpus* nº 298.404/1.

Com esta decisão abriu-se a possibilidade de o STJ apreciar o tema. E, com efeito, no *Habeas-Corpus* nº 5.494/SP a matéria foi amplamente discutida e mesmo contra o voto do relator originário, min. **William Patterson**, concedeu-se a ordem prestigiando-se a idéia de que o instituto representa mesmo um direito público subjetivo. Dessa forma, não pode ficar sem tutela jurisdicional, cabendo ao juiz em face da inércia ou recusa ministerial, **de ofício**, conceder o *sursis* processual quando divisar a presença de seus pressupostos. No plenário da Col. 6ª Turma, o min. **Cernicchiaro**, que será o relator designado para o acórdão, protagonizou a longa discussão que se travou com o relator, que acabou ficando isolado.

O acórdão tem a seguinte ementa:

"O artigo 89 da Lei 9.099/95 é de natureza dúplice. Penal quando enseja tratamento mais favorável. Aplicação imediata e incondicional, por força da Carta Política. Processual, no tocante ao procedimento. A suspensão condicional, sendo direito público subjetivo do acusado, gera obrigação de o Ministério Público expor as condições. Em havendo recusa, por entender inexistentes as condições objetivas e subjetivas, o juiz precisa decidir. Inadequado aplicar, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal; aqui o objeto é a ação penal. Lá foi iniciada a ação penal. A suspensão do processo é diversa. O juiz, ao receber a proposta, não é mero chancelador: poderá recusá-la, inteira ou parcialmente. Desenvolve juízo de valor, inclusive de oportunidade. O magistrado, assim, deve dar o impulso processual (não substituir o Ministério Público quanto a legitimidade para a ação penal (j. 09.04.97, DJU 19.05.97, seção I)."

Aliás, a decisão majoritária afina-se com a interpretação de nº 13 dada pela Comissão Nacional de reforma do Código de Processo Penal composta pelos ministros **Sálvio Figueiredo**, **Fontes de Alencar**, **Rosado de Aguiar**,

desembargadores **Weber Martins Batista**, **Fátima Nancu Andriighi**, **Sidnei Beneti**, juiz **Lúiz Flávio Gomes** e professores **Ada Pellegrini Grinover** e **Rogério Lauria Tucci**, quando reunida em Belo Horizonte em 27/10/95.

Para finalizar este tópico, parece que o instituto do *sursis* processual começa a ganhar uma interpretação similar a da suspensão condicional da pena que, no início, como revela o professor **Nilo Batista**, encontrou enorme resistência do Judiciário quanto à sua aplicação e, hoje, ninguém contende, é direito público subjetivo e **deve** ser concedido quando presentes as condições legais (cf. "Alternativas à prisão no Brasil", in *Criminologia Crítica*, Pará, ed. Cejup, 1990, p. 125 e ss.).

Outra questão que tem gerado alguma controvérsia é a de se saber se o procedimento simplificado previsto pelos artigos 69 e seguintes tem lugar em crimes da competência da Justiça Federal. Não poucos sustentam a impossibilidade de sua aplicação pelo fato de a Constituição Federal não ter previsto no art. 98 a criação dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e, bem assim, a regra contida no art. 1º da própria Lei 9.099/95 (**Pedro Demercian** e outro: *Juizados Especiais Criminais*, ob. cit., p. 30).

O tema, sob este enfoque, não parece bem posto porque se as regras previstas no procedimento simplificado permitem a extinção da punibilidade sem o processo, mediante transação ou composição civil, não parece possível excluir a incidência da lei penal que tem caráter processual, mas consequências penais (STF, RT 736/563), do âmbito da Justiça Federal. Primeiramente, porque não há na sistemática constitucional vigente qualquer indicação de que o legislador quisesse romper com a unidade do tratamento penal dispensado a acusados no terreno da Justiça Estadual e no da Federal. Ao contrário, o que se depreende da Constituição é que a competência **privativa** da União para legislar em matéria penal e processual penal visa a assegurar um tratamento paritário entre os acusados. Depois, como bem observado pela professora **Ada Pellegrini Grinover** e outros (*Juizados Especiais Criminais*, ob. cit., p. 95) não é a instalação de juizados especiais que define a possibilidade da aplicação do ritual mais benéfico previsto pela Lei 9.099/95. Tanto assim, que em São Paulo, para citar apenas um exemplo, os juizes das Varas Criminais têm invariavelmente aplicado os institutos da transação e outros.

A propósito, a já citada Comissão Nacional, na sua interpretação à lei em estudo, definiu que *"são aplicáveis pelos juízos comuns (estadual e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei 9.099/95, como a composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), transação (arts. 72 e 76), representação (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89)".*

Agora, no *Habeas-Corpus* nº 96.04.56769, a 1ª Turma do TRF da 4ª Região, em acórdão que terá como relator designado o ilustre juiz **Volkmer de Castilho**, decidiu-se pela aplicabilidade dos preceitos da Lei 9.099/95, à vista da pena máxima cominada em abstrato (DJ, seção II, 9/4/97).

O autor é advogado em São Paulo, professor de Direito Penal na PUC-SP e mestre em Direito Penal pela USP.

O FURTO DESDE A LEI Nº 9.426/96

(Roberto Wagner Battochio Casolato)

Em 26 de dezembro último vinha a lume a Lei de nº 9.426 para introduzir significantes alterações no Código Penal. O delito de furto, dentre outros, mereceu a consideração do legislador que acrescentou um novo parágrafo ao artigo 155. Escrevemos, então, para oferecer algumas considerações acerca de que realidades defluiriam da modificação havida. Evidente que as hipóteses que se sujeitarão à jurisdição deverão abrir, com o tempo, novas perspectivas conceituais e, mesmo, ensejar a revisão e o aprimoramento das posições doutrinariamente hauridas. Cabe, como quer que seja, refletir e suscitar a discussão.

Pois bem: o furto, mercê do novo § 5º do art. 155, ora exhibe outra possibilidade de prática qualificada. Com efeito, a norma do recém-criado parágrafo ostenta a natureza de qualificadora, uma vez que apresenta um preceito sancionador (preceito secundário, sanção) próprio, autônomo, diverso dos demais que há no artigo, cominando-se ali, em mínimo e máximo abstratamente fixados, uma pena reclusiva distinta da cominada no furto simples e da que figura na norma (igualmente) qualificadora do § 4º. Assim, “*A pena é reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.*”

Como se percebe, a figura acena com um **objeto material específico** — o *veículo automotor* — e com um elemento típico que parece se configurar num **evento superveniente à consumação do delito** — o *transporte do referido veículo ao território de outro Estado da Federação ou ao de país estrangeiro*.

Por veículo automotor haveremos de entender aquele que é dotado de motor próprio, e, portanto, capaz de se locomover em virtude do impulso (propulsão) ali produzido. Serão os carros, camionetes, ônibus, caminhões, tratores, motocicletas (e assemelhados) mas também as embarcações e aeronaves, em uma perspectiva de menor incidência prática. Não imaginamos nenhuma maior dificuldade para a adequação casuística do elemento típico que dá a saber qual o objeto sobre que incidirá a conduta de subtrair.

Interessa-nos, então, analisar a expressão legal “*que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior*”.

Inicialmente o que vemos é a necessidade, para que incida, na plenitude, a norma exasperadora do § 5º, de que o automotor seja, de fato, transportado para além das fronteiras do Estado brasileiro em que se deu sua subtração ou, na segunda possibilidade típica, para além das fronteiras nacionais. Há exigência no sentido de que o veículo, objeto da subtração, **venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior**. Logo, se o veículo furtado não vier a ser transportado (deslocado) para os seus destinos “típicos”, alcançando-os, a qualificadora, em sua plenitude, não deverá caber. Qualquer tentativa de contornar a letra da lei, invocando como bastante a prova da intenção de transportar, ou a prova de que, com o veículo ainda nos limites do Estado de origem, o transporte já se iniciara, será, a nosso ver, subverter, em detrimento das garantias de liberdade que consagra, o princípio da

legalidade. O fato deverá então ser tratado como furto — consumado — simples (algo que raramente se dará), ou, diante da (bastante provável) presença de uma (ou algumas) das demais qualificadoras do crime, encontrar subsunção no § 4º do artigo, com previsão de 2 a 8 anos de reclusão. O transporte que se frustrou, viria, a nosso ver, como **circunstância judicial de fixação de pena** (da pena-base), à luz do artigo 59, do Código Penal (“circunstância do crime”), atuando no sentido de exasperar a reprimenda, nesse primeiro momento dosimétrico.

De outra parte, não vemos óbice a que se admita a teórica possibilidade de tentativa da figura qualificada, quando a subtração não se realizar e restar suficientemente demonstrado que o veículo automotor, se efetivamente subtraído fosse, seria, com a ciência e anuência do ladrão, ou por ele mesmo, transportado nos termos do parágrafo. A hipótese seria como a do agente que tenta produzir entorpecente para um comprovado tráfico frustrado com o estrangeiro, situação que invocaria a norma de aumento de pena do art. 18, I, da Lei de Tóxicos sem embargo da diminuição pelo *conatus*. O dolo que, na hipótese qualificada, é de se estender para abarcar o transporte (ao final irrealizado), se devidamente comprovado, poderia ensejar a incriminação da figura tentada no modelo do § 5º. Mas, parece-nos, consumado que se faça o furto e só com a efetiva superveniência do **evento** qualificador é que se irá deslocar a subsunção da conduta para o referido quinto parágrafo. Sim, porque não seria de boa técnica, pensamos, afirmar uma **tentativa de furto** qualificada se o veículo for de fato subtraído (tirado para além da esfera de disponibilidade da vítima), mas não transportado como requer o tipo do § 5º. Terá havido, aí, uma subtração **consumada**, afinal, a ser tratada consoante propusemos acima.

O ruim de tudo isso é que a pena de uma subtração consumada (furto simples de veículo consumado — 1 ano de reclusão, na pena mínima) equivaleria, em princípio, a de uma prática apenas tentada (furto tentado de veículo que, se subtraído fosse, viria a ser transportado nos termos do § 5º)...

Fato é que o legislador se houve com infelicidade. Se a intenção era — como se nos afigura — agravar a pena do ladrão que inicia o movimento da criminalidade que se organizou à luz do comércio clandestino de carros subtraídos (furtados e roubados), comércio que se operacionaliza basicamente através do binômio furto (roubo) e receptação, então talvez fosse melhor recrudescer a pena só a partir de uma demonstrada **intenção** de envio do veículo para longe do Estado do furto (a norma poderia ser redigida: “se a subtração for de veículo automotor *que se pretenda transportar para outro Estado ou para o exterior*”). Tem-se, todavia, que a lei fala em um objeto material que “**venha a ser transportado**” para um dentre dois específicos dois destinos, cabendo portanto, exigir-se que tal evento se caracterize, tão plenamente como aparece na descrição da norma legal. **Vir a ser** é ocorrer, é realizar-se, é acontecer.

Mais: não bastará, pensamos, que o veículo seja efetivamente transportado para além fronteiras. Importará sempre a demonstração de que o dolo que moveu o ladrão abranja

também tal realidade (ainda que se faça um dolo eventual). Isso mesmo: a pena do furtador só é de vir qualificada se ele souber que o veículo que subtraiu será levado a um dos destinos tipificados. Dizemos isso porque da norma, que nada especifica a respeito, se pode depreender que o **transporte pode vir realizado não só pelo próprio ladrão, mas, igualmente, por qualquer outra pessoa**.

Reconhecemos que tal ciência poderá até mesmo se dar depois da consumação da subtração, desde que ele, ladrão, anua, consenta em que o automotor por ele furtado seja então transportado como demanda a norma de exasperação. Havendo, como elemento típico, um evento **subseqüente** à prática da conduta básica — parece-nos evidente que, diante da (infeliz) redação legal, o *transporte só se poderá dar depois de o veículo ter sido subtraído em um específico Estado* uma vez que a norma não fala em subtração de um veículo que “esteja sendo” mas, sim, em uma subtração (anterior) de um veículo que (então posteriormente) “venha a ser” transportado a um dos dois destinos — não vemos mal algum em que a voluntariedade dolosa só se exhiba, *no atinente a tal circunstância da figura típica qualificada (do tipo de delito derivado inserido na norma qualificadora)*, que é estabelecida em uma ocorrência **posterior** à conduta nuclear, **depois** de ter o agente cometido mencionada conduta nuclear.

Quando o furto vier consumado **durante** o transporte do veículo rumo ao exterior (ou a outro Estado brasileiro) a figura talvez remanesça mas à luz do argumento de que após a subtração, o veículo que então já se achava sob a plena disposição do agente, continuou sendo transportado, com a divisão do movimento de transportar em duas partes, uma primeira, que corria antes do furto, e uma segunda, posterior à subtração, esta última dependente da vontade do ladrão. Aí, dir-se-á, depois do furto consumado, seguiu-se (na verdade, prosseguiu) o transporte ao exterior (outro Estado da Federação), evento determinado pelo autor do furto... Logo, terá havido a subtração de um veículo que, então, veio a ser transportado ao destino típico.

Ainda: a **mesma Lei nº 9.426** que faz expressa referência ao fato de ser o veículo automotor **transportado** para outro Estado (país), estabeleceu uma indisputável diferenciação conceitual entre **transportar** e **conduzir**, de sorte que as formas de conduta não se haveriam de confundir. Com efeito, alertados que fomos por um de nossos alunos, pudemos verificar que **esse mesmo diploma de dezembro de 1996** trouxe para o tipo legal da receptação (art. 180) duas novas condutas nucleares: “transportar” e “conduzir”. Ora, num crime que se estrutura em um tipo de conduta múltipla alternativa (crime de conteúdo variado ou de tipo misto alternativo, como preferem alguns autores) os núcleos verbais não se apresentam (nem são de se apresentar) suscetíveis de confusão, pena de uma inadmissível ociosidade da letra da lei, logo, será razoável extrair-se a conclusão de que para o legislador que escreveu o tipo do § 5º do artigo 155 — e nele alojou somente a expressão “transportado” — **transportar tem um significado e conduzir, outro**. Que-





remos, com isso, dizer que viria compreensível o fato de não se permitir a qualificadora quando o veículo automotor furtado viesse a ser **conduzido** — conduta que, podemos imaginar, será desenvolvida quando o agente (o ladrão ou terceira pessoa, não importa) venha a **guiar** o próprio veículo subtraído **que se impulsionará (com força de propulsão gerada pelo motor que tem a impeli-lo)**, mercê do comando de quem o dirige (conduz) — a outro Estado ou país, pena de um alargamento da hipótese típica ensejado pelo método analógico em outra clara subversão do princípio da legalidade. Logo, o § 5º, nos termos em que escrito e em virtude de uma interpretação sistemática das expressões utilizadas pela Lei nº 9.246/96, parece acenar com a (evidentemente não desejada) única hipótese de o veículo automotor ser levado “a bordo” de outro (transportado) para sua destinação...

Ora, poder-se-á contrapor a lógica a tal argumentação. Não faz sentido sancionar mais duramente a conduta se o veículo é transportado e ignorar tal exasperação se é ele conduzido. Em ambas as situações, afinal, o objeto material é **levado ao exterior ou a outro Estado**. Imaginamos, bem por isso, que a jurisprudência deverá tomar o núcleo **transportar** por abrangente da conduta de conduzir.

Compreensível, lógico, mas atécnico e, então, suscetível de impugnação defensiva...

Há, como se vê, iniquidade no quadro legal instituído, algo que os aplicadores das normas ora postas para vigor terão de corrigir.

Avançando, não temos como compatibilizar a nova qualificadora com as demais figuras de qualificação que lhe preexistem e se abrigam no já referido § 4º. Não porque as realidades fáticas estabelecidas nos dispositivos sejam impossíveis — é perfeitamente razoável imaginar um furto de automotor que venha transportado para o exterior levado a cabo por três agentes, com rompimento de obstáculo (o portão da garagem) e uso de chave falsa —, mas porque não há como conciliar dois preceitos secundários autônomos, distintos entre si. Ou a pena vai ser dosada à vista de uma prevista reclusão de 2 a 8 anos, e multa (§ 4º), ou de uma previsão de reclusão de 3 a 8, **sem multa** (§ 5º). Assim, apresentem-se os elementos caracterizadores do § 5º e os fatos alistados nos incisos do § 4º deverão vir utilizados como **circunstâncias judiciais de fixação da pena**, a teor do já mencionado artigo 59 do Código (seriam “circunstâncias do crime”), já que não se abrigam no rol das **agravantes genéricas**, à exceção, talvez, do **abuso de confiança** (enquadrável, com algum ajuste, no artigo 61, alínea “c”, do Código, uma vez que ordinariamente vai se traduzir numa

traição, ou na alínea “f”, por conta das relações que se possam ter estabelecido entre ladrão e vítima) e, mesmo, da possibilidade de incidência do artigo 62 em caso de **concurso de agentes**, quando então haveria as tais agravantes.

Cabe, ainda, consignar que o furto qualificado criado é outro crime patrimonial objeto da recente atividade legislativa a que **não se comina pena de multa**, algo que quebra uma linha de conduta legislativa. Com efeito, a sanção pecuniária tem manifesta área de aplicabilidade na criminalidade patrimonial, permeando a esmagadora maioria dos preceitos secundários do Título II do Código, somente alheia às novas figuras de extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º), com a redação dada pela Lei nº 8.072/90) e, agora, à subtração do analisado § 5º.

Enfim, os pretórios e os doutrinadores deverão de esclarecer o significado e o alcance do novo dispositivo, algo, imaginamos, que virá ao custo de alguma divergência, com todas as deletérias consequências que os tratamentos díspares às hipóteses similares ensejam... Aos estudiosos do Direito Penal cabe, portanto e desde logo, voltar suas atenções à interpretação jurisprudencial e doutrinária.

O autor é advogado em São Paulo.

LEI Nº 9.437/97: AS ARMAS DO LEGISLADOR

(William Terra de Oliveira)

A Lei nº 9.437/97 instituiu o Sistema Nacional de Armas (Sinarm), e estabeleceu condições para o **registro** e para o **porte** de armas de fogo, além de definir **crimes** e dar outras providências. Os motivos que levaram o legislador a tomar tal posição estão fundamentados na escalada da violência urbana e rural, onde a presença das armas certamente contribui para a eclosão do delito. Tanto o Brasil como outras nações têm realizado a opção legislativa no sentido de encarar a posse e o porte da arma de fogo como **uma infração penal**, sendo que constatamos nos dias de hoje um **endurecimento** das leis e **uma ampliação da proteção penal** da incolumidade pública, nem sempre satisfatoriamente protegida diante da deficiência dos Sistemas de Segurança Pública. A Lei nº 9.437/97 foi recentemente regulamentada pelo Decreto nº 2.222 de 08.05.97 e possui, em linhas gerais, as seguintes características:

I) Cria o Sinarm - Cap. I : que nada mais é do que um **cadastro** que irá concentrar informações e identificar as armas existentes no País, bem como a sua titularidade, além de conter informações sobre alterações ilegítimas da propriedade (furtos, perda, etc...).

II) Define e regulamenta o **registro**: Cap. II - O registro é o documento que autoriza a posse da arma, exclusivamente no interior da residência ou local de trabalho. Com validade em todo o território nacional, é obrigatório e legitima apenas a posse. O ponto central sobre o registro é que o art. 5º que introduz o fenômeno da “legitimação de armas” sem

perquirir sobre sua origem. Por tal dispositivo, todos devem cadastrar suas armas em seis meses (contados da publicação da lei) dispensando-se prova sobre a origem da mesma (presunção de boa-fé). Pergunta-se: é possível registrar uma arma achada, receptada, fruto de contrabando ou de origem ignorada? Em tese sim, pois a legitimação é *ab ovo*. Ao presumir a “boa-fé” o legislador afasta a **culpabilidade**, ainda que o fato seja antijurídico e típico. Mais do que isto, sequer existe interesse em identificar tais fatos no que pertine ao registro.

III) Porte - Cap. III: permite a pessoa trazer consigo a arma. Com eficácia temporal limitada (necessita renovação) e dois âmbitos de validade (estadual ou ordinário/federal ou especial) permite portar, deter e transportar a arma. Está vinculado à idoneidade (ausência de antecedentes criminais) comportamento social produtivo (trabalho) necessidade (justificativa) e capacidade física e psíquica da pessoa. O regulamento define tais requisitos. Merece destaque o art. 6º que permite o porte “ressalvados os casos expressamente previstos na legislação”... É o caso, por exemplo, de promotores de justiça (art. 42 da LOMP) e magistrados, que possuem normas que autorizam o porte.

IV) Mas o ponto central da lei é o Cap. IV - que trata das **infrações penais**. Merece destaque:

1) Mudança qualitativa e quantitativa da proteção penal: antes, muitas das figuras previstas no art. 10 da lei nova (que engloba todo o Cap. IV) eram **contravenções**, puni-

das com prisão simples e multa. Hoje temos apenas **crimes** punidos com detenção e reclusão (que vão de 1 a 6 anos) e multa.

2) Tipos principais: a) art. 10, *caput* - arma de fogo de uso permitido; b) art. 10, § 2º - arma de fogo de uso proibido; c) art. 10, § 1º - tipos especiais: I (culposo) II (arma de brinquedo) III (delito de perigo); d) art. 10, § 3º - tipos qualificados; e) art. 10, § 4º - autoria qualificada (servidor público).

3) Objetividade jurídica: São basicamente duas: a) incolumidade pública, a vida e a integridade física das pessoas e b) a fidelidade do cadastro do Sinarm: uma vez que o registro deve ser comunicado ao Sinarm (e ao punir-se a posse sem registro como veremos adiante) protegemos a fidelidade do cadastro. Note-se que o tipo do art. 10, § 3º, I, pune a supressão da identificação da arma, o que naturalmente não chega a atingir a incolumidade pública diretamente...

4) Âmbito da lei: a lei abrange as armas de fogo, excluídas as armas brancas (somente armas próprias portanto).

5) Tipo fundamental: O tipo penal fundamental da Lei nº 9.437/97 é o art. 10. O *caput*, um tipo penal alternativo, já que o artigo possui diversos “verbos típicos ou núcleos” que descrevem distintas situações e condutas. Vigora aqui o princípio da alternatividade ante a existência de **crime único**.

6) Elementos dos tipos: São destacáveis os verbos e os elementos normativos do tipo representados por expressões como... “*sem autorização e em desacordo com determina-*





ção legal ou regulamentar..." Na presença de um elemento normativo, seja a autorização de quem de direito ou esteja a conduta de acordo com determinação legal ou regulamentar, inexistente crime por atipicidade.

7) Elemento subjetivo: Temos tipos dolosos (em regra) e culposos (é a exceção do art. 10, § 1º, I). Não mais falamos em "voluntariedade" (como nas contravenções, vigorando apenas os princípios relacionados à culpabilidade).

8) Local dos crimes: Passamos a ter duas situações e dois tipos de crimes: a) crimes *intra muros*: dentro da residência b) crimes *extra muros*: fora da residência. Para o art. 10, *caput*: não importa esta classificação, pois não existem distinções (ao contrário do art. 19 da LCP que dizia "...fora de casa os de dependência desta..."). Mas, para o art. 10, § 1º, III, teremos um "tipo extra muros", onde: se o sujeito disparar a arma de fogo nas proximidades da vítima, agindo com dolo de perigo e não existindo uma tentativa de homicídio, teremos um delito de perigo, sempre, mas com duas possibilidades típicas:

1ª - Se o disparo é realizado *extra muros* (em uma rua, praça...) = art. 10, § 1º, inciso III, da Lei Nova - que por ser mais grave afasta a aplicação do art. 132 do CP (notar que o art. 132 do CP ao final ressalva a ocorrência de crime de maior gravidade, pela vigência do "Princípio da Subsidiariedade Expressa").

2ª - Se o disparo for realizado *intra muros* (dentro de uma casa, ou fora da via pública...) não expondo a incolumidade pública a perigo de dano: temos hipótese típica do art. 132 do CP.

9) Vigência das Contravenções Penais - Estariam os arts. 18, 19 e 28 revogados? Vejamos:

1ª) Art. 18 da LCP - Em princípio, o Art. 18 está apenas derogado, restando apenas tipicidade para as armas brancas. Porém resta a seguinte pergunta: o art. 10 não fala em "importar e exportar" como mencionava o art. 18, LCP. Existe crime para essas figuras? Creemos que sim, pois os verbos "adquirir" e "vender" (art. 10 da lei nova) englobam as figuras da venda ou aquisição em relação ao exterior. É possível também a ocorrência do crime do art. 12 da LSN (Lei nº 7.134/83) no que tange a importação de armas de uso restrito, pois esta é lei mais severa e de objetividade jurídica própria - segurança nacional.

b) Art. 19 da LCP - somente derogado. Ficam excluídas da contravenção as armas de fogo. Agora é crime do art. 10, e portar arma branca seria contravenção do art. 19 LCP.

c) Art. 28 da LCP - (disparo de arma de fogo) está revogado pelo art. 10, § 1º, III da Lei nº 9.437/97, mais severa.

10) Comete crime o agente que não possui o registro?

São possíveis duas posições: 1ª) Existe mera **infração administrativa**, seguindo a tradição do nosso Direito Penal até o mo-

mento. Aqui, a falta de registro da arma mantida sob guarda domiciliar, tem constituído um comportamento específico, que pode caracterizar um ilícito administrativo relacionado à uma norma extrapenal que obriga o seu licenciamento (art. 31 do Decreto nº 6.911 de 11 de janeiro de 1935). 2ª) Existe **infração penal**. Motivos: a) A lei cria determinadas obrigações e distingue níveis de autorização ou legitimação no trato com as armas. Uma das obrigações é o registro da arma, que gera um tipo específico de autorização relacionada apenas à "propriedade, depósito e guarda da arma". A lei encara tal instituto (registro) com individualidade, tanto que à ele consagra um capítulo (II); a lei passa a disciplinar o **registro** como um instituto próprio, ao qual dispensa o mesmo tratamento sistemático que ao **porte** (capítulo próprio, etc...). Assevera que "o registro da arma é sempre obrigatório". Tal formalidade gera o direito subjetivo de manter a arma de fogo exclusivamente no interior da residência ou local de trabalho do titular do objeto. Outra obrigação é condicional à vontade da pessoa em circular com a arma, ou seja, portar o objeto. Se o indivíduo deseja portar armas de fogo deverá solicitar autorização (que também é específica para tal finalidade) para a autoridade competente. É o que estatui o Cap. III; c) o tipo previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97 é, na essência, a fusão de outros tipos, alguns outrora contravencionais. d.) Convém lembrar que o art. 10 é diferente do antigo art. 19 da LCP no seguinte sentido: Não contempla apenas o **porte** ilegal, mas utiliza distintos verbos típicos erigindo à categoria de ilícito não apenas o porte mas também a posse, o depósito, a guarda e ocultação de arma de fogo. Notadamente existe uma ampliação do injusto. Outros dados podem sugerir a idéia de que a falta de registro é delito: o termo **portar** só tem um significado: o legal - descrito no Cap. III. Para portar existe um pressuposto: uma autorização ou licença de porte. O resto é a posse ou guarda (além do transporte, fabricação, aquisição, venda, exposição à venda, fornecimento, recebimento, empréstimo e remessa). E para possuir ou guardar (em residência ou trabalho) é necessário o **registro**, que também só tem um significado: o legal - descrito no Cap. II. Não fosse assim, não haveria justificativa para a inclusão dos termos guarda e posse no tipo do art. 10. Finalmente, o **registro** exerce a tutela penal da "fidelidade do cadastro", pois os registros alimentam os bancos de dados do Sinarm. Do contrário haveria um déficit de proteção não desejado pelo legislador. Essa regra não é apenas norma administrativa, uma vez que poderia ter sido incluída no "regulamento" a que se refere o próprio texto legal. É criada uma *vacatio* especial que possibilita a regularização das armas não registradas ainda (art. 5º), o que afastaria o componente ilícito da conduta na medida em que "presume-se de boa fé a pessoa que promover o registro da arma de fogo que tenha em sua posse" (parágrafo único, art. 5º).

11) Art. 10, § 1º, I: Tipo culposos se o menor apoderar-se da arma por falta de cui-

dado do titular. Pergunta-se: e se a entrega é dolosa? Teremos o delito do art. 10 *caput*. E ainda: persiste o crime do art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere à entrega, venda ou fornecimento de armas a menores? Não, pois a lei nova é mais severa.

12) Art. 10, § 1º, II: arma de brinquedo. Para entender o tipo devemos usar os mesmos critérios para saber se a "arma de brinquedo qualifica o crime de roubo" consoante o art. 157, § 2º, I, do CP. Existem duas posições:

1ª) Súmula 174 do STJ - "*No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena*", onde o que importa não é a arma em si, mas a intimidação do ataque, e o efeito que o brinquedo produz no ânimo da vítima.

2ª) A arma de brinquedo não agrava a pena, uma vez que a imitação da arma (um brinquedo) não é arma. Inexiste estrita tipicidade, o que fere o princípio da legalidade. A arma de brinquedo não tem poder vulnerante.

Com relação ao art. 10, § 1º, II, temos duas alternativas:

A) Primeira alternativa (arma de brinquedo é arma). Duas posições: 1ª - não se aplica o art. 10, § 1º, II, da lei nova e sim o art. 157, § 2º, I, onde as elementares do crime autônomo funcionam como circunstâncias legais específicas do roubo (princípio da subsidiariedade implícita). Vigora portanto a Súmula 174 do STJ. 2ª - há um concurso de crimes entre o roubo e o crime especial da lei de armas (art. 10, § 1º, II), podendo este concurso ser: **formal** ou **material**, ante objetividades jurídicas distintas.

B) Segunda alternativa (arma de brinquedo não é arma).

O uso de arma de brinquedo nos remete ao roubo simples (art. 157 *caput*) funcionando como meio de execução da ameaça. Não se aplica o art. 10, § 1º, II, da lei nova pela inexistência potencial de lesão à incolumidade pública.

13) Vigência: A lei entrou em vigor em 21.02.97, salvo o art. 10 que possui *vacatio legis* de 6 meses. Até então estão em vigor as contravenções relativas às armas de fogo, sendo derogados ou revogados somente depois. Necessitamos realizar uma interpretação harmônica dos arts. 5º, 10, 20 e 21 da Lei Nova, evitando-se um vácuo de tutela penal.

14) Ação Penal: Será pública, incondicionada. No que tange à Lei nº 9.099/95 - não cabe transação penal (art. 76) uma vez que os delitos não são de menor potencial ofensivo (art. 61). Existe apenas uma única hipótese de suspensão do processo (art. 89): os casos do art. 10, *caput* e § 1º.

Estes foram os instrumentos escolhidos pelo legislador para enfrentar os problemas que emergem do uso de armas, esperamos que tenham resultado e proporcionem um pouco mais de paz social!

O autor é promotor de justiça em São Paulo e doutorando pela Universidade Complutense de Madrid.

AS BRUXAS DE BRASÍLIA

(Adauto Suannes)

Em 1957 o escritor **Arthur Miller** escreveu uma peça de teatro onde aparentava relatar um incidente ocorrido em uma cidadezinha norte-americana, Salem, muito tempo antes, quando pessoas acusadas de praticar bruxaria foram condenadas à morte por um tribunal composto de fanáticos religiosos.

Na realidade, a peça era uma parábola, pois se referia claramente ao macartismo, que se notabilizou por aquilo que os críticos passaram a chamar de “caça às bruxas”, para designar o justicamento de pessoas por motivos ideológicos.

De fato, desde 1947, o Senado americano havia constituído uma comissão — *a House on Un-American Activities* — que por mais de 20 anos infernizou a vida de muitas pessoas ligadas ao cinema e à televisão. Um desses perseguidos, utilizando-se de um testa de ferro (**Woody Allen** fez um de seus poucos filmes dramáticos focalizando esse tema específico), realizou *High Noon* (no Brasil, *Matar ou Morrer*), também ele uma parábola, na qual aparece a solidão daqueles que, como

o personagem vivido por **Gary Cooper**, se dispuseram a enfrentar o vilão **McCarthy**. Amigos, parentes e afins simplesmente desaparecem em uma hora dessas, deixando o herói na situação de ter de duelar com os inimigos de todos.

Quase 40 anos depois, o mesmo **Miller** escreve o roteiro do filme baseado naquela peça (*“As Bruxas de Salem”*, em exibição no Brasil).

A pergunta que se faz é: que estará hoje pretendendo dizer o festejado teatrólogo com sua parábola? A resposta não será difícil, se considerarmos que a intolerância vai sendo uma das características da sociedade contemporânea em praticamente todas as partes do mundo neste conturbado fim de milênio.

Vejam-se, entre nós, os recentes incidentes envolvendo o boquirroto presidente do Senado Federal (cuja atividade política e métodos de atuação mereceram o singular apelido de **Toninho Malvadeza**) e suas críticas ao Poder Judiciário, especialmente ao ilustre ministro **Sepúlveda Pertence**, cuja atuação política da juventude ainda não foi

assimilada por quem se julga o rei do Brasil.

Veja-se a atuação escandalosa da CPI dos precatórios, onde meros depoentes são tratados publicamente como se culpados fossem, ao arrepio das garantias constitucionais. Veja-se a abusiva violação da intimidade de suspeitos realizada pela mesma CPI fora de processo criminal, ainda uma vez com afronta ao contido na *Magna Charta*.

Desgraçadamente, os membros do Poder Judiciário — salvo honrosas exceções — somente se manifestam publicamente quando é para defender suas prerrogativas funcionais ou seus precatórios. O momento, porém, é de viva preocupação. É hora de as entidades que congregam os operadores do Direito (juizes, promotores e advogados) virem a público para denunciar essa autêntica *caça às bruxas* que se vai ensaiando entre nós e cujas consequências ninguém pode prever.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e advogado em São Paulo

O PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

(Fabio Machado de Almeida Delmanto)

O objetivo do presente artigo é analisar, sob a luz da jurisprudência e da doutrina, qual o efeito jurídico decorrente do parcelamento do débito oriundo da prática de crimes de natureza tributária, previstos nas Leis nºs 8.137/90, 4.729/65 e 8.212/91.

O art. 34 da Lei nº 9.249/95 dispõe que “*extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*”.

De plano, é importante salientar que, apesar do mencionado dispositivo não se ter referido ao crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 95, d, da Lei nº 8.212/91), a ele tem sido aplicado reiteradamente por nossos Tribunais. A respeito, vide nosso artigo “*Da extinção da punibilidade pelo pagamento...*”, in **Boletim IBCCrim/Edição Especial** 45/06.

O que se deve entender pela expressão promover o pagamento? É o pagamento integral efetuado num só ato ou pode ser o parcelado? Neste caso, o parcelamento deve ser satisfeito integralmente antes do recebimento da denúncia para o efeito de extinguir a punibilidade, com base no citado art. 34? Ou basta o mero acordo de parcelamento para abolir a punibilidade? Estas são as questões que abordaremos.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se pronunciou no sentido de que o simples deferimento do pedido de parcelamento equivale à promoção de pagamento, para o efeito de extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95 (TRF 4ª R., 1ª T., Ap. nº 93.04.14.665-8/RS, rel. **Volkmer de Castilho**, j. 02.04.96, v.u., DJU 24.04.96, p. 26579).

Foi esse também o entendimento do ministro **Carlos Velloso**, do Supremo Tribunal Federal, quando do arquivamento do Inquérito nº 763/DF, *verbis*: “... *entendemos que o parcelamento do débito, com a prova do regular pagamento das primeiras parcelas equivale à real promoção do pagamento, porque o próprio artigo 14 (nota nossa: da Lei 8.137/90) não distingue se o promover é integral, ou parcelado, bastante, pois tenha-se o ato concreto de pagar, e o parcelamento isto traduz, ainda que fracionado*” (parecer do dr. **Cláudio Fontelles**, lançado no proc. PGR nº 609/92-18, aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República...) (DJU 3.11.94, p. 29733, *apud* sentença proferida pelo juiz **Roberto Santoro Facchini**, da 2ª Vara Federal Criminal em São Paulo, em 1º.08.96, proc. nº 90.101.949-8).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manifestou-se, ainda, de modo semelhante, porém utilizando-se de outro argumento: “*O acordo de confissão de dívida (...) implica novação, e, portanto, extinção da dívida antiga e o surgimento de outra nova. Por extinguir a dívida original, a novação opera efeito jurídico idêntico ao pagamento, o que impõe se reconheça, em consequência, o efeito de extinguir a punibilidade, caso celebrado o acordo antes do recebimento da denúncia*” (2ª T., RC nº 91.04.20662-2-RS, rel. juiz **Teori Albino Zavascki**, *apud* sentença proferida por aquele mesmo juiz da 2ª Vara Federal Criminal em São Paulo, em 26.08.96, proc. nº 95.101.443-6). O Superior Tribunal de Justiça entendeu ainda que “*se os pacientes assinaram contrato de parcelamento dos débitos (...) compreende-se que, para efeito penal, promoveram o pagamento, inexistindo justa causa para a ação*” (5ª T., HC nº 2.538/94-RS, rel. min. **Jesus Costa Lima**, DJU

09.05.94, p. 10883, in **RBCCrim** 7/214).

Quanto à concessão de prazo para pagamento, decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua 4ª Turma, em v. julgado, cujo voto da relatora **Eliana Calmon** está assim redigido: “*Se o legislador permitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, o Ministério Público Federal só poderia deflagrar a ação penal quando escoado o prazo indicado pela Fazenda para a purgação da glosa. Se assim não for, estará o MPF, por via oblíqua, obstando que se utilize o contribuinte do favor legal...*” (HC nº 95.01.24419-9-DF, j. 23.10.95, v.u., RT 724/731).

Aplicando analógica e retroativamente a causa extintiva da punibilidade do art. 34 da Lei nº 9.249/95 ao delito tipificado no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91 (omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias), o Ministério Público da União, através da Ata da 40ª Sessão da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, realizada aos 15.05.96 e publicada no DJU de 21.05.96, pp. 17031-2, em deliberação no proc. nº 2194/96 -69 (Parecer 1443/96), tendo como relator o dr. **Wagner Batista**, manifestou-se no seguinte sentido: “*...No caso concreto, houve parcelamento do débito, ocasionando, por si só, a extinção da punibilidade...*”.

A 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em outra oportunidade, deu provimento a *habeas-corpus* para trancar ação penal, porque parte da dívida já tinha sido paga integralmente e a outra parte fora objeto de parcelamento, que se encontrava em andamento (HC nº 95.04.22641-8-PR, DJU 02.05.96, p. 27999). O relator deste acórdão, juiz **José Almada de Souza**, citou em seu voto os seguintes precedentes: TRF 1ª R., HC, DJU 11.01.95, p. 00467; STJ, HC





nº 2.538-5/RS, DJU 09.05.96, p. 10.883). O juiz **Carlos Sobrinho**, em voto-vista naquele julgado, entendeu igualmente que “o parcelamento implica na extinção da punibilidade”, citou algumas decisões (TRF da 5ª Região, HC nº 93.05.00304, DJU 20.05.94, p. 24.255; TRF da 4ª Região, Agr. Reg. na Ação Penal nº 93.04.29.612-9-RS, DJU 11.10.94, p. 57.710) e transcreveu, ainda, as palavras do juiz **Volkmer de Castilho**, assim resumidas: “...promover o pagamento tem significado próprio, a dizer que qualquer medida de iniciativa do devedor que importe em providência séria de pagamento com a intenção de extinguir o débito tributário é pagamento para efeito criminal, circunstância, aliás, bem lembrada pelo juiz **Vladimir Freitas** no Rcr. 91.04.20832-RS (DJ 11.03.92), quando referiu que, antes da lei, a jurisprudência admitia a transação entre credor e devedor como exclusão de tipicidade (...) Por isso, no Rcr. 91.04.20662-2-RS (DJ 15.11.92), a 2ª Turma do Tribunal reconheceu a extinção da punibilidade da formação de parcelamento...”

Nossos tribunais também têm se manifestado de modo contrário, no sentido de que somente o pagamento de todas as parcelas, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade (STF, Inq. nº 1.028-6-RS, rel. min. **Moreira Alves**, j. 4.10.95, m.v.; STJ, 6ª T., RHC nº 5.153-SP, rel. min. **Vicente Leal**, j. 26.02.96, v.u., DJU 22.04.96, p. 12.645).

Como se vê, a jurisprudência encontra-se dividida. Uma corrente mais liberal entende que o simples parcelamento extingue a punibilidade; outra, mais severa, considera que somente o parcelamento cumprido (ou seja, com todas as parcelas pagas) constitui referida causa de extinção. *Data venia* dos que perfilham esta última corrente, não podemos com ela concordar.

Em primeiro lugar, como bem salientou Linhas atrás o ministro **Carlos Velloso**, do Pretório Excelso, referindo-se ao antigo art. 14 da Lei nº 8.137/90, “a lei não distingue se o promover é integral ou parcelado”.

A exemplo do revogado art. 14 da Lei nº 8.137/90, o art. 34 da Lei nº 9.249/95, como vimos, fala igualmente em promover o pagamento. A respeito, o **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, Ed. Nova Fronteira, 1986, 2ª edição, dispõe sobre os significados do verbo promover: dar impulso a; fazer avançar; ser a causa de; causar, gerar, provocar, originar; requerer, solicitar, propondo; diligenciar para que se realize, se efetue, se verifique.

Os sinônimos do verbo promover acima transcritos nos levam a concluir, logo de início, que parcelar equivale a promover. Com efeito, quem parcela dá impulso a; faz avançar; é a causa de; causa; gera; provoca; origina; requer, solicita, propondo ... Propondo o quê? O pagamento, é claro!

Como se sabe, em matéria penal a interpretação deve sempre ser favorável ao acusado (analogia *in bonam partem*; *in dubio pro reo*, *in dubio pro libertate* etc.). Por esta razão, também, é que o referido dispositivo deve ser entendido

da maneira mais ampla e benéfica ao réu, sem jamais, contudo, afastar-se da vontade do legislador.

O parcelamento do débito tributário, salvo disposição em lei tributária específica, não dispõe de previsão legal. A Lei nº 8.620/93 permitiu o parcelamento apenas de débitos previdenciários (Leis nºs 8.212 e 8.213, de 14 de julho de 1991) referentes aos meses de fevereiro a julho de 1993 (arts. 9º e 10) e quando relacionados a competência anterior a 1º de dezembro de 1992. Estando ou não o parcelamento previsto em lei, o importante é que o Estado, através do INSS (nos delitos de não recolhimento de contribuições previdenciárias), e das Receitas Federal e Estadual (nos crimes contra a ordem tributária), vem a muito tempo concedendo parcelamento e outras facilidades, a fim de receber o que lhe é devido. Neste momento, é de se indagar: como pode o Estado parcelar o débito e intentar a ação penal ao mesmo tempo?

Realmente, é muito cômodo ao Estado optar pelos dois caminhos simultaneamente, ou seja: concede o parcelamento, já passando a receber no primeiro mês e, ao mesmo tempo, promove ação penal contra o contribuinte-devedor. Ou ainda, oferece prazo para pagamento com redução de multa, atraindo os contribuintes, mas inicia a persecução penal contra eles. Nas palavras de **Ives Gandra da Silva Martins**, “a vantagem oferecida de redução da multa é uma armadilha para todos”. (**Crimes Contra a Ordem Tributária**, 2ª edição, RT, p. 47).

A nosso ver, a previsão da causa de extinção da punibilidade pela promoção do pagamento (art. 34 da Lei nº 9.249/95) mostra que o legislador visou tutelar precipuamente, senão unicamente, o crédito tributário. O que se busca é a satisfação da dívida com o Estado. E o Direito Penal aparece aqui como instrumento de cobrança de dívidas, e não mais como de prevenção e repressão ordinariamente conhecido.

Se o que importa é receber, como pretender não considerar aqueles procedimentos (parcelamento ou prazo para pagamento com redução de multa) como causa de extinção da punibilidade do art. 34, que tem justamente por objetivo a satisfação do crédito? Por outro lado, qual a vantagem para o devedor em fazer acordo de parcelamento ou requerer prazo para pagamento com re-

dução de multa, se de qualquer modo será processado criminalmente? Beneficiar-se tão-somente do disposto no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior), para ter a pena reduzida, ou ainda, ter a seu favor a circunstância atenuante do art. 65, III, b, do mesmo estatuto? Melhor então continuar inadimplente e contestar a dívida por todos os meios legais, podendo, quem sabe, vir até a desconstituí-la.

Em nosso modesto entendimento, o simples parcelamento do débito tributário (e previdenciário) equivale à promoção de pagamento e extingue a punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei nº 9.249/95. Não importa se o parcelamento foi cumprido integralmente. Basta a existência do acordo.

Caso contrário, estaríamos diante de uma incongruência, de uma afronta à lógica, de uma inadmissível violação do princípio da igualdade e, enfim, do devido processo legal. Exemplo: o devedor que, tendo assinado contrato de parcelamento, conseguir pagar todas as parcelas da dívida antes do recebimento da denúncia, terá extinta sua punibilidade. Já aquele que, tendo celebrado idêntico acordo e estando igualmente bem intencionado, pretende pagar ou está pagando as parcelas nos respectivos vencimentos, poderá ter contra si oferecida e recebida denúncia. Ou seja, em virtude apenas do maior ou menor prazo dado, ou do número de parcelas concedido para pagamento, ou mesmo em razão da maior ou menor celeridade do Ministério Público em oferecer denúncia, o contribuinte pode vir a não saldar todas as parcelas antes do recebimento da inicial, estando, pois, sujeito a qualquer momento a processo penal.

Se assim for, tudo dependerá do tempo, da situação financeira do devedor (o mais rico poderá saldar todas as parcelas de uma só vez) e da sua sorte! E o Direito não pode com isso compactuar...

A nosso ver, se o devedor não pagar as parcelas avençadas no acordo, ao Estado só restará o processo de execução fiscal, onde a satisfação do crédito tributário será possível. Não poderá o processo criminal surgir, uma vez que a punibilidade já foi extinta. Neste sentido está a sentença do ilustre juiz **Roberto Santoro Facchini**, da 2ª Vara Federal em São Paulo, no proc. nº 95.101.443-6, proferida aos 26.08.96.

Quanto àqueles que pensam em suspensão do processo (ou melhor, do recebimento da denúncia), enquanto as parcelas estiverem sendo pagas, entendemos que tal medida, apesar de louvável, não é possível, dada a inexistência de disposição legal a respeito. A suspensão do processo prevista nos arts. 92, 93 e 94 do CPP não abrange a causa em questão. E assim já decidiu a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão da lavra da juíza **Sylvia Steiner**, no HC nº 95.03.88.400-4 (DJU 17.04.96, p. 24.873), verbis: “2. O parcelamento do débito apurado não autoriza a suspensão do processo, já que a hipótese não se enquadra nas dos arts. 92 e 93 do C.P.P., hipótese vetada inclusive no § 2º do art. 34 da Lei nº 9.249/95”.

○ **Instituto de Ciências Jurídicas - INCIJUR** - estará realizando nos dias 27, 28 e 29 de agosto de 1997, no salão de convenções do Hotel Castelmar/SC, o “**I Congresso Brasileiro de Direito Processual e Juizados Especiais**”.

Maiores informações sobre o congresso podem ser obtidas pelo telefone (048) 224-4444.

ART. 594 DO CPP E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

(Fernando Luiz Ximenes Rocha)

I - Introdução

Nosso Código de Processo Penal remonta aos idos de 1941, editado, portanto, em pleno período do Estado Novo, e conseqüentemente concebido dentro de uma lógica autoritária e inspirado no modelo fascista italiano.

Com efeito, muitos de seus dispositivos estão a merecer uma releitura ante certos princípios consagrados na nova ordem constitucional.

Nesta breve exposição, pretendo ater-me somente ao seu art. 594, que estabelece a exigência do acusado de recolher-se à prisão para interpor recurso de apelação, examinando-o à luz do princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII da vigente Carta Política.

Referido dispositivo tinha, originariamente, o seguinte teor: *"O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto"*. Tal preceito se compatibilizava com os arts. 393, I e 669, I. O primeiro dispõe, como efeito da sentença condenatória recorrível, *"Se o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança"*. Já o segundo prescreve que: *"Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança"*.

Como se vê, a lógica inicial da sistemática do Código de Processo Penal concebia a prisão do réu como corolário da sentença condenatória recorrível. O efeito suspensivo do apelo só se daria nos casos de fiança e de livrar-se solto.

Com o advento da Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, o citado art. 594 passou a ter a seguinte redação: *"O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto"*.

Feitas essas considerações, passarei a examinar se o aludido dispositivo foi recepcionado pela Constituição da República e, se o foi, qual a leitura que se deve fazer desse diante do princípio da presunção de inocência contido no art. 5º, inciso LVII da Lei Suprema.

II - O Princípio da Presunção de Inocência

A Constituição Federal em vigor elegeu de maneira expressa o princípio da presunção de inocência, declarando em seu art. 5º, inciso LVII, que *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*. Diante de tal preceito, não se pode atribuir ao acusado o *status* de condenado enquanto não existir sentença condenatória confirmada em caráter definitivo.

Nesse sentido, ensina a professora **Ada Pellegrini Grinover** *"não ser possível, durante a marcha do processo, inclusive na fase de tramitação de qualquer recurso, impor ao réu medida privativa de liberdade que represente antecipação de pena, só sendo aceitável restrição decorrente de prisão de natureza cautelar"*.⁽¹⁾

Na mesma esteira, leciona o professor e ministro do Superior Tribunal de Justiça, **Luiz Vicente Cernicchiaro**, o seguinte: *"Enquanto inexistente o status de condenado, ..., não se aplicam penas nem medida de segurança. Logicamente, não há que se falar na suspensão condicional da pena (rectius - suspensão condicional da execução da pena) nem nos efeitos da sentença condenatória. A decisão condenatória sujeita a recurso, uma vez interposto e enquanto não confirmada definitivamente, tem efeito suspensivo"*.⁽²⁾

É preciso distinguir, contudo, a prisão como sanção penal da prisão processual de natureza cautelar, como a prisão em flagrante e a custódia preventiva. A primeira tem como pressuposto a existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, enquanto que a segregação cautelar tem natureza processual e se arrima em outros princípios, como o da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e do asseguramento da aplicação da lei penal.

De feito, não há conflito entre o princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar, pois essa encontra guarida no próprio texto constitucional. O mesmo art. 5º, em seu inciso LXI, dispõe: *"Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, definidos em lei"*. No inciso seguinte (LXII), prescreve que *"a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada"*.

Por fim, em resguardo do direito fundamental do *status libertatis*, momentaneamente agredido pelo instituto excepcional da custódia cautelar, sublinha o inciso LXVI do art. 5º da Lei Máxima que *"ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"*.

Destarte, insisto, não existe confronto entre o princípio da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar, desde que essa seja decretada, em caráter de exceção, devidamente fundada nas hipóteses legais previstas, não sendo admitida a sua decretação automática e sem que tenha sido demonstrada a sua necessidade.

A propósito, faço minhas as palavras sempre lúcidas de **Alberto Silva Franco**, quando diz: *"O princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca sua qualidade instrumental. A verifi-*

cação dessas duas características básicas importa no reconhecimento de que a privação da liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória), uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sempre subordinado à comprovação, real, efetiva, concreta do periculum libertatis, nem pode ter desvirtuado o seu feito instrumental que tem alicerces fundados numa palavra-chave: a necessidade. O exercício do poder cautelar, no processo penal, para preservar o princípio constitucional da presunção de inocência, não poderá ser, em resumo, nem automático, nem desnecessário".⁽³⁾

III - Recepção do Art. 594 do CPP pela Vigente Constituição

Examinado o princípio constitucional da presunção de inocência, cumpre verificar se o art. 594 do CPP foi ou não acolhido pela nova Carta Política da República.

O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça têm aclamado o entendimento de que o referido dispositivo foi recepcionado pela Lei Maior, não existindo conflito entre esse e o princípio da presunção de inocência. Essa posição é expressamente assumida na Súmula nº 09 do STJ, *verbis*: *"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência"*.

Todavia, o verbete indicado precisa ser bem compreendido. Como enfatiza o professor e magistrado **Luiz Flávio Gomes**, esse é merecedor de dois reparos: *"Em primeiro lugar, cabe salientar que a exigência da prisão cautelar (prevista no art. 594 do CPP) para apelar só não ofende a presunção de inocência quando fundamentada especificamente a necessidade da prisão. Havendo fundamentação suficiente, justifica-se a medida cautelar restritiva da liberdade, razão pela qual não pode ser censurada. Não havendo nenhuma fundamentação específica quanto à necessidade da prisão (hipótese em que esta derivaria tão-só e exclusivamente da 'lei', por ser prisão automática ou obrigatória ou execução antecipada ou condição recursal ou consequência de uma presunção), neste caso, o confronto com o princípio da presunção de inocência é patente e indisputável"*.⁽⁴⁾

A respeito do tema, o ministro **Marco Aurélio**, em voto que proferiu nos autos do *Habeas-Corpus* nº 72.517-1/30-SP, assim se pronunciou: *"É possível ter-se como recepcionado pela Carta atual o artigo 594 do Código de Processo Penal, assim como norma desse mesmo diploma reveladora da consequência da sentença, que seria o imediato recolhimento do condenado, ainda que sujeito o decreto condenatório à revisão, à impugnação na via recursal? Penso que não, porque não vivemos o clima de 1941; a Carta Federal em vigor não foi editada quando*





atravessávamos o chamado 'Estado Novo'. E o teor desses dois artigos, lançados ao mundo jurídico mediante decreto-lei oriundo da pena do então Presidente da República, **Getúlio Vargas**, não se coaduna com o texto da Lei Maior de 1988, no que entra em choque — e aí concordo inteiramente com o ilustre processualista professor **Cláudio Fonteles** — com o princípio da não-culpabilidade preconizado no inciso LVII do rol das garantias individuais: 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Mais: não se harmoniza com a regra no sentido de que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente'".

Prosseguindo em seu voto, assevera aquele ilustre membro da mais alta Corte de Justiça do País, *verbis*: "Senhor Presidente, nem mesmo no campo cível admite-se execução que chegue à prática de atos que impliquem impossibilidade de retroação, de retorno ao statu quo primitivo. É de se frisar que, pelo Código de Processo Civil, se a sentença condenatória ainda depende de revisão, os atos de constrição esbarram na penhora, não se levando o bem à expropriação. Como então direcionar-se para uma execução que tem foro definitivo e resultará na perda de algo que não mais poderá ser restabelecido, qual seja, a liberdade do paciente? Como exigir-se que o acusado 'espontaneamente' se recolha para execução de um título em relação ao qual demonstra inconformismo? Continuo, a cada dia que passa, mais certo de que o artigo 594 não foi recepcionado pelo Diploma Maior vigente, ...".⁽⁵⁾

Em verdade, a exigência do recolhimento automático do réu ao cárcere, para apelar, não se harmoniza com os postulados da atual Constituição Federal. Não só afronta o princípio da não-culpabilidade, como o de que toda e qualquer prisão (exceto o flagrante) deve ser fundamentada. Limita, indevidamente, o contraditório e a ampla defesa, bem como impede o exercício da garantia do duplo grau de jurisdição.

Assim, é de concluir-se que o mencionado art. 594 do CPP só pode ser considerado vigente, à luz da nova ordem constitucional, caso se infira que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível é de natureza cautelar e, como tal, deve ser devidamente fundamentada.

IV - A Interpretação Possível do Art. 594 do CPP

Como se disse, para admitir-se a vigência do art. 594 do Código de Processo Penal é preciso conferir-lhe interpretação adequada, de forma a compatibilizá-lo com a Lei Fundamental da República.

A propósito, aduz o professor **Luiz Flávio Gomes**, em monografia sobre o tema, o seguinte: "...tendo-se presente o princípio da presunção de inocência — que proíbe a utilização da pena de prisão como castigo antecipado — bem como a exigência constitucional de motivação explícita de toda prisão (ressalvado o flagrante), é evidente que só existe uma interpretação possível para

tentar salvar (preservar) o art. 594 do CPP: consiste em encerrar a prisão decorrente da sentença recorrível como de natureza **cautelar**. Mas assim considerando-a, torna-se absolutamente indispensável a exigência de sua **motivação** explícita, não servindo para tanto nem a exigência (exclusiva) da condenação (que só reconhece o *fumus boni iuris*) nem 'presunções legais'. Pouco importa se se trata de condenado primário ou reincidente, com bons ou maus antecedentes, crime hediondo ou não: desde que o juiz 'motive adequadamente' a medida cautelar, demonstrando sua **necessidade real** (não presumida), justificada resulta a medida coercitiva. Do contrário, não. Essa é, repita-se, a única interpretação que salva o art. 594 frente ao princípio da presunção de inocência".⁽⁶⁾

Por conseguinte, não é possível determinar o recolhimento do acusado a fim de que possa apelar da sentença condenatória, com fundamento apenas nos seus maus antecedentes ou na sua não primariedade.

O fato de ter o acusado maus antecedentes ou não ser primário, por si só não autoriza a determinação automática de sua custódia, tendo em vista que, com a nova ordem constitucional e os princípios nela proclamados, não se pode admitir a realização de uma verdadeira **execução provisória** da sentença.

Nesse sentido, ensina o professor **Vicente Greco Filho**, *in verbis*: "Especialmente após a Constituição de 1988, que consagrou a presunção de inocência, é preciso entender que a apreciação dos bons antecedentes não pode ficar em termos formais. Isto é, não é somente porque tenha tido o acusado outro inquérito ou outro processo penal que deles resulta exclusão da liberdade para recorrer ou aguardar o julgamento. Esses fatos podem ser levados em consideração como elementos de convicção para se negar a liberdade, porque podem ser indícios da necessidade da prisão como garantia da ordem pública (motivo de prisão processual), mas não como presunção de culpa. Isto porque, como já se disse acima, aqueles requisitos, primariedade e bons antecedentes, não são os únicos, devendo, também, inexistir motivo de preventiva. Os bons antecedentes, portanto, devem ser analisados em seu conteúdo, pela relação que podem ter com a ordem pública, e não como simples registros de inquérito ou ações penais. Daí decorre a necessidade de que o juiz, ao conceder, ou não, a liberdade provisória após pronúncia ou sentença condenatória, fundamente a decisão não apenas nos antecedentes, mas no que esses antecedentes significam em termos de convicção de que a liberdade colocaria em risco a ordem pública".⁽⁷⁾

Como se pode observar, é imperiosa a necessidade de motivação da decisão que determina o recolhimento do réu, levando em consideração os elementos autorizadores da medida cautelar e admitindo-se os maus antecedentes ou a não primariedade, não como justificativa pura e simples da prisão, mas como fator determinante que exige a prevenção para garantia da ordem pública.

Reforçando esse posicionamento, vários têm sido os julgados de nossos tribunais que, embora reconhecendo os maus antecedentes do acusado, determinaram sua liberação por compreender não ser medida exigida para garantia da ordem pública, consoante infor-

ma a professora **Ada Pellegrini Grinover**, *in litteris*: "Se durante a instrução criminal o réu manteve a liberdade, porque a custódia era desnecessária, impossível a prisão durante o recurso baseada simplesmente em maus antecedentes reconhecidos na sentença" (TACrim-SP, RT 658/297); "segundo revelam os autos, o paciente, embora não tenha bons antecedentes, permaneceu em liberdade durante toda a instrução. Não foi preso em flagrante e não se entendeu necessária sua prisão preventiva. E, em liberdade, não deu causa a qualquer embaraço quanto ao processamento da ação penal. De justiça, portanto, deferir-se a ele, pelo menos, o direito de continuar em liberdade até o julgamento definitivo da ação penal" (TACrim-SP, HC 198.476-7); "se o acusado é tecnicamente primário, se teve assegurado o direito de permanecer solto durante todo o processo, numa clara indicação de que seu encarceramento não era reclamado pela garantia da ordem pública, pela conveniência da instrução ou pela necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, à míngua de fatos posteriores que modificassem o quadro autorizador da liberdade antes preservada, deve esta, ainda, persistir (TJSP, HC 94.619-3)".⁽⁸⁾

Realmente, não pode a autoridade judicante, que prolata sentença condenatória recorrível, determinar a prisão do acusado sem apontar qual o fato concreto que está a exigir o seu encarceramento cautelar, mormente se ele permaneceu em liberdade em todo o decorrer do processo. Tal proceder, não só fere o princípio da presunção de inocência, como também o da motivação das decisões judiciais, gravado no art. 93, inciso IX da Constituição da República. Como assinala a sempre festejada professora **Ada Pellegrini Grinover**: "A falta de efetiva apreciação da necessidade da cautela importará, também, quanto à prisão decorrente da sentença condenatória recorrível, vício de fundamentação, capaz de fazer incidir a sanção de nulidade por desatendimento aos preceitos constitucionais já indicados".⁽⁹⁾

Corroborando esse pensamento, o Colendo STJ, em decisão que teve como relator o eminente ministro **Vicente Cernicchiaro**, pontificou: "O despacho que determina ao réu recolher-se para apelar deve ser fundamentado. Como tal, cumpre especificar o fato concreto que traduz o juízo de necessidade. Insuficientes a natureza da infração penal e o quantum da pena. Notadamente, considerando-se que estivera solto durante a instrução criminal."⁽¹⁰⁾

V - Conclusão

À guisa de conclusão, só caberia deduzir agasalhado pela Constituição em vigor o art. 594 do CPP, caso déssemos à referida norma interpretação de conformidade com a Constituição, observando o método especial de hermenêutica florescido na Alemanha, a que alude o professor **Paulo Bonavides**, segundo o qual "nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação 'em harmonia com a Constituição' e, ao ser assim interpretada, conservar o seu





sentido ou significado". Diz mais o ilustre constitucionalista: "Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição".⁽¹¹⁾

A professora **Ada Pellegrini Grinover** chega a formular um entendimento que poderia salvar o art. 594 ante os postulados constitucionais vigentes, o qual "*consistiria em admitir que a falta ao condenado dos predicados da primariedade e dos bons antecedentes denunciaria risco de fuga e, por consequência, perigo para a aplicação da lei penal*". Mas, ela mesma conclui que "*tal exegese é de difícil conciliação com o texto da Carta Magna, pois importaria em presunção contrária à da Constituição, no sentido genérico de que o réu não primário, ou com maus antecedentes, fugiria à aplicação da lei penal, devendo, por isso, ficar preso após a sentença condenatória. Estaria a prisão cautelar nessa hipótese assentada em dados meramente objetivos, deixando-se de levar em conta a necessidade da custódia no caso concreto*".⁽¹²⁾

Em verdade, admitir-se semelhante exegese seria consagrar o automatismo ilegal da prisão cautelar, descaracterizando seu caráter de excepcionalidade e a sua instrumentalidade. Daí a necessidade de cautela ao utilizar-se do método interpretativo surgido na Alemanha, para somente salvar uma lei no caso de dúvida quanto à sua constitucionalidade e não quando o vício de inconstitucionalidade se apresenta manifesto, correndo-se o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei, o que é inaceitável.

Assim sendo, prefiro filiar-me à corrente não preservacionista, para concluir que o prefalado art. 594 do Código de Processo Penal não foi albergado pelo atual texto constitucional, até mesmo porque isto não impede que o magistrado, ao prolatar uma sentença condenatória, possa decretar a prisão processual do acusado, desde que presentes, de maneira concreta, os requisitos legais, e, desse modo, estaria agindo fulcrado na Lei Fundamental.

A CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO COM O AFASTAMENTO DO JUIZ DO INQUÉRITO POLICIAL

(Denise Neves Abade)

É cada vez mais forte a tendência — muito bem-vinda, diga-se de passagem — de se vincular a ordem jurídico-penal à realidade. Se é utópico dizer que a estrutura da Justiça poderá um dia acompanhar o compasso das mudanças sociais, ao menos podemos constatar inovações que atenuam as discrepâncias presentes no ultrapassado sistema processual penal brasileiro.

Dentro desse contexto, há que se aplaudir determinação dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões, os quais decidiram, em atendimento a requerimento formulado pelo Ministério Público Federal, por meio, respectivamente, dos provimentos nº 47, de 12 de novembro de 1996, e nº 95, de 5 de fevereiro de 1997, que a tramitação dos inquéritos policiais e peças de informação será feita diretamente entre o Ministério Público e Polícia Judiciária.

Ambas as resoluções basearam-se no fato de que, com as mudanças trazidas pela nova ordem constitucional de 1988, o sistema investigatório processual penal não pode mais admitir que atribuições institucionais privativas do Ministério Público, como abertura de inquéritos policiais, requisição de diligências investigatórias, controle externo da atividade policial e promoção da ação penal pública, integrem a função jurisdicional.

Dessa forma, a remessa dos inquéritos para o juiz constituiria em ato, além de inócuo, obstaculizador de uma rápida prestação jurisdicional.

As exceções ficaram para os casos em que houver procedimento instaurado para instruir ação penal privada e que deva aguardar em juízo iniciativa do ofendido, e requerimento de medidas cautelares como prisão provisória, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, fiscal ou de comunicações, restituição de coisa apreendida...

Somente nessas hipóteses os inquéritos serão submetidos à apreciação do juiz.

Na verdade, os provimentos expedidos pelos TRFs da 1ª e 2ª Região consistem na materialização de anseio já antigo de se adaptar o procedimento formal do inquérito policial ao sistema

acusatório. O próprio Projeto de Código de Processo Penal, remetido ao Congresso Nacional em 1983, prevê a retirada do juiz do trâmite do inquérito.

De fato, já não faz nenhum sentido a tramitação tradicional e burocratizada dos inquéritos policiais. A Constituição de 1988 eliminou do nosso sistema processual penal praticamente todas as funções persecutórias que ainda eram reservadas ao Poder Judiciário. A própria estruturação da atividade jurisdicional estatal no sistema acusatório não permite que o juiz interfira na formação da *opinio delicti* do órgão ministerial.

Na prática, o que vem acontecendo é que, na maior parte das vezes, os juízes não lêem os inquéritos que por eles passam, limitando-se a deferir novo prazo à autoridade para conclusão das investigações — o que comprova a absoluta inutilidade da presença do Judiciário nessa fase persecutória.

Pior situação decorre das vezes em que, irregularmente, magistrados "indeferem" devolução de inquéritos à Polícia, ou de forma prematura afirmam sua competência, comprometendo assim, de forma grave, a constitucionalmente assegurada neutralidade do Poder Judiciário.

Dessa forma, a retirada da figura do julgador do inquérito policial será um progresso no sistema processual que levará a investigações mais céleres, respostas jurisdicionais mais eficientes e correta equidistância em relação ao conflito de interesses.

Com o afastamento do juiz das atividades persecutórias anteriores à ação penal, garante-se o maior dos princípios do devido processo legal — a imparcialidade do órgão julgador. Aos juízes, compete processar e julgar — e não investigar ou interferir nas investigações.

O contato do julgador com a atividade persecutória torna promíscua sua relação com os fatos. Compromete a neutralidade do juiz. E, sem um juiz neutro, toda a atividade jurisdicional resta comprometida...

O autor é desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará e professor de Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará.

- (1) GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo, RT, 1996, p. 137.
- (2) CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo, 3ª ed., RT, 1995, pp. 111-112.
- (3) FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, São Paulo, 3ª ed., RT, 1994, p. 193.
- (4) GOMES, Luiz Flávio. *O Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo, RT, 1994, p. 35.
- (5) LEX nº 210, jun/96, p. 342.
- (6) *Op. cit.*, p. 40.
- (7) GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, 3ª ed. Atual, Saraiva, 1995, pp. 250-251.
- (8) GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo, 4ª ed., Malheiros, 1995, p. 246.
- (9) *Op. cit.*, p. 246.
- (10) RHC 2.852-1-RR, DJU 07.02.94, p. 1.201.
- (11) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 6ª ed., Malheiros, 1996, p. 474.
- (12) *Op. cit.*, p. 137.

Assim, qualquer contato prévio do juiz com as diligências tomadas no inquérito policial, por comprometer seu envolvimento psicológico com os fatos, além de eticamente reprovável, é **inconstitucional**.

O que caracteriza o processo acusatório, adotado em nosso sistema processual penal, é a **rigida** separação entre o órgão acusador e o juiz.

No sistema acusatório ideal, com o órgão julgador passivo diante das partes, não deve o juiz, **jamais**, praticar atos de colheita preliminar de provas.

A insistência de remessa dos autos do inquérito policial para exame do magistrado fora das hipóteses excepcionais acima mencionadas é *resquício do medieval processo inquisitório, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito, às vésperas do século XXI...*

De ver-se, portanto, que o clássico princípio *ne procedat iudex ex officio*, tantas vezes e há tanto tempo invocado pela doutrina e jurisprudência pátrias, somente estará sendo aplicado em sua plenitude com o efetivo afastamento do Poder Judiciário da atividade persecutória, garantindo assim o requisito essencial da função jurisdicional — a neutralidade do juiz.

Afinal, como bem salienta Mario Chiavario, verificamos que "*pelo modo como resultam fixadas as regras que devem servir ao Estado para determinar se um indivíduo é inocente ou culpado, e pelo modo como resultam organizadas as relações entre os vários sujeitos que operam no processo penal e as suas respectivas atividades, se podem extrair alguns entre os elementos mais preciosos para valorizar se e quando um povo, se e quando uma sociedade são coerentes com suas afirmações de apego aos valores da civilização, da liberdade e da democracia*" (apud Cervini, Raúl e Gomes, Luiz Flávio. *Crime Organizado*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pg. 49. grifei).

A autora é procuradora da república em São Paulo.

A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E O SIGILO CONSTITUCIONAL DE DADOS OPERADOS EM SISTEMAS INFORMÁTICOS E TELEMÁTICOS

(Geraldo Prado)

1) Introdução

A Lei nº 9.296, de 25 de julho de 1996, regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, atendendo a antiga reivindicação da doutrina, com o objetivo evidente de superar indesejável dissídio jurisprudencial⁽¹⁾.

Vale destacar, todavia, que ao disciplinar a matéria, o legislador ordinário aparentemente afastou-se do leito regulamentador previsto no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição da República, para incluir entre as hipóteses de violação a interceptação da comunicação em sistemas de informática e telemática, podendo ensejar interpretação rigorosa, pela qual se conclua neste aspecto inconstitucional a norma inferior.

Acreditamos, no entanto, não seja esta a melhor solução, pois o conteúdo da regra infraconstitucional, antes de afrontar a Carta Magna, a ela se adequa em letra e espírito, uma vez que reconhece na dinâmica da sociedade novas formas de infringir-se a lei, para as quais, sem desproteger-se a pessoa naquilo que lhe é mais precioso, sua individualidade, cumpre operar a ação eficiente de investigação.

2. Os Sistemas Informático e Telemático e a Proteção de Dados

Inicialmente, releva definirmos os objetos da nossa análise, para, assim, alcançarmos seguramente o conteúdo das normas constitucional e ordinária em condições de aquilatar-lhes a harmonia ou antinomia.

Portugal, de forma esplêndida, adiantou-se à maioria dos Estados, editando legislação contemporânea ao moderno processo de revolução social, pelo uso doméstico, profissional e industrial dos computadores. A importância na vida das pessoas e das nações bem pode ser medida pela transformação — globalizante e imperativa — do antigo método industrial fordista de produção em um modelo tecnológico-industrial flexível⁽²⁾, por si só suficiente a exigir do Estado moderno novas concepções jurídicas, outros paradigmas, enfim, tudo quanto, no mundo do Direito, seja necessário para a evitação de conflitos e perpetuação de inalienáveis direitos fundamentais.

Com base em tais propósitos, o Direito lusitano passou a conhecer, desde 29 de abril de 1991, norma protetiva de dados pessoais face à informática — a Lei nº 10/91.

Segundo dispõe o mencionado diploma, define-se Sistema Informático como sendo o “conjunto constituído por um ou mais computadores, equipamento periférico e suporte lógico que assegura o processamento de dados” (artigo 2º, c).

Pelo que seja do nosso conhecimento, as leis portuguesas não definiram Sistema

Telemático, muito embora seja a telemática entendida como “ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação”⁽³⁾.

Em ambos os sistemas pode-se encontrar um elemento comum, tal seja, o **dado**, objeto do processamento informatizado e também, em âmbito normativo, de proteção constitucional, conforme a norma já referida, importando sublinhar que foram feitas várias tentativas de defini-lo, desde o ponto de vista legal, como é o caso da lei portuguesa, que equipara dado à informação (artigo 2º, a e b, da Lei nº 10/91), culminando com o esforço da doutrina⁽⁴⁾, cujo exemplo mais marcante consta da monografia exemplar, de autoria de **Sandra Medeiros Proença de Gouvêa**⁽⁵⁾:

“Pode ser entendido como qualquer parte de uma informação, ou como algo que tem o poder de trazer qualquer informação. Também pode significar, quando relacionado com computadores e informática, uma informação numérica de formato capaz de ser entendido, processado ou armazenado por um computador ou parte integrante de um sistema de computador. Ou, ainda, uma informação preparada para ser processada, operada ou transmitida por um sistema de computador ou por um programa de computador. Os dados podem expressar fatos, coisas certas ou comandos e instruções” (Anexo I, Glossário).

Em todo caso, fica claro que dado ou informação têm sentido, de acordo com a norma constitucional, inseridos no contexto de um processo automatizado ou informatizado, gozando de proteção por que, para ficarmos com a posição de além-mar, “com a evolução da informática, os direitos e liberdades fundamentais podem ser postos em crise”⁽⁶⁾.

A violação da nossa intimidade, a penetração na esfera da nossa privacidade, tudo isso, com efeito, está em risco maior a partir do momento em que o computador, supremo regente da apressada vida moderna, passa a exercer a função de verdadeiro cofre dos nossos sentimentos e disposições mais pessoais. Com base na constatação que hodiernamente a afirmação clássica *my home is my castle* esvazia-se pelo processo cortante da penetração informática em nossos segredos⁽⁷⁾, ergue-se a barreira normativo-constitucional, nos limites que adiante observaremos.

3. Da Intimidade e da Privacidade

Sobre o âmbito demarcado dos nossos segredos, não surpreende a ninguém, pois, a afirmação de que a personalidade possui contornos tais, dentro dos quais muitas vezes aquilo que nos diz respeito deve ficar fora do alcance das outras pessoas. É a intimidade, cuja revelação depende exclusivamente da

vontade livre do sujeito do direito, que pode, entretanto, estabelecer um círculo mais ou menos restrito, dentro do qual admite compartilhar suas vivências, experiências — a família, o clube que frequenta, o ambiente profissional. É a vida privada.

Considerando a importância do privado⁽⁸⁾, o legislador constituinte marcou posição, assegurando a esfera mínima de inviolabilidade, sem prejuízo de delimitar, obedecendo a critério de transparência, o direito de informação — art. 5º, inciso XIV, da CR — quer quanto a ser informado como quanto a informar, de acordo com a ética e velando pelo princípio da autenticidade do que se informa⁽⁹⁾. Neste tópico convém frisar que a adoção do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade há de ser invocado para resolver eventual conflito produzido pela colisão dos direitos fundamentais, porém, fica evidente o desígnio do legislador de que não existe uma esfera absoluta de privacidade, quando o processo comunicativo versar sobre fatos do interesse público ou comum.

Assim, enquanto a tutela da intimidade nos assegura não sermos invadidos para revelarmos nosso modo de pensar ou as razões do nosso agir, não importando ao mundo exterior **o que se passa em nós**, ao contrário, quando decidirmos nós mesmos compartilharmos os nossos íntimos segredos com outrem, colocamo-nos na condição de vermos violada a privacidade se e na medida que o interesse social reclamar. Não somos livres, pois, para deliberarmos sobre o ilícito, extravasando de nós mesmos a nossa pretensão de delinquir.

Deste modo, ao realizarmos o processo comunicativo, ao interagirmos, a nossa privacidade corre o risco de ser violada legalmente. Desde que se justifique, mediante o devido processo legal e à consideração pelo juiz da extrema necessidade da medida, a privacidade pode ser afetada.

Isso pode ocorrer, com frequência, quando dois ou mais agentes resolvem por em prática, executar, projeto criminoso. Se o fazem, comunicando-se entre si por meio de cartas, estas podem ser apreendidas, uma vez que há justo motivo. É bem verdade que não podem ser interceptadas, pois o processo comunicativo há de ser preservado à luz da Constituição. Não obstante, repousadas em poder do destinatário, poderão ser arrecadadas, desde que haja ordem judicial neste sentido, emanada em verdadeiro processo penal cautelar⁽¹⁰⁾.

A proibição da interceptação obedece à intenção clara do legislador de impedir o devassamento irrestrito da nossa intimidade, com os danos morais e patrimoniais que a devassa possa ocasionar, sem prejuízo do uso ilícito e descontrolado das informações.





4. Da Intercepção Telefônica e nos Sistemas Informático e Telemático

No exemplo dado, porém, não é difícil perceber que a carta — como ela também o telegrama e os dados contidos em bancos de dados — repousa ao final em poder do destinatário, conferindo exequibilidade à medida destinada a apreendê-la, com relativo grau de segurança.

O mesmo não acontece com a comunicação telefônica, conforme salientou com extrema lucidez o professor **Tercio Sampaio Ferraz Junior**⁽¹⁾, referindo-se a norma constitucional:

“Note-se, antes de mais nada, que dos quatro meios de comunicação ali mencionados — correspondência, telegrafia, dados, telefonia — só o último se caracteriza pela sua instantaneidade.”

Portanto, se os dados da comunicação desaparecem imediatamente após esta perfazer-se, nada existe a apreender que possa ser objeto de uma ação investigativa eficaz, salvo se a própria comunicação for violada. Como salientou **Tercio Ferraz**, não são os dados o objeto da proteção constitucional, mas sim a sua comunicação, que poderá excepcionalmente ser afetada, quando de outro modo não for possível apreender a informação.

Destaca o mestre:

“Ora, como vimos, o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados.”⁽¹²⁾

Desde o início sublinhamos que a velocidade dos tempos modernos surpreende a todos. Não nos assustemos, pois, se concluirmos que mesmo o legislador constituinte não haja conseguido elaborar um tipo capaz de conter todas as situações práticas possíveis.

No Brasil, em 1988, era impensável falarmos em Internet, na instantaneidade dos dados transmitidos telemática ou informaticamente, sem suporte ou repouso em banco de dados. A E-mail, a caixa postal informática, que a um simples teclar de máquina faz desaparecer a mensagem (instrumento da comunicação e a um só tempo seu objeto) não constava das nossas cogitações, à semelhança do Direito português (artigo 187º do Código de Processo Penal) e diferentemente do italiano, em cujo modelo parece haver se inspirado a nossa lei (artigo 266 bis do Codice di Procedura Penale).

Assim dispõe a lei italiana:

“Nei procedimenti relativi ai reati indicati nell' articolo 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercezione del flusso di comunicazioni relativi a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi.”

É razoável concebermos, especialmente em determinado tipo de criminalidade, duas pessoas que projetem e executem ação delitosa, comunicando-se via Internet, sem deixar rastros do teor da comunicação. A apreensão da máquina — hardware — não oferecerá condições ao investigador de descobrir e frustrar o injusto penal eventualmente em andamento.

Sem dúvida, a intervenção na ação comunicativa, nestas circunstâncias, oferece riscos. Não são diferentes, entretanto, dos riscos que a comunicação telefônica interceptada oferece, e para arrostá-los a lei prevê medidas de segurança, calcadas no devido processo legal.

Quando os dados informáticos repousarem em bancos de dados, a sua comunicação não poderá ser objeto de interceptação, pois assim estaria sendo violada a Constituição. Porém, interpretada sistemática e teleologicamente não haverá contraste com a norma de garantia a interceptação determinada à luz do *due process of law*, para fins de instrução criminal ou investigação da mesma natureza, se se tratar de dados transmissíveis de modo a não repousarem em banco de dados ou forma similar, que permita a apreensão.

É preciso, assim pensamos, respeitar a intencionalidade do legislador constituinte, que em nenhum momento imaginou construir uma regra que pudesse servir de escudo para a prática de crimes, assegurando-se, sem questionamentos, a intimidade e, nos limites da licitude da comunicação, a vida privada.

5. Conclusão

Com efeito, é possível concluir:

a) O objeto da proteção constitucional (inciso XII, do artigo 5º) é o agir comunicativo;

b) A comunicação telefônica, em determinadas circunstâncias, não se insere na proteção;

c) A exceção é ditada pela instantaneidade da comunicação telefônica, não permitindo a apreensão da informação, de outro modo, para fim de prova;

d) A comunicação de dados, por qualquer meio automatizado, desde que os dados repousem em banco de dados ou similar não é passível de interceptação;

e) Nem todos os dados informáticos, porém, repousam ao final do processo comunicativo em banco de dados;

f) Neste último caso, as razões que autorizam a interceptação das comunicações telefônicas são as mesmas, prevalecendo o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*, não conflitando com o sistema e a finalidade da imposição da regra constitucional.

O autor é juiz no Rio de Janeiro.

(1) A respeito, *Intercepções telefônicas e gravações clandestinas. A divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça*, in **Boletim IBCCrim** 44/06, de agosto de 1996, de autoria de **Alexandre de Moraes**.

(2) A análise das alterações profundas vivenciadas pelo Direito na esfera do novo paradigma realiza-se com sensibilidade por **José Eduardo Faria**, in *Direito e Globalização Econômica*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1996.

(3) **FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda**, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986, p. 1.658.

(4) **PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William**. *Comentários à Lei Contra o Crime Organizado*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 56.

(5) *Crimes Praticados por Meio de Informática*, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 1995.

(6) **EIRAS, Agostinho**. *Segredo de Justiça e Controle de Dados Pessoais Informatizados*, Portugal, Coimbra, Ed. Coimbra, 1992, p. 66.

(7) **BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra**. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2; São Paulo, Saraiva, 1989, p. 71.

(8) Convém, nesta perspectiva, ler de **NEVES, Serrano**, *A Tutela Penal da Solidão*, Ed. Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1981, e de **COSTA JR., Paulo José da**, *O Direito de Estar Só - Tutela Penal da Intimidade*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

(9) Ver, de **CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti**, *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994.

(10) **BARROS, Romeu Pires de Campos**, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.

(11) *Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado*, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 1, pp. 76-90, out./dez. 1992.

(12) Op. Cit., p. 85.

Associe-se ao IBCCrim e garanta:

- ▣ Recebimento mensal do **Boletim**;
- ▣ Desconto especial de 40% na assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)**;
- ▣ Preços promocionais no pagamento dos cursos e seminários realizados periodicamente pelo Instituto;
- ▣ Livre consulta ao acervo da Biblioteca, que atualmente conta com inúmeros livros e revistas nacionais e estrangeiras;
- ▣ Consulta e locação a mais de cem fitas constantes da Videoteca;
- ▣ Participação no **I Prêmio IBCCrim de Monografia Jurídica**, a ser outorgado por concurso geral entre seus associados, com premiação e futura publicação do trabalho vencedor;
- ▣ Acesso à rede mundial Internet, onde o associado encontrará, por exemplo, informações doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, ao lado de relações de todas as nossas atividades, como cursos, palestras, seminários, listagens de nossa biblioteca e de nossa videoteca, dentre muitas outras de interesse científico e acadêmico.

TORTURAR É FÁCIL, O DIFÍCIL É JUSTIFICAR

(Luci Gati Pietrocolla)

Na primeira quinzena de abril os brasileiros foram surpreendidos não só com o caso/crime Diadema mas também com um vídeo trazendo o treinamento dos recrutas na Base Aérea de Santa Maria no Rio Grande do Sul apresentado pelo programa Opinião Nacional na TV Cultura no dia 03.04.97. As cenas de truculência e tortura praticadas por policiais militares junto a civis em Diadema somadas àquelas do treinamento de policiais, levaram-me a pensar no papel das instituições formadoras de policiais e o problema da violência no atual quadro social brasileiro.

O conteúdo do vídeo era o seguinte: um grupo de recrutas sob o comando de um superior faz o treinamento diário no interior do quartel. Garantindo o ritmo e a cadência do exercício, o conjunto de recrutas canta em alta voz uma marchinha que parece revigorar-lhes o ânimo individual e coletivo. Repetindo ininterruptamente a estrofe musical embalada pela cadência da marcha que envolve a todos, cantam: *"Torturar é muito fácil de fazer, pega o inimigo e maltrata até morrer."* A cadência da marcha, o som da música, o "treinamento" em que se encontram produz objetivamente uma situação paradigmática na qual o "ensino-aprendizagem" é realizado através de um ritual onde o exercício físico e o condicionamento emocional são partes integrantes e complementares dessa situação.

Marchinhas e cantos me remetem romanticamente aos velhos tempos de colégio, quando alunos postados em filas indianas cantavam os hinos patrióticos, aprendendo com isso a amar e valorizar o Brasil. A força e emoção emanadas do canto predispunham à ação fundada na mudança de comportamento porque lentamente eram internalizados princípios, conceitos que contribuíam para a formação do indivíduo e do cidadão.

Sabemos que os ritos cívicos acompanhamos sempre de marchas e cantos têm o papel de reforçar princípios, de valorizar conteúdos, de mexer com a emoção e predispor o indivíduo às causas nacionais favorecendo a moldagem dos cidadãos. Assim, amar o País, honrá-lo, respeitá-lo, lutar por ele e por seus cidadãos indiscriminadamente podem compor o conteúdo doutrinário de uma instituição ou organização social e, de um modo mais amplo de toda sociedade. Ensinar/aprender cantando é uma técnica altamente positiva e difundida. Utilizada tanto pelos nazistas como pelas escolas de idiomas para crianças.

O suporte ritualístico que os exercícios físicos e a música oferecem para a imposição de um "novo estado" decorrente do ensino/aprendizagem é de alta importância para estudos de comportamento sócio-afetivo. Van Gennep e Turner estudando os "ritos de passagem" apontam para tal importância. Estes ritos dizem respeito a cerimoniais ou seqüências cerimoniais que marcam a passagem de uma situação vivencial à outra. Na definição de ritos de passagem está contida a idéia de passar de um mundo anterior (cósmico ou social) para um mundo novo. Segundo os autores, os ritos de passagem são aqueles que acompanham as mudanças pelas quais passam os indivíduos, podendo ser elas de estado, de posição social, de lugar e de idade e três etapas os caracterizam: separação, margem (ou limen - liminaridade) e agregação: *"A primeira fase (de separação) abrange comportamento simbólico que significa o afastamento do indivíduo ou do grupo, quer de um ponto fixo anterior na estrutura social, quer de um conjunto de con-*

dições culturais (um estado), ou ainda de ambos. Durante o período 'limiar' intermédio, as características do sujeito ritual (o transitante) são ambíguas; passa através de um domínio cultural que tem poucos, ou quase nenhum, dos atributos do passado ou do estado futuro. Na terceira fase (reagregação ou reincorporação), consome-se a passagem. O sujeito ritual, seja ele individual ou coletivo, permanece num estado relativamente estável mais uma vez, e em virtude disso tem direitos e obrigações perante os outros de tipo claramente definido" (Turner, 1974:116).

Estas diferentes fases se compõem num conjunto combinatório de modo que não se deve realizar o estudo de uma fase ritualística isoladamente. É o conjunto que permite avaliar a importância e o significado do rito no conjunto das relações sociais estabelecidas pelos grupos humanos.

O texto de Gennep/Turner permite pensar o papel dos treinamentos na formação dos soldados das Forças Armadas conforme mostrou o vídeo. O treinamento pode ser tomado como a etapa da "liminaridade" que, por seu caráter ambíguo, exige rituais com funções específicas visando atingir fins específicos. Rituais de treinamento não comportam musiquinhas ingênuas ou criadas ao acaso.

O recrutamento do jovem soldado ou do policial exige um certo afastamento do grupo doméstico e o investimento de um novo papel formalizado através da aparência — o uso do uniforme, o porte de armas e até de um determinado corte de cabelo e postura física. Inicia-se portanto nos quartéis e bases a incorporação dos novos condicionantes culturais que farão daquele indivíduo que lá entrou um novo personagem: o soldado ou o policial. É o treinamento, portanto, uma das etapas que deverá garantir a eficiência da ação do soldado.

A perplexidade se instala todavia quando se pensa no conteúdo de violência implícito e explícito na música cantada pelos recrutas da Base Aérea de Santa Maria (RS). A internalização das normas e conceitos que vão orientar o seu comportamento futuro está iniciada. A repetição insistente não permite a consciência e a emergência da reflexão sobre o conteúdo que está sendo veiculado. O processo ensino-aprendizagem implica no envolvimento emocional-afetivo que se realiza de modo inconsciente. As ações que explicitam o comportamento decorrente desse aprendizado mostram a sua eficácia.

O preocupante está na estrofe: *"Torturar é muito fácil de fazer, pega o inimigo e maltrata até morrer."* O que parece lúdico e ingênuo é profundamente significativo para se pensar o comportamento selvagem e exterminador dos policiais em relação aos cidadãos da sociedade brasileira principalmente quando se refere aos pobres. A inculcação sutil mas eficaz de conceitos e normas que banalizam a tortura, o desrespeito humano e a violência contribuem seguramente para a implantação de uma "cultura do extermínio" no sentido que as instituições sociais reforçam comportamentos, tendências e personalidades. Atributos humanos podem ser mais ou menos desenvolvidos e ressaltados dependendo das instituições sociais nas quais os indivíduos nascem, crescem e morrem. É a partir desta realidade que devemos aguçar a nossa sensibilidade e firmar o nosso olhar para o que está ocorrendo na sociedade brasileira, quando as autoridades declararam que a violência dos policiais em relação aos cidadãos são "episódios isolados". Episó-

dios isolados ou procedimentos rotineiros, institucionais resultantes de investidura concedida/ensinada de modo determinado e ritualístico pelas instituições policiais aos seus recrutas?

Sociedades como a brasileira, na qual se observa a rápida e inexorável falência do Estado, expressa principalmente por uma política econômica inconsequente porque é incapaz de gerar empregos e salários compatíveis com a dignidade humana para a maioria da população, de uma corrupção generalizada envolvendo governantes, de indícios de ligações de parlamentares com o narcotráfico, da ausência de políticas públicas geradoras de melhorias nas áreas da saúde, educação e moradia, de uma impunidade cada vez mais escandalosa fortalecendo a crença popular de que no Brasil *"só vai pra cadeia ladrão de galinhas"*, o quadro da violência social disseminada exige mais do que nunca que se repense a formação e o papel de soldados e policiais. Se a irresponsabilidade e a incapacidade das elites governamentais não lhes permite pensar o Brasil a longo prazo e gerir instituições sociais que iluminem a dignidade humana, a construção do Estado democrático de fato o exige.

A autora é professora de antropologia na Unesp (Franca, SP) e coordenadora do Núcleo de Estudos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- 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

INJÚRIA POR PRECONCEITO

(Damásio E. de Jesus)

O art. 2º da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, acrescentou um tipo qualificado ao delito de injúria, impondo penas de reclusão, de 1 a 3 anos, e multa, se cometida mediante *"utilização de elementos referentes a raça, cor, religião ou origem"*.

A alteração legislativa foi motivada pelo fato de que réus acusados da prática de crimes descritos na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (preconceito de raça ou de cor), geralmente alegavam ter praticado somente delito de injúria, de menor gravidade, sendo beneficiados pela desclassificação. Por isso, o legislador resolveu criar uma forma típica qualificada envolvendo valores concernentes a raça, cor, etc., agravando a pena.

Andou mal mais uma vez.

De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de "negro", "preto", "pretão", "negão", "turco", "africano", "judeu", "baiano", "japa" etc., desde que com vontade de lhe ofender a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de 1 ano de **reclusão**, além de multa. Menor do que a imposta no homicídio culposo (1 a 3 anos de **detenção**, art. 121, § 3º) e a mesma do auto-aborto (CP, art. 124) e do aborto consentido (art. 125).

Assim, matar o feto e xingar alguém de "alemão batata" têm, para o legislador, igual significado jurídico, ensejando a mesma resposta penal, embora as objetividades jurídicas sejam diversas. Chamar um japonês de "bode", com dolo de ofensa, conduz a 1 ano de **reclusão**; matá-lo culposamente no trânsito, a 1 ano de **deten-**

ção. Ofender alguém chamando-o de "baiano" tem o mesmo valor que lhe causar lesão corporal grave, como, v.g., perigo de vida (art. 129, § 1º, II). E o furto simples (art. 155, *caput*)? Se alguém lhe subtrai todos os pertences, a pena é de 1 ano de reclusão. Se a vítima descobre que o ladrão é um homem de cor e diz que "aquilo só podia ser coisa de preto", presente o elemento subjetivo do tipo, a resposta penal tem a mesma dose. Corromper menor (art. 218) e xingá-lo de "negrinho safado" recebem o mesmo tratamento punitivo. Sem falar na transmissão dolosa de molestia grave (art. 131), estelionato (art. 171), seqüestro (art. 148), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216) etc., com sanção mínima igual.

E há delitos mais graves com pena comparativamente menor: constrangimento ilegal (art. 146), ameaça de morte (147), abandono material (art. 244) etc. A cominação exagerada ofende o princípio constitucional da proporcionalidade entre os delitos e suas respectivas penas.

Difícilmente um juiz irá condenar a 1 ano de reclusão quem chamou alguém de "católico papa-hóstias", ainda que tenha agido com vontade de ofender e menosprezar. Se aplicado o novo tipo penal, de ver-se que, além do dolo próprio da injúria, consistente na vontade de ultrajar, o tipo requer a consciência de que o sujeito está ofendendo a vítima por causa de sua origem, religião, raça, etc.

O autor é procurador de justiça aposentado.

aplicar anúncio na gráfica