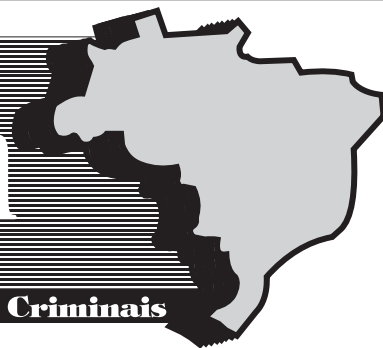




ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997

Define os crimes de tortura e dá outras providências.

O Presidente da República

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

Art. 1º - Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º - Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º - Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º - Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º - A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º - O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º - O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º - O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

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

Art. 4º - Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasília, 7 de abril de 1997;
176º da Independência e 109º da República.

Fernando Henrique Cardoso
Nelson A. Jobim

1º SEMINÁRIO SUL-MATOGROSSENSE DE DIREITO PENAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), juntamente com as Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES), estará realizando nos dias 05 e 06 de junho de 1997, no Palácio Popular da Cultura de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, o

"1º Seminário Sul-Matogrossense de Direito Penal"

que contará com a seguinte programação:

05.06.97 - Quinta-Feira às 19:30 horas

Abertura e Apresentação do IBCCrim e da FIC-UNAES, respectivamente, pelos professores **Sérgio Salomão Shecaira** (Presidente do IBCCrim) e **Júlio Roberto Siqueira Cardoso** (professor de Direito Penal da FIC-UNAES)

05.06.97 - Quinta-Feira às 20:00 horas

"Novas Tendências do Direito Penal"

Expositor: **Alberto Silva Franco** (Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e presidente de honra do IBCCrim).

Debatedores: **Rui Celso Barbosa Florence** (Juiz de Direito em Campo Grande e professor de direito penal na FIC-UNAES) e **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior** (Juiz de Direito em São Paulo, secretário da RBCCrim e membro da Associação Juizes para a Democracia).

06.06.97 - Sexta-feira às 9:00 horas

"Penas Alternativas"

Expositor: **Luiz Flávio Gomes** (Juiz de Direito em São Paulo, mestre em direito penal pela USP, doutorando pela Universidade Complutense de Madrid e diretor do IBCCrim).

Debatedores: **Sérgio Salomão Shecaira** (presidente do IBCCrim, mestre e doutorando em direito penal pela USP e assistente de direito penal na mesma universidade) e **José Carlos de Oliveira Robaldo** (Procurador de Justiça em Mato Grosso do Sul e professor na FIC-UNAES).

06.06.97 - Sexta-feira às 13:30 horas

"Execução Penal e Direitos Humanos"

Expositor: **Pedro Armando Egydio de Carvalho** (Procurador do Estado aposentado - SP e Advogado).

Debatedores: **Alvino Augusto de Sá** (professor de criminologia na Faculdade de Direito da USP, psicólogo da COESPE e membro do Conselho Penitenciário de São Paulo) e **Sérgio Mazina Martins** (Juiz de Direito na Vara de Execuções Criminais de São Paulo, diretor do IBCCrim e membro da Associação Juizes para a Democracia).

06.06.97 - Sexta-feira às 19:30 horas

"Crimes Contra a Vida"

Expositor: **Damásio E. de Jesus**

(Procurador de Justiça aposentado - SP)

Debatedores: **Maurício Zanóide de Moraes** (Advogado em São Paulo e doutorando em processo penal pela USP) e **Sérgio Guimarães Dias** (Procurador de Justiça em Mato Grosso do Sul e professor de direito penal na FIC-UNAES)

ALGUMAS NOTAS SOBRE A NOVA LEI DE TORTURA (LEI Nº 9.455 DE 7 DE ABRIL DE 1997)

(Sérgio Salomão Shecaira)

A Constituição de 1988 prevê a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, considerando crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura (art. 5º, XLI e XLIII). Não obstante tal assertiva, até o mês de abril p.p., a figura da tortura não vinha tipificada por lei ordinária.

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanas, Cruéis ou Degradantes foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU aos 10 de dezembro de 1984, sendo incorporada ao direito positivo nacional através do Decreto nº 40 de 15 de dezembro de 1991. No entanto, a perfeita definição de seus contornos só se operou com a recente lei, ainda assim porque foi sua tramitação precipitada pelos trágicos acontecimentos de Diadema. Após estes fatos, em não mais de dois dias, se ultimou a longa tramitação do projeto de lei tipificador da tortura, que acabou sancionado em 7 de abril e publicado no DJU do dia subsequente.

Apesar de se reconhecer a importância da capitulação da figura da tortura, algumas ponderações críticas são necessárias para que se possa iniciar uma objetiva análise da referida lei penal. O art. 1º, I da lei afirma ser tortura a causação de "sofrimento físico ou mental" com diversos objetivos, previstos nas letras "a", "b" e "c". O inciso II já fala em "intenso sofrimento físico e mental" como

forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. A pena básica para tais figuras é de 2 a 8 anos de reclusão.

Na construção do tipo penal, pode o legislador adotar critérios diferenciados. O primeiro consiste na descrição completa das condutas, sem deixar ao intérprete, praticamente, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica. Tal critério conduz à criação dos tipos "fechados". O segundo critério consiste na descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contidas. São os denominados tipos "abertos". O inconveniente deste segundo critério é exatamente o de apresentar certo regime de "indeterminação" que pode conduzir a uma negação do próprio princípio da legalidade, pelo emprego de elementos do tipo sem precisão semântica. Somente através de "jogo combinado de generalização e de diferenciação, criam-se as bases metódicas da formação de tipos em direito penal, através das quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática"⁽¹⁾.

O que viria a ser, então, "intenso sofrimento físico e mental"? A conduta do pai que, ao exceder-se em seu *ius corrigendi*, bate em seu filho, sobre quem tem a guarda, mesmo sem lhe causar lesão, como forma de castigo pessoal, praticaria a figura descrita no art. 1º, II? No nosso entender, melhor seria se o legislador arrolasse as condutas assemelhadas de forma a delimitar o alcance do tipo, como se fez no anteprojeto de Código Penal de 1994. Neste diploma, em seu artigo 186, conceituava-se tortura como todo "ato doloroso ou produtor de sofrimentos físicos, como golpes com emprego ou não de instrumentos, choques elétricos, queimaduras, posições forçadas, violação ou agressão sexual, exposição ao frio, submersão em água para produção de asfixia parcial, ataques para o rompimento do tímpano ou qualquer ato equivalente que produza dor ou sofrimento físico". São descritos como atos de tortura, também, aqueles que produzissem "sofrimento psíquico tais como simulacro de execução, privação do sono, exposição contínua a ruídos, confinamento, ameaças, observação de tortura alheia, submissão de parentes a violências ou agressões sexuais, ou outros atos equivalentes idôneos a produzir seqüelas mentais".

Melhor seria, ainda, para delimitação do objeto e alcance da lei, que o crime de tortura viesse classificado como crime próprio — aquele que pode ser cometido por determinada categoria de pessoas — e não como crime comum, cujo autor pode vir a ser qualquer pessoa. É que neste contexto, inúmeras dúvidas poderão surgir, como a já aventada no parágrafo anterior dada a abrangência de sua definição. Além disso, o próprio artigo 1º da

Convenção contra a Tortura, ratificado pelo Brasil, estabelece que tal conduta aplica-se ao "funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência". De forma assemelhada o faz a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em seu artigo 3º, pacto esse também em vigor no Brasil, desde 9 de novembro de 1989.

A lei penal em foco, ademais, repetiu o mandamento constitucional que prevê a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia, firmando como sendo fechado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Dessa forma, não caiu na mesma armadilha da Lei nº 8.072/90 que proíbe a concessão da progressão de regime, aspecto que se traduz em evidente inconstitucionalidade daquele diploma normativo. Se por um lado impõe uma pena privativa de liberdade em regime fechado, não impede, de outra parte, caso se tenha a aplicação da pena mínima, a concessão da suspensão condicional da pena, direito público subjetivo do réu, em se preenchendo os requisitos do art. 77 do Código Penal. Assim, para o crime cometido, sem qualquer das causas de aumento de pena previstas na lei, e desde que fixada a pena mínima de dois anos, não será impossível a concessão do *sursis*.

Por derradeiro, importante alteração a se mencionar é a contida no art. 1º, § 5º da lei, que dispõe sobre a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Trata-se de efeito específico da condenação que se materializa em figura mais gravosa do que aquelas previstas no art. 92 do CP. No entanto, é de ressaltar, que tal medida há de se aplicar somente para aqueles casos de crimes praticados pelo funcionário público, na condição e no exercício de sua função, não alcançando aqueles que o pratiquem fora de sua atividade laboral.

Não obstante as objeções que desde logo afloram desta breve análise da nova lei de tortura, entendemos ter dado o Brasil um grande passo naquilo que **Norberto Bobbio** afirma ser o caminho fundamental no âmbito dos direitos humanos: "em relação aos direitos do homem trata-se não tanto de justificá-los mas sim de protegê-los; é menos uma questão de ordem filosófica e muito mais um problema político"⁽²⁾.

O autor é presidente do **IBCCrim**, mestre e doutorando em direito penal e professor assistente da USP.

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

Revisor Geral: Geraldo Roberto de Sousa

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTB. 6372)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 14.000 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

(1) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 174/5.

(2) *A Era dos Direitos*, São Paulo, Ed. Campus, 1992, p. 24.

AS CRIANÇAS, A TORTURA, AS LEIS E AS SALSICHAS

(Maurício Antonio Ribeiro Lopes)

Há mais de cem anos **Otto von Bismarck**, sem jamais ter perdido uma única tarde de sua vida apreciando o processo legislativo no nosso Congresso Nacional, sentenciou que sobre as leis e as salsichas seria mais seguro que jamais se desse conhecimento ao povo de como eram feitas na Alemanha daqueles tempos. Desde então, o processo de fabricação de salsichas evoluiu, higienizou-se-o para atender os novos padrões exigidos pelo consumidor. Já as leis, estas pobres, ao menos por aqui continuam merecendo a mesma recomendação de **Bismarck**.

A recente lei que define o crime de tortura, em que pese sua larga demora, posto que exigida pela Constituição cidadã já no longínquo ano de 1988, somente agora foi aprovada pelo Congresso Nacional, sob os holofotes da mídia e a barbárie sanguinolenta de Diadema. Mas nem por isso pode ser considerada exemplo de esmero legislativo. Ao contrário, falta-lhe de tudo um pouco (às vezes bastante), mas falta sobretudo bom senso e respeito às crianças e aos adolescentes.

Uma das razões mais marcantes dessa falta de bom senso legislativo expressa-se na revogação do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para traçar um pequeno histórico, cabe lembrar que a Constituição de 1988 determinou no art. 5º, XLIII, que a lei consideraria a tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Até então a tortura era punida pela legislação penal como forma de lesão corporal, constrangimento ilegal ou abuso de autoridade, sempre com punições que beiravam (por dentro) o ridículo.

A primeira lei que tratou com seriedade do assunto foi o Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA — que simbolicamente entrou em vigor nove meses depois da Constituição Federal. Ali, no art. 233, construiu-se como um dos crimes mais graves da legislação penal brasileira a tortura cometida contra crianças. Não se definiu naquela lei o que seria tortura (como também até hoje não se definiu o que é adultério, mas que continua sendo crime assim mesmo), mas ficou registrado que "*submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura*" implicaria a imposição de pena de reclusão de um a cinco anos. De acordo com a gravidade do resultado advindo à criança e ao adolescente a pena crescia, até que no limite, e para os casos em que resultasse morte à vítima infante, a pena seria de sonora reclusão de quinze a trinta anos.

À primeira vista, a atual lei que define o crime de tortura (Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997) tornou-o mais grave,

posto que a pena mínima para os casos em que não exista lesão corporal grave é de dois a oito anos, independentemente de ser criança a vítima, ao invés da pena de reclusão de um a cinco anos prevista no art. 233 do ECA.

Ocorre que o legislador atual (ou quem lhe faça as vezes) por descuido, falta de tempo, ou oportunismo barato, deixou de ler todos os parágrafos do art. 233 do ECA e improvisou, para os casos em que exista morte, a pena de reclusão de oito a dezesseis anos. Se o crime for cometido contra criança ou adolescente, prevê a atual lei ainda um aumento na pena entre os limites de um sexto a um terço. Aplicando-se o maior dos limites (de resto, quase improvável pela experiência jurisprudencial brasileira) tem-se que as penas mais graves, para tortura de crianças e adolescentes que provocarem a morte destes, será de 10 anos e 8 meses a 21 anos e 4 meses de reclusão.

É verdade que as penas iniciais para as torturas de crianças e adolescentes, ainda que não resulte lesão grave, por força da determinação de aumento de pena de um sexto a um terço, podem ser aumentadas até os limites de 2 anos e 8 meses a 10 anos e 8 meses de reclusão mas, ao se verificar o resultado mais grave vê-se, com enorme facilidade, que o torturador lucrou com a reforma penal.

Não resta a menor dúvida, por outro lado, que absolutamente ninguém da sociedade, exceto algum sádico fanático, está de acordo com a diminuição de penas justamente para os crimes mais graves praticados contra crianças e adolescentes. Razão pela qual impõe-se corrigir esse defeito genético da Lei nº 9.455/97 com urgência máxima, até porque alguns estragos ela já causou, ainda que venha a ser modificada.

Há um princípio secular de que as leis penais que de qualquer forma agravarem a situação dos acusados não podem ter caráter retroativo, mas ao inverso, quando trouxerem penas menores ou qualquer outro benefício, colhem todos os casos em curso e mesmo os já julgados.

Uma vez que terão de fazer reforma para ajustar a pena nessa hipótese, convém também reexaminar outro ponto onde manifestamente legislou mal o Congresso. As hipóteses em que se pode verificar a tortura de crianças e adolescentes foram drasticamente reduzidas em relação às disposições preliminares do ECA. Antes, o crime se consumava desde que pessoa que estivesse em relação de autoridade, guarda ou vigilância sobre criança ou adolescente a submetesse a tortura, independentemente da finalidade que motivasse aquela ação. Qualquer razão servia para condenar-se o algoz do infante. Pela lei atual, nessas hipóteses de submissão à tortura de criança ou adolescente por pessoa que tenha autoridade, poder ou guarda, é preciso que a finalidade da ação esteja dirigida obrigatoriamente à aplicação de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Ou seja, talvez episódios análogos aos da Candelária (não precisamente naquele caso, onde os policiais foram condenados por crime de homicídio), além de serem objetivamente menos graves pela lei atual, talvez pudessem escapar de qualquer punição por brechas que legisladores responsáveis não tolerariam e que os atentados impediriam.

Não é só, a atual lei exige que a pessoa, no caso a criança ou adolescente, seja submetido a intenso sofrimento físico ou mental com emprego de violência ou grave ameaça para a caracterização da tortura. Ora, o próprio ECA determina que, na interpretação daquela lei, levar-se-á em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento (art. 6º), o que contraria a generalização feita pela Lei nº 9.455 ao exigir para qualquer pessoa a submissão a intenso sofrimento físico ou mental. É de se ponderar que para uma criança essa noção não pode estar em situação de igualdade às exigências feitas aos adultos. Esse defeito seguramente contribuirá para dificultar as hipóteses de caracterização do crime de tortura contra crianças.

Urge corrigir, e rápido. Mas num País onde quase tudo acaba em pizza, que mal podem fazer as salsichas?

A Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos - RS) estará realizando nos dias 21, 22 e 23 de maio de 1997, no Anfiteatro Padre Werner - Campus Universitário - o

"II Seminário Sobre Temas Atuais de Direito Penal"

Maiores informações ligue para o telefone (051) 591-1122

O autor é promotor de justiça da Infância e da Juventude em São Paulo, professor universitário e doutor em Direito.

LEI Nº 9.430/96 - ART. 83

(Luiz Vicente Cernicchiaro)

A Constituição da República, dentre as funções institucionais do Ministério Público, conferiu-lhe "*promover privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*" (art. 129, I). Entende-se como "ação pública" a que, na linguagem do Código de Processo Penal, se desenvolve por impulso oficial, não se confunde com a "ação penal privada". Essa impropriedade técnica foi saneada com a reforma penal de 1984, conferindo o *nomen iuris* correto — ação penal de iniciativa privada. Com efeito, toda ação é pública (direito de postular a prestação jurisdicional). Direito cívico, pré-processual, como escreveu **Tornaghi**. O impulso, isso sim, será do Ministério Público, agindo de ofício, ou mediante representação do ofendido. A vítima manifestar-se-á mediante queixa.

A ação penal é indispensável para verificar a imputação de infração penal, dado os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da defesa plena.

O Direito, como sistema, é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se.

Em havendo indícios de delito, cumpre ao Ministério Público agir, oferecendo denúncia. Está condicionado apenas a que disponha de elementos de a imputação, além de formalmente, ajustável a um tipo legal de crime. Reúnem-se, então, os requisitos formal e material. O Ministério Público não resta submetido à prévia manifestação, ou anuência do interessado.

Quanto aos crimes tributários, algumas vozes pretendem estabelecer a prévia manifestação da instância administrativa, como

condição de procedibilidade, ou seja, o Ministério Público só poder propor a ação penal se a Fazenda Pública entender existir ilícito. Essa colocação não encontrou respaldo no Judiciário.

Urge elaborar importante registro, decorrência de, no Direito, ocorrer harmonia normativa. Uma norma não pode opor-se a outra. Se o Judiciário definiu lícita uma situação jurídica, em qualquer área, evidente (enquanto não desconstituída), a ninguém poderá ser imputada a ilicitude. Seria contraditório. Uma conduta não pode, ao mesmo tempo, ser qualificada como lícita e ilícita. Diferente se a manifestação operar-se no âmbito administrativo. Aqui, as decisões não fazem coisa julgada (no sentido constitucional — art. 5º, XXXVI). A jurisdição processual penal prevalece quando proclamada a inexistência do fato, ou de autoria. Nesse sentido, a Súmula 18 do STF.

De outro lado, conclusão oposta encerraria flagrante inconstitucionalidade. Em termos práticos, o Ministério Público (dentre as funções institucionais, incumbe-lhe "*promover, privativamente, a ação penal pública*") somente poderia denunciar alguém se o Fisco entender existir o crime. Caso contrário, ainda que o ilícito esteja caracterizado, ou, pelo menos, havendo indícios veementes, não poderá fazer. Estaria submetido à manifestação administrativa. Se fosse assim o "privativamente" da Carta Política transformar-se-ia em "concorrente".

O tema voltou à mesa de debates com a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cujo art. 83 dispõe: "*A representação fiscal*

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 após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".

A inteligência da norma deve ter como pano de fundo a colocação constitucional. Aliás, não encerra nenhuma novidade. Corresponde ao disposto no art. 40, do Código de Processo Penal, ou seja, o juiz, ao verificar, em autos ou papéis, existência de crime, remete-os-á ao Ministério Público para eventual oferecimento de denúncia.

O transcrito art. 83 fixou, formalmente, a mesma obrigação aos agentes do Fisco.

O dispositivo, dessa forma, não pode ser interpretado no sentido de a instância administrativa ser condição para o atuar do Ministério Público. Ao contrário, reforça o entendimento de a conclusão administrativa não ser pressuposto para a oferta da denúncia.

Além dos argumentos expostos, outro se evidencia decisivo. A representação, aí tratada, é restrita à decisão que concluiu "sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente". Como é "para fins penais", conclusão irresponsável, porque evidenciada existência de possível delito. Não significa, portanto, condição de agir do Ministério Público.

O autor é ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor da Universidade de Brasília.

A AÇÃO PENAL NOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96

(Alfonso Presti e Arthur Medeiros)

Conforme se infere da Lei nº 8.137/90, os delitos contra a ordem tributária, ali previstos, são todos de **ação penal pública incondicionada**, porque inexistente dispositivo nesta ou em outra lei que condicione o exercício do *jus persequendi in judicio* pelo Ministério Público.

Nossos Tribunais, em jurisprudência majoritária, têm entendido que a instauração do inquérito policial e da ação penal, independe da conclusão de procedimento administrativo-fiscal que porventura tenha sido proposto.

Com a edição da Lei nº 9.430/96, que em seu art. 83 estabeleceu que, nos crimes contra a ordem tributária de que tratam os arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, a representação fiscal relativa a tais infrações será remetida ao Ministério Público, apenas e tão-somente após decisão final na esfera administrativa, os entendimentos em sentido contrário passaram a tomar corpo.

Todavia não parece adequado falar que tal dispositivo criou uma "**condição de procedibilidade**", eis que o novel diploma não condiciona o exercício do direito de ação pelo

Ministério Público à vontade do ofendido.

O início da persecução penal independe do trabalho fiscal, como aliás já adverte o art. 16 da Lei nº 8.137/90 ao estabelecer que qualquer pessoa pode provocar a iniciativa do Ministério Público nas infrações em questão, como v.g., o consumidor a quem determinado estabelecimento comercial negou a expedição de nota fiscal em face de venda.

A representação tributária como qualquer outra *informatio delicti* é prescindível para o oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público, que pode basear-se em outras peças de informação, não dependendo da elaboração, pela administração fazendária, de auto de infração e imposição de multa.

O entendimento contrário leva a conclusão de indevida limitação ao direito do exercício do *jus persequendi* do Ministério Público, a quem se atribuiu constitucionalmente tal papel.

Com o novo diploma manteve-se a sistemática anterior pela qual os delitos contra a ordem tributária continuam sendo de ação penal pública incondicionada, não se confundindo a representação a que se refere,

com a condição de procedibilidade que trata o art. 100, § 1º do Código Penal.

Tal dispositivo é mero comando para a administração fazendária, disciplinando o momento em que a notícia da prática da infração penal, impropriamente chamada de representação, deve ser remetida ao Ministério Público, não se tratando sequer de questão prejudicial obrigatória, em face do que dispõe o art. 92 do CPP, pelo qual é obrigatória a suspensão da **ação penal** quando houver controvérsia sobre o estado civil das pessoas, o que à evidência, não se verifica nos delitos em tela.

A questão deve ser resolvida pelo **princípio da suficiência da ação penal**, que quando muito, permite diante da complexidade da questão e do ajuizamento de ação cível, ou do procedimento administrativo, para desconstituir do crédito tributário, que o juiz suspenda o curso da **ação penal** nos termos do art. 93 do CPP.

O Código de Processo Penal não obsta que mesmo diante da existência de questão





prejudicial seja oferecida denúncia, eis que o juiz criminal poderá "*suspender o curso do processo*" (art. 93 do CPP).

Logo, mesmo com a vigência da Lei nº 9.430/96 a situação anterior manteve-se inalterada eis que o aludido art. 83 não estabelece qualquer requisito de procedibilidade para ação penal.

Caberá, em última análise, ao promotor de justiça diante de eventual notícia de crime fiscal, requisitar a instauração, caso necessário, de inquérito policial, ou mesmo aguar-

dar o desfecho de procedimento administrativo, caso não possua elementos suficientes para a formação de sua *opinio delicti*.

Todavia, se não há ação penal, não há questão prejudicial do mérito desta, mesmo porque não se demandou ao juiz criminal a punição do autor da infração, e por conta disso, não poderá haver a suspensão de que trata o art. 93 do CPP, que importaria na suspensão da prescrição.

Conhecidos os efeitos nefastos da prescrição retroativa (art. 110, § 2º do CP), a conclusão óbvia é que tal disposição gerará a impunidade em muitos casos, pelo reco-

nhecimento dessa causa de extinção da punibilidade, pois como se sabe, o procedimento administrativo é demorado e agora se encontra incentivo para que todos os sonegadores façam uso dele, para retardar a remessa da representação fiscal ao Ministério Público.

Os autores são promotores de justiça em São Paulo; o 1º professor de direito penal da PUC-SP e o 2º mestrando na mesma universidade.

A CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI Nº 9.296/96 (INTERCEPTAÇÕES DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA)

(Alexandre de Moraes)

A Constituição Federal determina ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

No caso, porém, da inviolabilidade das interceptações telefônicas a própria Constituição Federal, no inciso XII, do art. 5º, abriu uma exceção expressa, exigindo para sua aplicação a presença de três requisitos: ordem judicial, finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal e *hipóteses e forma estabelecidas na lei*.

A ausência da edição da necessária lei estabelecendo as hipóteses e forma permissivas para as interceptações telefônicas fez com que o Supremo Tribunal Federal reiteradas vezes julgasse a utilização desse meio de prova como ilícito, tornando-o, bem como todas as provas dela derivadas, inadmissíveis no processo (HC 69.912-0/RS, Plenário, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, maioria [10 x 1], j. 30.06.93, DJU 26.11.93, p. 25.531; HC 72.588/PB, Plenário, rel. min. **Maurício Corrêa**, j. 12.06.96, **Informativo STF** nº 35; HC 73.351/SP, Plenário, rel. min. **Ilmar Galvão**, **Informativo STF** nº 30; HC 73.461/SP, Plenário, rel. min. **Octávio Gallotti**, j. 11.06.96).

O Congresso Nacional resolveu esse problema com a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que editada para regulamentar o inciso XII, parte final do art. 5º, da Constituição Federal, determinou que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, cessando assim a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova, e conseqüentemente, sobre sua licitude.

Aproveitou o Parlamento e regulamentou a possibilidade de *interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*, mediante os requisitos previstos na lei.

Passou-se, então, à discussão da pos-

sibilidade da referida lei regulamentar a *interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*, uma vez que sua ementa diz: "*Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*", entendendo **Vicente Greco Filho** que esta extensão é inconstitucional (**Interceptação Telefônica**, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 12).

Data venia, não podemos concordar com a conclusão do insigne jurista, por três grandes motivos:

1º) A interpretação das normas constitucionais exige que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda (**Canotilho**), sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade (**Jorge Miranda**);

2º) Assim, apesar de a exceção constitucional (CF, art. 5º, XII, *in fine*) expressamente referir-se somente à interceptação telefônica, nada impede que nas outras espécies de inviolabilidades haja possibilidade de relativização da norma constitucional, como por exemplo, na permissão da gravação clandestina com autorização judicial (**RT**, 692/370), pois entende-se que nenhuma liberdade indi-

vidual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências, das comunicações e de dados, sempre que essas liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, pois como salienta o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "*afirmar que um direito é absoluto significa que ele é inviolável pelos limites que lhe são assinalados pelo motivos que o justificam*" (Câm. Esp., MS nº 13.176-0/2-SP, rel. des. **Dínio Garcia**);

3º) Finalmente, o fato da ementa da lei afirmar que "*Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*", de forma alguma impede que o texto legal discipline outros assuntos, uma vez que a lei que veicula matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa, por só esse motivo, não ofende qualquer postulado constitucional, não vulnerando tampouco as regras de processo legislativo constitucional, pelo que excluída da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade (STF, Pleno, Adin nº 1.096-4, medida liminar, rel. min. **Celso de Mello**, DJU 22.09.95, p. 30.589), pois inexistente no vigente sistema de direito constitucional brasileiro regra idêntica à prevista pelo art. 49 da Constituição Federal de 1934 ("*Os projectos de lei serão apresentados com a respectiva ementa, enunciando, de fôrma succinta, o seu objectivo, e não poderão conter matéria estranha ao seu enunciado*").

Em conclusão, entendemos pelos motivos já expostos que, inexistente qualquer inconstitucionalidade da norma de extensão prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que expressamente determina: "*o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática*".

O autor é promotor de justiça em São Paulo e professor de direito constitucional do Curso do prof. Damásio E. de Jesus.

Concurso de Monografias do IBCCrim

Participe do "I Prêmio de Monografias
Jurídicas" que será atribuído
à monografia sobre

**"DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL
OU CRIMINOLOGIA".**

O regulamento para
participação encontra-se disponível
na sede do IBCCrim.

RESPONSABILIDADE PENAL E ADMINISTRATIVA DE PREFEITOS MUNICIPAIS - DECRETO-LEI Nº 201/67 E LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) - CONCURSO REAL E APARENTE DE NORMAS

(Gianpaolo Poggio Smanio e Damásio E. de Jesus)

1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 37, elege os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade como os basilares de toda a Administração Pública, seja direta, indireta ou fundacional, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E o § 4º do referido artigo dispõe sobre as sanções cominadas aos autores de atos de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

"§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

A norma constitucional foi clara em distinguir as sanções para os atos de improbidade administrativa das sanções penais, ao indicar que não haverá prejuízo da ação penal cabível, que é a única forma de impor sanções criminais a quem praticar infrações penais. Concluímos, assim, que as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa são de natureza civil, distintas daquelas de natureza penal. Os atos de improbidade administrativa deverão ser analisados na esfera da ilicitude dos atos civis e não dos tipos penais. Nesse sentido, a doutrina de **Pazzagli Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior**: *"A cláusula final 'sem prejuízo da ação penal cabível' indica que as sanções previstas no Texto Maior não são de índole criminal, devendo pois resultar de sentença proferida em persecução judicial civil"* (*Improbidade Administrativa*, São Paulo, Editora Atlas, 1996, p. 122). Res-salvamos, contudo, que a natureza jurídico-civil das sanções por ato de improbidade não exclui a investigação criminal e administrativa sobre o mesmo ato, o que poderá resultar em ações judiciais e sanções de natureza diversa.

A responsabilidade pela prática de atos ilícitos possui três esferas de atuação, quais sejam, administrativa, civil e penal. O mesmo ato, portanto, poderá consistir em ilícito administrativo, com as respectivas investigações e sanções administrativas, em ilícito civil, com incidência de outros instrumentos de apuração, de ação civil e consequentes sanções civis, e em ilícito criminal, com procedimento investigatório, ação e respostas penais. Nesse sentido, a doutrina de **Marcelo Figueiredo**: *"Assim, ratifique-se, o mesmo fato*

pode ensejar a responsabilização do agente nas três esferas — penal, civil e administrativa. Agora, com a lei, o mesmo fato pode, ainda, configurar infração à probidade administrativa, nas várias modalidades aqui contidas" (*Probidade Administrativa*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 66).

A doutrina e a jurisprudência pátrias são pacíficas no entendimento da independência entre as três esferas de responsabilidade, significando que cada esfera deve analisar o fato, o seu julgamento e a aplicação da sanção cabível. Podem existir elementos para a aplicação de sanção administrativa e não para a sanção penal, o mesmo podendo ocorrer entre as esferas civil e penal e, assim, sucessivamente. Poderá ocorrer, entretanto, influência entre as esferas referidas, uma vez que, no nosso sistema processual, vigora o princípio do livre convencimento do juiz perante as provas produzidas, evidenciando a possibilidade da utilização do conjunto probatório produzido numa instância em outra. Igualmente, o julgamento na esfera penal poderá produzir resultados nas áreas civil e administrativa, desde que o julgamento seja pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria. Caso seja esta a decisão definitiva, não poderá haver sanção administrativa, por exemplo, baseada no mesmo fato, considerado inexistente. Note-se que o julgamento absolutório por insuficiência de provas não produzirá resultado algum nos campos administrativo e civil, em face da referida independência entre eles. O Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão: *"A independência das instâncias civil, penal e administrativa é regra no Direito brasileiro e, mesmo que o fato constitua, ao mesmo tempo, ilícito penal e administrativo, eventual decisão do juízo criminal só terá reflexos na instância disciplinar, impedindo a imposição de pena, se declarar a inexistência material do fato (isto é, que ele não ocorreu) ou se julgar provado que aquele determinado agente público não foi seu autor. A absolvição do réu por outros fundamentos — falta de prova de autoria, inexistência do crime, entre outros — não é obstáculo para a sanção disciplinar, porque a prova que faltou na ação penal pode estar no procedimento disciplinar ou o fato pode não ser crime, mas estar previsto em lei como infração administrativa"* (MS 21.113-0, DF, 1ª Turma, rel. min. **Moreira Alves**, DJU 14.06.91). Nesse sentido: **Damásio E. de Jesus**, *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo,

Editora Saraiva, 13ª edição, 1996, pp. 82 e ss.

2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992)

Dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional, a norma constitucional veio a ser concretizada pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, chamada "Lei de Improbidade Administrativa". Embora não se trate de lei penal, foi utilizada a técnica legislativa consistente em definir o ato de improbidade por meio de tipificação legal, de forma a permitir ao aplicador a subsunção dos fatos ocorridos ao modelo abstrato fixado pela lei. Por meio desta técnica, podemos dizer que os atos de improbidade administrativa são típicos e podemos utilizar a teoria do tipo para a solução dos eventuais problemas surgidos em sua aplicação.

A Lei de Improbidade Administrativa tipifica separadamente três espécies de condutas em seus arts. 9º, 10 e 11, estruturando os tipos com cláusulas gerais, que conceituam os diversos atos de improbidade e, após, exemplifica determinadas condutas nos incisos de cada um dos referidos artigos, de forma a permitir a melhor aplicação da norma por parte do Poder Judiciário.

O art. 9º trata dos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito por parte do agente público ou do equiparado, enquanto o art. 10 tipifica os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário. Por fim, o art. 11 dispõe sobre os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, funcionando como norma de aplicação subsidiária em relação aos demais tipos.

No que se refere às sanções aplicáveis, a lei regulamentou a norma constitucional em seu Capítulo III - Das Penas - art. 12, que, inicialmente, reforça a natureza jurídica das sanções e a sua independência, nos seguintes termos:

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: ..." Os incisos





dessa disposição trazem, por sua vez, a especificação das sanções que serão aplicadas em cada caso de tipificação legal de ato de improbidade administrativa. Para as condutas que importam enriquecimento ilícito, o inciso I do art. 12 da Lei nº 8.429/92 determina que sejam aplicadas as seguintes sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de dez anos.

Em relação aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, o inciso II do art. 12 determina que sejam aplicadas as seguintes sanções: ressarcimento integral do dano, perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos.

Para os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, o inciso III do art. 12 dispõe o ressarcimento integral do dano, se houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos.

O juiz, de acordo com o parágrafo único do referido art. 12, serve-se de critérios na aplicação das sanções, que são a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

3. A LEI DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS (DECRETO-LEI Nº 201, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967)

O Decreto-Lei nº 201/67 dispõe sobre os chamados "crimes de responsabilidade", referindo-se à responsabilidade criminal dos prefeitos, que, como vimos, é independente da civil e da político-administrativa. Crimes de responsabilidade são os delitos de natureza funcional, cometidos, no caso, por prefeitos municipais, no exercício de suas atividades executivas do governo local. Estes crimes são considerados especiais, uma vez que o exercício da função pública é um dos elementos do tipo penal.

Os prefeitos podem, também, cometer crimes comuns, como qualquer pessoa, onde sua condição funcional não importa para a configuração delitiva. O art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 tipifica as condutas consideradas crimes de responsabilidade, distintas das condutas que tipificam crimes comuns, sujeitando-os ao julgamento

pelo Poder Judiciário, independentemente de qualquer pronunciamento da Câmara Municipal, inexistindo necessidade de prévia autorização.

A separação entre a responsabilidade criminal e a político-administrativa do prefeito municipal fica definitivamente demonstrada no art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67, que estipula as infrações administrativas que podem ser por ele praticadas, sujeitando-o ao julgamento pela Câmara Municipal, sob pena de cassação do mandato, independentemente das sanções civis e criminais. O prefeito poderá sofrer duplo processo, caso a conduta ou condutas praticadas estejam tipificadas nos modelos legais, um perante o Judiciário, para analisar eventual crime, e outro movido pela Câmara Municipal, o chamado processo de cassação, ou *impeachment*. Ambos os processos serão independentes, podendo chegar a soluções diversas, sem que haja qualquer interferência de um na esfera de competência do outro. Nesse sentido, a jurisprudência: "*Crime de responsabilidade - Prefeito Municipal - Prática, em tese, de atos configuradores de infrações penais e político-administrativas - Responsabilidades que não são auto-excludentes, mas autônomas, podendo ser apuradas simultaneamente*" (TJSP, RJTJSP, 83/426). "*Denúncia por crime previsto no Dec.-Lei nº 201/67 - As responsabilidades penal e administrativa podem coexistir, sujeitando-se o infrator a duplo processo*" (STF, RTJ, 106/548).

As sanções aplicáveis para os crimes de responsabilidade estão previstas no § 1º do mencionado art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, quais sejam: reclusão, de dois a doze anos (para os crimes tipificados nos incisos I e II do referido artigo); detenção, de três meses a três anos (nos demais incisos).

Importante consequência da prática de crimes de responsabilidade por prefeitos vem prevista no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, nos seguintes termos:

"§ 2º. A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular."

A perda do cargo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública constituem efeitos da condenação definitiva em qualquer dos delitos de responsabilidade previstos no Decreto-Lei nº 201/67. Por se tratar de lei especial em relação ao Código Penal, prevalece seu dispositivo, por aplicação do princípio da especialidade, em relação ao art. 92, inciso I, "a", daquele diploma legal, que determina, como efeito da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, somente quando a pena

privativa de liberdade aplicada for igual ou maior de um ano.

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, concluímos, comparando a Lei de Improbidade Administrativa com a legislação que estipula os crimes de responsabilidade dos prefeitos, que o mesmo ato praticado poderá sofrer investigações diversas, como, por exemplo, inquérito policial (efetuado pela Polícia Civil), inquérito civil (promovido pelo Ministério Público), e uma sindicância interna realizada pela Câmara Municipal. Após a realização das investigações, poderá o autor do ato sofrer ação penal para apuração de crime de responsabilidade, ação civil, para a verificação da improbidade administrativa, ambas as ações julgadas pelo Poder Judiciário, e um procedimento político-administrativo perante a Câmara de Vereadores. Todas as investigações e procedimentos, bem como as ações, são independentes, conforme doutrina amplamente majoritária e jurisprudência assentada pelos tribunais superiores. As sanções para o ato praticado também serão decorrentes de cada instância, não podendo haver interferência de uma sobre outra, em face da propalada independência existente entre as diversas esferas de atuação.

Resta apenas a questão referente à coincidência de sanções nas diversas instâncias de atuação. Como vimos, para a improbidade administrativa existe a sanção de perda da função pública, enquanto para os crimes de responsabilidade há a perda do cargo, como efeito da condenação, bem como no procedimento político-administrativo haverá a cassação do mandato. Como as consequências serão as mesmas, trata-se, na verdade, de uma só sanção, presente nas esferas civil, penal e político-administrativa, que poderá ser aplicada em qualquer destas esferas de atuação. Se, entretanto, aplicada em caráter definitivo por uma das instâncias, haverá falta de interesse nas demais instâncias, saindo as demais esferas para a consideração tão-somente das demais sanções eventualmente existentes para o ato. Em relação à suspensão dos direitos políticos e à inabilitação para exercício de cargo ou função pública, existentes a primeira na Lei de Improbidade e a segunda prevista como efeito da condenação criminal por crime de responsabilidade, não ocorrerá a mesma situação, uma vez que são sanções de natureza e alcance distintos, sendo os direitos políticos expressão de maior amplitude. Portanto, a aplicação de sanção por uma instância não afetará a imposição de outra por instância diversa.

Os autores são, respectivamente, promotor de justiça em São Paulo e procurador de justiça aposentado (SP).

O DIREITO PENAL DOS RICOS

(Alexandra Lebelson Szafir)

Todo mundo já ouviu falar, pelo menos uma vez, que no Brasil, apenas os famosos três “p’s” vão para a cadeia.

A promulgação da Lei nº 9.430/96, que em seu artigo 34 trouxe de volta a extinção da punibilidade em matéria de crimes contra a ordem tributária, quando o pagamento do tributo é feito antes da denúncia, só vem a confirmar esta triste pérola da “*sabedoria popular*”.

Não que a causa de extinção de punibilidade em foco não deva existir. Na verdade, se o direito penal é a “*ultima ratio*”, quanto mais medidas despenalizadoras houver, tanto melhor. Especialmente num país onde a situação carcerária é terrível, onde a prisão deve ser reservada àqueles verdadeiramente incapazes de viver em sociedade.

Entretanto, se a gravidade de um delito é medida pela quantidade de pena que o legislador lhe atribuiu, o fato é que o delito de furto não é mais grave que o de sonegação fiscal. No caso de furto simples, as penas mínima e máxima (de um a quatro anos) são menores que as do art. 1º da Lei nº 8.137/90 (de dois a cinco anos). E mesmo em se tratando de furto qualificado, a pena mínima (dois anos) é a mesma, e ainda que dobrada, não atinge a máxima prevista no art. 1º da referida Lei.

Sendo assim, por que não declarar como causa extintiva da punibilidade a devolução da *res furtiva* antes da denúncia? Sim, pois, analogamente, o pagamento do tributo nada mais é do que isso. Ressalte-se que o sonegador não é o mero inadimplente, mas o fraudador, aquele que procura maquiagem para que sua obrigação

tributária pareça menor ou mesmo inexistente.

Há quem argumente que a criação da causa extintiva de punibilidade para o furto em caso de devolução da *res furtiva*, na verdade, estimularia os furtadores à prática do delito, limitando-se a devolver o bem quando fossem descobertos. Porém, a mesma linha de raciocínio pode ser aplicada para os sonegadores, que podem ser estimulados a continuar praticando os delitos, limitando-se a pagar o tributo quando descobertos.

Na verdade, se diferença há entre o sonegador e o furtador é que aquele lesa um número muito maior de pessoas, pois (em geral) os valores são maiores. Ademais, os tributos arrecadados pela Fazenda destinam-se a toda a coletividade. Portanto, em última análise, é ela a lesada pelos sonegadores, ao passo que os furtadores, geralmente não lesam mais do que as vítimas individualmente consideradas.

Ademais, enquanto o furto se dá às claras (no sentido de que a vítima, fatalmente, irá dar por falta do bem, iniciando, assim, de imediato, a perseguição ao autor), a sonegação, na maioria das vezes, é feita dentro de uma empresa, de modo que sua descoberta é muito mais difícil. Poder-se-ia equiparar esta conduta à do furtador que age mediante “*fraude ou destreza*” (art. 155, § 4º, II).

Porém, há uma outra diferença: a camada sócio-econômica. Enquanto a maioria dos praticantes de furto são pobres, já os sonegadores são, geralmente empresários. E enquanto as vítimas de furto são indivíduos que têm bens para serem furtados, são apenas os pobres que neces-

sitam dos serviços públicos (ao menos na área social) que são sustentados com a receita dos tributos. Simplificando, de forma até grosseira: em caso de furto, geralmente são pobres lesando um único rico; na sonegação, são ricos lesando inúmeros pobres.

Nada mais havendo que justifique a existência da causa extintiva de punibilidade apenas para os sonegadores, só se pode chegar à conclusão de que a diferença na camada sócio-econômica é o motivo para esta situação que fere o princípio constitucional da isonomia (pois, se a pena é a mesma, são criminosos iguais).

E nem se argumente com a hipótese da suspensão processual, possível no caso de furto simples, pois a extinção de punibilidade é muito mais favorável: além de não depender de qualquer requisito que não seja a reparação do dano, não causa nenhum ônus àquele que dela se beneficia.

Num regime verdadeiramente democrático, não se pode admitir o binômio: “*dois pesos, duas medidas*”; o que se espera é que o legislador tenha a mesma preocupação com pobres e ricos, independente do poder que eles tenham dentro da sociedade. Não é o que ocorre, remarque-se: ao se punir o furto, defendem-se os proprietários; punindo-se a sonegação, é toda a coletividade, especialmente a mais pobre. E é só para este último delito (mais grave que o furto simples) que se criou a causa extintiva de punibilidade.

A autora é advogada em São Paulo.

A LEI Nº 8.072/90 E O Sursis: POSSÍVEL A CONCESSÃO?

(Cláudia Viana Garcia)

A reforma da parte geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84) e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) consagram, respectivamente, nos arts. 33, § 2º e 112, um sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, baseado, principalmente, no mérito do apenado e no tempo de cumprimento da pena no regime anterior.

Ignorando esta moderna sistemática adotada pelo nosso direito penal, a Lei nº 8.072/90 — que dispõe sobre os crimes hediondos —, num retrocesso lamentável, proibiu a progressão na execução das penas corporais, ao estabelecer no seu art. 2º, § 1º, que a pena aplicada aos condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, **será cumprida integralmente em regime fechado**.

Não se pretende discutir acerca da constitucionalidade do supra-referido dispositivo — que já foi inclusive declarada pelo STF —, mas tão-somente tecer algumas considerações sobre a possibilidade de concessão da **suspensão condicional da pena** aos condenados por crimes hediondos e assemelhados.

Tenho visto algumas decisões judiciais sustentando a incompatibilidade entre o *sursis* e a norma do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, tendo em vista a imposição do cumprimento total da pena no regime mais gravoso.

O equívoco é manifesto. Seja do ponto de vista hermenêutico, seja do ponto de vista lógico, essa interpretação não merece subsistir.

É regra primária de hermenêutica que as normas que restringem direitos individuais devem ser interpretadas restritivamente. Se a Lei nº 8.072/90 não vedou expressamente a **suspensão condicional da pena**, o hermeneuta não

pode lançar mão de interpretação dilatatória ou ampliativa, para fazer incluir no rol de proibições de direitos e garantias elencadas no referido texto legal mais esta restrição.

Inexiste, outrossim, incompatibilidade de natureza lógica entre a norma do art. 2º, § 1º e a concessão de *sursis*, já que não há nenhuma correlação entre **regime de cumprimento de pena** e este instituto.

Regime penitenciário está relacionado com o local em que se dará o cumprimento da sanção penal, referindo-se também às regras a que ficará sujeito o apenado durante a execução da pena privativa de liberdade. De acordo com o disposto na Lei dos Crimes Hediondos ele não poderá, durante a execução, avançar para um regime menos rigoroso (passar do fechado para o semi-aberto e deste para o regime aberto).

Por outro lado, o *sursis* é modo especial de cumprimento da pena privativa de liberdade que nada tem a ver com sistema de progressão de penas.

Instituto com disciplina própria, a **suspensão condicional da pena** exige o preenchimento de certos requisitos legais de natureza objetiva (pena privativa de liberdade não superior a dois anos e inaplicabilidade de penas restritivas de direito) e subjetiva (não reincidência em crime doloso e prognose de não voltar a delinquir), independentemente do regime prisional imposto.

Uma vez satisfeitos os requisitos, o condenado terá a execução da sua pena suspensa sob determinadas condições e durante um certo lapso de tempo denominado período de prova, findo o qual ser-lhe-á decretada a extinção da punibilidade.

Observe-se que, se no curso do período probatório, o condenado por crime hediondo ou equiparado vier a dar causa à revogação da suspensão, estará obrigado a cumprir integralmente em regime fechado a pena suspensa, independentemente do tempo de *sursis* decorrido.

Fosse o *sursis* um benefício concedido no curso da execução penal, fosse ele uma resultante da progressão prisional, poderia falar-se, neste caso, em incompatibilidade. Mas não é. O *sursis* situa-se completamente fora da progressão das penas; é justamente o cumprimento da pena em regime nenhum.

Não resta dúvida de que a norma da Lei nº 8.072/90, ao dispor sobre o cumprimento da pena integralmente em regime fechado, refere-se às hipóteses em que o sentenciado irá, efetivamente, cumpri-la na prisão, e não aos casos em que couber a suspensão da sua execução.

Em duas palavras: se o réu preenche os requisitos do *sursis* terá direito a que sua pena seja suspensa; caso contrário, a cumprirá integralmente em regime fechado, sendo-lhe vedada a progressão.

Em conclusão, é perfeitamente cabível a suspensão da pena imposta pela prática de crime hediondo, uma vez que inexistente norma expressa proibindo a sua concessão, não havendo também qualquer incompatibilidade lógica entre esta e a norma do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pelo que se aplicam, subsidiariamente, as disposições do Código Penal à lei especial.

A autora é assessora de ministro do Superior Tribunal de Justiça.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO PENAL: SUSPENDEM OU INTERROMPEM O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DE OUTROS RECURSOS?

(Walberto Fernandes de Lima)

1. INTRODUÇÃO

A insatisfação da parte com uma decisão judicial que lhe foi desfavorável, assim como o fato incontestável de ser falível o homem que a prolatou, quer o eventual erro desse julgador tenha se relacionado ao procedimento que adotou, ou à justiça de sua decisão, tais fatos, em si, obrigaram o legislador a criar o instituto dos recursos.

Entretanto, em algumas ocasiões, para que a parte venha a utilizar-se da via contestatória cabível para apreciação da matéria, invocando outro grau de jurisdição a nível recursal, pode necessitar que a mencionada decisão seja clarificada por quem a proferiu, o que no nosso sistema processual penal torna-se possível através dos *embargos declaratórios*.

A discussão que será travada a seguir prende-se à problemática do nosso Código de Processo Penal ter sido omissos quanto aos embargos de declaração, isto no que diz respeito à oposição desta impugnação poder gerar a *suspensão* ou *interrupção* do prazo para outros casuais recursos.

A utilização da analogia ao Código de Processo Civil em relação a este tema, foi a solução adotada pelo intérprete a partir de 1973, contudo este conjunto de regras foi modificado no ano de 1994 pela Lei nº 8.950, a qual, na sua pauta de inovações, voltou a alterar os efeitos dos embargos de declaração, sendo que o mesmo assunto voltou a ser exposto de forma diferente pela Lei nº 9.099/95, agora especificamente no campo processual penal.

Daí a indagação a ser feita ao intérprete:

Qual a fonte legal a se socorrer na espécie, e quais os fundamentos sólidos da escolha a ser realizada?

2. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração hoje são considerados como recurso, posto que topograficamente encontram-se inseridos no Título dos Recursos do Código de Processo Penal, com capítulo próprio (Capítulo VI, Título II, Livro III), apesar de divergir **Hélio Tornaghi** dessa conceituação, chegando mesmo a qualificá-lo como *meio de correção dos erros materiais*, utilizando esta definição no seu anteprojeto do Código de Processo Penal.

Este conceituado autor, ainda tecendo considerações sobre a natureza jurídica dos embargos como forma de impugnação, passou a admiti-los como recurso, todavia chegou mesmo a afirmar que a tendência moderna seria a sua abolição⁽¹⁾.

Apesar da presciência de **Tornaghi**, a edição de novos textos legais, entre eles a Lei nº 9.099/95⁽²⁾, veio a consolidar os embargos de declaração como um recurso.

No caso especial do Código de Processo Penal, a previsão legal — *Embargos de Declaração* —, somente teve esta denominação para aquelas hipóteses em que os acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça ou Alçada, apreciando determinado assunto em casos de competência originária ou recursal, apresentassem ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

"Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos

Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão."

Como não poderia deixar de ser, dada a falibilidade que é característica do ser humano, também no momento em que um juiz singular prolata a sentença penal, compondo o conflito intersubjetivo de interesses deduzido no processo, aplicando ou não o direito positivo material, este, apesar de desenvolver um trabalho intelectual, segundo o seu entender lógico, pode, quando da análise dos elementos de prova e das questões de direito, não atingir a clareza essencial ao fim do processo e aos interesses das partes, obstaculizando em algumas oportunidades até mesmo a execução do *decisum*.

Para atingir o mesmo objetivo, como no caso do art. 619 do CPP, o legislador, apesar de não utilizar da mesma conceituação, possibilitou às partes buscar o esclarecimento de suas dúvidas através de uma verdadeira via impugnativa da sentença conforme previsto no art. 382 do CPP, que **Tourinho Filho** lembra ser tratado no jargão forense como "embarguinho"⁽³⁾, apesar deste dispositivo não se encontrar alocado no título dos recursos:

"Art. 382 - Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão."

3. EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Entendida a natureza jurídica dos embargos de declaração como de um recurso, há que se pesquisar quais os efeitos que a interposição dessa via impugnativa pode produzir em relação à decisão atacada, posto que é sabido que os recursos, conforme a sua espécie, podem produzir diversos efeitos: *devolutivo, suspensivo, extensivo e regressivo*.

No que concerne aos embargos de declaração, dada a sua peculiar característica, que é de entrega ao próprio prolator da decisão a competência para rever a matéria impugnada, nos limites expostos pela parte insatisfeita, e que se procedente sanará uma ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, não se pode negar que o mesmo abarca o chamado *efeito regressivo ou iterativo*.

Todavia, assunto que vem sendo largamente discutido no âmbito processual penal, é justamente sobre a possibilidade da interposição deste recurso *suspender* ou *interromper* o prazo para outras eventuais impugnações.

Magalhães Noronha, no que tange à suspensão, aduz unicamente que: "(...) É intuitiva a não-decorrência de prazos para outros recursos, uma vez que a decisão necessita ser esclarecida, já o mesmo não se justificando quando nada havia a declarar, evidenciada antes a alicantina da parte".

Tourinho Filho também abriga a tese da suspensão dos prazos para outros recursos, refletindo a necessidade de se sanar qualquer falha como a ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, para que então possa ser interposto um eventual recurso.

Heráclito Antônio Mossin⁽⁴⁾, alertando para a omissão do Código de Processo Penal sobre o assunto, e apresentando antes preceitos legais do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁽⁵⁾ e do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁽⁶⁾, sustenta no sentido dos dispositivos, dizendo que: "(...) Essa omissão legislativa não ostenta o condão de obstacular a suspensão do prazo para eventual impugnação do julgado, porquanto indubitavelmente, é regra que a oposição dos embargos declaratórios suspende a fluência do prazo para os recursos cabíveis quanto à decisão embargada".

Arrazoa o mesmo autor sob o mencionado aspecto, dando como certo que: "(...) se há na decisão monocrática ou colegiada obscuridade, contradição, ambigüidade ou omissão, é de solar evidência que estes erros materiais necessitam ser expurgados, quer para dar-lhe melhor interpretação, quer para propiciar-lhe a devida integração, pois somente assim a parte sucumbente poderá sustentar, quantum satis, a motivação para a reforma da sentença em eventual recurso de apelação, em sentido estrito, embargos infringentes e de nulidade, extraordinário ou especial".⁽⁷⁾

Excluindo as hipóteses de oferecimento de embargos de declaração nas decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que adotam regras próprias para a matéria em sede processual penal, entendimento que vem prevalecendo ou que pelo menos prevalecia, era de que a oposição deste recurso, por falta de disposição expressa no Código de Processo Penal, *suspendia* o prazo de interposição de qualquer outro recurso.

O professor **Júlio Fabbrini Mirabete**⁽⁸⁾ apresenta em sua doutrina este escólio utilizando da analogia ao disposto no *caput* do art. 538 do Código de Processo Civil⁽⁹⁾, em obra anterior à Lei nº 8.950/94.

"Art. 538. Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos" (redação modificada).

O processo discursivo empregado pelos aludidos autores quanto à aplicação da analogia ao *caput* do art. 538 do CPC, tinha mesmo a sua razão de ser, visto que as leis de natureza processual penal não dispunham de preceito próprio para a matéria.

Outro não era o magistério de **Damásio E. de Jesus**⁽¹⁰⁾, que na mesma linha de idéias expunha que: "(...) Essa autorização advém do emprego da analogia, admitida no art. 3º do mesmo estatuto, aplicando-se o que dispõe o *caput* do art. 538 do CPC (STF, RHC 55.036, DJU 18.03.77, p. 1.525)".

Novamente **Damásio E. de Jesus**, em comentário ao mesmo dispositivo legal (art. 382 do CPP), agora em legislação informatizada⁽¹¹⁾, repete o entendimento antes esposado, todavia alertando que: "(...) o art. 538, *caput*, do CPC, foi alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.94, determinando que os embargos declaratórios *interrompem* o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes".





"Art. 538 - Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes".

O mencionado autor, em suas anotações ao art. 619 do CPP, repisando o comentário ao art. 382 do CPP, acresce para dizer em relação ao cálculo do prazo do outro recurso, que neste último "(...) devem ser computados eventuais dias que o recorrente gastou até a oposição dos embargos. Nessa contagem não se leva em conta o dia em que foram interpostos, uma vez que nesse dia a parte exerceu o direito de recorrer".

Interessante a questão. Apesar da cautela do autor em referir-se à nova lei que estabelece a *interrupção*, quando comenta o assunto referente ao cálculo do prazo continua a traçar as características da *suspensão*, sendo de conhecimento geral que sempre que acontece uma *causa de interrupção* há o recomeço por inteiro da contagem do prazo; e, na hipótese de *causa de suspensão* ou *impeditiva*, o tempo transcorrido anteriormente à incidência da mencionada causa é computado no prazo que começara a fluir para interposição de outro eventual recurso.

Desta forma, e para quem entendia, como **Damásio**, que ante a omissão do Código de Processo Penal para o assunto o lógico seria se aplicar analogicamente o *caput* do art. 538 do CPC, mesmo com a modificação advinda com a Lei nº 8.950/94, este tipo de raciocínio deveria, em princípio, permanecer, razão pela qual ter-se-ia com a interposição dos embargos declaratórios a *interrupção* do prazo para outras eventuais impugnações, vale dizer, cessada a causa que interrompeu o fluxo temporal para a interposição de um recurso específico, o prazo para esta impugnação teria a sua contagem recomeçada por inteiro.

Mais incisivos, e adotando a postura do emprego da analogia ao *caput* do art. 538 do Código de Processo Civil, inclusive após a chegada da Lei nº 8.950/94, **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes**, sustentam em sua recente obra sobre recursos em sede criminal⁽¹²⁾, que: "(...) atualmente, se pode entender que o prazo para outros recursos fica interrompido também no campo penal, recomeçando a contar em sua inteireza a partir da intimação da decisão que julga os embargos".

Apesar deste posicionamento extraordinariamente respeitável, cremos que, em tempos atuais, o assunto deve ser analisado metodicamente face à edição da Lei nº 9.099/95 que, pela primeira vez, em sede processual penal, dispôs expressamente sobre os embargos de declaração como via de impugnação de sentença.

"Art. 83. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida."

Com a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se necessário abrir uma discussão sobre qual fonte legislativa deve recorrer o intérprete quando da oposição dos embargos de declaração no que concerne ao efeito que está sendo tratado, isto porque, conforme a escolha entre o Código de Processo Civil (art. 382, *caput*) e a Lei nº 9.099/95 (art. 83, § 2º), irá se adotar a *interrupção* do prazo para outros recursos na primeira hipótese, e a *suspensão* na última.

"Art. 83. § 2º - Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso".

A princípio, cabe dizer que deve o intér-

prete continuar a valer-se, como antes acontecia com o CPC, de uma das formas da aplicação da lei, ou seja, a *analogia*, para muitos uma forma de integração (**Alcalá-Zamorra**)⁽¹³⁾, cuja autorização encontra-se no próprio Código de Processo Penal⁽¹⁴⁾, e que apresenta alguns pressupostos segundo a lição de **Paulino Jacques**⁽¹⁵⁾, como:

- a) caso não previsto em lei;
- b) semelhança entre os casos, o não previsto em lei e o previsto;
- c) semelhança fundamental e real, e não simplesmente accidental e formal, entre os casos.

Em relação ao uso da analogia, como o referido, não há dúvida da sua aplicabilidade, tanto que se aceitava o seu emprego ao *caput* do art. 538 do CPC, todavia, quanto aos embargos declaratórios o registro que se deve buscar é o do texto legal que mais se adequa aos princípios do direito processual penal, inclusive do próprio direito penal.

Para se alcançar este registro ou paradigma legislativo, não se pode prescindir do postulado de **Carlos Maximiliano**⁽¹⁶⁾ que aponta a analogia como princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, exigindo que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes, e como pontificou **Paulino Jaques**, existe a necessidade de uma semelhança fundamental e real, e não simplesmente accidental e formal entre os casos.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, ao fazerem a observação de que, em matéria penal, a Lei dos Juizados Especiais Criminais previu a aludida *suspensão* para as hipóteses de interposição de outros recursos, nos casos de oposição de embargos de declaração, firmaram-se sobre a matéria discutida, no sentido de manterem-se incrédulos que "(...) a determinação da lei dos JECs possa colher o processo penal comum, que deverá reger-se pela nova regra do art. 538 do CPC."⁽¹⁷⁾

A esta afirmação, cabe a seguinte pergunta:

Qual o motivo de não se poder utilizar da mesma analogia, agora com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, se esta trata da mesma matéria em sede processual penal, e se eternizar o emprego do Código de Processo Civil, pelo mesmo processo de integração, se aquela existe, com normas próprias de direito processual penal, estando apta a servir de modelo legal?

Tendo o exegeta que se valer da analogia, para alguns fonte de direito subsidiária, ao nosso ver, não poderá desprezar o processo definido pela doutrina como *analogia legal*⁽¹⁸⁾.

Como afirma **Caio Mário da Silva Pereira**⁽¹⁹⁾, "(...) por tal processo (analogia legal) se estende o dispositivo da lei a um caso não previsto, seja porque não cogitou o assunto o legislador, no momento de ditar a regra, seja porque surgiu ulteriormente em consequência do desenvolvimento da ciência, da complexidade da vida econômica, ou das novas exigências sociais. Como resultado, o juiz faz aplicação da norma a casos não previstos, mas que com ela guardem identidade de razão, sob a invocação do princípio, segundo o qual se presume que o legislador lhe daria o mesmo regime, se dele tivesse cogitado".

Esta expressão "se presume que o legislador lhe daria o mesmo regime, se dele tivesse cogitado", surge como uma das fontes a orientar a aplicação analógica da Lei nº 9.099/95.

O Código de Processo Penal data do ano de 1941, e naquela oportunidade o legislador não cuidou de tratar desse assunto em relação aos embargos de declaração no art. 619, e muito menos no art. 382, e note-se, que

apesar das diversas modificações legislativas inseridas neste código a redação de ambos os dispositivos permanece inalterada até o presente momento.

Com o advento do Código de Processo Civil, em 1973, se passou a utilizar da analogia no processo penal se aplicando a mesma regra do *caput* do art. 538 do CPC.

Este mesmo tipo de analogia ainda seria admissível no curto espaço de tempo que permeou desde a entrada em vigor da Lei nº 8.950/94 até o marco inaugural da vigência da Lei nº 9.099/95, isto porque esta última veio justamente ao encontro do pensamento legislativo moderno em matéria processual penal, tratando pois de esclarecer que, em casos de interposição de embargos de declaração, seja qual for a unidade hierárquica da decisão que defina um grau de jurisdição, esta terá sempre o condão de *suspender* os prazos para outros recursos.

Ora, esta é justamente a *identidade de razão* que a doutrina trata como uma das figuras da *analogia legal*.

E mais, no presente momento, a afirmação que se pode fazer, é de que o legislador, nos casos de oposição de embargos declaratórios, estabelecerá a *suspensão* para a interposição de outros recursos se dela tivesse cogitado à época da feitura do CPP, pois agora da mesma tratou como regra de direito processual penal.

Apenas para argumentar, o mesmo assunto é tratado pelo *Supremo Tribunal Federal* em seu regimento interno como caso de *suspensão*, não tendo aquela corte máxima se preocupado em distinguir quanto a este efeito em razão da matéria, seja ela de natureza civil ou penal.

"Art. 339. Os embargos declaratórios suspendem o prazo para interposição de outro recurso, salvo na hipótese do § 2º deste artigo."

Por sua vez, o *Superior Tribunal de Justiça*, também no seu regimento interno, adotou idêntica orientação, tanto para os casos de natureza civil como penal (art. 265), sendo que a única distinção sobre a matéria nos dois campos referiu-se ao prazo inerente à interposição dos embargos declaratórios (art. 263)⁽²⁰⁾.

"Art. 265. Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de recursos por qualquer das partes."

Por fim, de modo a alicerçar ainda mais a tese da analogia ao § 2º do art. 83 da Lei nº 9.099/95, temos que a *suspensão* da interposição de outros recursos, quando opostos os embargos declaratórios, mais atende aos fins que regem o princípio constitucional do devido processo legal, isto porque, na esfera penal, a celeridade na prestação da tutela jurisdicional deve ser uma proposição imediata desta, já que tem por objetivo resolver conflito de interesses de suma relevância social.

Muito se disse, e a lição por mais uma vez é oportuna, de que basta a instauração de um processo de natureza penal para que com este, de antemão, se atinja o *status dignitatis* do acusado, ainda que o mesmo seja absolvido ao final.

Os ensinamentos de **Rogério de Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci**⁽²¹⁾, revelam um rigorismo técnico e próprio, apresentando como um consectário do devido processo legal o *devido processo penal*, que apresenta algumas características singulares substanciadas em verdadeiras garantias para efetivação do direito à jurisdição penal, cuidando de relacionar entre estas a fixação de prazo razoável para duração do processo penal.

Sustentam os citados autores, inclusive





trazendo o escólio de **Alejandro D. Carrió**, que "(...) na concepção do devido processo penal, torna-se inafastável a inclusão, também, do direito do indiciado ou acusado, de obter pronunciamento judicial que ponha termo do modo mais rápido possível à situação de incerteza e de inegável restrição da liberdade que lhe é acarretada pela persecução penal".⁽²²⁾

4. CONCLUSÃO

Como restou afirmado na abertura destes apontamentos, não pode um Estado de Direito e Democrático despojar-se de instrumentos processuais que tenham a capacidade de permitir o esclarecimento e a revisão das decisões judiciais, seja por quem as prolatou, ou mesmo em outro grau de jurisdição.

Na primeira hipótese, e aqui estamos falando dos embargos declaratórios, é de suprema relevância ter o intérprete o discernimento se a interposição deste recurso, no âmbito do processo penal, tem a qualidade própria de *suspender* ou *interromper* o prazo para outras eventuais contestações.

Como se viu, por ser lacunoso o Código de Processo Penal quanto a este efeito, o hermenauta sempre teve que se acudir da analogia, procurando preencher o espaço deixado pela legislação processual penal para utilizar como padrão e fonte única o Código de Processo Civil de 1973, o qual, por sua vez, estabelecia que a solução nesta hipótese seria a *suspensão* do prazo para interposição de outros recursos.

Tal solução foi propagada pela doutrina sem maiores problemas diante da inexistência de outros textos a contrariá-la.

Mesmo com a modificação do Código de Processo Civil produzida pela Lei nº 8.950/94, não haveria razões de grande intensidade para se abandonar a utilização da analogia a esse texto que já vinha sendo aplicado, uma vez que o mesmo continuava sendo o único sistema legal suscetível de se recorrer na espécie, no período de 1973 até os últimos meses do ano de 1995.

Assim, a analogia mantinha o seu cabimento atrelado ao CPC, apenas tendo sido alterado o efeito da oposição dos embargos de declaração que antes era o da *suspensão*, e que passou a ser o da *interrupção*.

Todavia, um entendimento que era harmônico, principalmente pela ausência de outros textos aptos a gerarem a abertura de uma discussão sobre o tema, deixou de sê-lo a partir da vigência da Lei nº 9.099/95.

Cremos então, que a concordância antes existente em nível doutrinário e jurisprudencial, já que todos abraçavam a aplicação analógica do Código de Processo Civil, hoje deve ser seriamente repensada, pois com a entrada em vigor, em 27.11.95, da Lei nº 9.099/95, que adotou em sede processual penal a regra da *suspensão*, o aludido assunto, que remotamente era pacífico, deixou de ser incontestado pelo seguinte:

a) por ter se revelado a lei nova como a fonte mais próxima ao registro ou paradigma legal a que deve socorrer-se o intérprete no campo do processo penal;

b) por ter demonstrado a "Lei dos Juizados Especiais Criminais", diversamente do Código de Processo Civil, que seus efeitos estão ligados de forma intrínseca aos fins do direito processual penal e do próprio direito penal.

Por estas proposições, acreditamos que será justamente através da aplicação da "Lei dos Juizados Especiais Criminais" que se atenderá, na forma própria, e dentro de uma de suas particularidades, o princípio constitucional do *devido processo legal* e seu consectário o *devido processo penal*, principalmente quanto à celeridade da prestação da tutela jurisdicional penal.

Utilizando-se deste texto, por analogia, sempre se terá a *suspensão* do prazo para qualquer outro recurso em se opondo embargos declaratórios, e nesta hipótese o processo andar mais rápido, uma vez que o tempo determinado legalmente para apresentação de eventuais impugnações será suspenso na data da apresentação destes embargos, e o referido prazo apenas voltará a fluir a partir do primeiro dia útil seguinte à publicação da decisão proferida nos próprios embargos, pelo tempo que restar.

Por tudo isso, julgamos que sobejam fundamentos legais e doutrinários para se aplicar analogicamente o § 2º do art. 83 da Lei nº 9.099/95 aos artigos 382 e 619 do CPP.

Ao mesmo tempo, pode acontecer que na praxis forense, e tão-somente por uma razão desta ordem, a solução que adotamos, ou seja, a da *suspensão*, passe a ser adotada sistematicamente, uma vez que a parte pode preferir enten-

der que a oposição dos embargos de declaração *suspende* os prazos para outras eventuais impugnações, evitando assim, que no futuro, veja declarado contra si o não preenchimento de um pressuposto objetivo dos recursos que é exatamente o da tempestividade.

O autor é promotor de justiça no Estado do Rio de Janeiro.

- (1) *Curso de Processo Penal*, Editora Saraiva, 4ª edição, vol. 2, p. 366.
- (2) Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências (arts. 48 e 83).
- (3) *Processo Penal*, Editora Saraiva, 7ª edição, vol. 4, p. 342.
- (4) *Recursos em Matéria Criminal*, Editora Atlas S.A., 1996, p. 410.
- (5) Art. 255.
- (6) Art. 854.
- (7) Obra citada, p. 410.
- (8) *Processo Penal*, Editora Atlas S.A., 2ª edição, p. 641.
- (9) "Art. 538. Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos."
- (10) *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Saraiva, 4ª edição, p. 209.
- (11) *Código de Processo Penal Anotado*, DIS Direito Informatizado Saraiva, 1ª edição em CD-Rom, 1995.
- (12) *Recursos no Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 236.
- (13) *In Derecho Procesal Penal*, Niceto Alcalá-Zamorra y Castillo, Editora Guillermo Kraft, 1945, p. 155.
- (14) "Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."
- (15) *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, Editora Forense, 3ª edição, p. 162.
- (16) *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria Editora Freitas Bastos, pp. 254-255, nº 240.
- (17) Obra citada, p. 237.
- (18) **Caio Mário da Silva Pereira**, in *Instituições de Direito Civil*, Forense, 5ª edição, Volume I, p. 77.
- (19) Obra citada, p. 77.
- (20) "Art. 263. Aos acórdãos proferidos pela Corte Especial, pelas Seções ou pelas Turmas, poderão ser opostos embargos de declaração no prazo de cinco dias, em se tratando de matéria cível, ou no prazo de dois dias, em se tratando de matéria penal, contados de sua publicação, em petição dirigida ao relator, na qual será indicado o ponto obscuro, duvidoso, contraditório ou omissão, cuja declaração se imponha."
- (21) *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, Editora RT, 1993, p. 19.
- (22) Obra citada, p. 21.

PRESCRIÇÃO E SUSPENSÃO

(Abel Fernandes Gomes)

Dois artigos publicados no *Boletim IBCCrim* nº 50, de janeiro de 1997, têm em comum a abordagem criteriosa e profunda do instituto da prescrição e merecem aplausos. São eles "*A Prejudicialidade e os Crimes Tributários*" do advogado **Eduardo Reali Ferrari**, e o intitulado "*O artigo 366 do CPP e a Revolta da Doutrina*", assinado pelo promotor de justiça **Maximiliano Roberto Fühner**.

A prescrição em matéria penal pressupõe a não apuração, repressão e punição de um crime, durante um determinado espaço de tempo, seja porque não iniciada ou terminada a ação penal, ou mesmo o cumprimento da própria pena já aplicada na sentença, tudo em decorrência da *inércia* do próprio Estado (**Carvalho Filho**, "*Comentários ao Código Penal*", Vol. IV, Forense, 4ª Edição, 1958).

Requisito, pois, essencial ao reconhecimento da prescrição, é a inércia do Estado, ou mesmo o seu atuar moroso e ineficaz, que impeçam a ulatimação da ação penal ou o cumprimento da pena.

Ocorre que a suspensão do processo, previs-

ta no art. 366 do CPP, quando o réu citado por edital não comparecer nem constituir advogado, é imperativo legislativo a ser seguido pelo próprio "Estado-Juiz", que não mais poderá ultimar o processo com a entrega da prestação jurisdicional, embora possa antecipar provas consideradas urgentes.

No caso, não há inércia nem morosidade do Estado, e, portanto, ocorre suspensão do prazo prescricional, perfeitamente compatível com o objetivo da alteração editada pelo Poder Legislativo, que por um lado prestigia o direito do réu citado fictamente de ver-se processar e defender-se, impedindo o curso e julgamento da ação na sua ausência, e por outro, colocando em suas mãos a responsabilidade de comparecer, quando só então reiniciará a contagem do prazo prescricional, daí para frente merecendo o cuidado do Estado.

Quanto à prejudicialidade do processo administrativo-fiscal a impedir o curso da ação penal pelo crime respectivo, pelas mesmas razões há

que se comungar com o advogado paulista, afinal se a "questão prejudicial" é antecedente lógico do mérito penal, como a define a doutrina, não está o Estado inerte em prosseguir com a ação penal, e sim no aguardo do resultado do processo administrativo fiscal, sempre que nele houver questão de difícil solução e estranha ao campo criminal (art. 93 do CPP), para então poder prosseguir. Em tais hipóteses a lei já encerra previsão legal do impedimento do curso da prescrição, no artigo 116, I, do Código Penal.

Destarte, só cabe reconhecer o curso da prescrição quando a inércia ou morosidade atribuídas ao próprio Estado lhe der causa.

Não é razoável conceber que o Poder Legislativo tenha imposto por lei a inércia do Poder Judiciário em ambos os casos acima, favorecendo o réu com o curso da prescrição, atando as mãos dos juízes e passando sebo nas cadelas dos acusados.

O autor é juiz federal no Estado do Rio de Janeiro.

A ABSOLVIÇÃO E ÁLIBI (NÃO-AUTORIA)

(Aramis Nassif)

A dificuldade de acomodar certas convicções sócio-jurídicas em torno de um tema, ao meu ver interessante e, ao mesmo, angustioso, obriga trazê-lo à exposição e, conseqüentemente, ao debate com eventuais interessados.

Trata-se de investigar a sede formal adequada para a declaração absolutória de quem, sujeito de acusação por qualquer prática delitiva, demonstrar **cabalmente** que não foi seu autor. Assim, exemplificativamente quando **prova o álibi** alegado.

Importa, evidentemente, para o estudo, não só buscar alternativa para reconstrução do *status dignitatis* do absolvido, como observar graves reflexos da sentença penal no juízo cível.

Residem no art. 386, do Código de Processo Penal, as causas formais da absolvição. A norma está revestida, pela sua redação clara, de cogência e, portanto, inafastável de sua referência na decisão. A esta imposição normativa específica, adita-se a de ordem genérica contemplada no art. 381, IV, do diploma processual que, pena de nulidade, obriga sua identificação na parte dispositiva da sentença.

Ora, assim está redigido o art. 386, do diploma processual: "*Art. 386 — O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal). VI - não existir prova suficiente para a condenação*".

A matéria não envolve, evidentemente, a hipótese de absolvição sumária prevista no art. 411, do diploma processual. Acontece que o dispositivo refere-se expressamente à conclusão absolutória pela "*existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu*...". As questões sobre a autoria resolvem-se com a pronúncia ou impronúncia (se não contempladas pela hipótese acima).

As opções que a norma oferece para absolvição, por demonstrada a não-autoria do fato criminoso, são as do inciso IV ou VI.

A primeira diz respeito a concurso de agentes (co-autoria ou participação), conforme lição de **Frederico Marques** (*Elementos de Processo Penal*, Forense, vol. 3, p. 45), mesmo que alguns autores entendam que "*não ficando evidenciado tenha o réu executado o crime ou tenha participado dele, inexistente prova da autoria ou participação, que enseja sua absolvição*" (**Mirabete**, *Processo Penal*, Atlas, p. 435), com base no referido inciso.

Ora, mesmo que se adote a interpretação deste último jurista, ainda assim é de lembrar que, para efeito do presente estudo, importa a absolvição absoluta e não a meramente declaratória. Ou seja, aquela que, proclamada a inocência do acusado, afaste outras indagações judiciais ou pleitos na instância cível. É evidente que, com base neste

inciso, que versa sobre "*não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal*", implica manter em seu prejuízo a dúvida quanto à concorrência criminosa. E como amoldar à causa formal absolutória o reconhecimento do álibi, ou seja, quando existir prova de **não** ter o réu concorrido para a infração penal?

Mais grave quando a absolvição é alcançada pela segunda via (inciso VI). Sua lamentável redação ("*não existir prova suficiente para a condenação*") tem sua própria constitucionalidade questionada. Assim: "*Cremos que o art. 5º, LVII, da CF, que instituiu o princípio segundo o qual, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, deve ser considerado inocente, revogou o inciso VI do art. 386 do CPP. Se a acusação se propõe a provar um fato e, ao término da instrução, paira 'dúvida razoável' sobre sua existência, 'não pode ser tido como provado', i.e., deve ser considerado inexistente, não provado*" (**Jorge Figueiredo Dias**, *A Proteção dos Direitos do Homem no Processo Penal*, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, 19/45, nº 1). "*Da forma como consta do inciso, porém dá o texto a entender que há prova no sentido da ocorrência do fato, só que insuficiente para a condenação*" (**Damásio**, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, p. 233).

A absolvição com base neste inciso — provado não ter sido o réu o autor do fato — muitas vezes é sustentada pela informação colhida no momento inquisitorial, desmentida sob o crivo do contraditório. Isto é, a denúncia fora oferecida pelos elementos produzidos pelo inquérito e tão-somente por isto a absolvição terá como base o inciso criticado.

Portanto, inverte-se a aplicação do princípio da presunção da inocência: o acusado prova a sua inocência e não a acusação prova sua culpa.

Com isto é relembrar **Luiz Flávio Gomes** quando registra revigorados alguns entendimentos da Escola Penal Clássica (italiana): "*A presunção de inocência aparece, nesta concepção, como princípio orientador e fundamentador de todo o processo penal. Foi-lhe conferida a máxima amplitude: 'todos e cada um dos momentos do processo penal, todas e cada uma das regras que o disciplinam, encontram seu fundamento na proteção da inocência, de tal forma que a infração a qualquer dessas regras se converte em um ataque dirigido, em última instância, contra a própria presunção de inocência*'. "*(Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção da Inocência*, RT 729/377).

Poder-se-ia pensar na aplicação do art. 43, III, do Código de Processo Penal para que a sentença atestasse a ilegitimidade de parte: "*Art. 43 - A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*".

Todavia, e não poderia ser diferente, se identificar o juiz a ilegitimidade do denunciado, rejeitará a peça incoativa. Se, ao contrário, formalizar-se o processo e instaurar os atos instrutórios, a decisão será de mérito e,

por óbvio, não haverá extinção do processo sem seu julgamento, o que leva ao desfalecimento a tese. Não se trata, pois, de absolvição.

A conclusão pela aplicação analógica de dispositivos do Código de Processo Civil também não supera a questão controvertida.

O art. 267, do Código de Processo Civil, autoriza a extinção do processo sem julgamento de mérito "*quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual*" (inciso VI).

Primeiro, porque, como referido no item acima, o processo penal tem previsão expressa para a hipótese de ilegitimidade de parte (art. 43, III, CPP); segundo, porque, em tratando a norma de extinção antes do julgamento do processo (mérito), não alcançaria solução para a questão proposta, nem para o conseqüente impasse.

Conclui-se que nem quando se refiram às **exceções** (art. 110 e art. 111, CPP) atende-se ao exigível na espécie estudada, de vez que, ainda assim, referem-se as sentenças a circunstâncias preliminares do exame meritório. E por isto mesmo, em qualquer das hipóteses, **o réu não seria absolvido** e a matéria esgotar-se-ia no plano do defeito formal.

Por isto mesmo que **Frederico Marques** ensinou: "*Entendem alguns processualistas que, (...) o pronunciamento jurisdicional que exime o réu de sofrer uma decisão condenatória deve ser qualificado como sentença de absolvição. Não nos parece certa tal opinião, notadamente em face de nosso direito positivo. Sentença absolutória é aquela que incide sobre a acusação para declará-la improcedente. A decisão que julga inadmissível um pronunciamento sobre o mérito da acusação tem caráter processual e não se confunde, portanto, com a sentença absolutória, onde há ato decisório sobre a pretensão punitiva, ou seja, sobre o próprio meritum causae. Nem de outra forma se poderia conceituar, no processo penal brasileiro, a sentença penal de absolvição, em face dos dizeres claros do art. 386 do CPP, onde vêm explícitos os motivos e causas que devem constar da decisão que declara o réu absolvido*" (**Elementos de Direito Processual Penal**, Saraiva, p. 35).

Com tais considerações, é de ver o reflexo cível da ação penal. O art. 1.525 do Código Civil determina que: "*A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime*".

Como alcançar solução ampla — absolvição no processo penal e evitação da ação cível *ex delicto* — diante do impasse? É duvidosa a própria hipótese da exceção de ilegitimidade procedente para pacificar a questão.

Importa considerar que os incisos I e II, do art. 386, resolvem claramente a questão sobre a **existência do fato**. Aquele, inclusive, afasta definitivamente a pretensão de





direito privado, consoante dispõe o art. 66, CPP: “*Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato*”.

No mesmo sentido resolve-se com a redação do art. 65, CPP, os reflexos cíveis da absolvição penal pelo reconhecimento de uma excludente da criminalidade.

Mas, não existe na norma (art. 386, CPP) qualquer hipótese que autorize, nos termos do art. 1.525 do Código Civil, não ser do réu a autoria do fato. O processo penal, então, atende, para efeitos de reflexos cíveis, quem é o autor do delito (com a condenação).

Por isto mesmo que a questão merece meditação e providências para alcançar-se uma situação mais justa.

Resulta que a matéria versa sobre uma das questões mais respeitadas no contexto da interpretação penal: a presunção de inocência.

Sendo ela um estado jurídico-constitucional de qualquer cidadão (art. 5º, LVII, CF), exposta a risco quando acusado da prática

delituosa pelo Estado ante sua natureza *juris tantum*, certamente que, proclamada a absolvição em relação ao fato incriminado, a inocência deixa de ser presunção para ser **certeza jurídica**. Tanto é verdade que, com o trânsito em julgado da sentença penal absolutória, “a segurança jurídica exige que não se possa sujeitá-lo novamente a outro processo penal pelo mesmo fato e que não seja ele condenado em decorrência da mesma ocorrência pela qual foi absolvido” (Mirabete, op. cit. p. 446).

Assim posto, a dúvida quanto à autoria pela implicitude dela nas normas possíveis de aplicação na sentença (art. 386, IV ou VI, CPP), assim nela declarada, e por isto mesmo absolveu o acusado, já é uma violência contra a presunção de inocência (restabelecida, posso conceder...) e, ao meu ver, permanente à coisa julgada, à certeza jurídica da inocência. Tanto mais grave é a injustiça perpetrada, mesmo com a absolvição, quanto mais provada a inocência do acusado (v.g. alibi incontestável, indubitado).

Considerando que o sistema penal brasileiro está sofrendo notável reforma, oportuno seria o legislador considerasse substituir

o inciso VI, do art. 386, CPP (ao meu ver inconstitucional) por outros dois, com as seguintes redações: *Art. 386 - o juiz absolverá o réu, mencionado a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI - estar provado que o réu não foi autor do fato; VII - não haver prova de ter sido o réu autor do fato.*

Com isto, estar-se-ia contemplando as hipóteses absolutórias consagradas no *in dubio pro reo* e, o que é relevante, o pleno reconhecimento da inocência do acusado que demonstrar não ser o autor do fato.

Estou convencido que a solução sugerida conferirá aos juízes maior conforto em suas decisões, alcançará a pacificação social evitando aforamento de ação cível contra quem, evidentemente, não é autor do fato delituoso e, mais que tudo, reconhecerá aos réus em geral a possibilidade de uma absolvição justa.

O autor é juiz de alçada e professor da Escola Superior da Magistratura (Ajuris) e da Fundação da Escola Superior do Ministério Público (FESMP) do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS) e do Centro de Estudos Jurídicos (Cejur).

A GREVE PACÍFICA NOS SERVIÇOS ESSENCIAIS E O CÓDIGO PENAL

(Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior)

O art. 9º, *caput*, da CF/88 veio garantir, de forma ampla, o **direito de greve**, ao dispor:

“É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

O § 1º do art. 9º estabelece, por sua vez: “A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

E o § 2º do mesmo artigo, a seu turno, preceitua:

“Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

O art. 37, inc. VII, da CF/88, referindo-se **especificamente** aos funcionários públicos, prevê ainda:

“O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”.

O dispositivo do art. 9º *caput* da CF/88 é **repetido** pela nova Lei de Greve (Lei nº 7.783/89) em seu art. 1º *caput*, cujo parágrafo único aduz:

“O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei.”

Reafirmando a **amplitude** do direito de greve, dispõe o art. 2º da Lei 7.783/89:

“Para os fins desta Lei, considera-se **legítimo exercício do direito de greve** a suspensão coletiva, temporária e **pacífica**, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

E igualmente o seu art. 6º, inc. I:

“São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I. o emprego de meios **pacíficos** tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve”.

O art. 10, incisos I a XI, define quais são os “**serviços ou atividades essenciais**”, prevendo o art. 11 que, neles, “os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, **de comum acordo**, a garantir durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

O parágrafo único do art. 11, por outro lado, preceitua que “são **necessidades inadiáveis da comunidade** aquelas que, não atendidas, coloquem em **perigo iminente** a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

A nova Lei de Greve **não contém disposições penais**, limitando-se seu art. 15 a dizer:

“A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou **crimes** cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista ou **penal**.”

Parágrafo único: Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito”.

Quanto aos funcionários públicos, o art. 16 da mesma Lei estabelece:

“Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

O Código Penal, ao qual a nova Lei de Greve faz remissão, cuida dos Crimes Contra a Organização do Trabalho nos arts. 197 a 207.

A greve **pacífica** é objeto do **art. 201** do CP que, sob o *nomen juris* de **paralisação de trabalho de interesse coletivo**, prevê:

“Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrup-

ção de **obra pública ou serviço de interesse coletivo**.”

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa”.

A questão que se impõe aqui, é saber se, à luz da CF/88 e da nova Lei de Greve, este artigo do CP continuaria em vigor.

Para **Fernando Frago**, atualizador da obra de seu saudoso pai **Heleno Frago**, *Lições de D. Penal*, 1995, vol. I, p. 396, ele estaria **revogado**.

Já para **Alberto Silva Franco** e outros (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 1995, p. 2.363), o art. 201 do CP continuaria **em vigor**, ressalvando que “*porém, não basta que se trate de obra pública, mas que essa caracterize serviço ou atividade essencial, em face da dicção da nova lei de greve (art. 11)*”.

Quanto à interrupção de obra pública ou serviço que não seja essencial, parece, pois, **tranquilo** o entendimento de que não mais se aplica o art. 201 do CP.

Já em relação à interrupção de obra pública ou serviço **essencial**, a razão, a nosso ver, está com **Fernando Frago**.

A respeito, aliás, já decidiu o STJ:

“Em face da CF/88, que consagrou o direito de greve de forma ampla, o dispositivo do art. 201 do CP **não está a merecer aplicação**. Apenas os **abusos** no exercício do direito sujeitam-se a sanções (art. 9º, § 2º, da nova Carta)” (*in Celso Delmanto, Cód. Pen. Comentado*, 3ª ed., Renovar, atualizado e ampliado pelo primeiro autor deste artigo, p. 339).

Qualquer dúvida existente ficaria, em nosso entendimento, afastada pelo próprio





teor do art. 13 da nova Lei de Greve, que dispõe expressamente:

"Na greve em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas de paralisação".

Ora, se a greve em serviços ou atividade essenciais é **expressamente admitida** pelo art. 13, que **apenas** exige que a decisão quanto a ela seja comunicada com pelo menos 72 horas de antecedência, fica **patente** que o art. 201 do CP foi **tacitamente revogado** pela nova Lei de Greve.

Pois, como lembrou o ilustre ministro do STJ, prof. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, em artigo publicado no *Boletim* 47/03 sob o título "*Lei 9.296/96 - Interceptação Telefônica*", "*o Direito não admite contradição lógica*".

E seria, sem dúvida **ilógico** que a nova Lei

de Greve admitisse a paralisação em serviços ou atividades essenciais, somente exigindo comunicação prévia aos empregadores e usuários, e o art. 201 do CP continuasse a punir tal conduta.

Em conclusão, a greve **pacífica**, mesmo em serviços ou atividades essenciais, é hoje, a nosso ver, **penalmente atípica**, ainda que se trate de funcionários públicos, por inexistir, neste caso, lei complementar a respeito.

Continuam a ser penalmente punidos, entretanto, a greve praticada com violência (física contra pessoa) ou grave ameaça (art. 197 do CP - Atentado contra a liberdade de trabalho); a paralisação que, mediante o concurso de pelo menos três empregados, seja seguida de violência (física) contra pessoa ou contra coisa (art. 200 do CP - Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem); e, ainda, o ato de invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, "*com o intuito de impedir ou embarçar o curso normal do trabalho, ou*

com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor" (art. 202 do CP - Invasão do estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem).

Dir-se-á, talvez, que a lei, ao não punir penalmente a greve pacífica em serviços ou atividades essenciais é injusta, podendo resultar em graves prejuízos à coletividade.

Todavia, a própria Lei de Greve já prevê, em seu art. 11, a obrigação de "*nos serviços ou atividade essenciais, os sindicatos e os trabalhadores*", de comum acordo, **garantirem**, durante a greve, "*a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*".

E o art. 12 da Lei nº 7.783/89 complementa:

"No caso da inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis".

Os autores são advogados em São Paulo.

LEI Nº 9.099/95 - Co-AUTORIA - SUSPENSÃO DO PROCESSO - ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO REMANESCENTE - EXTENSÃO DA DECISÃO (ART. 580 DO CPP)

(João Carlos Castellar)

Com a edição da Lei nº 9.099/95 e a conseqüente vigência entre nós de seus modernos institutos, sobressaindo-se o da suspensão condicional do processo, inúmeras são as situações novas a serem enfrentadas no cotidiano forense. Para dirimir estas questões devemos sempre ter por norte o espírito primordial do legislador, que foi o de imprimir a celeridade, a oralidade e, até, a informalidade na condução dos feitos por ela regidos. Em resumo, temos de ser criativos, eis que este avançadíssimo estatuto convive com Códigos Penal e de Processo Penal — apesar das reiteradas modificações — bastante antigos.

Assomou-nos de perplexidade um problema concreto vivido pelo ilustre promotor de justiça com atribuição na 6ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, dr. **Manoel Buarque**, que traremos para debate.

Em poucas palavras o caso é o seguinte: dois rapazes foram denunciados por estarem fumando um pequeno cigarro de "*maconha*" na chamada "*Praia do Apito*" — trecho de areia em Ipanema (RJ), onde os usuários desta substância apitam para avisar aos demais a chegada da polícia. O sr. secretário de Segurança Pública não gostou da novidade e determinou repressão implacável, sendo incontáveis e já folclóricas as escaramuças desde então ocorridas.

No caso aqui destacado houve autuação em flagrante e oferecimento de denúncia em face de ambos os indiciados, que foi por sua vez devidamente recebida, tudo por infração ao artigo 16 da Lei nº 6.368/76.

Entretanto, somente foi proposta a suspensão condicional do processo — e aceita — em relação a um dos acusados. O outro, por registrar antecedentes em sua folha penal, não fez jus ao benefício, prosseguindo-se em relação a ele os trâmites normais da ação penal. Resultou, porém, que o juiz ao

sentenciar entendeu que não havia prova suficiente para condenar o réu e o absolveu.

As circunstâncias do fato, isto é, tipo penal infringido, hora, dia, local, identidade dos milicianos que efetuaram a prisão etc., indicavam que se não tivesse sido decretada a suspensão do processo, aquele acusado que a aceitou inicialmente seria de igual modo absolvido.

Bastante iníqua a situação. **O acusado que tem bons antecedentes e é primário, com o justificado receio de passar a ostentar nódoas em sua folha corrida, opta por exercitar seu direito de ter o processo contra si instaurado suspenso.** Com a escolha, este indigitado acusado anuiu em cumprir as condições que, em troca, lhe foram impostas, ou seja: proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, e obrigação de comparecer pessoal e mensalmente a juízo, para informar e justificar suas atividades.

O outro acusado, possuidor de passado criminal não recomendável, vendo-se por isso **impossibilitado de gozar dos benefícios legais, se vê na inarredável contingência de enfrentar os termos da ação penal.** Todavia, logra ser absolvido e, conseqüentemente, se livra de qualquer obrigação futura.

Encontraremos no artigo 580 do Código de Processo Penal o supedâneo legal para bem equacionarmos o tema, propiciando o restabelecimento de uma solução justa. Vejamos.

Este dispositivo determina que "*no caso de concurso de agentes (atual art. 29 do CP), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros*" (grifamos).

Trata-se, conforme a doutrina em uníssono chama, do **efeito extensivo do recurso**. Pressupõe-se para sua aplicação a preexis-

tência de condenação anterior, da qual não tenha um dos co-réus manifestado seu inconformismo e os outros merecido a absolvição em 2º grau de jurisdição.

Conforme o ensinamento de **Mirabete**, o fundamento jurídico desta norma é o de "*evitar, tanto quanto possível, decisões iníquas ou contraditórias, por não ter o co-réu, também lesado pela decisão, dela recorrido, fazendo com que ele também se beneficie com o provimento do recurso*" (*Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 1994, p. 654 — grifamos).

O efeito extensivo dos recursos, observa **Giovanni Leone**, constitui mecanismo juridicamente idôneo para se evitar que decisões judiciais conflitantes contribuam para o desprestígio da administração da Justiça, por isso, "*no se lo puede considerar pues como excepcional, y es susceptible de interpretación analógica*" (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJAJ, 1963, vol. III, p. 110).

Também assim pensa **Luiz Flávio Gomes**. Em seu sempre consultado "*Suspensão Condicional do Processo*" (RT, 1995, p. 176), já previa o talentoso professor paulistano a ocorrência de situação semelhante à aqui aventada, tecendo ele o seguinte comentário: "*E se no final o juiz reconhecer a atipicidade, por exemplo, do fato? Ficará sem efeito a suspensão do processo para aquele que a ela se sujeitou. A decisão do juiz terá efeito extensivo, aplicando-se analogicamente o artigo 580 do CPP ou o juiz reconhecerá a falta de justa causa ou condição da ação e a trancará 'ex officio'*".

Por conseqüente, a teor da regra contida no artigo 3º do Código de Processo Penal, deve-se interpretar analogicamente o seu artigo 580, com a finalidade de adaptá-lo aos recentes institutos que surgiram com a





Lei nº 9.099/95, levando-se sempre em conta os critérios que a norteiam (art. 2º), especialmente o da informalidade. Isto porque, antes da existência desta lei não havia possibilidade processual de o juiz, após o recebimento da denúncia ou queixa, decidir definitivamente o processo de outro modo que não fosse a declaração de extinção da punibilidade ou a prolação de sentença. Em raros casos poderia quando muito sobrestalar (art. 152, p. ex.).

Agora temos a manifestação judicial sobre a suspensão condicional do processo que, apesar de não poder ser considerada como uma decisão terminativa de mérito, *"é uma decisão interlocutória com força de definitiva"* (Luiz Flávio Gomes, ob. cit., p. 141).

Verdade que o beneficiário da suspensão do processo, almejando sua futura absolvição, pode simplesmente deixar de cumprir as condições que lhe forem impostas, provocando desse modo sua revogação e o prosseguimento do feito. Seria possível, igualmente, dirigir ao juiz postulação visando a aplicação do mencionado artigo 580 do CPP.

Estas hipóteses, porém, têm sérios inconvenientes. No primeiro caso, de ordem prática: o processo seria reiniciado e toda a instrução deveria ser refeita, com os custos a ela inerentes; no segundo, de natureza técnica, pois se o beneficiado pela suspensão não apelar em tempo hábil da decisão que a decretou (5 dias, *ex vi* do art. 593, II, CPP), o juiz não poderá receber o pedido, dada a incidência da preclusão. Por outro lado, o julgador já entregou a prestação jurisdicional em relação ao acusado absolvido, não tendo mais competência para julgar.

O ideal seria que os juízes ao sentenciarrem feitos decidindo pela absolvição do réu remanescente, ainda que por insuficiência de provas, averiguassem também a situação daquele que teve o processo suspenso.

Evitar-se-ia com este proceder o possível cometimento de injustificadas iniquidades já que, muitas vezes, o denunciado é absolutamente côncio de sua inocência, mas aceita a suspensão do processo, apenas para eximir-se de passar pelos *"rituais ou cerimônias degradantes"* decorrentes do transcurso processual, ou mesmo para não correr o risco do erro judi-

ciário, latente em todo processo criminal.

A lição de **Hermes Lima** é no sentido de que *"a equidade completa a justiça, adaptando a lei aos aspectos imprevistos e concretos que as situações apresentam e não se enquadram dentro da justiça-tipo, prevista na mesma lei. A equidade"*, complementa o saudoso ministro do Supremo Tribunal Federal, *"obra no espírito da lei, fazendo o que se supõe faria a lei se contemplado houvesse a situação especial em causa"* (Introdução à Ciência do Direito, Freitas Bastos, 24ª ed., p. 182).

O escopo do presente artigo é o de recordar que os magistrados, ao proferirem suas sentenças, não só podem, como devem, neste momento, avaliar a situação processual do acusado que teve suspenso o processo contra si instaurado e, se presentes quaisquer das hipóteses mencionadas no artigo 386 do Código de Processo Penal, revogar o benefício para absolvê-lo, tomando por fundamento desta sua decisão a aplicação analógica do artigo 580 do mesmo Código.

O autor é advogado no Rio de Janeiro.

O ARTIGO 222 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

(Romualdo S. Calvo Filho)

O art. 222 do CPP preceitua em seu caput que: *"A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz, será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, Carta Precatória, com prazo razoável, intimadas as partes"*, querendo significar, pois, que testemunhas e vítimas, que residam em comarca diversa daquela por onde tramita o processo crime em que devem ser colhidos seus depoimentos, serão ouvidas por Carta Precatória, ou seja, suas oitivas serão realizadas na comarca onde residirem. Até aí nenhum reparo, certo que facilita a colheita de provas, evitando-se dispêndios àqueles que colaboram com a justiça.

O que não pode e nem deve passar despercebido, porém, é o fato de que a defesa é intimada, apenas da expedição da Carta Precatória para oitiva daquelas pessoas, e não, esdruxulamente, da data da realização da audiência onde seriam elas inquiridas.

Este advogado patrocina a defesa num processo crime que corre pela comarca de Sorocaba-SP, quando expediu-se, com sua intimação, Carta Precatória para a comarca de Conchas-SP, com o escopo de ouvirem-se ali duas vítimas. Diligencieí, entretanto, junto à comarca deprecada no intuito de certificar-me da data da audiência com as vítimas, marcada para 04/03/97, certo que, na qualidade de defensor, desejava avidamente inquiri-las e com isso esclarecer pontos nebulosos que pululavam dos autos criminais, além, é claro, exercer a contento meu sagrado mister.

Duas semanas após ter sido informado da data da audiência, fui pego de chofre quando, compulsando os autos do processo, deparei-me com os depoimentos das vítimas, as quais foram ouvidas em 07.01.97, tendo sido a audiência, deste modo, antecipada, sem qualquer comunicação, contudo, a este de-

fensor, o que me ocasionou arrepios nas entranhas. Protestei, mas tudo foi debalde... *"Ora, doutor, só se intima da expedição da precatória, mas não da data de sua realização."* Recorri.

Com efeito, este proceder fincou raízes em nosso direito, encontrando-se disseminado em nossos tribunais, sem justificação plausível, no entanto. O art. 222 do vetusto CPP (Decreto-Lei nº 3.689/41), oriundo do Executivo da Era Getulista, é diploma legal infraconstitucional, portanto, devendo seguir o primado insculpido no artigo 5º, LV, da Magna Carta, promulgada a 05/10/88, não tendo sido aquele artigo do atual CPP, destarte, por ela recepcionado, já que ampla defesa implica sim na intimação do defensor para todas as audiências, inclusive a realizada por precatória.

Além do mais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto São José da Costa Rica, de 1969 — que foi ratificada pelo governo brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 678/92, diploma este que, consoante magistério do professor e magistrado **Luiz Flávio Gomes**, tem, no mínimo, *status* da Lei Federal, reza em seu art. 8º, nº 2, letra "f", em suma, que é direito da defesa inquirir as pessoas que devam depor no processo e tanto é assim que sua violação dá ensejo a Recurso Especial, em obediência ao disposto no art. 105, III, alínea "a" da Constituição Federal.

Concluindo, penso que este diploma internacional, em cotejo com o art. 222 do CPP, que lhe é posterior, coloca vez por todas uma pá de cal sobre a questão de ser ou não a defesa intimada da data da realização de audiência no juízo deprecado.

O autor é advogado em São Paulo.

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 Forensis - 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

A CRIPTOGRAFIA E O MUNDO JURÍDICO

(Carlos Magno Brolesi Silva)

Mais uma vez a tecnologia traz novidades ao mundo jurídico.

Com a rápida propagação da rede mundial "Internet", principalmente na transmissão de documentos e troca de mensagens por meio do computador, se fez necessária a criação de sistemas que tentam tornar seguras as informações transmitidas, bem como sua autenticidade.

Com a introdução da criptografia⁽¹⁾ tornou-se possível ter-se uma relativa segurança, tanto quanto ao conteúdo de um documento quanto à sua assinatura (digital).

Os Estados Unidos da América, com relação a essa tecnologia, não permitem a exportação do programa que codifica as mensagens e assinaturas de modo irrestrito, limitando-a a 40 bits, o que é considerado muito pouco. Isso é feito porque tal tecnologia é tida como um "artefato militar" para a transmissão de dados altamente sigilosos.

Ocorre que a limitação de 40 bits não é segura, pois recentemente foi "quebrada" (decriptada) por um estudante de graduação da Universidade da Califórnia.

No Brasil está se utilizando uma versão internacional do RSA (tecnologia americana de chave pública/privada), muito mais potente que o limite mencionado, que impossibilita a decodificação de um documento (*chipertext*) ou assinatura, a não ser por quem detenha uma "chave" para decriptá-la.

Para a área jurídica o maior problema para a aceitação de um documento, petição ou certidão, enviado por computador ou fax, é a verificação da assinatura.

Tal inconveniente está sendo solucionado com o uso da criptografia, que possibilita "assinar" o documento, isto é, transmiti-lo com uma assinatura codificada, e garantir sua autenticidade, sem possibilidade de adulteração e/ou falsificação.

Com essa nova tecnologia, o subscritor do documento faz uso de uma "chave secreta" (*private key*), que só ele possui, para "assiná-lo", a qual aparecerá como uma combinação **única** de caracteres no final do texto enviado, não sendo possível tal "assinatura" ser firmada por outra pessoa.

Quando o documento chega ao destino é feita uma verificação por meio de uma "chave pública" (*public key*), que a confere, dando-lhe autenticidade.

Atualmente, segundo especialistas, para se decodificar uma "chave secreta" a partir de uma "chave pública" seriam necessários milhões de anos de trabalhos ininterruptos, com dezenas de computadores. Isso comprova a segurança do sistema.

Esse sistema é composto por um *software* que viabiliza a codificação e a decodificação do documento e é instalado em um "*browser*"⁽²⁾. O detentor da "chave pública" (por exemplo, o Tribunal de Justiça), fornece à pessoa interessada a "chave privada" e a partir daí toda as mensagens recebidas ou enviadas passam a ser criptografadas.

Essa tecnologia sem dúvida poderá diminuir sensivelmente o tempo demandado na tramitação dos processos, principalmente para advogados que poderão enviar suas petições ou consultar processos sem ter que se deslocar de sua casa ou escritório.

Afora esses casos, centenas de outras aplicações poderão ser postas em prática na rotina forense, tornando a Justiça mais célere e mais adequada aos novos tempos.

Nos próximos dias 20 e 21 de maio, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizar-se-á um seminário denominado "*Informática Jurídica*", no qual serão debatidos, por pessoas ligadas ao Direito, questões técnicas e jurídicas sobre o assunto, o que vem comprovar que num futuro não muito distante essa tecnologia poderá ser largamente utilizada no mundo jurídico.

O autor é bacharel em direito e colaborador do **Boletim IBCCrim**.

(1) Criptografia: É a arte de escrever em cifra ou em código. Conjunto de técnicas que permitem criptografar escritas (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Ed. Nova Fronteira).

(2) Programa que permite o acesso à rede Internet.

aplicar anúncio na gráfica