



ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências

O Presidente da República
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Capítulo V Das Sanções Penais e Administrativas

Seção I Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2º - Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa.

§ 3º - Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;
III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4º - Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 300 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de

entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

(...)

DOU de 05.02.97, pp. 2.191/2.193

Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997

Institui o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências

O Presidente da República
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Capítulo IV Dos Crimes e das Penas

Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - detenção de um a dois anos e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - omitir as cautelas necessárias

para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor.

II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;

III - disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave.

§ 2º. A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

§ 3º. Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II - modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito;

III - possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização;

IV - possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º. A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público.

(...)

DOU de 21.02.97, pp. 3.251/3.252

Curso Sobre A EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS

O IBCCrim, com o apoio da **ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA**, estará realizando entre 31 de março e 3 de abril de 1997 o curso

"A EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS HUMANOS",

voltado para profissionais e estudantes da área de execução penal.

Os temas das palestras confirmadas serão os seguintes:

Dia 31/3: **O SISTEMA PRISIONAL E**

O RESPEITO AOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA

Dia 1º/4: **A ATUAÇÃO JURISDICIONAL DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DE SÃO PAULO E OS DIREITOS HUMANOS**

Dia 2/4: **A EXECUÇÃO E**

AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PENAL MODERNO

Dia 3/4: **AS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

À LUZ DOS DIREITOS DOS CONDENADOS

Serão expositores e debatedores, dentre outros, os professores **SÉRGIO PITOMBO**, **ALVINO AUGUSTO DE SÁ** e **CARLOS VICO MAÑAS**, o magistrado **IVO DE ALMEIDA**; os procuradores do Estado **PEDRO ARMANDO EGYDIO**, **BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA**, **CRISTINA DE FREITAS CIRENZA** e **ANA SOFIA S. DE OLIVEIRA**; contando ainda o curso com a participação da **COMISSÃO TEOTÔNIO VILELA**, de advogadas da área de execução penal e de outros renomados professores de Direito.

As palestras serão realizadas no auditório da Apamagis (Rua Tabatinguera, 140, sobreloja, São Paulo), com início sempre às 18h30. As inscrições já estão abertas e deverão ser feitas previamente na secretaria do IBCCrim, mediante as seguintes taxas: a) associados do IBCCrim e estudantes universitários: **R\$ 10,00**, b) profissionais não associados: **R\$ 20,00**. Reserve logo sua inscrição, pois as vagas são limitadas!

NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO DEPOIS DE OFERECIDA A DENÚNCIA E A APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95

(Vitore André Zilio Maximiano)

A possibilidade de nova definição jurídica do fato, diversa daquela constante da denúncia, ganhou importância com o advento da lei que disciplinou a criação do Juizado Especial Criminal, pois, até então, a capitulação dada pelo órgão do Ministério Público não trazia maiores implicações, haja vista que o seu equívoco poderia muito bem ser solucionado, sem maiores problemas, após o encerramento da instrução, aplicando-se os arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal.

Contudo, nos dias de hoje, a classificação do fato contida da peça vestibular foi alçada a um elevado grau de importância. Afinal, daí será cabível ou não, em muitos casos, a aplicação dos institutos consagrados na Lei nº 9.099/95. A título de exemplo, vale citar o caso de furto simples (quando cabe suspensão condicional do processo) ou qualificado e a hipótese de receptação dolosa (suspensão) ou culposa (possibilidade de transação penal).

É bem verdade que a definição da capitulação da denúncia já havia adquirido relevância no que tange ao delito de homicídio, lembrando que sua forma qualificada, atualmente, é considerada crime hediondo com todas as consequências daí decorrentes.

Portanto, não há dúvida. Nos dias de hoje, a definição jurídica dada pelo órgão ministerial é matéria das mais relevantes.

Contudo, não se pode perder de vista que a capitulação da denúncia é provisória. Com base em elementos do inquérito policial, o promotor de justiça forma sua *opinio delicti*,

classificando determinada conduta como incurso em certo dispositivo penal.

Mas o expediente extrajudicial, no mais das vezes, possui deficiências, até porque foi produzido sem contraditório e ampla defesa, o que tende a impedir uma correta compreensão dos fatos.

Assim, em se apurando ao longo da instrução criminal, que aquela suposta ação delitosa deu-se de maneira diversa do contido na capitulação da denúncia, de modo que a nova definição jurídica implicaria na concessão de benefícios da Lei nº 9.099/95, o juiz não poderá deixar de aplicá-los sob o argumento de que a peça vestibular o impede.

Afinal, é notório no sistema legal pátrio, que o acusado não se defende dos dispositivos apontados na denúncia, mas dos fatos ali narrados.

De tal sorte, que se os fatos, cuja verdade somente logrou-se apurar ao cabo da instrução criminal, permitem a aplicação da Lei nº 9.099/95, o magistrado deverá assim agir, pois os institutos ali previstos, mormente a transação e a suspensão do processo, constituem verdadeiros direitos dos acusados.

E como proceder então?

Em brilhante acórdão prolatado pela 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Ap. nº 984.353-0, de lavra do eminente rel. juiz **Almeida Braga**, vislumbra-se a solução, qual seja, o juiz deverá na sentença promover a nova capitulação que entendeu correta e comprovada e, sem adentrar no mérito das eventuais teses condenatória e absolutória, promover a apli-

cação efetiva do benefício legal agora possível ante a nova classificação dada ao fato.

A partir daí, seguir-se-á o rito normal da nova lei, o que não mais constitui novidade alguma. Abre-se vista ao Ministério Público para oferecimento de proposta, designa-se audiência, intimam-se as partes e por aí afora. Vale consignar que o mencionado acórdão determina, inclusive, que o magistrado estará obrigado a conceder os novos institutos na hipótese de discordância ou omissão do órgão acusador, pois, como já se disse, está-se falando em direitos dos acusados e não em faculdades para a acusação.

A interrupção de uma sentença ao meio poderia, como reconheceu a própria decisão mencionada, parecer uma heresia jurídica. Mas, o advento da nova lei fez com que toda a dogmática jurídico-penal fosse refeita, admitindo-se novos conceitos como é o caso em estudo. Afinal, o direito à liberdade não pode sofrer restrições por apego a dogmatismos.

No entanto, pode-se depreender que o ato judicial que permite dar aos fatos uma nova definição jurídica sem adentrar no mérito, nada mais é senão uma aplicação mais abrangente dos já citados arts. 383 e 384 do CPP. É dizer, muito embora tudo pareça ser uma novidade, na realidade, está-se dando nova roupagem a institutos já previstos em nosso sistema processual-penal.

Agora, só resta aos operadores do direito penal dar aplicabilidade aos novos desafios.

O autor é procurador do Estado de São Paulo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Revisor Geral: Luiz Carlos Betanho

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTb. 1392-0)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 12.000 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

CONCURSO DE MONOGRAFIAS

○ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) comunica que foi instituído o

"I Prêmio de Monografias Jurídicas", que será atribuído à monografia sobre "Direito Penal, Processo Penal ou Criminologia".

Outras informações poderão ser obtidas pelos tels. (011) 605-6482, 605-4607 ou 607-6743.

○ IBCCrim informa aos seus associados que o regulamento para participação encontra-se à disposição, para xerox, na sede situada na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo, SP.

ILANUD

No dia 26.02.97, foi instalado em São Paulo o escritório do **Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente**. O "Ilanud" é um importante organismo técnico da ONU, e sua missão é estimular e apoiar ações voltadas a fortalecer e desenvolver os sistemas de administração da Justiça, prevenir o delito e atuar nos mecanismos de controle social, contribuindo para consolidar o Estado de Direito e os direitos fundamentais. O IBCCrim foi convidado a manter relacionamento com o Ilanud em apoio de suas atividades. Nesta oportunidade manifestamos nossos votos de sucesso, e que o futuro revele grandes avanços em tais áreas.

APERFEIÇOAMENTOS NO ECA

(Fauzi Hassan Choukr)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, parido sob a égide da Constituição de 1988 e inspirado nas tendências contemporâneas de proteção à minoridade acaba de ganhar importantes aperfeiçoamentos através da Portaria nº 4, de 07.01.97 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).

O primeiro destes ajustes diz respeito à necessidade da defesa técnica, desde o atendimento inicial, para o adolescente suspeito de ter praticado ato infracional, aí compreendida a apreensão em flagrante ou oitiva nos autos de investigação, assistência esta que deve ser prestada ou por defensor público ou por advogado dativo ou constituído. Trata-se de importante explicitação de direitos, colocando a legislação brasileira em posição de vanguarda neste tópico em relação aos demais ordenamentos ocidentais sobre o tema.

Neste ponto é importante ressaltar que, fora situações como a **espanhola**, onde o menor infrator é visto como um "doente" que precisa ser "curado" (sendo portanto a delinquência concebida nos modelos positivistas⁽¹⁾) e os procedimentos apuratórios tramitam sem a participação da defesa técnica pois não há acusados mas sim enfermos (*sic*) poucos países abrem mão da presença de defensor especializado em situações semelhantes ao nosso procedimento para apuração de ato infracional, como ocorre também em **Portugal**⁽²⁾ e em certo sentido no **México**, onde até mesmo a presença do Ministério Público é dispensável⁽³⁾.

Fora destes contextos a participação técnica é mitigada na **Holanda**⁽⁴⁾ e mesmo na **França**⁽⁵⁾, mas encontra valorização maior na **Alemanha** e especial importância nos modelos garantistas de **Itália** e **Inglaterra** onde é imprescindível a presença do defensor técnico⁽⁶⁾.

Alinha-se neste ponto a legislação pátria com aquelas de cunho mais avançado, indo até um pouco além dos modelos italiano e inglês, na medida em que explicita necessidade do defensor técnico desde o momento da apresentação do menor tido como infrator. Para efeitos práticos pode-se considerar que eventual ausência de assessoria técnica causará vício processual cujas repercussões poderão não ser sanadas, na medida em que se trata de ofensa a princípio constitucional (ampla defesa, art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Além deste importante tópico, a aludida portaria disciplina um teto para capacidade das unidades de internação, que não poderão receber um número superior a quarenta adolescentes. Aqui é inevitável a comparação com o falido sistema prisional pátrio, onde a superação da capacidade ocupacional é uma infeliz regra. No caso minorista, entretanto, a determinação legal não deixa dúvidas. Havendo extravasamento do limite de internos, de-

verá ser providenciada a liberação — ou remoção, dependendo do caso — do número excedente.

Também no sentido de otimizar as medidas sócio-educativas, a portaria esclarece a forma de execução da medida de semiliberdade, dando-lhe um caráter fortemente reeducacional, inclusive com ocupação profissional, acompanhada de assistentes técnicos que analisem o comportamento e a evolução do menor infrator.

Vê-se, pois, de forma louvável o esforço do Ministério da Justiça em aprimorar um texto legal que, do ponto de vista técnico-processual, ao menos na esfera da apuração infracional, já nasceu como um texto de vanguarda no cenário brasileiro. Certamente não se desconhece que as causas da criminalidade juvenil estão muito mais ligadas ao descompasso de distribuição de justiça social e somente serão mitigadas quando as enormes distorções econômicas, culturais e sociais também o forem. Mas é melhor que o Estatuto seja da forma que é, moderno, vigoroso e, até pretensioso. São passos importantes que já foram dados. E isto não é pouca coisa.

O autor é mestre e doutorando em processo penal pela USP, professor na USJT, 1º secretário do IBCCrim, membro da Associação Internacional de Direito Penal e promotor de justiça em Jundiaí, SP.

⁽¹⁾ Assim descreve Giménez-Salinas I Colomer, Esther, in "Introducción au Système de Justice des Mineurs", in "Droit Pénal Européen des Mineurs", Press Universitaires D'Aix-Marseille, 1992, p. 174.

⁽²⁾ A posição portuguesa é categórica neste assunto. Embora encare a apuração de ato infracional como um verdadeiro processo

de caráter repressivo, a legislação lusitana verdadeiramente impede a presença do advogado como ensina Gersão, Eliana, in "Le Droit Pénal des Mineurs au Portugal", op. cit., p. 230.

⁽³⁾ Ao menos esta é a disciplina prevista no art. 522 do Código Federal de Procedimentos Penais: "O Ministério Público não intervirá de forma alguma no procedimento dos tribunais de menores".

⁽⁴⁾ Op. cit. p. 203

⁽⁵⁾ Veja-se Renucci, Jean-Francois, "Le Droit Pénal Français des Mineurs", op. cit. p. 185, especialmente ao aduzir que "pendant le déroulement de l'instruction, certains règles sont communes aux magistrats instructeurs, qu'il s'agisse du juge des enfants ou du juge d'instruction. Ainsi, il faut relever que le rôle réduit de la défense qui peut être critiqué même si l'on peut penser que le juge spécilisé est le défenseur naturel de l'enfant..."

⁽⁶⁾ Para o modelo alemão a observação cabe a Kerner, Hans-Jurgen, "Le Droit Pénal Allemand des Mineurs", explicando a evolução do tratamento germânico para o tema que, partindo de uma posição menos garantista hoje concebe a necessidade da presença do defensor técnico como essencial, inclusive colocando à disposição do menor carente a defesa dativa. Já o requintado sistema italiano prevê não apenas qualquer advogado, mas sim patronos especializados na defesa de menores, especialização esta alcançada através de cursos realizados na Justiça de Menores ou mesmo na nossa equivalente Ordem dos Advogados. (op. cit. p. 214). Na Inglaterra a necessidade de advogados também é imperativa. No entanto, se para o campo civil da legislação minorista deve haver uma especialização técnica (como no sistema italiano), na parte "penal" os representantes técnicos são de nível inferior aos defensores técnicos de criminosos de maior idade, causando assim um certo desequilíbrio no status profissional. (op. cit. p. 194).

Congresso Internacional

A Associação Ibero-Americana de Psicologia Jurídica (AIPJ), realizará em Havana, Cuba, nos dias 8 a 11 de abril, o

"II CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA"

Para maiores informações entre em contato com a Comissão Brasileira da AIPJ pelos telefones:

(011) 852-4929, 852-7486 e 3064-2310

(Fátima ou Fernanda)

Operadora responsável: Evasion - Havanatur Tour Operator

TUTELA (PENAL) ANTECIPADA

(Luiz Vicente Cernicchiaro)

A prestação jurisdicional deve ser satisfeita e mais rápida quanto possível. Só assim, justificar-se-á o direito de ação. Como se diz correntemente, justiça tarde é injustiça. Com efeito, quem vai a juízo, ou é colocado como réu, no processo, excetuados os casos de atuação procrastinatória, almeja solução breve. O fato ganha realce no Direito Processual Penal. Desnecessário lembrar os inconvenientes de uma ação penal.

As normas processuais, sabido, iniciada a ação, o Ministério Público não pode desistir; ofertada a denúncia, manifestação contrária do representante é ineficaz. Urge levar o processo à sentença. Consome-se tempo, é evidente. Enquanto isso, o réu precisa conviver com as agruras da incerteza do julgamento. Sem falar nas consequências de desconfiança da lisura, honestidade do acusado.

É comum a jurisprudência registrar que a existência de inquérito policial, ou de ação penal não caracteriza constrangimento ilegal. Com isso, impõe ao réu esperar (sabe-se até quando!) o encerramento de um ou de outra. Do ponto de vista formal, tudo bem, nada que objetar. Todavia, jurídica, moral e politicamente, outra será a resposta.

O processo penal não se confunde com o processo civil. A literatura escreveu várias páginas a respeito, particularmente quanto à possibilidade de existência da mesma teoria geral para ambas as áreas dogmáticas. Um ponto, porém, é indiscutível. Embora, cada uma, tenha princípios próprios, outros são comuns. Um deles: o princípio da brevidade. O processo deve encerrar o mais cedo possível. Há explicação para isso. A parte tem o direito à solução rápida, palavra final do Estado. Nem sempre é possível. Urge, por isso, a expedição de providimentos provisórios para contornar os inconvenientes referidos. Como a lei ajusta-se ao princípio, o juiz, com sensibilidade, pode proferir decisões que atendam à finalidade do processo. A favor do réu. Jamais contra ele.

Basta dizer, o Estado para condenar alguém, por infração penal, deverá desenvolver o processo.

O *Habeas-Corpus*, como ação, é instituto eficaz e tem sido utilizado em muitos casos, a fim de evitar, antes da sentença condenatória, alguém sofrer os efeitos antecipadamente: arquivamento do inquérito policial; trancamento da ação penal; anulação do processo; relaxamento de prisão cautelar. Outras hipóteses podem ser nominadas.

A Lei nº 8.952/94 modificou a redação do art. 273, do Código de Processo Civil; introduziu importante modificação. "*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela, pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.*"

Não se identifica com a medida cautelar. É mais do que mera atenção ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*. Aqui, visa-se a impedir que a sentença se torne ineficaz. Na antecipação, a sentença ainda não existe, entretanto, a eficácia que lhe é própria já se faz presente. Em palavras mais simples: o juiz antecipa os efeitos da futura sentença. Com isso, a parte provisoriamente (provisório liminar, ou no curso do processo) exerce o direito reclamado em juízo.

O Direito é unidade; os vários setores se intercomunicam. Notadamente em nível de princípios.

O Código de Processo Civil, com a mencionada modificação, oferta a prestação jurisdicional breve e eficazmente. Inovação merecedora de aplauso.

A norma processual civil, porque norma do Direito, repercute no ordenamento.

O Código de Processo Penal consagra a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito (art. 3º). Norma nem sempre lembrada, como, aliás, a correspondente da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º).

O Código de Processo Penal não dispõe quanto a tutela antecipada; preocupa-se, entretanto,

com efeitos da sentença condenatória recorrível. No particular, o texto precisa ser relido face ao princípio da presunção de inocência (Const., art. 5º, LVII). A qualificação de condenado reclama sentença condenatória transitada em julgado.

O réu como regra, postula sentença declaratória de inexistência de infração penal.

A prisão cautelar não se confunde com a prisão penal; repousam em pressupostos distintos. A primeira, contudo, só se justifica em havendo indícios de possível condenação, ou seja, da prática do ilícito penal.

A sentença absolutória evidencia inexistência, ou não caracterização do delito (CPP, art. 386).

Se, no processo civil, em havendo prova inequívoca do alegado pelo autor, o juiz antecipa a tutela, evidente, por analogia, no processo penal, com maior razão (está em jogo o direito de liberdade, mais valioso que a preservação, ou recomposição do patrimônio), o magistrado precisa antecipar a tutela do réu. Mais do que "prova inequívoca", a sentença, resultante do contraditório e da coleta exaustiva da prova, desenvolvida com a presença do Ministério Público, deve ser considerada pelo Direito. Sob pena de o direito de liberdade, em juízo, continuar a ser preterido pelo patrimonial, impõe-se considerar o reflexo da Lei nº 8.952/94. Uma só conclusão se coloca. Toda sentença absolutória encerra tutela antecipada, ou seja, a situação jurídica a projetar-se com o trânsito em julgado, deverá ganhar eficácia imediatamente.

Não mais se justifica o réu continuar preso, se beneficiado com sentença absolutória. Se assim não for, o Direito deixa de ser sistema para reduzir-se a compartimentos estanques e o raciocínio jurídico ao jogo de xadrez, mera forma, vazio de conteúdo.

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

DEFENSORIA PÚBLICA

(Renato Rodrigues dos Santos)

Preliminarmente, gostaria de parabenizar o dr. Sérgio Salomão Shecaira pela excelente matéria "*Advogado Criminal*", e, que sirva de alerta aos advogados e defensores públicos que atuam na área criminal em defesa daqueles mais necessitados (*Boletim IBCCrim* nº 48/02).

A Defensoria Pública, órgão imprescindível à tutela jurisdicional do Estado, tem, em sua razão de ser, a defesa e a orientação das pessoas pobres.

Nobre função a de defensor público, embora, ainda, sem o devido reconhecimento, no dia-a-dia, sentado ao lado do acusado ou do autor pobre que, por sua vez, deposita naquele toda a sua esperança.

Árdua missão e, não raras vezes, frustrante pela precariedade material e financeira da instituição.

Em um país onde se fala em democracia e igualdade de direitos, parece-nos que ainda existem uns melhores que outros ou, pelo menos de tratamento diferente.

Trabalhar como defensor público nada mais é que praticar o exercício da solidariedade e da caridade.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 134, dispõe que "*A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*"

Entretanto, contrariando as normas estabelecidas na própria Magna Carta, nossas autoridades têm deixado a Defensoria Pública em estado

de humilhação, totalmente desprovida de recursos materiais e financeiros.

A cidadania, cuja plenitude constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a par da dignidade da pessoa humana, não se pode, efetivamente, ver realizada, tão-só, na asseguuração do exercício de direitos políticos. Não é possível alcançar a plenitude da cidadania sem a garantia do acesso à justiça, respeitando-se o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação, em especial pela situação financeira.

Não sabemos quem incomoda mais, se o pobre que bate à porta da justiça em busca da tutela jurisdicional do Estado ou, se a instituição "Defensoria Pública", que, por sua vez, em nome da lei e da liberdade humana, o assiste, garantindo-lhe toda a orientação e defesa, contra quem quer que seja.

Hodiernamente, muito se discute sobre a criação de um controle externo para o Poder Judiciário, a fim de que se viabilize o acesso à justiça. Entretanto, se esquecem que no Brasil, como em outros países em desenvolvimento, a maior fatia da população é pobre e somente terá garantido seu acesso à justiça através da Defensoria Pública.

Para que isso ocorra, é necessário a criação das Defensorias Públicas em todos os Estados, de forma digna e estruturada, garantindo-se, desta forma, a efetiva existência dos princípios constitucionais da "igualdade, da ampla defesa e do contraditório".

Constitui questão de primeiro plano a oferta

de justiça, pelo Estado, compatível com a procura e a necessidade, decorrentes de uma convivência social, cada vez mais complexa, o que se acentua, significativamente, nos países de desequilíbrios sociais graves, como é o caso do Brasil.

Em verdade, o acesso efetivo de todos à prestação jurisdicional é pressuposto da justiça social e da cidadania em uma ordem democrática. A existência de instrumentos que tornem reais — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão comum, é imperativo de um Estado Democrático de Direito.

O acesso à justiça, hoje, é requisito fundamental e, sem a presença do defensor público não se pode falar em "direitos de todos".

Para finalizar, relembro as sábias palavras do ministro do STF, José Neri da Silveira, no Encontro Nacional de Defensores Públicos, realizado na cidade de Corumbá (MS), em setembro de 1992: "*O dever do defensor público é levar aos pobres o amparo da lei e da justiça; trazer a paz e a esperança ao coração dos que se desajustam ou se desesperam, por não conhecer os seus direitos; mostrar, enfim, aos pobres e humildes, que a pátria também lhes pertence. Certamente, sempre é bom dar pétalas d'alma a suavizarem, um pouco, a vida dos que, sem culpa e sem sandália, caminham por estradas de espinhos.*"

O autor é defensor público na Comarca de Brasília, MS.

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

(Damásio E. de Jesus)

A Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, deu nova redação ao art. 180, *caput* e § 1º, do Código Penal, definindo o crime de receptação: "Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte" (sublinhado nosso):

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

§ 1º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime" (sublinhado nosso):

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

A doutrina, apreciando as diversas normas incriminadoras que empregam elementos subjetivos do tipo, é tranqüila no sentido de que a elementar "sabe" é indicativa de dolo direto. Quanto à expressão "deve saber", existem duas posições:

1ª - trata-se de dolo eventual (**Celso Delmanto e Paulo José da Costa Júnior**);

2ª - significa culpa (**Nelson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso**).

Consideramos que as expressões "sabe" e "deve saber" são, na verdade, elementos subjetivos do tipo distintos do dolo e da culpa. Dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, inserindo-se no plano da volição. Na receptação, v. g., corresponde à vontade de adquirir, receber ou ocultar o objeto material. Algumas vezes, entretanto, para haver crime, o legislador acrescenta no tipo um especial estado anímico do autor: que saiba ou deva saber, referindo-se ao conhecimento pleno ou parcial da situação de fato (certeza e incerteza). Esses elementos típicos não estão situados no plano da vontade, pertencendo ao intelecto. Nada têm a ver, pois, com o dolo, seja direto ou eventual, ou com a culpa.

Sob o aspecto da exigência de dolo, culpa e elemento subjetivo do tipo, o crime de receptação, antes da reforma de 1996, de acordo com a nossa posição, era classificado em três formas:

1ª - dolosa, acrescida do elemento subjetivo do tipo "sabe", que a doutrina introduzia no dolo direto (*caput* do art. 180). O receptor "sabia" que a coisa era produto de crime. Corresponde ao "a sabiendas" dos estatutos penais ibero-americanos ("com pleno conhecimento");

2ª - dolosa, com o elemento subjetivo do tipo "deve saber", que os doutrinadores ligavam ao dolo eventual (ou à culpa). Incluía-se na receptação culposa (§ 1º da antiga redação do art. 180), de acordo com a jurisprudência prevalente, tendo em vista que inexistia descrição de figura com a elementar "deve saber" (**Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal**, São Paulo, 1978, 2:173, nº 541; **Celso Delmanto, Código Penal Comentado**, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª ed. atualizada por **Roberto Delmanto**, 1991, p. 330; **Silva Franco, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 2.278, nº 3.00). O receptor "devia saber" que o objeto material advinha de crime. Agia na dúvida, não tendo certeza de que a coisa tinha origem delituosa;

3ª - culposa (§ 1º): o agente adquiria ou recebia coisa que, diante de certas circunstâncias, "devia presumir-se obtida por meio criminoso". Note-se que a lei fala em "devia presumir-se" (critério normativo) e não "devia presumir", o que conduziria a um critério psicológico, subjetivo, mais condizente com o dolo.

Os três casos eram e são, para nós, bem distintos.

No primeiro ("sabe"), há plena certeza da origem delituosa da coisa (**Bento de Faria, Galdino Siqueira, Nelson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso**). Nessa hipótese, diz a jurisprudência, "entende-se não uma vaga noção que oscila entre a suspeita e a certeza, mas, sim, a plena certeza da origem ilícita das coisas receptadas. A suspeita e a dúvida não bastam" (**Silva Franco, Julgados do TACrimSP**, 81:541). Empregando a interpretação gramatical, a expressão sabe, na literatura, leva ao pleno conhecimento: "sabe fiscalizar todo o serviço" (**Alves Redol, Anúncio**, Lisboa, Portugal Ed., 1994, p. 177), "ele sabe manejar garrucha" (**Taunay, Incôgnia**, São Paulo, Melhoramentos, 31ª ed., p. 203), "Augusto sabia construir corsários" (**Gustavo Corção, Lições de Abismo**, Rio de Janeiro, Agir, 1952, p. 199), significando pleno conhecimento da fiscalização, do manejo de arma e da construção de navios (**João de Almeida, Introdução ao Estudo das Perífrases Verbais de Infinitivo**, Assis, São Paulo, Ilhpa-Hucitec, 1978, p. 176).

No segundo ("deve saber"), a origem ilícita do objeto material passa pela mente do sujeito, porém subsistem dúvida, incerteza, insegurança. Para nós, o deve saber é interpretado em sentido estrito, como convém ao processo de adequação típica, não envolvendo pleno conhecimento e sim probabilidade. Como ensina **João de Almeida**, a construção com o verbo dever mais infinitivo, "quando serve à categoria modal da possibilidade", "traduz essencialmente a noção da probabilidade" (op. cit., p. 173). Ele deve saber quer dizer "é provável que ele saiba", mas não conduz à crença de seu conhecimento, como na elementar sabe. A consciência de a coisa ser produto de crime sai do plano do dever, obrigação, para revestir-se de característica hipotética: "em face das circunstâncias, ele devia ter pleno conhecimento da proveniência ilícita do objeto material", mas não se sabe com certeza se tinha ou não. Utilizando-se a interpretação gramatical, a literatura traduz essa probabilidade: "Prenda o primeiro que encontrar, se possível os três. Já devem estar bêbados" (**Fernando Sabino, O Encontro Marcado**, Rio de Janeiro, Ed. Sabiá, 1968, p. 59), "Achei que deviam ser ricos" (**Lúcia Fagundes Telles, O Cacto Vermelho**, Rio de Janeiro, Ed. Mérito, 1949, p. 74), "Devia pois estar pronta para sair" (**Clarice Lispector, Laços de Família**, São Paulo, Livraria Francisco Alves, 1960, p. 52), "Para vir na companhia de Augusto, que deve passar a dia conosco" (**Joaquim Manuel de Macedo, A Moreninha**, São Paulo, Ed. Melhoramentos, 7ª ed., p. 157). Nas quatro situações, não se tem certeza de que as pessoas efetivamente estejam bêbadas, estavam prontas para sair, sejam ricas ou que Augusto realmente passará o dia inteiro conosco: parece que sim, tudo leva a crer que sim. Não há, porém, certeza absoluta.

No terceiro, na forma culposa, a ilicitude da proveniência da coisa não passa pela mente do receptor. Ele, entretanto, a adquire, recebe ou oculta sem o devido dever de diligência.

Nesse contexto, em face das inovações na descrição do crime de receptação introduzidas pela Lei n. 9.426/96, entendemos que:

1. o "sabe" do *caput* indica conhecimento pleno da origem ilícita da coisa;

2. o "deve saber" (§ 1º) indica incerteza: o receptor não "sabe", não tem certeza de que o objeto material é produto de crime, agindo na dúvida;

3. a cláusula coisa "que deve presumir-se obtida por meio criminoso" (§ 3º) contém modalidade culposa.

Os três casos, tratando de elementos do tipo (os dois primeiros, subjetivos; o terceiro, normativo), apresentam uma graduação da censurabilidade da conduta (escala normativa), partindo da forma típica mais grave ("sabe"), passando pela intermediária ("deve saber") e descendo à menos reprovável (culpa). Nas duas primeiras hipóteses, quando o legislador reúne em tipo único o "sabe" e o "deve saber", o juiz considera, para fixar a pena concreta, ter o sujeito agido com conhecimento pleno ou parcial da situação de fato ou jurídica ("sabendo" ou "devendo saber") ou com simples culpa (**Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal**, coment. ao art. 130 do Código Penal).

O § 1º do art. 180 do Código Penal, com redação da lei nova, descrevendo crime próprio, pune o comerciante ou industrial que comete receptação, empregando a expressão "que deve saber ser produto de crime". Como o *caput* prevê o conhecimento pleno ("coisa que sabe ser produto de crime"), que a doutrina e a jurisprudência conectam ao dolo direto, e o § 3º descreve a forma culposa, o § 1º só pode tratar de crime doloso com o chamado conhecimento parcial da origem ilícita da coisa (dúvida, insegurança, incerteza), que a doutrina liga ao dolo eventual (ou à culpa). Se o § 1º definisse modalidade culposa, a figura típica nele contida não teria sentido em face do § 3º, que enuncia o crime culposos. Dessa forma, de acordo com a lei nova, se o comerciante devia saber que a coisa era produto de crime (dúvida, incerteza, desconfiança, dolo eventual), a pena é de 3 a 8 anos de reclusão (§ 1º). E se sabia, i.e., se tinha pleno conhecimento? O fato não se encontra especificamente descrito no *caput* e nem no § 1º.

Haverá, no mínimo, cinco orientações:

1ª - se o comerciante ou industrial, presentes as elementares do tipo, sabia que o objeto material era produto de crime, responde por receptação dolosa própria (*caput* do art. 180), levando-se em conta que o § 1º só prevê o devia saber. Se sabia, o fato é atípico diante do § 1º, que exige o elemento subjetivo do tipo deve saber (princípio da legalidade ou de reserva legal). Se não sabia, embora devendo saber, aplica-se o § 1º;

2ª - o fato é absolutamente atípico, uma vez que o crime próprio de receptação de comerciante ou industrial se encontra descrito no § 1º, que não prevê o elemento subjetivo do tipo "sabe". Assim, o fato não se enquadra no *caput* e nem no § 1º;

3ª - o fato adequa-se ao § 1º, que abrange o sabe (dolo direto para a doutrina) e o deve saber (dolo indireto eventual): se a lei pune o fato menos grave com o mínimo de 3 anos de reclusão (deve saber), não seria crível que o de maior gravidade (sabe) fosse atípico ou punido com pena menor (1 ano de reclusão). O deve saber não pode ser entendido como indicativo somente de dolo eventual, de dúvida ou incerteza, significando que a origem criminoso do objeto material ingressou na esfera de consciência do receptor, abrangendo o conhecimento pleno (sabe) e o parcial (dúvida; desconfiança);

4ª - o tipo do § 1º deve ser totalmente considerado porque ofende o princípio constitucional da proporcionalidade: se aplicado, "sabendo" o comerciante ou industrial que a coisa origina-se de crime (delito mais grave), a pena é de 1 a 4 anos de reclusão (*caput* do art. 180); "devendo saber" (infração de menor gravidade), de 3 a 8 anos (§ 1º). De modo que, consci-





ente da origem delituosa do objeto material, responde por receptação dolosa própria (*caput* do art. 180); se devia saber, aplica-se a forma culposa (§ 3º), conforme pacífica jurisprudência anterior à lei;

5ª - concorda com a posição anterior, desconsiderando, contudo, somente o preceito secundário do § 1º do art. 180, permanecendo a definição do crime próprio do comerciante (preceito primário). Se “sabia”, aplica-se o *caput*; se “devia saber”, adequa-se o fato ao § 1º, com a pena do *caput*, cortando-se o excesso. A diferenciação pessoal e subjetiva é considerada pelo juiz na fixação da pena concreta.

A primeira orientação não pode ser aceita. Se o comerciante sabia, a pena é de 1 a 4 anos de reclusão; se devia saber, de 3 a 8 anos. O fato menos grave é apenado mais severamente.

A segunda posição carece de fundamento. A afirmação de que a conduta, consciente o comerciante ou industrial da origem ilícita do objeto material, é absolutamente atípica, despreza o processo de atipicidade relativa: é atípica em face do § 1º (delito próprio), porém a incriminação subsiste diante da redação prevista no *caput* (crime comum). A ausência da elementar desloca a adequação típica para outra figura.

O terceiro posicionamento desrespeita o princípio da tipicidade, uma vez que não distingue o sabe do deve saber. O deve saber, para essa orientação, inclui o sabe, o que é de todo imprecendente, uma vez que constitui tradição de nossa doutrina, como vimos, ligar o deve saber ao dolo eventual ou à culpa, categorias psicológico-normativas de censurabilidade menor.

A quarta orientação somente peca porque desconsidera totalmente o § 1º.

Preferimos a quinta orientação, para nós a menos pior, tendo em vista que a lei nova veio para confundir, não para esclarecer: o preceito secundário do § 1º deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Realmente, nos termos das novas redações, literalmente interpretadas, se o comerciante devia saber da proveniência ilícita do objeto material, a pena é de reclusão, de 3 a 8 anos (§ 1º); se sabia, só pode subsistir o *caput*, reclusão de 1 a 4 anos. A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade.

A Constituição Federal, no art. 5º, XLII e XLIV, determina que a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, constituem crimes inafiançáveis e de pretensão punitiva e executória imprescritível, impondo-se reclusão. São também inafiançáveis e insuscetíveis de indulgência soberana a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos (XLIII). No art. 227, § 4º, a Carta Magna impõe o dever de a lei punir severamente o abuso, a violência e a exploração da criança e do adolescente. Arrolando as proibidas (XLVII), apresenta uma relação de penas criminais permitidas, das mais graves às mais leves (XLVI), determinando sua individualização legislativa, judicial e executória (XLVI). E no art. 98, I, prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais, permitindo a transação penal nos casos de “*infrações de menor potencial ofensivo*”. Vigora, pois, como princípio expresso, o da individualização da resposta penal, determinando uma graduação de severidade da pena em face da prática do crime. Do contexto, extrai-se a regra da proporcionalidade: para os crimes mais graves, penas e consequências severas; para as infrações penais de menor potencial ofensivo, respostas mais brandas. E esse princípio conduz a outro, o da harmonia legislativa: na descrição das infrações penais e na cominação das sanções

o legislador deve guardar o sentido da concórdância, da conformidade e da igualdade. “*Concebida como expressão de poder*”, observa **Juarez Tavares**, “*a pena deve guardar uma relação proporcional com o dano produzido pelo delito*”, devendo o legislador imprimir “*congruência nas cominações*” (**Críticos de Seleção de Crimes e Cominação de Penas**, Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, nº de lançamento, p. 84, nº 6). Como dizia **Heleno Cláudio Fragoso**, “*o legislador é obrigado a manter a lógica interna do sistema que ele estabelece na cominação das penas*” (**A Cominação das Penas no Novo Código Penal**, em co-autoria com **Lídia Sequeira**, Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, 1975, 17/18:24). Devem, pois, ser respeitadas a “*harmonia valorativa e a racionalidade*”, na palavra de **Raquel Denize Stumm**, obedecidos “*parâmetros limitadores*” que refletem “*a unidade de sentido da ordem jurídica*” (**Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, São Paulo, Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 72).

Considera-se, na individualização legislativa ou legal da pena, princípio expresso na Carta Magna, especialmente o desvalor da ação e não do resultado. O homicídio doloso é apenado mais severamente do que o culposo não por causa do resultado, que é o mesmo nos dois tipos, mas em face do desvalor da ação: a conduta dolosa é mais censurável do que a culposa. Eleva-se a vontade como elemento norteador da cominação quantitativa das sanções penais. E não só a vontade, como também eventuais elementos subjetivos do tipo. Assim, no delito de rapto (Código Penal, art. 219) é cominada pena maior do que a imposta ao sequestro (art. 148) em face da presença do elemento subjetivo do tipo “*para fim libidinoso*”, que não se insere no terreno do dolo. Na verdade, como diz **Silva Franco**, o princípio da reserva legal, que comanda os cânones constitucionais, encerra todos os elementos da conduta, vinculando-se à exigência da responsabilidade subjetiva (**Crimes Hediondos**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1994, p. 273, nº 1). Além disso, leva-se em conta a gravidade objetiva do fato, razão pela qual o estupro é delito hediondo, considerado de extrema gravidade e sujeitando o autor a acentuadas consequências, enquanto a importunação ofensiva ao pudor configura simples contravenção, ensejando sanções alternativas e composição penal. As duas hipóteses são dolosas. A gravidade do fato, entretanto, é diversa. Assim, como observa **Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano**, são conjugados o “*conteúdo do injusto*”, que corresponde “*à gravidade do delito cometido*”, e “*a maior ou menor reprovabilidade de seu autor*” (**Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**, Madrid, Colex, 1990, p. 29). E essa censurabilidade do sujeito ativo do crime é considerada não somente na fase da imposição concreta da pena. O legislador, na elaboração da descrição do delito, leva em conta, muitas vezes, a qualidade do autor, como são as hipóteses de causas de aumento de pena e circunstâncias agravantes relacionadas com a função, profissão, atividade etc. (exs.: ser médico, funcionário público etc.).

A elaboração da norma penal incriminadora não pode subtrair-se à obediência aos preceitos constitucionais. Cumpria, pois, à Lei n. 9.426/96, ter como parâmetro o princípio da proporcionalidade entre o fato cometido e a gravidade da resposta penal, pois é nesse momento, o da individualização legislativa da pena (Constituição Federal, art. 5º, XLVI), que a proporcionalidade apresenta fundamentalmente a sua eficácia (**Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano**, op. cit., pp. 29 e 30).

A legislação penal brasileira tem empregado as elementares “sabe” (ou “sabendo”) e “deve

saber” (ou “devendo saber”) em várias disposições: no Código Penal, nos arts. 130, *caput*; 138, § 1º; 174; 245; 316, § 1º; 324; 334, § 1º, “c” e “d”, 339 e 340; na Lei de Imprensa, no art. 20, § 1º; no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 67 e 68; e assim por diante. Qual é a conduta mais censurável: de quem sabe ou de quem deve saber? Inegavelmente, de quem sabe, uma vez que tem conhecimento perfeito da situação de fato. Na receptação, tem plena consciência do elemento normativo (produto) “de crime”. Já quem deve saber não tem certeza a respeito da situação típica. Tanto que, para alguns, age com culpa. Na receptação, é incerto, duvidoso o seu conhecimento a respeito da origem delituosa do objeto material, ou o adquire, como entende parte da doutrina, com falta de cuidado. Em face disso, quando a norma insere as duas expressões em tipo unitário, como ocorre no art. 130, *caput*, do Código Penal, embora a pena abstrata seja a mesma, compete ao juiz, em face do desvalor da ação, fixá-la concretamente considerando ter o sujeito agido “conhecendo” (“sabendo”) a situação de fato ou “devendo conhecê-la” (“devendo saber”). Se, em crimes conexos cometidos em concurso, um réu “sabia” e o outro “devia saber”, a pena concreta do primeiro deve ser maior do que a do segundo.

Se a pena, abstrata ou concreta, de quem “sabe”, é mais censurável do que a do sujeito que “devia saber”, sendo comum no sistema da legislação penal brasileira descrever as duas situações subjetivas no mesmo tipo, não podia a Lei nº 9.426/96, ferindo o princípio da proporcionalidade, inserir o “devia saber”, de menor censurabilidade, em figura autônoma (§ 1º), com pena de 3 a 8 anos de reclusão, subsistindo o “sabia”, de menor reprovabilidade, no *caput*, com pena de 1 a 4 anos. A proporcionalidade, que indica equilíbrio, foi ferida. Não se observou, na palavra de **Suzana de Toledo Barros**, a idéia “*de relação harmônica entre dois valores*” (**O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**, Brasília, Brasília Editora, 1996, p. 71). Se a lei nova, fugindo do sistema, desvinculou o “deve saber” do “sabe”, colocando-os em dois tipos autônomos, a pena abstrata do “deve saber” não podia ser mais grave do que a do “sabe”. Como diz **Assis Toledo**, “*a questão do tamanho de uma pena criminal não pode ser solucionada de modo empírico, isolado, em desacordo com o sistema de penas adotado*” (**Crimes Hediondos**, Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 5:68, nº 2).

O dolo e a culpa, na reforma penal de 1984, passaram a integrar o tipo, retirados da culpabilidade. Por isso, o art. 59 do Código Penal, ao prever os critérios diretos do juiz na fixação da reprimenda, não faz referência à “intensidade do dolo” e ao “grau da culpa” (**Damásio**). Se fizesse, esses dados atuariam duas vezes na cominação da resposta penal: 1ª - na fase da individualização legislativa da pena abstrata; 2ª - na individualização judicial da pena concreta. O mesmo ocorre com outros elementos subjetivos do tipo. Como ensina **Muñoz Conde**, “*o que não se pode fazer é querer introduzir*” um mesmo dado “*em duas categorias sistemáticas distintas, pois, então, para que servem as classificações e disposições sistemáticas?*” (**Introdução da Política Criminal y Sistema de Derecho Penal de Roxin**, p. 14). Em alguns casos, entretanto, quando o legislador insere na mesma figura típica incriminadora elementos subjetivos de valores desiguais, a solução foge à regra: é imperativo, na fixação da pena, analisar “*a intenção que emerge do fato*”, como recomenda o art. 46, § 2º, do Código Penal alemão. Se a lei insere as elementares sabe e deve saber em tipo incriminador unitário, como o faz no art. 130,





caput, do Código Penal, comina a mesma pena abstrata nas duas hipóteses, cumprindo ao juiz diversificar as diferenças subjetivas na sentença. Então, embora esses elementos subjetivos estejam contidos no tipo, o juiz não pode fugir ao dever de verificar a presença de um ou de outro para dosar a pena, noção que se aproxima da doutrina de **Luiz Flávio Gomes**, para quem o dolo, que também é um elemento subjetivo do tipo, cumpre dupla função: integra o tipo e atua na censura da culpabilidade (*Erro de Tipo e Erro de Proibição*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1996, p. 121, nº 40). Se, contudo, o legislador pretende descrever um daqueles elementos em figura típica autônoma, não pode deixar de observar o princípio da harmonia na cominação das penas, devendo impor em abstrato quantidades diferentes para situações psicológicas diversas, em função da maior ou menor censurabilidade da conduta subjetiva.

A situação mostra-se mais absurda para quem entende que a expressão "deve saber" indica culpa. Estaria o legislador cominando pena de 3 a 8 anos de reclusão no caso de crime culposo e de 1 a 4 na hipótese dolosa.

Diz-se-á que o tipo do § 1º é próprio do comerciante ou industrial: por isso a pena é maior. Sim, desde que a disposição contivesse a cláusula "sabe".

Se o fato de menor gravidade subjetiva, em face da redução da censurabilidade da conduta, é apenado mais severamente do que o de maior reprovabilidade, cumpre ao intérprete cortar o excesso ("teoria da proibição do excesso" ou da "redução teleológica"). Como vimos, o sistema criminal, sob o comando dos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade, impõe harmonia na dosimetria abstrata e concreta da pena. E, como diz **Raquel Denize Stumm**, "uma lei infraconstitucional que contraria um princípio constitucional é inválida" (op. cit., p. 71), cabendo ao exegeta e ao aplicador da lei, na lição de **Silva Franco**, "tanto quanto e precedentemente ao legislador, obviar o absurdo, afastar o paradoxo" (*Crimes Hediondos* cit., p. 274, nota 1). O juiz, ensina **Raúl Cervini**, "deve prescindir da pena ou impô-la abaixo do limite legal quando ela se mostra manifestamente excessiva". Cabe-lhe — prossegue — "aplicar pena inferior à estabelecida para determinado delito se do contexto geral do corpo normativo resultar o entendimento inequívoco de que a mesma conduta é castigada em outro lugar com uma penalidade menor" (*Os Processos de Descriminalização*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 114).

Sugerimos que o preceito secundário do § 1º do art. 180 seja desconsiderado, permanecendo, entretanto, a figura do crime próprio (preceito primário). De modo que:

1º - se o comerciante sabia da origem criminosa do objeto material, aplica-se o caput do art. 180 (preceitos primário e secundário);

2º - se devia saber, o fato se enquadra no § 1º (preceito primário), com a pena do *caput* (preceito secundário). Não nos socorremos da forma culposa, uma vez que o "deve saber" está descrito e contém conduta subjetiva mais grave do que a simples inobservância do cuidado objetivo necessário.

Corta-se o excesso (de 3 a 8 anos de reclusão), reduzida a pena à cominação mais grave subsistente (de 1 a 4 anos de reclusão).

A pena abstrata é a mesma nos dois casos. Na individualização concreta, entretanto, o juiz deve considerar a diferença subjetiva, como faz nas hipóteses dos arts. 130, 174, 334 etc. do Código Penal, e a qualificação especial do sujeito ativo (comerciante ou industrial).

Aguarda-se que o legislador, para compor a harmonia típica, altere a redação do § 1º, inserindo a cláusula "que sabe ou deve saber". Enquanto isso não ocorre, cumpre-nos a missão a que se refere **Raquel Denize Stumm**: "O intérprete exerce a função de esclarecedor do conteúdo da lei em conformidade com a Constituição" (op. cit., p. 71).

O autor é ?????????
????????????

ÔNUS DA PROVA

(Antonio Carlos Barandier)

Após situar o desinteresse do mercado jurídico para com o processo penal, eis que se trabalha com um material dogmático sucateado, anacrônico, o douto **Fauzi Hassan Choukr**, argutamente, sublinha que, na verdade, a prática revela uma realidade sombria, a de se procurar adaptar a Constituição ao texto processual penal, e não o oposto⁽¹⁾.

O *onus probandi*, por exemplo, sobretudo após a Carta de 1988, é assunto abordado sob a ótica dos falsos truismos, objetivados pelo proficiente **Alberto Silva Franco** quanto à aplicabilidade da regra *tempus regit actus*⁽²⁾. Há uma obstinada insistência no tratamento dos motes do Processo Penal como se cogitassem de matéria processual civil.

O estatuto processual destina o art. 156 à questão, gizando que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Nas faculdades, nos ensinamentos fulcrados na analogia, foram ao Processo Civil e transplantaram para o Penal o art. 333. Reitera-se, assim, que à acusação caberia o ônus de provar os fatos constitutivos (existência da infração e sua autoria). A defesa se desincumbiria dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos. Reconhece-se que, tangentemente à culpabilidade, "a jurisprudência construiu uma curiosa interpretação: o dolo é presumido, emergindo desde que provadas a materialidade e a autoria, enquanto a culpa necessita ser demonstrada pela acusação"⁽³⁾ (grifos nossos).

Estabeleceu-se, dessa forma, contornando-se as dificuldades, principalmente em se olhando com os olhos da teoria finalista, uma presunção *iuris tantum* que preponderaria sobre o dogma constitucional da presunção de inocência, anteriormente insculpido na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Outro obstáculo à criação em causa residiria no *in dubio pro reo*, máxima derivada do princípio da presunção de inocência⁽⁴⁾. Arrostando o estorvo, **Magalhães Noronha**, magistralmente, consignou: "Vê-se, pois, que o ônus da prova cabe às partes. Há uma diferença, porém. A da

acusação há de ser plena e convincente, ao passo que para o acusado basta a dúvida"⁽⁵⁾. No mesmo sentido **Frederico Marques**⁽⁶⁾.

O sempre consultado **Tourinho**, discrepando da curiosa construção pertinente ao dolo, preleciona: "se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti*, deve ficar a cargo da acusação"⁽⁷⁾.

Sempre me pareceu por demais evidente que à acusação cumpre a demonstração dos elementos constitutivos da infração. Quando o réu alega excludente de ilicitude ou de culpabilidade está negando a imputação que lhe foi feita, a prática de fato punível e, em consequência, a sua defesa escuda-se na tese de negativa de autoria. O autorizado **Sergio Hamilton Demoro** argumenta a respeito do conceito de confissão qualificada: "Desde logo impõe-se um reparo ao conceito de confissão qualificada, muito difundido na doutrina. Segundo tal entendimento, a confissão qualificada se daria quando o autor da infração penal, embora atribuindo a si a prática do ilícito penal, alega, em seu favor, qualquer fato ou circunstância que exclua ou o isente de pena. Entendo, porém, que a chamada confissão qualificada, dentro de um conceito técnico de confissão, não pode ser admitida como tal. Com efeito, se emprestarmos ao vocábulo a significação que vimos acima, o réu, em tal caso, não está reconhecendo a responsabilidade pela prática da infração penal. Muito pelo contrário, está afastando de si tal responsabilidade"⁽⁸⁾. Por seu turno, **Afrânio Silva Jardim**, judiciosamente, fixa, depois de descartar a aplicação automática do art. 333 do Código de Processo Civil, que na verdade o réu não formula qualquer pedido no processo penal, tratando-se de ação condenatória, arrematando: "Apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor. Mesmo quando o réu alega um fato que poderia caracterizar uma legítima defesa, nada mais faz do que negar os fatos como descritos na peça acusatória"⁽⁹⁾. **Bertolino**, objetivamente,

assevera que no processo penal cumpre sempre à acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade, único modo válido de destruir o mencionado princípio da inocência⁽¹⁰⁾.

Com efeito, segundo **Cafferata Nores**, o sistema jurídico vigente requer que o tribunal, para poder prolatar uma sentença condenatória, "alcance, da prova colhida em juízo, a certeza acerca da culpabilidade do acusado"⁽¹¹⁾.

Descabe, nesta nota, analisar a parte final do art. 156 da lei processual, certo que o magistrado não pode se despedir da imparcialidade, atuando como um investigador ou um defensor, podendo tão-somente dirimir dúvidas sobre ponto relevante e o fato de que, conforme **Max Hirschberg**, casos demonstram o perigo da "convicção íntima", mais emocional do que racional, que domina ainda hoje a justiça penal⁽¹²⁾.

O autor é advogado e professor de Processo Penal da Faculdade Cândido Mendes - Ipanema, RJ.

(1) *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, p. 25, RT, SP, 1995.

(2) *Crimes Hediondos*, p. 151, 3ª ed., RT, SP, 1992.

(3) **Adalberto José Q. T. Camargo Aranha**, *Da Prova no Processo Penal*, pp. 10-11, 3ª ed., Saraiva, SP, 1994.

(4) **Cafferata Nores**, *La Prueba en el Proceso Penal*, p. 10, 2ª ed., Depalma, B. Aires.

(5) *Curso de Direito Processual Penal*, p. 91, 21ª ed., SP, 1992.

(6) *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, p. 288, Forense, RJ, 1965.

(7) *Processo Penal*, vol. III, p. 215, Saraiva, SP, 17ª ed., 1995.

(8) "O desvalor da confissão policial", in *Doutrina*, Instituto de Direito, RJ, nº 1, p. 81, 1996.

(9) *Direito Processual Penal*, pp. 295 e 311, 5ª ed., Forense, RJ, 1995.

(10) *Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires*, p. 286, Depalma, B. Aires, 1987.

(11) Op. cit., p. 10.

(12) *La Sentencia Erronea en el Proceso Penal*, trad. de **Thomaz A. Banzhaf**, p. 169, Ed. Juridicas Europa-América, 1969.

LEI Nº 9.271/96: PROVAS URGENTES E O DEPOIMENTO TESTEMUNHAL

(Jorge Assaf Maluly)

A Lei nº 9.271/96, alterando o artigo 366 do CPP, introduziu nova hipótese de suspensão do processo, condicionando o prosseguimento da instrução probatória a um evento futuro e incerto. Assim é que, se o acusado for citado por edital e não comparecer, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional. No entanto, o mesmo dispositivo admitiu a produção antecipada de provas, desde que consideradas urgentes e acompanhadas pelo Ministério Público e pelo defensor dativo.

Apesar do inovador dispositivo, o Código de Rito, em seu artigo 92, ao tratar das questões prejudiciais, já dispunha de semelhante hipótese, na qual o juiz poderia suspender o processo "sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente"⁽¹⁾.

A interpretação gramatical do artigo 92 torna indubitado que o Estatuto Processual considera a inquirição das testemunhas uma prova de natureza urgente, que ficaria prejudicada com a paralisação do feito.

E não haveria de ser de outra maneira. O depoimento testemunhal, para a prova dos delitos, é uma das mais preponderantes. No entanto, sofre também limitações na sua valoração pelo julgador. As condições da pessoa que testemunha e exterioridades aumentam ou diminuem o seu valor. **Espínola Filho** bem recordou a "solene proclamação de **Marconi e Marongiu**" (*La Procedura Penale Italiana*, vol. 1º, 1931, p. 431), "as testemunhas se pesam e não se contam..."⁽²⁾.

Com o condicionamento do reinício da instrução a um fato futuro e incerto, surge um dos maiores inimigos do testemunho fidedigno, o tempo. Assim preleciona **Fernando da Costa Tourinho Filho**⁽³⁾, ao dissertar sobre a percepção da pessoa, que pode ser alterada por circunstâncias e fatores vários: "...o tempo, dentre outras causas, internas ou externas, que podem levar o indivi-

duo, ainda que queira dizer a verdade, a desvirtuar os fatos".

Este ilustre autor⁽⁴⁾ também aduz nesse sentido, ao tratar das provas produzidas no período da suspensão imposta por uma questão prejudicial (artigo 92 do CPP, última parte):

"Conclui-se, pois, que não se suspende a fase instrutória na sua totalidade. Diz a lei: sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e das outras provas de natureza urgente. Assim, deve o juiz ouvir as testemunhas (mesmo porque a solução do civil pode demorar, e um depoimento tomado tardiamente perde, inegavelmente, todo aquele vigor probatório)" (grifo meu).

Por outro lado, a experiência forense demonstra que inúmeros depoimentos são perdidos em razão do decurso do tempo. Policiais militares e civis, por exemplo, que atendem inúmeras ocorrências no dia-a-dia e que não raras as vezes são as únicas testemunhas, não podem deixar de ser ouvidos antecipadamente, sob pena de se despojar o processo do único elemento de prova possível. Em outras situações, detalhes ou percepções poderão ser esquecidos, retirando do depoimento a exatidão necessária para a prova do fato criminoso.

Outrossim, a questão já foi analisada com grande saber pelo insigne promotor de justiça **Álvaro Busana**, em parecer ofertado no *Habeas-Corpus* nº 214.588.3/9 do Tribunal de Justiça:

"De fato, o risco de perda da prova testemunhal é ainda mais evidente pois a retomada do processo depende da descoberta do réu citado por editais e sem defensor constituído, o que é, em princípio, muito mais difícil do que a mera apreciação da questão prejudicial, a qual é da exclusiva competência do Poder Judiciário e eventualmente, contará a decisiva contribuição do Ministério Público (CPP, artigo 92, parágrafo único, e 93, § 3º). Por outro lado, se já existe no

Código de Processo Penal fórmula específica para enfrentar o problema das provas urgentes em causas judiciais cuja suspensão indefinida seja obrigatória, não se percebe a razão para abandoná-la em relação aos acusados revêis, estabelecendo, num único estatuto legal, duas maneiras de solucionar uma situação substancialmente idêntica."

Realmente, para o esclarecimento de incertezas que podem gerar o texto legal, o seu paralelo com outros dispositivos que tratam de situações semelhantes na conhecida interpretação sistemática, indica que a oitiva de testemunhas nos processos suspensos, em face do artigo 366 do Código de Processo Penal, é imprescindível para que a prova não pereça, ou ainda para que não se lance dúvida quanto ao seu conteúdo, em consequência do tempo decorrido do fato.

Em suma, a prova testemunhal deve ser considerada urgente, com o fim de sua produção antecipada, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, tanto porque o tempo pode desacreditá-la como porque dentro do sistema processual já se encontra igual tratamento para o tema nos artigos 92 e 93 do CPP, que dispõem hipóteses semelhantes de suspensão do processo.

O autor é promotor de justiça do Estado de São Paulo.

⁽¹⁾ No artigo 93, última parte, observa-se igual redação: "após a inquirição das testemunhas a realização das outras provas de natureza urgente".

⁽²⁾ In *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Tomo I, Volume III, Editora Rio, 6ª ed., p. 78.

⁽³⁾ In *Processo Penal*, Editora Saraiva, 9ª ed., 1986, Volume 3, p. 264.

⁽⁴⁾ **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Processo Penal*, 10ª ed., 1987, Volume 2, p. 464.

A LEI Nº 9.430/96 E OS CRIMES TRIBUTÁRIOS

(Sérgio Rosenthal)

A propósito do artigo publicado no *Boletim IBCCrim* nº 51/08, "*Crimes Tributários e Condição de Procedibilidade*", da lavra dos advogados **Alberto Zacharias Torron** e **Edson Junji Torihara**, discordamos, respeitosamente, da posição adotada, pelo que tecemos algumas considerações.

O artigo 83, da Lei nº 9.430, promulgada aos 27 de dezembro de 1996, gera a nosso ver condição de procedibilidade, apenas no que se refere à atuação do Ministério Público motivada por representação fiscal, que só poderá ser encaminhada ao *parquet*, após proferida decisão final na esfera administrativa. Não atinge, desta maneira, processos criminais em curso, assim como não impede a atuação do Ministério Público, quando por qualquer outro motivo, que não a representação, venha a ter conhecimento da existência de crime de sonegação fiscal.

Da mesma forma, não está impedida de agir a autoridade policial, que tomando conhecimento da existência de crime, por qualquer via transversa, deve proceder à investigação através do competente inquérito policial.

Imagine-se hipótese das mais comuns: através de denúncia de funcionário chega ao conhecimento da autoridade policial a existência de crime de sonegação fiscal perpetrado diariamente em determinada empresa. Está o delegado de polícia impedido de agir, diligenciando, investigando e efetuando, até mesmo, a prisão em flagrante dos responsáveis?

A resposta, evidentemente, é negativa, em nosso modesto entender.

A intenção do legislador, obviamente, não foi a de descriminalizar a sonegação fiscal, ou de tornar impossível sua representação, mas, corrigir certas distorções ocasionadas pela precipitada representação for-

mulada pelo órgão fiscalizador ao Ministério Público, o que ensejava, muitas vezes, processos injustos.

Para os processos criminais em andamento, onde não houver decisão do deslinde na esfera administrativa, entendemos como solução mais adequada aquela apontada pelo prof. **Eduardo Reale Ferrari** (*A Procedibilidade e os Crimes Tributários - Boletim* nº 50/06), quando sugere a sustação do processo criminal pendente, por meio de questão prejudicial heterogênea, nos termos do artigo 93 da Lei Adjéitiva Penal, suspendendo-se ainda, a prescrição procedimental, nos termos do artigo 116, inciso I, do Código Penal.

O autor é advogado em São Paulo e diretor do *Boletim IBCCrim*.

LEI Nº 9.271/96: POSSIBILIDADE DA INTIMAÇÃO ATRAVÉS DE ÓRGÃO OFICIOSO DE IMPRENSA

(Antonio Clarét Maciel dos Santos)

No Boletim nº 44/01, Luiz Carlos Betanho, hoje advogado, outrora juiz cujos votos incertos em repertórios de jurisprudência ainda não se esmaeceram ante o vigor com que foram elaborados, trouxe à baila severas críticas à Lei nº 9.271/96, máxime com relação ao novo sistema de intimação do advogado constituído no processo criminal.

Já no Boletim nº 48/02, Adauto Suannes, que, como o articulista acima citado, foi brilhante juiz e hoje como advogado continua a combater o bom combate, com conhecida atuação na Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP, se opôs à leitura feita por Luiz Carlos Betanho, concluindo que as inovações em apreço não devem causar preocupação aos operadores do direito penal, porquanto *“o legislador, em redação mais técnica, evitou dizer o óbvio, como antes dizia, excluindo da nova redação a redundância evidente que havia no texto anterior”*.

Uma outra parte, contudo, da reflexão de Luiz Carlos Betanho, não abordada por Suannes, merece análise mais ampla, qual seja, sua indignação quanto ao fato da intimação do defensor constituído, do advogado do querelante ou do assistente ser, agora, obrigatória *“no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da Comarca”* e não mais no *“órgão oficial”*, como

previa o texto revogado, previsão esta que lhe parecia bem colocada, posto que o Diário Oficial é o melhor veículo para tanto.

Aduziu o articulista que a alteração obrigará o advogado constituído a *“assinar o Diário Oficial e todos os outros ‘órgãos incumbidos da publicação’, em toda e qualquer Comarca onde tiver cliente”*.

Ousamos divergir dessa leitura. Com efeito, o escopo do legislador ao acrescentar o parágrafo 2º ao artigo 370 do CPP, através da Lei nº 8.701/93, foi, sem dúvida alguma, o de imprimir maior celeridade ao processo criminal. Se recordar a viver, retornemos ao período anterior à Lei nº 8.701/93, quando todas as intimações no processo penal eram feitas por oficial de justiça. Verdadeiro desenho animado se verificava entre meirinhos e advogados. Estes querendo escapular daqueles, ora para ganhar tempo para melhor preparar a tese de defesa, ora para completar eventual prazo prescricional e aqueles pretendendo diminuir as pilhas de mandados que portavam. Com a inovação introduzida pelo citado diploma, a intimação passou a ser feita no *“órgão oficial”*, (leia-se *“Diário Oficial”*).

É sabido, todavia, que esse tipo de veículo de informação é impresso apenas nas capitais dos Estados, ao passo que em regiões afastadas das capitais circulam jornais locais, ou regionais. Em Estados como a Bahia,

Amazonas, Pará, Minas Gerais, Comarcas existem com localização a mais de mil quilômetros de suas respectivas capitais e com acesso sujeito a chuvas e trovoadas. A comunicação entre essas Comarcas e a Capital é difícil, ou até impossível em muitos dias do ano. Porém, se nelas existente um jornal, como soe acontecer em sua grande maioria, as intimações processuais tornam-se mais céleres entre os jurisdicionados. Até mesmo no Estado de São Paulo, verifica-se que o interstício entre a remessa de um despacho judicial à imprensa oficial e sua publicação ultrapassa, sem qualquer exagero, mais de vinte dias. Além disso, neste mesmo Estado, existem Comarcas que recebem o *Diário Oficial* dois ou três dias após sua edição. Coisas do Brasil.

Assim, a possibilidade de eleição de um jornal diverso do oficial, o chapa branca, para veicular as intimações previstas no artigo 370 CPP foi, segundo nosso parecer, insculpida na lei com a finalidade de acelerar o ritmo processual, com respeito às peculiaridades geográficas do Brasil, devendo ser dito que aquilo que vem contribuir para o rápido epílogo processual deve ser bem-vindo.

O autor é advogado em São Paulo.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: SUGESTÃO PARA A CONTROVÉRSIA EM TORNO DO ARTIGO 89 DA LEI Nº 9.099/95

(Rogério Altobelli Antunes)

A exigência de que *“o acusado não esteja sendo processado... por outro crime”*, constante do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 como pressuposto para a suspensão condicional do processo tem suscitado controvérsias na doutrina e nos operadores do direito, alguns entendendo ser a exigência inconstitucional, outros não.

O MD. membro do Ministério Público dr. Cyrolo Luciano Gomes Júnior, no Boletim IBCCrim nº 46/04, citando entendimento de eminentes juristas, filia-se à corrente que a considera constitucional. Em seu livro *Juízos Especiais Criminais*, Ada Pellegrini Grinover e outros entendem ser a exigência inconstitucional, pois *“a regra de tratamento derivada da presunção de inocência impede que o acusado seja tratado como condenado”* (ob. cit., p. 214). Sem embargo de tão autorizadas lições, ousamos lançar a nossa opinião.

Há que se buscar para o caso solução que atenda ao princípio da presunção de inocência sem negar ao Estado, contudo, a possibilidade de *“exercer o jus puniendi, através da ação penal, exercitando seu direito, ou seja, pleiteando a apuração de fatos que, verdadeiros, ensejarão a punição do responsável...”*, nas palavras do supracitado dr. Cyrolo Luciano Gomes Júnior, que tomamos a liberdade de transcrever. E supomos ser possível essa conciliação de interesses, da maneira que tentaremos explicar.

É causa de revogação obrigatória da sus-

pensão condicional do processo o fato do beneficiário vir a ser processado por outro crime, no curso do prazo de suspensão. Nesse caso, aqueles mesmos autores (Ada Pellegrini Grinover et alia) entendem ser medida inconstitucional, propugnando deva ocorrer automática prorrogação do período de prova até o julgamento definitivo do segundo processo, aplicado subsidiariamente o artigo 81, § 2º, do Código Penal.

E aqui está a solução para o problema inicial: se estiver o potencial beneficiário da suspensão condicional respondendo por outro processo, poder-se-ia aplicar subsidiariamente, também para este caso, o disposto no artigo 81, § 2º, do Código Penal. Conceder-se-ia a suspensão pelo prazo legal mais conveniente, mas diferir-se-ia a extinção da punibilidade para um momento posterior, qual seja, o do trânsito em julgado do processo que, a princípio, tornaria impossível a suspensão condicional.

Se fosse o beneficiário condenado definitivamente, revogar-se-ia a suspensão condicional, prosseguindo o processo nos seus ulteriores termos. Se fosse absolvido e estivesse já vencido o prazo legal de suspensão, estando-se já incurso na prorrogação automática, julgar-se-ia extinta a punibilidade. Se o prazo legal de suspensão não tivesse expirado, aguardar-se-ia seu vencimento e, não havendo outra causa de revogação, julgar-se-ia também extinta a punibilidade.

No caso de haver não um, mas vários processos em andamento, talvez os requisitos subjetivos (conduta social, personalidade do agente etc.), não autorizassem a suspensão, mas se apesar disso fosse admitida, seria também possível: quando sobrevesse a primeira condenação revogar-se-ia a suspensão condicional e prosseguir-se-ia normalmente com a *persecutio criminis*. Se de todos fosse absolvido, julgar-se-ia extinta a punibilidade.

Assim agindo seria obedecido o princípio do estado de inocência, possibilitar-se-ia ao Ministério Público a apuração do fato, pois em caso de condenação o processo prosseguiria, além de também serem obedecidos os critérios de economia processual e celeridade, pois com uma única solução dois problemas seriam resolvidos: não haveria impunidade, nem sacrifício de garantias constitucionais.

A jurisprudência sobre a prorrogação automática do *sursis* clássico é abundante, e se tal entendimento pode ser aplicado para a hipótese de revogação obrigatória da suspensão condicional (Ada Pellegrini Grinover et alia) embora não seja um mero sucedâneo daquele, em atenção aos superiores princípios acima colacionados e ante a semelhança da situação, sua aplicação analógica nos parece, salvo melhor juízo, bastante plausível.

O autor é advogado da Funap.

LEI Nº 9.434/97: Os TRANSPLANTES E A POLÊMICA SOBRE SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIIS

(William Terra de Oliveira)

A Lei nº 9.434 de 04.02.97 que dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes inovou a ordem jurídica em muitos sentidos, inclusive no âmbito penal, criando em seu Capítulo V, Seção I, uma série de crimes cujas penas vão de seis meses de detenção a 20 anos de reclusão (e até 360 dias multa). Ela pode ser abordada sob vários aspectos já que seus efeitos se espalham sobre distintas searas do Direito. No âmbito civil inova no sentido de disciplinar o evento morte, ampliando a primitiva concepção do Direito Civil que vinculava tal fenômeno à ausência de sinais vitais, para trazer à nível legislativo especial o conceito de morte clínica representada pela "morte encefálica" do doador (cujos primeiros critérios conceituais foram desenvolvidos em Harvard nos anos 60 - *A definition of irreversible coma: Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brains death-1968*). Mas talvez ponto crucial da Lei nº 9.434/97 é seu aspecto constitucional que acaba por influir decisivamente em suas disposições penais, como veremos adiante. Resumidamente podemos dizer que tal Lei possui méritos e acertos mas também parece cometer sérios equívocos, reafirmando a idéia de que o paradoxo acompanha a conduta do legislador brasileiro como um estilo de técnica legislativa. O lado positivo da lei é que o Brasil parece tomar posição de maneira mais enérgica com relação a temas fundamentais e transcendentes, como o transplante de órgãos, optando por formular uma legislação definitiva sobre o assunto (enquanto isso ainda não ocorre em muitos países ditos "desenvolvidos") o que prova que seguimos um caminho de opções temáticas por vezes acertado. Em nossa experiência pessoal tivemos a oportunidade de entrar em contato com a problemática dos transplantes de órgãos à nível europeu, através de visitas a centros especializados e frequência a debates sobre o tema. O que restou desta experiência empírica é a certeza de que o drama vivido pelos pacientes portadores de falência de órgãos vitais ou vítimas de importantes deficiências é intenso e comovedor. Assim, qualquer crítica à intenção de trazer à luz uma legislação que favoreça a solução do problema vivido por estas pessoas esbarra no manto protetor de sua exposição de motivos. Porém, necessitamos ir além dos motivos invocados para a elaboração da norma. E neste ponto surge a polêmica. Justificamos:

1) O artigo 4º da lei estabelece que todos "salvo manifestação de vontade em contrário" são doadores de órgãos. Com isso, pela primeira vez no Brasil, o legislador ordinário manifesta-se sobre a "autodeterminação" do ser humano e o faz de maneira a levantar uma polêmica. É que por lei não somos detentores — em princípio — de nosso patrimônio corporal (que para muitos não se extinguiria pela morte, em boa hermenêutica...). Desde que nascemos temos autonomia de vontade (por vezes suprida por familiares) mas ao morrer, salvo manifestação formal em contrário, adquirimos a condição de titeres orgânicos nas mãos do Estado. Tudo estaria bem

se isso não esbarrasse em princípios constitucionais que protegem a autonomia da vontade inclusive naquilo que pertence à individualidade post mortem. Sob estes aspectos é perfeitamente possível afirmar que a lei é inconstitucional, o que macula a aplicabilidade dos dispositivos penais que decorrem de sua existência: vale dizer que enquanto não resolvida a constitucionalidade intrínseca da lei seus dispositivos penais não são inaplicáveis. Isso pode ser argumentado pela via de ação perante o Supremo Tribunal Federal, dando lado ainda à discussão sobre o papel que o Poder Judiciário cumpre em exercer uma "função corretiva" sobre normas de natureza penal, que violem direito constitucional, afastando sua aplicação total ou parcialmente. Buscarei em breves palavras explicar esta arrojada posição. O art. 5º da CF/88 imprime um caráter de prestígio à autonomia do homem. Por força de seu § 2º encontramos a existência de verdadeiros direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais a que aderimos. Seguindo o espírito garantista das normas contidas no art. 5º, em comunhão com normas de porte internacional às quais nos vinculamos (Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas de 1948) concluímos que o respeito à autodeterminação humana é a pauta básica dos Estados Democráticos em que o Direito impera. A própria Declaração Universal protege o atributo da razão como um princípio e brinda a liberdade de consciência expressamente em seu art. I. Assim, uma norma que neste âmbito suplante ab initio a vontade humana seria inconstitucional. O tema é bastante polêmico. O prestígio ao princípio de que o homem possui uma vontade livre (liberam voluntatem habens) foi largamente debatido ao longo da história por distintos pensadores, como **Tomás de Aquino** que afirmava que "*o homem está dotado de livre arbítrio e domínio sobre seus atos*" (in *Summa Theologiae*) passando a ser discutido por juristas como **Binding** (*The release of destruction of life devoid of value*, 1920) e outros estudiosos modernos de maneira cada vez mais intensa, elevando progressivamente o status do aspecto volitivo do homem.

2) "A crise valorativa do direito à vida": Segundo boa parte da doutrina penal moderna o direito à vida está assumindo um caráter relativo, o que vem sendo reconhecido por legislações modernas (como a da Holanda) e por uma jurisprudência liberal como a americana (p.ex. casos **Karen Quinlan**, 1976, T.S.N. Jersey e **Cruzan**, 1990, Trib. Supremo dos EUA). Essa "*relativização da proteção jurídica da vida*", nas palavras de **Arthur Kaufmann**, o ilustre penalista de Munich, conduz à uma necessária discussão sobre o valor do consentimento e da vontade humana. A autodeterminação do homem é consequência da vida moderna, e é provavelmente a maior conquista do ser humano no último século, pois traça os limites de um universo pautado pela consciência e pelo apreço ao arbítrio individual, base da civilização desde seus primórdios.

No caso brasileiro, o legislador manifesta-se sobre o intrincado tema da vida encarando-o sob um novo paradigma — seu valor. Isto traz consigo valores correlatos como a dignidade e qualidade de vida, de maneira que ela já não é um conceito absoluto, mas sim um valor relativo. O que importa no estágio atual de evolução da humanidade não é a vida em si mas os níveis de qualidade e dignidade com que esta é levada adiante. Estes valores são importantes também para o receptores de órgãos. Assim, surgiu a Lei nº 9.434/97 e os dispositivos penais que tutelam seus bens jurídicos. O problema é que — por princípio — a vontade do receptor acaba por eclipsar a vontade do ser humano vivo, na medida em que todos nós somos doadores em potencial.

3) A autodeterminação negativa: O direito subjetivo à autodeterminação decorre do princípio da autonomia da pessoa, e como direito subjetivo implica numa relação de obrigação entre duas pessoas (credor-devedor) sobre algo. A autodeterminação obriga ao Estado a não intervir na disposição de nossos despojos sem antes consultar nossa vontade. Trata-se portanto de um direito "negativo". Violado tal direito a norma seria inconstitucional em todos seus termos.

4) Recusa expressa: ao prescindir do consentimento a lei exige a negativa expressa que deve constar formalmente na "Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação" através da expressão "não-doador" (art. 4º §1º). Esta formalidade é preocupante (pois em outros países basta até mesmo a declaração perante testemunhas). Por razões óbvias esta providência deixará de existir. Não podemos esquecer que (longe de uma constatação preconceituosa) vivemos em um país consideravelmente pobre. Nosso povo não é o povo instruído e equipado juridicamente de que trata a lei. É razoável perguntar: Será que as pessoas menos ilustradas irão procurar os organismos oficiais para constar a condição de não-doadores? Será que até mesmo as pessoas com um mínimo de instrução e condigna condição de vida irão tomar as providências formais a que lei se refere? Por que não consultar por ocasião da expedição do documento: "Quer ser doador?". Seria uma alternativa.

5) Necessidade de consulta à família: a Lei deixa de amparar a possibilidade de oposição por parte da família, o que aumenta a polêmica.

6) Transplantes de tecido fetal: uma grave omissão. Com o avanço a ciência estudos demonstram que as células, tecidos e órgãos fetais demonstram vantagens clínicas em transplantes. Desde o início dos anos 80 os tecidos embrionários estão sendo utilizados para combater (com grandes perspectivas de sucesso) o mal de Parkinson, o Alzheimer, a leucemia e problemas em órgãos vitais, porque as células fetais crescem rapidamente, adaptam-se com facilidade ao transplante e quase não provocam reação imunológica (cf. *The New Journal of Medi-*





cine, 318, 1988, p. 51). A Lei nº 9.434/97 não protege os abortos espontâneos ou clínicos, deixando de valorizar o consentimento materno ou familiar. Ocorre mais um deficit de proteção penal ao embrião e à vida intra-uterina.

7) O Direito comparado: A abordagem do tema em outros países revela que a questão é realmente tormentosa. Os penalistas costumam identificar três sistemas para disciplinar a matéria: o modelo do consentimento, o modelo do estado de necessidade e a solução da oposição. O sistema do consentimento exige a manifestação da vontade autorizando o transplante. No sistema de oposição o transplante está em princípio permitido sendo proibido no caso de recusa do doador. O estado de necessidade (que suprime a vontade) está reservado para os casos limítrofes de calamidades ou guerra. Cada país faz sua opção:

a) A Espanha possui uma lei (n.º 30/79) que regula a matéria. Nela primam os interesses do receptor, existindo uma presunção iuris tantum que permite a extração de órgãos no caso do doador não deixar expressa oposição.

b) Na Austria foi adotada a solução da oposição (Widerspruchslösung). Naquele país a Lei de Instituições Hospitalares (§ 62 e segtes.) permite o transplante, que somente deixará de ocorrer quando conste oposição expressa do falecido. Leva em consideração que a maioria não realiza declaração de oposição o que aumenta as possibilidades de ter acesso à órgãos disponíveis, valorizando a vida dos doentes. Entende que a possibilidade de efetuar declaração de oposição não vulnera princípios penais nem o Direito Constitucional. É a autodeterminação positiva. Como afirma **Heinz Zipf** (o famoso Catedrático de Direito Penal de Salzburg, Áustria) o modelo do consentimento tem o inconveniente de diminuir o número doadores ao solicitar continuamente voluntários. Ponderando a situação: o modelo da oposição não ofereceria obstáculos constitucionais ou político-criminais.

c) A Alemanha não adota formalmente a solução da oposição (Widerspruchslösung). Neste país, a ausência de legislação sobre o tema obriga recorrer ao Princípios Gerais de Direito que implica na adoção do sistema do consentimento para justificar a extração de órgãos (Schönke-Schröder-Eser, §223, Rn. 50).

Para todos países vigora o binômio voluntariedade (em sentido amplo) e gratuidade da doação.

8) A lei deveria criar um sistema de recepção e distribuição de órgãos. Nos países que já trataram do assunto ficou demonstrado que é fundamental a existência de uma rede que coordene a localização do doador, o transporte de órgãos, que organize as listas

de espera, que crie meios instrumentais e tecnológicos (equipamentos, treinamento, e instrução) possibilitando a realização dos transplantes. É necessária uma infraestrutura de nível nacional, com setores hospitalares específicos. Como será a situação prática? Ademais, são necessários recursos, dinheiro e vontade política. Tudo isso antes da própria existência da norma. Tais atitudes são o pressuposto lógico para a formação de uma Política Criminal sobre o assunto.

9) Tipos Penais: A lei cria basicamente os seguintes tipos penais - a) Art. 14 *caput*: Tipo de natureza aberta que pune os transplantes "em desacordo com as disposições desta lei". É um tipo impreciso, que nivela a conduta típica, sem descrevê-la, utilizando a tipicidade indireta interna ao reportar-se "aos termos desta lei". O desvalor é o mesmo para qualquer conduta. Pena: reclusão de 02 a 06 anos. b) Art. 14 §. 1º: "Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - Reclusão de 03 a 08 anos e multa". A pena é agravada no concurso de agentes, deslocando-se a agravante genérica do art. 62, IV para norma especial que pune o agente que atua à mando ou mediante vantagem econômica. Perguntamos: Onde está a punição especial daquele que promove, organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes? Nos contentamos com a agravante genérica do art. 62, I do CP? c) Tipo clássico de lesões corporais classificado pelo resultado: § 1º: Lesões Graves - pena de reclusão 03 a 10 anos, § 2º: Lesões Gravíssimas - pena de reclusão de 04 a 12 anos. Os delitos estão reservados para intervenções em pessoas vivas, sendo que pena para a lesão corporal foi consideravelmente aumentada (varia no CP de 01 a 08 anos). d) Art. 14, § 4º: resultado morte - pena de reclusão de 08 a 20 anos. O legislador cria um crime qualificado pelo resultado. É um crime preterdoloso, utilizando o critério das qualificadoras (pena mínima/máxima). e) Art. 15: é o tráfico, cuja pena vai de 03 a 08 anos de reclusão. f) Art. 16: pune a realização do transplante tendo ciência do desrespeito à Lei 9434/97. Não identifica especificamente quais as pessoas sobre as quais recai a norma (somente médicos?). g) Art. 17: desdobramento da modalidade de tráfico ou forma especial de receptação — pune-se o contato com o órgão em termos de transporte, guarda ou distribuição. Pena: reclusão de 06 meses a 02 anos. Não há forma culposa. h) Art. 18: pela primeira vez no Brasil pune-se o atentado ao consentimento como delito autônomo. A realização do transplante sem consentimento implica em pena de detenção de 06 meses a dois anos. i) Art. 19: proteção da dignidade do morto e sentimentos da família - não recompor seu aspecto estético ou retardar sua restituição à família supõe pena de 6 meses a 2 anos. j) Publicações em

desacordo com a lei sobre transplantes: penas de multa.

O centro polêmico da lei é que ela considerada como fundamento a doação e toma a transmissão fragmentária da existência humana como um princípio, apenas afastado por uma solene manifestação da vontade. O certo é que a vida realmente possui distintas dimensões, e uma delas é a solidariedade frente à morte, que se concretiza no ato de disposição do próprio corpo — nossa individualidade material e nossos únicos limites verdadeiramente visíveis. Para muitos o destino desta última fronteira do homem somente à ele pertence (expressa ou tacitamente). Esta escolha de dignificação de sua matéria é inviolável, pois é uma opção íntima em relação à própria humanidade como um todo, e uma maneira altruísta de separar o ente moral do ente físico, num ato de despedida carregado de humanitarismo que necessariamente convém ser voluntário pelos reflexos globais que produz (tais como a formação de uma vontade coletiva ou de um pensamento culturalmente aceito no que tange à doação de órgãos). Muitos poderão reclamar: solidariedade não se impõe! É válido argumentar que não se pode normatizar a obrigatoriedade de uma conduta tão visceral em função de um critério eminentemente utilitarista.

A idéia de transplantar é antiga, nasceu na Índia há mais de 3000 anos. Acompanha o homem em vários momentos, inclusive para fomentar a polêmica sobre o significado da vida, o papel do Estado na proteção (inclusive penal) deste bem supremo e como ele situa o homem nesta problemática. Por fim, parece oportuna a sabedoria de **Kant** ao expressar que "a humanidade mesma é uma dignidade, porque o homem não pode ser tratado por nenhum homem (nem por outro, nem sequer por si mesmo) como um simples meio ou instrumento, senão sempre, como um fim".

O autor é promotor de justiça em São Paulo, doutorando em Direito Penal perante a Universidade Complutense de Madrid e diretor de relações internacionais da **RBCCrim**.

Entidades Conveniadas ao 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
- Curso C.P.C., SP
- Curso Forense - Ribeirão Preto, SP
- Curso M.P.M.
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados de São Paulo
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul

ÍNDICE DO BOLETIM - Nºs 01/50

Para você que não é associado ao **IBCCrim**, mas recebe o **Boletim** através das entidades conveniadas ao **Instituto**, comunicamos que o **Índice Geral do Boletim** pode ser adquirido, em nossa sede, mediante o pagamento de R\$ 8,00.

UMA OBSERVAÇÃO ARGUTA

(Wilson Ninno)

Na primeira edição das "*Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*", ao ser abordado o art. 32 da Lei de Contravenções Penais, no tema a respeito da ocorrência ou não daquela figura típica no caso do condutor estar com o exame médico vencido, alinhamos os julgados do TACrim-SP (Ap. nº 247.641, *RT* 488/364, *Jutacrim* 33/278, 38/307, 47/88, 48/332, 85/517 e 89/283) que encampavam esse entendimento. Tal postura mostrava-se em consonância com os ensinamentos de **Paulo Lúcio Nogueira** (*Delitos do Automóvel*, 1988, p. 40), **Olavo de Oliveira Neto** (*Comentários à Lei das Contravenções Penais*, RT, 1994, p. 122) e **Damásio E. de Jesus** (*Lei das Contravenções Penais Anotada*, Saraiva, 1993, p. 108).

Entretanto, como anotou com proficiência o insigne **Geraldo de Faria Lemos Pinheiro** (*Um Reparo Sobre Aplicação dos Arts. 79 do CNT e 160 do RCNT - Boletim IBCCrim* nº 43/08), está havendo engano na aplicação dos referidos dispositivos, pois os mesmos sofreram modificação e não mais vigoram com a redação original. Vejamos. No texto primitivo as disposições referidas eram as seguintes: "*O condutor que dirigir veículo automotor com exame médico vencido terá sua Carteira de Habilitação apreendida pela autoridade de trânsito e seus agentes, mediante recibo, com o prazo de 30 dias para satisfazer as exigências legais. Parágrafo único. Vencido o prazo até que satisfaça as exigências deste artigo, o condutor será considerado inabilitado e proibido de dirigir, sujeitando-se, na desobediência, às penas da Lei*" (CNT, art. 79). "*O condutor, que dirigir veículo automotor com exame de sanidade física e mental vencido, terá sua Carteira Nacional de Habilitação apreendida pela autoridade de trânsito ou seus agentes, mediante recibo, fixando-se o prazo de 30 dias para o cumprimento dessas exigências legais. Parágrafo único. Vencido o prazo deste artigo sem que o condutor se submeta ao novo exame e até que o faça será considerado inabilitado*

e proibido de dirigir, sujeitando-se, pela desobediência, às penas da lei" (art. 160 do CNT). Por tais diplomas só após o vencimento do referido prazo de 30 dias é que "*se exame não fizer e até que o faça*" o condutor seria considerado inabilitado e proibido de dirigir. Mas, como já acentuamos, os questionados dispositivos foram modificados e, hoje, estatuem: art. 79 do CNT: "*O condutor que inobservar os prazos de exame prescritos pelo Conselho Nacional de Trânsito terá sua Carteira de Habilitação apreendida 'ex-officio', pela autoridade de trânsito, até que satisfaça as exigências legais*" (redação dada pela Lei nº 6.731, de 04.12.79). Art. 160 do RCNT: "*O condutor que inobservar os prazos de exames prescritos pelo Contran terá sua Carteira Nacional de Habilitação apreendida pela autoridade de trânsito, mediante recibo, até que satisfaça as exigências legais*" (redação do Decreto nº 84.513, de 27.02.80). E, por estarmos concordando com a posição do dr. **Geraldo Faria Lemos Pinheiro**, na forma já exposta, suprimimos as ementas que constavam de nosso trabalho, por entendê-las inaplicáveis já que se referiam a votos redigidos anteriormente às modificações legislativas verificadas.

Hoje a jurisprudência deverá encontrar seu caminho correto, como aliás, pode ser visto do seguinte aresto: "*A condução de veículo, estando o exame médico vencido, caracteriza a infração do art. 32 da LCP, não socorrendo alegação de que, após o vencimento do prazo de validade do exame, o motorista possui 30 dias para renová-lo, contados da apreensão da carteira de habilitação, pois tal argumento alicerça-se no art. 160 e seu parágrafo único do código Nacional de Trânsito, e o Decreto 84.513/80 mudou a redação de um e revogou o outro*" (TACrim-SP, HC, rel. **Sérgio Pitombo**, *RJD* 27/225).

O autor é juiz de direito aposentado.

aplicar anúncio na gráfica