



ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

LEI Nº 9.426, DE 24 DE DEZEMBRO DE 1996

Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Especial

O Presidente da República

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

Art. 1º - Os dispositivos a seguir enumerados, do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 155

§ 5º A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Art. 157

§ 2º IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

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:

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

Receptação qualificada

§ 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:

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

§ 2º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.

§ 3º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

§ 4º A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

§ 5º Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

§ 6º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista

no caput deste artigo aplica-se em dobro.

Art. 309
Parágrafo único. Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional:

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

Art. 310. Prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens:

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

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Art. 311. Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento:

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

§ 1º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.

§ 2º Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Fernando Henrique Cardoso
Milton Seligman

(DO 26.12.96, p. 28.444/28.445,
ratificada pelo DO de 15.01.97, p. 787)

LEI Nº 9.430, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996

Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

"(...)

Crime contra a Ordem Tributária

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

"(...)"

Fernando Henrique Cardoso

Pedro Malan

(DO 30.12.96, pp. 28.805/28.814)

PRESENTE DE NATAL - CONTINUAMOS RETROCEDENDO

(Roberto Podval)

Apos as comemorações natalinas, já aos 26 de dezembro de 1996, ao ler o *Diário Oficial*, nos deparamos com outra modificação no Código Penal. As incessantes reformas pontuais continuam e na mesma proporção prosseguimos com nossas críticas.

Desta feita, a Lei nº 9.426/96 que, entre outras aberrações, criou a conduta típica de "Adulteração de sinal identificador de veículo automotor" - art. 311: "Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento. Pena: reclusão de três a seis anos, e multa."

Não obstante o estado catastrófico das penitenciárias, a falta de vagas e a total impossibilidade de se fazer cumprir as penas de criminosos de alta periculosidade, o legislador, como que desconhecendo nossa realidade, bem como, ao que parece, o próprio Direito Penal, vai na contramão da história e, ao invés de descriminalizar condutas, de criar penas alternativas, continua majorando penas e criando tipos penais, que mais servem a grupos econômicos (tais como as grandes seguradoras), do que à própria sociedade.

Enfim, sem adentrarmos no mérito do novo tipo penal (embora já o tenhamos feito incidentalmente), o mais paradoxal não é o próprio tipo, mas, sim, a pena a ele aplicada.

Vejam os.

O crime de lesão corporal grave (como, por exemplo, a perda de uma das vistas) é apenado com 1 a 5 anos de reclusão; a instigação ao suicídio tem pena de 2 a 6 anos de reclusão, isso, se do resultado sobrevir a morte; já o infanticídio tem pena de 2 a 6 anos de detenção, enquanto a adulteração de sinal identificador de veículo automotor será apenado, conforme já dito, com 3 a 6 anos de reclusão. Se compararmos a pena deste novo tipo penal com a dos crimes acima exemplificados, a conclusão a que chegamos, é de que, para o legislador, mais vale um veículo que uma pessoa, isso sem falarmos na incoerência deste tipo penal em comparação com os crimes de falso — a pena para a falsificação de documento público vai de 2 a 6 anos de reclusão (art. 297, C.P.). Ora, o veículo passa a ter importância maior do que qualquer documento público. Como é possível valorar mais a falsificação de um veículo do que um título com fé pública?

É triste nos defrontarmos com tal realidade e, para nós, que acreditamos na Justiça, só resta repudiar as incongruências do nosso Legislativo, para quem, infelizmente, a frase atribuída a Charles De Gaulle continua verdadeira: este não é um país sério!

O autor é advogado em São Paulo e vice-presidente do IBCCrim.

EDITORIAL

E EXISTE PROGRESSO SEM ORDEM?

(William Terra de Oliveira)

E estamos desde algum tempo acompanhando com certa preocupação a série de reformas que o sistema jurídico-penal brasileiro vem sofrendo nos últimos anos, o que à semelhança do Direito Espanhol está sendo denominado pela doutrina de "reforma pontual". Esta "reforma pontual" foi objeto de debates na Espanha em anos passados, e determinou a elaboração de um Projeto de Código Penal que sofreu várias alterações (Projeto de 1980, Reforma de 1983, Anteprojetos de 1990, 1992, e Projeto de 1994) as quais culminaram com a edição de um texto final, aprovado em novembro de 1995 e em vigor desde 25 de maio de 1996. O que de bom restou deste "processo de reformas" foi a certeza (também alcançada pela França através da edição de seu *Code Pénal* em vigor desde 01 de março de 1994) de que a matéria penal requer um "tratamento uniforme" por parte do legislador, tema que na Alemanha é denominado "unidade penal", e não uma sucessiva intervenção normativa que acaba comprometendo por completo o já complicado sistema jurídico penal das nações modernas, submersas numa constante luta para manter um mínimo de coerência e organização frente a um frenético avanço tecnológico, determinante muitas vezes de um grande número de situações aporéticas. Esta *filosofia* em termos de reforma penal pode ser encarada como *uma tendência moderna* e está presente na Exposição de Motivos dos Códigos Espanhol e Francês.

No Brasil, a matéria parece tomar outros rumos. A edição de mais uma norma de natureza penal — **Lei 9.426 de 24 de dezembro de 1996**

que alterou os arts. 155, 157, 180, 309, 310 e 311 do Código Penal — é um bom exemplo de que deveríamos pensar no assunto. Sem adentrarmos numa crítica aos seus termos, nestas poucas linhas podemos afirmar que ela traz consigo (como outras Leis recentes) o signo da impertinência e do descaso para com este sofrido sistema penal nacional, confirmando que o legislador ignora as mínimas noções de "sistemática jurídica" ou do que seja o preenchimento de lacunas legais. Mais uma vez, o legislador se manifesta com a intenção de resolver o avanço da criminalidade. E edita algo que terá imponderáveis conseqüências, confirmando a idéia de que muitos dos problemas deste mundo surgem exatamente por importar-nos uns com os outros — quer para fazer o mal, quer para fazer o bem.

Mas deixados de lado equívocos e angustias intenções, fato é que resta uma norma em vigor, e seus reflexos são muito mais sérios que nos obrigar a comprar um novo Código Penal (já profundamente retalhado e disforme). Chegamos a um Estado de indefinição dos contornos de nossa legislação penal, e quem sabe no fundo vivamos uma verdadeira crise de estética legal... Passamos a acreditar que a ciência jurídica é um peso morto e retórico, que o pragmatismo merece o pagamento de qualquer preço. Inseguros, pensamos existir apenas aquilo que está ao alcance de nossas mãos e de nossos olhos — e não vamos além. Não pensamos que o organismo legal de um país na verdade influi de maneira determinante em seu progresso. Acionamos a máquina legal, mas não a conduzimos bem. Alteramos sua conformação, baseados apenas em idéias utilitaristas, e concluímos — cansados e desacreditados — que necessitamos de mais e mais reparos, remendos e ajustes.

Aonde chegaremos? Conseguiremos piorar ainda mais este sistema legal que já teve um esboço de unidade e dignidade um dia? Ou apelaremos para soluções drásticas, emblemáticas e estigmatizadoras, que levantando o estandarte da norma criminal proclamem um Direito Penal de resultados, que logre resolver os profundos *problemas sociais* que sofremos?

É preciso não confundir as coisas — o sistema penal cumpre uma função de *tutela jurídica* (como já dizia Carrara) e não se presta a outra finalidade que não seja a proteção em *última escala* dos bens da vida. Sua intervenção é

derradeira e pautada por critérios mínimos e inarredáveis, que demandam uma elaboração cuidadosa, diríamos... quase *estética*. O preço que se paga pelo uso de um Direito Penal simbólico, intervencionista e casuísta é demasiado alto para as democracias (quanto mais as emergentes e juvenis como a nossa). Este desiderato de "tutela" habita a alma de algo que se chama "sistema", o qual possui corpo, possui forma (tal concepção, antes de ser uma metafísica legislativa é um artifício que possibilita o exercício de uma sincera *autocrítica* e a compreensão da essência do problema). E qualquer alteração (ou "mutilação") neste conjunto implica em um sofrimento intrínseco, de conseqüências globais, numa desorganização caótica de seus mecanismos de exteriorização, fazendo com que o Estado incida onde não devia intervir, ou atue em descompasso com a realidade. E nada pior que um Estado não realista.

Não sejamos cínicos diante desta quasimoda figura de Direito Penal que restou no final deste século — tentemos evoluir buscando conscientemente uma alternativa válida. Como afirmava **Recaséns Siches**, o direito é a arte do bom senso, e portanto devemos buscar soluções jurídicas com um mínimo de *sensatez*. O crime é um fenômeno social que sempre existirá face às vicissitudes humanas. Devemos, pois, alcançar uma solução razoável para o mesmo, que não será a única, mas que será sempre a mais plausível, adequada e aceitável. Este responsável "pensamento tópico" em relação ao crime (encarando-o como um problema) nos remete à uma inevitável crítica ao momento que estamos vivenciando, mergulhados em um estado instável de *reclamos* por parte de uns, e *respostas irrefletidas* por parte de outros. Para *progredir* necessitamos ao menos de uma política criminal uniforme, e uma *reforma ordenada* e coerente que produza um sistema harmônico e claro.

Muito distante caminhamos do nosso primordial (e esquecido) ideal positivista, e à certa altura constatamos, consternados e perplexos, que realmente onde não existe ordem não pode haver progresso!

O autor é promotor de justiça em São Paulo, doutorando pela Universidade Complutense de Madri, e pesquisador perante a Universidade de Freiburg, Alemanha.

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: 14.000 exemplares

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

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

LIVROS DOADOS

- **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, Flávia Piovesan, Max Limonad, 1996.
- **Instrumento da Soberania Popular**, Aramis Nassif, Livraria do Advogado, 1996.
- **As Garantias Fundamentais e a Prova (e Outros Temas)**, Antônio Carlos Barandier, Lumen Juris, 1997.
- **Justiça e Progresso**, Antônio de Castro Assumpção, Lumen Juris, 1989.
- **Modelo para Adoção de um Código de Segurança Social em Substituição ao Código Penal**, Antônio de Castro Assumpção, Lumen Juris, 1987.
- **Orações Acadêmicas**, Antônio de Castro Assumpção e Pizarro Drumond, Lumen Juris, 1990.
- **Crescimento Econômico e Inflação Estrutural**, Antônio de Castro Assumpção, Cia. Brasileira de Artes Gráficas, 2ª edição, 1991.
- **Bacharéis, Mestres e Doutores em Direito**, George Fragoso Modesto, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2ª edição, 1996.

BREVE OPINIÃO EM DEFESA DA SÚMULA 174 DO STJ

(Geraldo de Faria Lemos Pinheiro)

Sempre é difícil divergir de eminentes juristas, mesmo quando o assunto é de jurisprudência farta e a doutrina se divide em dois caminhos. De qualquer forma não há como silenciar quando a polêmica se recande e os temas são tratados com respeitáveis argumentos.

Sob o título *Brinquedo não é Arma* (*Boletim IBCCrim* nº 50/01, janeiro de 97), o magistrado **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior** apresentou críticas à Súmula 174 do STJ, apoiado em idéias próprias e em colegas que defendem a tese da inaplicabilidade do aumento da pena quando o agente usa arma de brinquedo para consumir o roubo.

Da nossa parte adotamos os critérios do ilustre ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, inscrevendo-nos como adeptos da Súmula 174, para reconhecer que "no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena" (*Boletim IBCCrim*, nº 50/12).

À procura de reforço de entendimento de obediência à Súmula, fizemos inúmeras indagações a pessoas adultas, de ambos os sexos, a respeito de como se comportariam no caso de serem "ameaçadas" tão-somente com a expressão "isto é um assalto", sem a mostra de qualquer objeto aparentando arma de fogo. As respostas sempre foram de que os entrevistados teriam tempo para raciocinar se reagiriam ou não à "ordem" do delinqüente. Em alguns casos as respostas indicaram que o momento não seria de tal forma apavorante a ponto de uma completa e imediata submissão ao ladrão. No caso de qualquer objeto nas mãos do assaltante, informaram as pessoas que não teriam tranqüilidade para observar se estavam diante de arma de fogo ou arma de brinquedo, hoje em dia perfeitamente igual às modernas armas de guerra.

É fácil verificar, portanto, que a adrenalina é descarregada em alta dose quando a vítima se sente ameaçada tão-só pela visão do objeto, sem cuidar se dele sairá ou não o disparo fatal. Aliás, a ameaça pode ser concretizada com um simples caco de vidro, como tem sucedido ultimamente com menores delinqüentes, operando-se, com o gesto, a violência prevista pelo legislador.

Sendo o roubo um crime contra o patrimônio e também contra a pessoa, bem de ver que a submissão da vítima decorre do pavor imposto pelo objeto exibido e pela ciência de anteriores casos de homicídio diante de simples gesto de perplexidade do agente passivo.

Emílio Mira y Lopes, referindo-se ao medo, como um dos *Quatro Gigantes da Alma* (José Olympio, 1949) menciona que a reação de medo decorre de sinais condicionantes e antecipadores do sofrimento. E afirma: "É assim que se origina, não já o medo ante o dano, mas o medo ante o 'indício' do dano, ou seja, o perigo" (ob. cit., p. 30). É justamente o que acontece com a vítima do ataque. O "indício" do dano (morte) leva ao sucesso da ameaça que, no caso, é mesmo grave.

A jurisprudência nos dá notícia de que a violência contra a "res", para retirá-la do ofendido e não para o constrangimento e coerção deste último, constitui furto. Em verdade casos há que a ameaça pode compor o tipo penal, sem a presença de arma. Mas as circunstâncias estão bem explicadas no rol de julgados transcritos na obra de **Silva Franco et alii** (RT, 5ª ed.). No entanto, para o caso da arma de brinquedo basta que o agente, utilizando qualquer meio, **verdadeiro ou não**, crie no espírito da vítima fundado temor de mal grave, de modo a anular sua capacidade de resistir (TACrim/SP, *Rev.*, BMJ, 84/24). Outro julgado nos ensina que "a dívida do ofendido em identificar a arma com a qual se viu ameaçado — um revólver ou uma garrafa quebrada — não significa que a subtração tivesse ocorrido sem o emprego de violência moral (TACrim/SP, *JUTACRIM* 80/334). Outro mais: "Para caracterizar a grave ameaça não é indispensável que o agente engatilhe a arma ou a aponte para a vítima, bastando que a exhiba" (TACrim/SP, *JUTACRIM* 87/433). E ainda: "A gravidade da ameaça, caracterizadora do roubo, pode se configurar por atos, gestos ou simples palavras, desde que estas manifestações inibam ou impeçam a resistência da vítima no momento da ilicitude penal" (TACrim/SP, *Rev.*, RJD 13/213).

Temos conversado com colegas esclarecidos ou amigos sensatos, os primeiros versados nos atos de criminosos, e que foram vítimas de roubo com exibição de arma. Nenhum deles, pelo que entendi, teve tempo ou cuidou de raciocinar se a arma exibida era de brinquedo ou se tecnicamente poderia disparar. Todos foram unânimes em descrever o terror de que foram possuídos diante da ameaça armada, e se despojaram incontinenti dos bens materiais exigidos pelo delinqüente, criminoso, ladrão, trombadinha, meliante, ou que nome tivesse o agente.

Devo salientar que não sou adepto do movimento da lei e da ordem, ou de qualquer outro movimento pela pena de morte; e nem esqueci a lição de **Luis Jiménez de Asúa** a respeito dessas "matemáticas penales que son máximo instrumento de injusticia" (*La Lei y el Delito*, Ed. Hermes, 2ª ed., p. 492). Estou convencido, no entanto, que no momento atual, de ousadia e violência extremas (sejam elas oriundas de fatores sociais negativos ou qualquer outro fator econômico) o STJ agiu com sabedoria ao ditar a Súmula 174. Estamos com o ilustre ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: "O que interessa não é a arma em si, mas o efeito que produziu no âmbito da vítima, compelindo-a a ceder à exigência do delinqüente" (*Boletim do IBCCrim*, nº 50/12, jan. 1997).

No seu livro *Vítima* (Ed. Universitária de Direito, 1971), **Edgard de Moura Bittencourt** ensina que o roubo é ilícito penal onde o agente conta com a reação da vítima, vencendo-a pela violência (ou pela grave ameaça, acrescentamos).

O ilustre juiz **Cintra Júnior**, já citado, entende que a arma de brinquedo nada acrescenta de significativo. Não denota maior risco à vítima ou periculosidade maior na conduta do agente. Serve apenas para infundir medo à vítima, como é da caracterização da figura básica de roubo, em cujo tipo já está a "grave ameaça". Quanto à afirmação de que o legislador, referindo-se a arma "quis inequivocamente se referir a instrumento dotado de poder vulnerante", devo lembrar o que já disse anteriormente, ou seja, nenhuma vítima ao sofrer a ameaça, com arma de fogo ou de brinquedo, lembrar-se-á de conferir a realidade do poder vulnerante que só a primeira tem.

Como a maioria dos delinqüentes tem inteligência razoável, e às vezes até superior, quando tomarem tento da controvérsia sobre o "brinquedo" e pretendendo fugir da agravante, por certo só usarão arma de brinquedo, pois isto impede que sejam dados como suspeitos e até os livra da contravenção do art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941.

Quem não fica libertado da "violência de folguedo" são as pobres vítimas, em número considerável, como amplamente noticia a imprensa diária.

O autor é desembargador aposentado e colaborador do *Boletim*.

SEMINÁRIO

A Escola de Advocacia Criminal do Estado de São Paulo (EACESP) estará realizando, nos dias 24 a 26 de fevereiro p.f., o seminário

"TEORIA E PRÁTICA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA CRIMINAL"

Maiores informações sobre o seminário podem ser obtidas pelos dos telefones:

(011) 607-6488 e 604-0491
(falar c/dra. Bernadete)

CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO ANOTADO

Parabenizamos os nossos colaboradores e associados, drs. **Geraldo de Faria Lemos Pinheiro** e **Dorival Ribeiro**, pelo lançamento do magnífico

Código Nacional de Trânsito Anotado
(Editora Saraiva, 1ª edição).

Tal obra, enriquecida por citações doutrinárias e jurisprudência recente, é de leitura obrigatória por parte dos operadores do Direito.

A **Biblioteca do IBCCrim** mantém um exemplar para consulta.
Vale a pena conferir!

BREVES NOTAS AO FURTO, ROUBO E RECEPÇÃO NA LEI Nº 9.426/96

(Damásio E. de Jesus)

Furto

“Art. 155.

§ 5º A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.”

1. Origem da Lei nº 9.426/96

A Presidência da República, em julho de 1995, por intermédio da Mensagem nº 784, enviou ao Congresso Nacional Projeto de Lei alterando dispositivos da Parte Especial do Código Penal. A Exposição de Motivos afirmava que o Projeto visava “a combater uma crescente e inquietante forma de criminalidade de nossos dias”, referindo-se ao furto, ao roubo e à recepção de veículos. As alterações, rezava o texto, “criminalizam novas formas de conduta com a inclusão no Código de novas figuras penais, atualizam a redação de determinados tipos e agravam as penas” em certas situações (nº 2), com o que se esperava “dar aos órgãos de persecução penal os instrumentos legais adequados à repressão de uma grave e crescente forma de criminalidade” (nº 12).

2. Nova figura típica de furto qualificado

Não se trata de causa de aumento de pena e sim de forma qualificada, à semelhança das tradicionais figuras do § 4º do art. 155 do CP, uma vez que a norma comina o mínimo e o máximo da pena detentiva.

3. Componentes

A subtração de partes de veículo não qualifica o Delito. O Projeto de Lei nº 73, de 1993, de iniciativa do Presidente da República, que agravava as penas da recepção na hipótese de “veículo motorizado”, estendia a incriminação a seus “componentes” (art. 180, § 1º, I, “d”).

4. Significado da qualificadora “que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”.

Haverá, no mínimo, duas posições:

1ª - qualifica-se o crime quando o objeto material, durante a fase de execução da subtração ou depois da consumação, esteja sendo ou tenha sido conduzido na direção de outro Estado ou para o exterior, não se exigindo que haja transposto os limites estaduais ou nacionais;

2ª - a incidência da circunstância exige que o veículo tenha transposto os limites do Estado ou do território nacional. De acordo com essa orientação, a pena não é agravada se, v.g., o sujeito vem a ser surpreendido, tendo a subtração ocorrido no Estado de São Paulo, nas proximidades da fronteira paulista da divisa com Minas Gerais, para onde se dirigia; ou perto da fronteira brasileira com o Paraguai, para onde pretendia levar o automóvel.

Preferimos a segunda orientação. A presença da qualificadora, de natureza objeti-

va, agrava a pena mesmo depois de consumado o furto, como acontece com algumas circunstâncias que incidem após a realização do crime, como, v.g., a incapacidade para as ocupações habituais na lesão corporal, a duração da privação da liberdade da vítima na extorsão mediante seqüestro, a morte de pessoa depois de consumado o incêndio etc.. Convém observar que não devemos confundir a consumação do furto com a concretização do fim visado pelo agente, i.e., o efetivo transporte do veículo para outro Estado ou para o exterior, que qualifica o crime. Dessa forma, o momento consumativo do delito não está condicionado à consecução da finalidade pretendida: a subtração pode atingir a consumação independentemente da saída do veículo do território de origem. Assim, podem ocorrer duas hipóteses: 1ª - o sujeito consuma o furto durante o transporte do veículo para outro Estado ou para o exterior; 2ª - já ultrapassada a fase da consumação, o automóvel vem a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. A qualificadora incide nos dois casos, desde que o objeto material tenha transposto os limites do Estado de origem ou do território nacional.

5. Concurso do novo tipo (§ 5º) com as tradicionais formas do furto qualificado (§ 4º)

A pena mínima do furto qualificado clássico continua sendo de 2 anos de reclusão (§ 4º). Em face do novo § 5º, impõe-se à subtração de veículo, presente a circunstância modal, a pena mínima de 3 anos de reclusão. Suponha-se que, após subtrair um veículo sem nenhuma qualificadora prevista no § 4º, o agente venha a ser surpreendido transportando-o para outro Estado. A pena mínima é de 3 anos de reclusão (§ 5º). Se, porém, furta um automóvel para ficar nos limites de sua comunidade, incidentes várias qualificadoras do § 4º (exs.: ligação direta, concurso de pessoas, rompimento da porta da garagem e do quebra-vento), a pena mínima abstrata é de 2 anos de reclusão. O segundo delito, de maior gravidade quanto à maneira de execução, é apenas menos severamente. O acréscimo de 1 ano na pena privativa de liberdade resulta da natureza do objeto material e da circunstância do transporte.

6. Pena pecuniária

Ao criar o § 5º, a lei nova esqueceu-se de cominar a pena de multa. E não se diga que a agravamento ocorre somente em relação à reclusão, subsistindo a multa do *caput*. Note-se que a lei não diz que “a pena de reclusão é de três anos” e sim que “a pena é de três anos de reclusão”. Não houve esse esquecimento em outros dispositivos com nova redação (arts. 157, § 3º e 180, *caput* e § 1º). De modo que o crime de furto de veículo automotor não enseja a aplicação de multa. A norma, de conteúdo benéfico, é retroativa em relação aos furtos de veículos, nas condições da nova figura típica, anteriores à vigência da Lei nº 9.426/96.

Roubo

“Art. 157.

§ 2º

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;”

1. Conceito da expressão “que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior”

Vale o que foi dito em relação ao furto qualificado.

2. Concurso de causas de aumento de pena

É tranqüilo o entendimento de que, ocorrendo pluralidade de causas de aumento de pena previstas na Parte Especial, o juiz aplica somente uma, funcionando as demais como circunstâncias agravantes genéricas ou simplesmente judiciais. Ora, o crime de roubo de veículo automotor, geralmente automóvel, ainda que para transporte para outro Estado ou para o exterior, normalmente é cometido com emprego de arma e mediante concurso de pessoas. Diante disso, o novo tipo surtirá pouco efeito prático, uma vez que esse delito, na maioria das vezes, já terá a pena especialmente agravada pela natureza do instrumento utilizado (arma) ou pela forma de execução (concurso de pessoas), atuando a espécie do objeto material (veículo automotor) e o transporte como meras circunstâncias judiciais, uma vez que não estão descritas no art. 61 do CP, sem a importância que a lei lhes pretendeu emprestar.

“V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.”

Restrição da liberdade do sujeito passivo

A lei nova acrescenta ao roubo uma causa de aumento de pena na hipótese de o agente manter “a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade”. Exs.: o assaltante constrange a vítima a retirar dinheiro de várias caixas automáticas de bancos; mantém-na sequestrada por várias horas depois de consumado o roubo com a finalidade de assegurar o proveito do delito. O tipo admitirá várias interpretações, uma vez que a jurisprudência tem entendido haver um só crime quando o seqüestro funciona como meio de execução do roubo, absorvido por este (RT, 637/287), ou quando o agente mantém o sujeito passivo em seu poder contra a ação policial (RT, 640/299). No caso em que a privação da liberdade da vítima ocorre após a subtração, há duas orientações no sentido da pluralidade de crimes: 1ª - existem dois delitos em concurso material (RT, 676/284); 2ª - há concurso formal (RJTTJSP, 78/401). Como a Lei nº 9.426/96 não faz distinção quanto à presença do seqüestro na fase de execução ou após a consumação do roubo, poderá haver caso em que incida só a causa de aumento de pena, quando o correto seria a responsabilidade do agente por dois crimes





em concurso. É a hipótese, v.g., de o sujeito, após a subtração, tendo empregado arma, manter a vítima em seu poder por vários dias. De acordo com a lei nova, literalmente interpretada, a pena mínima é de 5 anos e 4 meses de reclusão, a mesma abstratamente cominada para o roubo com emprego de arma. O seqüestro quase que fica impune, uma vez que funcionará como simples circunstância judicial de exasperação das penas. Realmente, o roubo, em regra, é cometido com emprego de arma e concurso de pessoas, causas de aumento de pena. De modo que a existência de mais uma circunstância, qual seja, o seqüestro da vítima, apresenta-se como mera circunstância judicial (art. 59 do CP), tendo em vista que a privação da liberdade do sujeito passivo não se encontra legalmente prevista como agravante genérica (art. 61). Em suma, a interpretação simplesmente literal do texto conduz, em certos casos, à quase impunidade do seqüestro. Daí entendermos que a nova causa de agravação deve ser aplicada da seguinte maneira:

a) seqüestro cometido como meio de execução do roubo ou contra a ação policial: incide o art. 157, § 2º, V, afastado o concurso de crimes;

b) seqüestro praticado depois da subtração (sem conexão com a execução ou com a ação policial): concurso de crimes.

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:

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

Novos verbos típicos

Na receptação dolosa própria foram introduzidos os verbos “transportar” e “conduzir” (CP, art. 180, **caput**, 1ª parte), mas na dolosa imprópria (2ª parte), permaneceram as condutas tradicionais de adquirir, receber e ocultar. De modo que influir para que terceiro, de boa-fé, transporte ou conduza o objeto material, não está descrito na incriminação.

“§ 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:

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

1. Tipo autônomo

O dispositivo não descreve causa de aumento de pena ou qualificadora. Não adiciona meras circunstâncias. Trata-se de figura típica autônoma: contém seis verbos que não se encontram no **caput**, repete cinco condutas e apresenta dois elementos subjetivos do tipo. Não se cuida de um

simples acréscimo à figura reitora da receptação.

2. Sujeito ativo qualificado

O fato descrito no § 1º só pode ser praticado por autor comerciante ou industrial (crime próprio), observada a norma de extensão do § 2º. Admite, entretanto, participação de terceiro não qualificado.

3. Crime de formulação típica elástica

A utilização do objeto material admite “qualquer forma” de execução, o que estende demasiadamente a incriminação, em prejuízo dos princípios de reserva legal e da segurança jurídica.

4. Conceito das cláusulas “sabe” e “deve saber”

Em face de nossa legislação, entendemos que a elementar “sabe” é indicadora de dolo direto; a “deve saber”, de dolo eventual (**Delmanto e Damásio**). São, na verdade, elementos subjetivos do tipo ligados, respectivamente, ao dolo direto e indireto eventual. A vontade, no “dolo abrangente”, estende-se ao conhecimento pleno ou parcial da situação (certeza e incerteza). Assim, sob o aspecto da exigência de dolo e culpa, o crime de receptação, antes da reforma de 1996, era classificado em três tipos:

1º - doloso, com dolo direto (**caput** do art. 180). O receptor “sabia” que a coisa era produto de crime. Corresponde ao “*a sabiendas*” dos estatutos penais iberoamericanos (“com pleno conhecimento”);

2º - doloso, com dolo eventual (incluía-se na receptação culposa, tendo em vista que inexistia descrição de figura com dolo eventual). Ele “devia saber” que o objeto material advinha de crime. Agia na dúvida, não tendo certeza de que a coisa tinha origem delituosa;

3º - culposo: o agente adquiria ou recebia coisa que, diante de certas circunstâncias, “devia presumir-se obtida por meio criminoso”.

Nesse contexto, em face das novas descrições do crime de receptação na Lei nº 9.426/96, devemos entender que:

1. o “sabe” do **caput** indica dolo direto;

2. o “deve saber” (§ 1º) descreve dolo eventual. 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 a modalidade culposa.

5. Confusão legislativa

O § 1º, com redação da lei nova, pune o comerciante ou industrial que comete receptação, empregando a expressão “que deve saber ser produto de crime”. Como o **caput** prevê o dolo direto (“coisa que sabe ser produto de crime”) e o § 3º descreve a forma culposa, o § 1º só pode tratar do dolo eventual. Se o § 1º definisse modalidade culposa, não teria sentido em face do § 3º. Dessa forma, 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. E se **sabia** (dolo direto)?

Haverá, no mínimo, quatro orientações:

1ª - se o comerciante ou industrial, presentes as elementares do tipo, **sabia** que o objeto material era produto de crime (dolo direto), responde por receptação dolosa própria (**caput** do art. 180), levando-se em conta que o § 1º só prevê o dolo eventual (**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 dolo direto. Assim, o fato não se enquadra no **caput** e nem no § 1º;

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

4ª - o tipo do § 1º deve ser desconsiderado porque ofende o princípio constitucional da proporcionalidade: se aplicado, “sabendo” o comerciante ou industrial que a coisa origina-se de crime (dolo direto; delito mais grave), a pena é de 1 a 4 anos de reclusão (**caput** do art. 180); “devendo saber” (dolo eventual; infração de menor gravidade), de 3 a 8 anos (§ 1º). De modo que, na hipótese, ainda que consciente da origem delituosa do objeto material, responde por receptação dolosa própria (**caput** do art. 180); se **devia saber**, aplica-se a forma culposa (§ 3º).

Estamos meditando a respeito da melhor solução, opinião que manifestaremos em trabalho específico sobre a controvérsia.

“Receptação qualificada

§ 2º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.”

“Nomen juris” incorreto

A lei atribui ao parágrafo a denominação “receptação qualificada”. Ocorre que o dispositivo contém uma norma de ampliação. Além disso, o crime de receptação, mesmo com a nova redação, não possui nenhum tipo qualificado. O § 1º, a que se refere o § 2º, não define figura típica qualificada. Trata-se de um tipo independente: contém verbos que não estão previstos no **caput**, repete outros e descreve elementos subjetivos do tipo.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E "ENCONTRO FORTUITO" DE OUTROS FATOS*

(Luiz Flávio Gomes)

Da decisão judicial que determina a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos, ambos previstos no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96: **a)** descrição com clareza da situação objeto da investigação; **b)** indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos). Fala-se em parte objetiva (fática) e subjetiva da medida cautelar. A lei, com inteira razão, preocupou-se com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa a ser investigada. Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da "situação objeto da investigação". Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. Estamos diante do que a doutrina denomina de "encontro fortuito" ("*hallazgos fortuitos*") ou "*descubrimientos casuales*"⁽¹⁾ ou "*descubrimientos accidentales*" ou, como se diz na Alemanha, "*Zufallsfunden*". **Damásio E. de Jesus** ainda menciona: "*conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido*"⁽²⁾.

Em princípio, o que se espera é a "identidade" ("congruência") entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo efetivamente investigados. Na eventualidade de que haja discordância (com desvio, portanto, do princípio da identidade ou da congruência), impõe-se a imediata comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que se delibere a respeito⁽³⁾.

A questão central do "encontro fortuito" versa sobre a validade da prova, é dizer, o meio probatório conquistado com a interceptação telefônica vale também para os fatos ou pessoas encontradas fortuitamente?

No direito alemão (StPO, parágrafo 100), consoante jurisprudência pacífica do Tribunal Supremo (BGH)⁽⁴⁾, a prova assim alcançada tem valor jurídico, desde que o fato encontrado fortuitamente tenha conexão com algum dos crimes que autorizam a interceptação telefônica. Não é preciso que haja conexão com o crime investigado, senão com algum dos crimes constantes do rol previsto no citado dispositivo legal. Essa solução é muito criticada pela sua amplitude, havendo incontáveis propostas de restrição. No direito italiano admite-se, censuravelmente, qualquer encontro fortuito, desde que o fato descoberto tenha conexão com algum crime cuja prisão seja obrigatória.

No direito espanhol não existe uma doutrina incontroversamente formada a respeito do assunto. O que se sugere, e isso também é válido para nosso direito, é o seguinte⁽⁵⁾: é fundamental o "critério da conexão", mas impõe-se delimitar o grau de conexão necessário para que a prova seja admitida como válida; de outro lado, é de relevância

impar a motivação (fundamentação) da decisão autorizadora da medida, porque nela deve vir descrita a situação objeto da investigação, assim como o sujeito passivo. Duas circunstâncias marcam o "encontro fortuito": **a)** que ele aconteça por uma razão técnica (na hora da execução da interceptação, não há condições técnicas de distinguir "*a priori*" o que versa sobre o objeto da investigação e o que lhe é distinto); **b)** que ele se concretize sem autorização judicial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, justamente por tratar-se de restrição a direito fundamental. É válida a prova se se descobre "fato delitivo conexo com o investigado"⁽⁶⁾, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se de prova nula⁽⁷⁾. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma "*notitia criminis*". Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente.

O "critério da conexão" é perfeitamente válido em nosso "*ius positum*". Aliás, em virtude das peculiaridades de nosso direito, urge falar-se em conexão ou continência. Tudo porque nosso Código de Processo Penal faz essa distinção, nos artigos 76 e 77. Se o fato objeto do "encontro fortuito" é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita interceptação (art. 2º, inc. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar ("enervar") o princípio da presunção de inocência.

De outro lado, não vale a interceptação telefônica como meio probatório: **a)** seja em relação ao encontro de fato não conexo; **b)** seja quanto a fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado⁽⁸⁾. A terceira pessoa pode ser tanto quem se comunicou com o investigado quanto quem utilizou a linha telefônica, embora não fosse o investigado. Esse encontro fortuito vale como uma "*notitia criminis*". É inadmissível como meio probatório, por se tratar de prova ilícita. Providências novas e independentes, em consequência, podem (muitas vezes devem) ser tomadas. É fundamental que o juiz seja de imediato cientificado. E se for o caso de abertura de uma nova investigação, urge a

formulação do pedido respectivo, para que o juiz possa aferir sua competência, proporcionalidade, pertinência de uma nova interceptação telefônica etc. Se se trata de crime permanente, pode haver prisão em flagrante. Não se trata de prova ilícita ou prova ilícita derivada. De se observar que a origem da descoberta (fortuita) está dentro de uma interceptação lícita. Por isso, o encontro fortuito vale como uma legítima "*notitia criminis*".

Na doutrina nacional, neste assunto, já se entrevê divergência: **Damásio E. de Jesus** entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese⁽⁹⁾. **Vicente Greco Filho** adota o critério da conexão, continência e concurso de crimes⁽¹⁰⁾. Como vimos, cremos que o critério da conexão seja válido para resolver a questão. Mas só nas hipóteses de conexão e continência (espiritualmente interpretadas) é que a prova seria válida. No nosso entendimento, não parece acertada a ampliação para qualquer hipótese de concurso de crimes. Em muitas ocasiões, no concurso material, por exemplo, não contaremos com nenhum tipo de conexão.

O critério da conexão ou continência, como se vê, por si só, é adequado para a solução do problema do encontro fortuito. Não é de se cogitar, portanto, de extensão ou ratificação "*a posteriori*" pelo juiz. Isso não existe no nosso direito, que adotou o critério da verificação "*a priori*".

O autor é juiz de direito em São Paulo, mestre em Direito Penal pela USP e diretor de relações internacionais do IBCCrim.

- (1) V. **Tomás López Fragoso**, "*Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*", em *Derechos y Libertades, Revista do Instituto Batolomé de las Casas*, ano 1, out/93 a mar/94, nº 2, Universidade Carlos III, Madri, p. 82.
- (2) "*Interceptação de comunicações telefônicas*", (artigo ainda inédito), p. 7.
- (3) Assim: **Antonio Pablo Rives Seva**, "*La prueba*", *Revista Actualidad*, p. 557.
- (4) Sobre o que segue, seja quanto ao direito alemão, seja quanto ao direito italiano, seja enfim quanto ao direito espanhol, v. **López Fragoso**, "*Los descubrimientos casuales*", cit. p. 83 e ss.
- (5) V. **López Fragoso**, "*Los descubrimientos casuales*", cit., p. 85 e ss.
- (6) V. **Jaime Vegas Torres**, *Presuncio de inocencia*, Madri, p. 393.
- (7) V. **Alfonso Serrano Maíllo**, "*Valor de las escuchas*", *RBCCrim* nº 15, p. 19.
- (8) V. **Vicente Greco Filho**, *Interceptação Telefônica*, Saraiva, 1996, p. 22.
- (9) V. *Interceptação de Comunicações Telefônicas*, cit., p. 7.
- (10) V. *Interceptação Telefônica*, cit., p. 19 e ss.

*Artigo extraído do livro "*Direito à Intimidade e Interceptação Telefônica*", que será publicado pela Editora Revista dos Tribunais.

DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.271/96 AOS PROCESSOS PENDENTES

(Ubiratan Cazetta)

A Lei nº 9.271/96, inserida num contexto de atualização das normas processuais penais, atendendo às ponderações doutrinárias de **João Mendes de Almeida Júnior** e **José Frederico Marques**⁽¹⁾, acabou por abolir do sistema processual brasileiro "a figura da revelia decorrente da citação editalícia, desde que o acusado não venha a constituir defensor nos autos, permanecendo entretanto essa sanção processual decorrente da contumácia, para os demais casos disciplinados na lei instrumental"⁽²⁾.

Já se sustentou, com acerto, que a inovação teve por objetivo "contribuir para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa no processo penal, e evitar o desgaste natural dos operadores do Direito em certos processos, cujos resultados práticos (imposição da sanção penal) não eram alcançados, à vista da contumácia do acusado, sem prejuízo da contribuição para uma apuração mais eficaz das infrações relacionadas à criminalidade organizada"⁽³⁾.

Assim, ao tempo em que excluiu a revelia decorrente da citação ficta, cuidou o legislador, ainda, de sustar a fluência do prazo prescricional, impedindo que o fortalecimento da garantia ao contraditório se convertesse em meio de subtração à aplicação da regra penal.

Todavia, se é fato que "a lei processual penal não é retroativa, pois não está regulando o fato criminoso anterior a ela, regido pelos princípios de aplicação da lei penal, mas os atos processuais a partir do momento em que ela passa a vigor"⁽⁴⁾, forçoso será, também, reconhecer que a suspensão do prazo prescricional apresenta-se como prejudicial ao réu, uma vez que altera a disciplina aplicável a uma das causas extintivas de punibilidade, sendo, por isso, verdadeira *lex gravior*, cuja incidência aos fatos típicos cometidos antes de 17 de junho de 1996 afronta o disposto no artigo 5º, XL, da Lei Fundamental da República.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade⁽⁵⁾ de assentar que:

"Irretroatividade absoluta da lex gravior - Vedação incidente sobre normas penais de caráter material.

- A cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Carta Política — que consagra o princípio da **irretroatividade da lex gravior** — incide, no âmbito de sua aplicabilidade, **unicamente**, sobre as normas de direito penal **material**, que, no plano da tipificação, **ou** no da definição das penas aplicáveis, **ou** no da disciplina do seu modo de execução, **ou**, ainda, **no do reconhecimento das causas extintivas de punibilidade**, **agravem** a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado. **Doutrina**" (negrito no original - itálico nosso).

Sem corroborar as duras críticas formuladas por **Alberto Silva Franco**⁽⁶⁾, é inegável reconhecer "o relacionamento existente entre o direito penal e o processo penal. Há entre um e outro uma verdadeira relação de

mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou implicação biunívoca: o processo penal — tal como qualquer processo — pressupõe o direito penal, e o direito penal — diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório — só se concretiza através do processo. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal" (**Taipa de Carvalho, Sucessão das Leis Penais**, p. 212, 1990)⁽⁷⁾.

A complementariedade apontada por **Taipa de Carvalho**, quando aliada ao princípio da indisponibilidade da ação (que retira do Ministério Público o "poder de dispor do conteúdo material do processo"⁽⁸⁾), impede que se aceite a cisão do conteúdo da Lei nº 9.271/96 para permitir a imediata aplicação da parcela processual da norma, resguardando-se a sua parte material para os fatos típicos ocorridos a partir do término da *vacatio legis* prevista no artigo 2º da própria Lei.

Esta técnica de aplicação da lei, pretensamente escudada no direito intertemporal, além de ofender a lógica interna da regra jurídica posta, acarretaria a possibilidade de o Ministério Público, expandindo a mitigação do princípio da obrigatoriedade prevista no inciso I do artigo 98 da Carta Política⁽⁹⁾, deixar prescrever inúmeras ações penais já em andamento.

Ora, se o sentido teleológico da regra está centrado no binômio "efetividade do resultado do processo — fortalecimento do contraditório", cogitar-se da suspensão do feito, sem a consequente suspensão do curso do prazo prescricional, privilegiaria o réu em detrimento do Estado, contrariando o que pretendeu não o legislador e, sim, a norma.

As novas disposições do Estatuto de Rito⁽¹⁰⁾, na estrutura preconizada pela Lei nº 9.271/96, compõem um todo harmônico, constituído tanto por regras de direito penal (suspensão da prescrição), quanto de direito processual penal (suspensão do processo), e não podem ser separadas em partes autônomas sem prejuízo de sua organicidade⁽¹¹⁾.

Este, aliás, o posicionamento de **Damásio E. de Jesus**, entendendo que "não se aplica a Lei nº 9.271/96 aos processos penais cujas infrações foram praticadas antes de 17 de junho de 1996 por ser prejudicial ao réu. A Lei não pode, pois, ter efeito retroativo, quer em sua parte processual (suspensão do processo), quer em sua porção de direito material (suspensão do prazo prescricional)"⁽¹²⁾. **Antonio Scarance Fernandes**, por sua vez, embora inclinado a entender ser a nova regra mais benéfica ao réu (por evitar a prolação de um decreto condenatório e os efeitos da reincidência), concorda que "não se pode cindir a Lei, que contém normas interdependentes"⁽¹³⁾.

Em suma, ao contrário do que afirma **Eduardo Araújo da Silva** ao concluir sua

manifestação⁽¹⁴⁾, acarretando a Lei nº 9.271/96, na parte em que alterou a redação dos artigos 366 e 368 do Código de Processo Penal, prejuízo ao réu e não sendo possível a divisão da norma para sua aplicação parcial, impõe-se a conclusão de que o novo dispositivo **somente poderá ser aplicado aos fatos típicos ocorridos a partir do dia 17 de junho de 1996 (inclusive)**, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

O autor é procurador da República e professor de Direito Processual Penal na Universidade Luterana do Brasil, Campus de Santarém, PA.

(1) **Araújo da Silva, Eduardo**, *Da irretroatividade da suspensão do processo (Lei nº 9.271/96)*, in **Boletim IBCCrim** nº 47/04, outubro/96.

(2) **Araújo da Silva, Eduardo**, *op. cit.*

(3) **Araújo da Silva, Eduardo**, *op. cit.*

(4) **Mirabete, Júlio Fabbrini**, *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª edição, Atlas, São Paulo, 1995, pp. 31/32.

(5) Decisão proferida pela Primeira Turma nos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 177.313-8/MG, relator o min. **Celso de Mello**, **DJU** 13.09.96, ementário 1841-03.

(6) **Silva Franco, Alberto** e outros, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª edição, RT, São Paulo, 1995, pp. 59/60.

(7) **Silva Franco, Alberto**, *op. cit.*, p. 60.

(8) **Tourinho Filho, Fernando da Costa**, *Processo Penal*, vol. 1, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, p. 45.

(9) Sobre o tema, abordando os estreitos limites da mitigação do princípio da obrigatoriedade, vide **Mirabete, Julio Fabbrini**, *Processo Penal*, 4ª edição, Atlas, São Paulo, 1995, p. 47; **Mazzilli, Hugo Nigro**, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, São Paulo, 1989; **Marrey, Luiz Antonio Guimarães**, em parecer publicado no **Boletim Informativo 02/1996** do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais do MPSP, pp. 54/61.

(10) Em especial os novos artigos 366 e 368.

(11) Necessário, então, escorado na lição precisa do min. **Marco Aurélio**, afastar "a mais não poder", "soluções que, embora práticas, resultem no desprezo à organicidade do Direito" (RE 168301-5-PR, **DJU** 27.09.96, p. 36.163).

(12) Conforme noticiado no Aviso nº 311/96-PGJ do Ministério Público do Estado de São Paulo, publicado no DOE/SP de 10.07.96, p. 24, retratando as conclusões decorrentes do Painel "A Revelia no Processo Penal - Lei nº 9.271/96", realizado no dia 1º de julho deste ano, no Auditório da Escola Paulista do Ministério Público, com a participação de **Damásio E. de Jesus** e **Antonio Scarance Fernandes**.

(13) Extraído do Aviso nº 311/96-PGJ, já referido.

(14) **Araújo da Silva, Eduardo**, *op. cit.*

CRIMES TRIBUTÁRIOS E CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE

(Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara)

A vigência da Lei nº 8.137/90 trouxe consigo, entre outras questões, a relativa à oportunidade para a apuração dos crimes tributários. Três são, basicamente, as posições: a primeira (preponderante na jurisprudência) no sentido de que a instauração do inquérito policial, ou mesmo da ação penal, **independe** da conclusão do procedimento administrativo fiscal, já que as instâncias penal e administrativa são independentes; a segunda, no sentido de que a conclusão do procedimento fiscal impede a instauração de inquérito ou mesmo ação penal, pois não se pode dizer que houve ofensa ao bem jurídico tutelado (sobre o tema, entre outros trabalhos, consulte-se "*O término do procedimento administrativo como pressuposto da ação penal nos crimes tributários*", de **Rosier Custódio** e **Janaina Paschoal**, no **Boletim** nº 45/10 do **IBCCrim**); por fim, neste mesmo **Boletim** (nº 50/06), **Eduardo Reale Ferrari** preconizou que a existência da pendência administrativa deva ser considerada como "*questão prejudicial heterogênea do procedimento criminal-fiscal*", de modo a se permitir a suspensão do prazo prescricional enquanto, paralisada a ação penal, discute-se no âmbito administrativo a existência da dívida fiscal.

Em que pese a riqueza das discussões, a promulgação da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (**DOU** 30.12.96), não deixa margem à

dúvidas. Agora em face da clareza da regra estampada no art. 83 "*a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente*".

Portanto, estamos diante, novamente, de uma condição de procedibilidade para a apuração dos delitos tributários. Sim, pois como advertia o saudoso professor **Manoel Pedro Pimentel** ao comentar a Lei nº 4.357/64, "*estabelece o § 3º deste art. 11 que a ação penal nas hipóteses focalizadas, está condicionada à representação da Procuradoria da República*" (**Direito Penal Econômico**, São Paulo, ed. RT, 1973, p. 232).

De saída, cumpre indagar se a impossibilidade legal de se representar ao Ministério Público impediria a polícia de proceder a investigações no bojo de inquérito. A resposta há de vir no sentido afirmativo. Afinal, se o inquérito é procedimento preparatório da ação penal, não se pode desencadear aquele enquanto não estiverem dadas todas as condições de procedibilidade daquela. Seria o mesmo que se admitir a investigação criminal em casos onde não haja representação da vítima. Ademais, na sistemática vigente dentro do Estado de São Paulo, a

Procuradoria da Fazenda não se reporta diretamente à Polícia, mas sim ao Ministério Público. Inerte este, não pode aquela agir.

Uma segunda questão é a de saber o que fazer em relação aos inquéritos ou ações penais em andamento. Quanto a estas é manifesto que não podem prosseguir, pois lhes faltará "*condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*" (art. 43, III do CPP) e, assim, remediável a coação ilegal pela via do *habeas-corpus* (art. 648, I e VI do CPP). Quanto aos procedimentos apuratórios, devem ser sobrestados até que sobrevenha a condição legal exigida pela lei para a intervenção do sistema penal.

O novo diploma nos deu mais uma demonstração da "*timidez do legislador quando se trata de fraude fiscal*", como advertiu o pranteado professor **Helene Cláudio Fragoso**, lembrado por **Manoel Pedro Pimentel** (ob. cit., p. 232), pois o ideal seria a solução preconizada por **Eduardo Ferrari**, quando subordina a paralisação da ação penal à suspensão do fluxo prescricional a fim de impedir a impunidade.

Os autores são advogados em São Paulo, membros da Comissão de Prerrogativas da OAB/SP; o primeiro é mestre em Direito Penal pela USP, professor de Direito Penal da PUC/SP e ex-presidente do IBCCrim.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR: INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.299/96

(Antonio Cerqueira)

Como é de conhecimento público, a Comissão Parlamentar de Inquérito encarregada de investigar homicídios cometidos contra crianças e adolescentes, principalmente no Rio de Janeiro e São Paulo, e, sob a influência de alguns parlamentares destas capitais, já há algum tempo têm combatido a existência da Justiça Militar.

Invocam, sobretudo, a crescente incidência de crimes praticados por policiais militares contra civis no exercício de função de policiamento. Tal fato, sem que sejam apresentados embasamentos estatísticos alguns, seria decorrência "da crença da impunidade oriunda da sujeição desses infratores ao foro especial militar".

Sem embargo da extremada má-fé que tal justificativa encerra, por isso que irrogada de forma generalizada, se fez editar a recente Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996, originada do Projeto de Lei nº 2.801, de 1992, de autoria da referida Comissão Parlamentar de Inquérito.

O mencionado Projeto de Lei não deveria sequer merecer acolhida em face às suas gritantes imperfeições redacionais. Todavia, inexplicavelmente, o Poder Executivo não o vetou, tendo afinal, sido "abortada" a Lei nº 9.299/96 que, entre outras heresias jurídicas, num flagrante desrespeito à Constituição Federal, no seu artigo 1º, parágrafo único remete à Justiça Comum a competência para processar e julgar crimes de natureza militar, *verbis*:

Art. 1º. O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 9º
II -
c) omissis
....."

f) omissis

.....
Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum."

Convém, que digamos: somos pessoalmente favoráveis a que os crimes dolosos contra a vida, bem assim os de lesões corporais dolosas, tendo como vítimas civis, sejam processados e julgados pela Justiça Comum. Estamos disso convencidos porque entendemos que, nesses casos, não há violação ao princípio segundo o qual, "o homem deve ser julgado por seus pares". Ora, o militar aprende, durante toda a vida na caserna, que deve honrar e dignificar a instituição a que pertence mediante o respeito às leis, às pessoas e aos direitos fundamentais do ser humano. Quando, dolosamente, pratica uma dessas condutas, ele despreza esses valores próprios de um militar, nivelando-se ao indivíduo comum. Assim, como indivíduo comum, deve ser processado e julgado. O foro militar deve ser reservado para aqueles que, sem se afastarem desses valores, mas, na condição de seres falíveis, como soe ocorrer com o homem, cometam certas condutas que à luz da lei, são antijurídicas.

O que não podemos admitir, contudo, é que se atropela a Constituição Federal. E esta, no seu artigo 124, não deixa qualquer dúvida: **competem à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei**. A lei referida, enquanto outra não existir, é o Código Penal Militar. O artigo 9º do CPM diz quando o crime é de natureza militar. Para que o crime venha a ser da competência da Justiça Comum, antes deverá perder a natureza militar. A Lei nº 9.299/96 não

afastou a natureza militar dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civis. Tal imperfeição configura vício constitucional insanável.

É bem verdade que a própria Constituição Federal permite à lei ordinária a conceituação de crime militar. Teria sido suficiente, portanto, que o legislador tivesse, pura e simplesmente, excluído do conceito de crime militar os delitos dolosos contra a vida praticados por militar contra civil. Automaticamente, deixando de ser crimes de natureza militar, passariam à competência da Justiça Comum, eis que à Justiça Militar só compete processar e julgar crimes militares.

A viciação da Lei nº 9.299/96 é irreversível, e qualquer técnica de hermenêutica que se empregue objetivando aproveitá-la será espúria, eis que inconstitucional.

Sumarizando: lei inconstitucional deve ser desprezada. Não se aplica. Desse princípio podem decorrer três situações:

a) os delitos de natureza militar, enquanto não for editada nova lei, qualquer que seja o sujeito passivo, continuam da competência da Justiça Militar;

b) os feitos já em andamento não devem ser remetidos à Justiça Comum;

c) os feitos já remetidos à Justiça Comum em obediência à Lei nº 9.299/96, devem ser devolvidos à Justiça Militar, com fundamento nos artigos 5º, LIII, e 124, da Constituição Federal.

O autor é promotor de Justiça Militar Federal e professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor), CE.

PARA QUE SERVE MESMO A JUSTIÇA CRIMINAL?

(João Lopes Guimarães Júnior)

Penalistas e processualistas gastam tinta e papel comentando diversos aspectos de nossa legislação repressiva: tal dispositivo é constitucional? Aquele outro retroage? Qual recurso cabe daquela decisão?

Não se discute que trazem importante contribuição para o enriquecimento da doutrina pátria. Novos e valiosos subsídios surgem para orientar a aplicação da lei penal e processual penal.

Conta o Brasil, felizmente, com brilhantes e eruditos cultores do direito positivo.

A discussão crítica sobre a atuação da Justiça Criminal, no entanto, é menos frequente, e até rara, se considerarmos sua importância. O requinte de um debate contrasta, tristemente, com a aridez do outro.

É preciso questionar, de forma mais assídua e abrangente, o papel que a repressão criminal deve desempenhar na sociedade brasileira. Afinal de contas, do ponto de vista político e social, para que serve a ação

penal? As penas aplicadas vêm cumprindo suas finalidades? Como fazer da Justiça Criminal um meio eficaz de aperfeiçoamento social?

Essas e outras tantas perguntas raramente são debatidas por nossos penalistas e processualistas, que em geral contentam-se apenas em aperfeiçoar a lógica jurídica do sistema penal e processual penal.

É preciso considerar que a Justiça Criminal não se constrói apenas com argumentos técnico-jurídicos. Sem um enfoque político-social crítico, o trabalho do operador do Direito corre o risco de perder o sentido.

Os juristas não podem fugir de uma abordagem instrumentalista da ação penal. É importante discuti-la como um instrumento para a aplicação da lei, numa perspectiva de pacificação social e de aperfeiçoamento da sociedade, com vistas a reprimir condutas que se mostrem nocivas aos valores mais caros para os cidadãos.

Assim como a elaboração da lei exige uma preocupação com a realidade social que ela busca aperfeiçoar, é preciso considerar que sua aplicação não demanda preocupação menor.

Os profissionais do Direito devem ver no *ius puniendi* uma oportunidade de aperfeiçoamento da sociedade brasileira através da repressão de condutas que, por razões de ordem sócio-políticas, sejam consideradas nocivas ao bem comum. A falta dessa perspectiva enseja o risco de transformar os processos judiciais em simples equações, matemáticas e cartesianas, divorciados da realidade e alheios a qualquer objetivo.

Ou será que a Justiça Criminal serve apenas como ganha-pão de advogados, juizes e promotores, e para prender os pobres, que insistem em atentar contra nosso estimado patrimônio?

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

A LEI Nº 9.099/95 E OS SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO JÚRI

(Rui Ribeiro de Magalhães)

A Lei nº 9.099/95, em que pese tratar somente das chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, acabou refletindo profundamente nas normas de direito processual penal, criando situações novas, não previstas em lei, obrigando ao magistrado inovar na solução dos problemas, na medida em que eles forem surgindo.

No afã de simplificar e agilizar a solução de pequenas infrações penais, não se deu conta o legislador das implicações dessa lei no processo penal destinado a apurar infrações que, originariamente, nela não se enquadram.

Vejamos o seguinte exemplo: suponhamos que um réu primário, agindo com manifesto *animus necandi*, desfira um tiro contra a cabeça de alguém. Por circunstâncias alheias à sua vontade, o projétil atinge a vítima de raspão, produzindo-lhe lesões corporais leves.

Submetido o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, decide o Conselho de Sentença desclassificar a imputação inicial para o delito de lesões corporais leves. Diante dessa situação, como deve agir o juiz presidente?

A nova definição jurídica dada ao libelo crime acusatório pelo Conselho de Sentença, antes do advento da Lei nº 9.099/95, não oferecia maiores dificuldades, porquanto abdicando o colegiado de sua competência original, esta era transferida ao juízo monocrático, que prolataria a sentença de acordo com aquela decisão e amparado no artigo 492, § 2º, do Código de Processo Penal.

Mas, à luz do novo diploma legal, a questão ganhou contornos complexos, não previstos em lei, e que estão a exigir uma reflexão mais apurada sobre o procedimento a ser adotado, e isso porque a Lei nº 9.099/95, em casos dessa natureza, passou a exigir a representação da vítima como condição de procedibilidade, além de alterar o procedi-

mento para apurar essas infrações, introduzindo a novidade da transação penal, de onde se conclui que o juiz presidente não poderá decidir sem antes cumprir os novos imperativos processuais.

Como se vê, uma questão anteriormente de fácil solução, tornou-se complexa em razão do advento de uma nova ordem legal, criada para simplificar e agilizar as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Poder-se-ia argumentar que, diante dessa situação, o juiz presidente dissolveria o Conselho de Sentença, e mandaria abrir vista dos autos ao Ministério Público, para adaptar o procedimento em razão daquela soberana decisão. Aquele órgão requereria a intimação da vítima para representar e, em seguida, faria a proposta de transação penal, prosseguindo-se de acordo com o que determina a Lei nº 9.099/95.

A solução não é tão simples quanto parece, implicando em alguns óbices imediatos. Com efeito, os casos de dissolução do Conselho de Sentença, à evidência, não contemplam essa novidade e, em todos eles, não há o encerramento do julgamento, mas tão-somente a sua postergação à uma nova data, resolvida a questão que determinou a dissolução. Portanto, a dissolução para que o Ministério Público fizesse a adaptação processual, implicaria na insolução do processo por crime de tentativa de homicídio, o qual deve terminar, obrigatoriamente, com a prolação de uma sentença em plenário e na presença do réu.

A adaptação, por sua vez, não poderia ocorrer nos mesmos autos do processo por crime de tentativa de homicídio, pois este foi regularmente distribuído e dele há registros franqueados ao conhecimento público, o que contraria os termos da Lei nº 9.099/95. Por

outro lado, os processos abrangidos por essa lei não se iniciam por denúncia, mas sim por termo circunstanciado de polícia judiciária. Tudo sem se falar que no futuro poderão ser criados juízos com competência exclusiva para conhecer essas questões.

A solução que se mostra mais adequada, implica, necessariamente, na prolação de uma sentença em plenário, onde se reconheça a inexistência do crime de tentativa de homicídio, por força da desclassificação para o delito de lesões corporais leves, seguindo-se a extração de peças processuais e o seu envio à autoridade policial para a feitura do termo circunstanciado.

Destaque-se que essa conduta altera a natureza jurídica daquela decisão, que deixa de ter o caráter de definitiva passando a ser uma interlocutória mista, na medida em que ela encerra tão-somente uma fase processual, por ausência de condição de procedibilidade, sem decidir, obviamente, o mérito da questão.

Saliente-se que, nem mesmo a eventual criação no futuro dos Juizados Especiais Criminais solucionaria o problema, posto que o juiz presidente, caso se declarasse incompetente, teria de enviar os autos do processo ao juízo competente, a menos que a esse processo pudesse ser dado o caráter, para efeitos processuais, de termo circunstanciado, cancelando-se a sua distribuição original.

Nesse mesmo diapasão, enquadra-se a nova definição jurídica da denúncia, quando implicar em desclassificação para delito considerado de menor potencial ofensivo.

O autor é juiz de direito em Araraquara, SP.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

COMO FORMA DESPENALIZADORA DO DIREITO PENAL.

PENAS ALTERNATIVAS: CESTAS BÁSICAS - EXPERIÊNCIA PIONEIRA

(José Carlos de Oliveira Robaldo)

Hoje, às vésperas do terceiro milênio, muito se fala e muito se escreve sobre as chamadas penas alternativas e, conseqüentemente, sobre a despenalização do direito penal. Num ponto, conquanto as diferenças de enfoques, todos são concordes, as penas privativas de liberdades ao contrário do que se imaginou, não trouxeram e não trarão os resultados desejados quer na contenção das condutas delituosas, quer na ressocialização ou recuperação dos delinqüentes e não bastasse, o custo da sua execução é altíssimo para o erário público, eis que consoante as estatísticas divulgadas, o preso no Brasil tem um custo médio mensal de três salários mínimos e meio. Daí, a necessidade de se buscar novas alternativas às penas privativas de liberdades.

O constituinte de 1988, sensível a esta problemática, no art. 98, I, da Carta Magna, criou os Juizados Especiais Criminais para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, onde se estabeleceu a figura da **transação**, quebrando com isso vários tabus, como por exemplo, a rigidez dos princípios da obrigatoriedade do processo penal, da indisponibilidade (neste ponto discorda **Afrânio Silva Jardim**, in *Boletim IBCCrim* nº 48/04, nov/96) do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa etc..

Ocorre que inobstante a previsão constitucional, os Estados da Federação, à exceção do Estado de Mato Grosso do Sul e posteriormente, seguido pelos Estados de Mato Grosso e Paraíba, não implantaram os Juizados nos seus respectivos territórios, porque entendiam ser necessário uma lei federal que estabelecesse os princípios básicos dessa nova sistemática, em especial, que definisse o conceito de infrações de menor potencial ofensivo.

O Estado de Mato Grosso do Sul, numa atitude ousada no bom sentido, no dizer de **Luiz Flávio Gomes** (*Folha de S. Paulo*, 02.10.94) aliás, um dos maiores divulgadores do nosso sistema, não só em suas obras, artigos e entrevistas, como também em suas palestras e debates, através da Lei nº 1.071/90, criou os Juizados Cíveis e Criminais, inicialmente, com funcionamento nas Comarcas de Campo Grande e Dourados e posteriormente, a partir de meados de 1993, estendeu-se a todas as suas Comarcas.

A grande e surpreendente novidade, diria a grande vedete, foi sem dúvida, o **instituto da transação**. Para os conservadores: negociar com delinqüente! É um absurdo! Isto é um afronto, um desrespeito ao Direito Penal. Bandido tem que ir para a cadeia! Enfim, as reações foram as mais diversas.

Agora a vedete das vedetes, foi mesmo a implantação, em algumas Comarcas, das chamadas cestas básicas, conseqüências da transação, como **pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade**, com grande alcance social.

Aí é que os reacionários do Direito Penal não se conformaram. Onde se viu! Barganhar com bandido! Receber alimentos, remédios, cadeira de rodas, etc., de criminoso! Isso é um absurdo. Bandido tem que ir para a cadeia. Esqueciam estes e aliás, muitos deles ainda não se deram conta de que os autores de infrações pequenas, mesmo na sistemática anterior, não iam para a cadeia. A maioria dos delinqüentes desta categoria, como se diz no jargão popular, é absolvido com *sursis*. Ou seja, a punição se exauria no faz de conta. A polícia finge que apura as infrações. O Ministério Público finge que processa o infrator. O juiz finge que pune. O delinqüente finge que cumpre a pena. A sociedade, que aliás paga caro por isto tudo, finge que acredita.

De fato, com a adoção das cestas básicas na maioria das Comarcas como forma de prestação de serviços à comunidade, a Justiça Criminal vem prestando relevantes serviços à sociedade. Na medida em que se dá alimentos, remédios, material de limpeza, colchões, cadeiras de roda, etc., os necessitados estão, sem dúvida, atribuindo ao Direito Penal uma função social importantíssima.

Hoje, em Mato Grosso do Sul, em várias Comarcas, com essa modalidade de pena alternativa, está-se atendendo às necessidades, em grande parte, de várias entidades filantrópicas, caritativas e assistenciais, graças à nova sistemática implantada pelos Juizados Criminais. Medidas, aliás, de cunho social inquestionável e de fácil executividade. Diria sem nenhum custo para o erário público. Não é fantástico? Assim mesmo há veemente contestação e até mesmo forte rejeição por vários operadores do direito e esta modalidade de prestação de serviço à comunidade. Experiência esta, atualmente, adotada em vários Estados da Federação.

Como sabemos todos, em 1995 surgiu a lei federal (Lei nº 9.099/95) que a maioria dos Estados da Federação aguardava. Enfim, foi definido o conceito de infrações de menor potencial ofensivo e traçadas as regras básicas dos Juizados.

Esta lei (9.099/95), em confronto com a Lei estadual nº 1.071/90 (lei de Mato Grosso do Sul), teve alguns avanços em determinados pontos e retrocessos noutros. Aliás, mais retrocesso. O avanço mais significativo foi a possibilidade da transação antes mesmo da instauração do processo (art. 76). Também de relevante importância, o surgimento dos institutos da composição civil e da representação nas lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88). Como retrocesso, dentre outros, poderia citar a restrição da competência. A lei estadual atingia também o homicídio culposo, o uso de entorpecentes, os crimes contra a honra, o que não ocorre na lei nova. A lei estadual permitia a transação até mesmo após a produção da prova, tal não é previsto pela lei federal. A lei estadual per-

mite, ao reincidente, a possibilidade de transação quanto à espécie de pena (restritiva de direitos ou multa, no lugar da privativa de liberdade), a lei federal não traz esta opção. A lei estadual estabeleceu a possibilidade da reabertura do processo em caso de descumprimento da transação. A lei federal é omissa.

O Estado de Mato Grosso do Sul novamente saiu na frente. Em 17.07.96, através da Lei (estadual) nº 1.690/96, adaptou a Lei (estadual) nº 1.071/90 à sistemática da Lei nº 9.099/95, porém, com novidades. Manteve a possibilidade da transação para o reincidente, limitando a uma única vez dentro do prazo de cinco anos e em troca, não se aplica pena privativa de liberdade (art. 93). Manteve a possibilidade da transação mesmo após a produção da prova (art. 94) e manteve também, a possibilidade da reabertura do processo ou do feito, em caso de descumprimento da transação (art. 92, § 2º).

Enfim, temia-se que a adaptação se desse através de resolução ou outro meio que não a lei, e tal felizmente não ocorreu. A verdade é que essa nova concepção de justiça penal consensual vem sendo aplicada neste Estado desde o final do ano de 1990, com excelentes resultados. Os reflexos, quer na atividade policial, quer na forense, são altamente positivos. Na polícia porque com a extinção do inquérito policial em relação às infrações menores, desburocratizou sensivelmente suas atividades, oportunizando melhores condições e maior tempo para a apuração das infrações maiores. Ao Judiciário e ao Ministério Público, igualmente, proporcionou-lhes mais tempo para dedicarem-se aos feitos envolvendo delitos mais graves.

A verdade é que todos ganharam com a nova sistemática, inclusive a vítima que no direito tradicional nunca mereceu qualquer atenção. Hoje, a vítima ganhou destaque importantíssimo. A sociedade de modo geral, ganhou.

Não se nega que o sistema implantado, conquanto seus méritos nesta nova concepção jurídico-penal, tem suas falhas e que por certo, serão corrigidas quer pelos operadores do direito, quer à nível de mudanças legislativas.

Implantou-se sem dúvida, um novo sistema com boas perspectivas para o presente e para o futuro. As cestas básicas, como forma de pena alternativa, aplicada com critério, têm grande importância dentro desse contexto. Todavia, não devemos nos esquecer de que o futuro desse sistema, dependerá em muito, dos seus operadores. Não podemos transformá-lo numa fonte de impunidade, sob pena de desmoralizá-lo por completo e tendo que nos curvamos e dizer amém aos seus críticos.

O autor é procurador de justiça no Mato Grosso do Sul e professor de Direito Penal nas Faculdades de Direito Socigran (Dourados, MS) e Unaes (Campo Grande, MS).

O EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS

(Marco Antonio Dacorso)

Toma vultu, nas páginas dos jornais seculares e principalmente em publicações jurídicas, discussões acerca do "efeito vinculante" das súmulas sobre as decisões das instâncias inferiores, que poderá consolidar-se com a reforma constitucional.

Os defensores do efeito vinculativo das súmulas vêm nesta mudança um meio de "desafogar" o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, atolado em recursos de despechos inexpressivamente idênticos e, destarte, menos operante em sua principal função: o controle da constitucionalidade das leis.

Entretanto, se por um lado o efeito vinculante poderá ser um agilizador da Justiça, por outro, além de restringir a autonomia do juiz em julgar a causa conforme sua visão sócio-jurídica, impedirá a oxigenação da própria jurisprudência, porquanto cerceia, em muitos casos, o duplo grau de jurisdição, devido à aplicação imediata do direito su-

mular. Assim, também a exteriorização da renovação do entendimento dos tribunais — que se renova à medida da alteração de seus próprios membros e das constantes mudanças por que passa a sociedade — ficará obstruída pelo prévio paradigma sumular.

Ademais, outro impasse: a se admitir o efeito vinculante das súmulas, compactua-se com a elaboração de normas por outro órgão que não o legisferante. Tal aberração tornar-se-á mais saliente se porventura, o direito sumular se insurgir contra a lei, havendo, efetivamente, a revogação da lei por uma súmula, o que parece de todo inviável em um Estado regrado na tripartição do Poder, por representar a superposição ou conflito de atribuições entre o Legislativo e o Judiciário.

E ainda, mais sério, o efeito vinculante não se alteia como única medida a esvaziar a autoridade e autonomia das instâncias inferiores, porquanto ciclicamente surgem

propostas no mesmo sentido, como o retorno do antidemocrático instituto da advocatária, nefasto por "*suprimir a discussão de causas importantes do conhecimento das demais instâncias judiciais*", levando-as diretamente, pela avocação, ao STF (**Antonio Sydnei de Oliveira Júnior**, em texto publicado pelo jornal *Folha de S. Paulo*, em 20.10.91).

Portanto, a necessidade imperiosa de racionalizar a prestação jurisdicional clama por outras formas de solução que não maculem a autonomia de qualquer órgão jurisdicional, como o incentivo à utilização de instrumentos processuais para a tutela de direitos coletivos e difusos, que diminuirão o número de ações ajuizadas, e a reformulação da competência do STJ e do STF.

O autor é acadêmico de Direito na Universidade de Taubaté/SP

"ROUBO MEDIANTE SEQÜESTRO": CONCURSO DE INFRAÇÕES OU CRIME QUALIFICADO?

(Eduardo Araújo da Silva)

A figura do chamado "roubo mediante seqüestro" sempre foi alvo de divergências na jurisprudência, podendo ser identificadas duas correntes distintas sobre a interpretação da matéria: uma no sentido de que se tratam de infrações autônomas, ensejando a punição em concurso formal ou material (*RJTJSP* 96/475, 78/372 e 76/309), e outra que entende ser o seqüestro crime-meio, restando absorvido pelo roubo (*RJTJSP* 95/456, 84/378 e 44/388).

Todavia, com a edição da Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, introduzindo como causa de aumento da pena do crime de roubo, o fato de o autor "manter a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade", em sendo o seqüestro considerado como delito implicitamente subsidiário da infração patrimonial, como entende parte da jurisprudência, implicará a caracterização da figura qualificada, com acréscimo na pena do autor do fato.

Para os partidários da segunda corrente pretoriana, que vislumbra a desnecessidade de a vítima ser privada de sua liberdade de locomoção, para possibilitar a subtração do bem, ante a redação do art. 157 do Código Penal, que somente faz referência à grave ameaça ou violência, nada impede que os crimes de roubo e seqüestro continuem sendo considerados como figuras delituosas autônomas, em concurso formal ou material.

Nesse sentido, de rigor salientar inicialmente, que privação de liberdade (art. 148 do CP) não se confunde com restrição desse direito (art. 157, § 2º, inc. V do CP). A primeira hipótese ocorre quando o autor despoja alguém por completo de sua liberdade de locomoção, de forma duradoura, enquanto no segundo caso, apenas limita a vítima desse direito, de maneira momentânea.

Além dessa proposital divergência dos verbos empregados, com significados bem distintos, é certo que o legislador não adotou

o delito de seqüestro como elementar do crime de roubo, pois nesse caso certamente teria consagrado a expressão "roubo mediante seqüestro", como ocorre em relação ao crime de "extorsão mediante seqüestro" (art. 159 do Código Penal).

Essa postura do legislador penal, portanto, deixa transparecer nitidamente que a privação da liberdade, delito autônomo de seqüestro, foi considerada conduta mais grave que a simples restrição desse direito, agora erigida a causa de aumento da pena, para fins de subtração patrimonial. Na prática, contudo, caberá à jurisprudência dirimir quando se trata de privação ou de restrição da liberdade.

Em decorrência do desenvolvimento da vida moderna, o denominado "roubo mediante seqüestro" tem se verificado com frequência nas subtrações de automóveis, quando a vítima é levada subjugada pelo autor do crime no interior do veículo subtraído, e nos roubos de cargas de veículos de empresas transportadoras, em que geralmente o motorista e seus ajudantes são constrangidos a permanecer em outro veículo ou local, até a carga ser descarregada.

Nesses casos, além da intenção do autor do crime, afigura-se conveniente considerar também o lapso temporal em que a vítima permaneceu sob o domínio do autor. Assim, se é levada por alguns minutos, percorrendo o veículo automotor poucas quadras, com a finalidade de que não venha a imediatamente comunicar a subtração à polícia, foi restringida momentaneamente de sua liberdade de locomoção, enquadrando-se a conduta na descrição do roubo qualificado.

Diversa é a hipótese, todavia, se permaneceu por razoável período de tempo no interior do auto, ultrapassando divisas municipais, de modo a permitir a segura recepção do bem, ou dos empregados das empresas transportadoras, que em regra permane-

cem subjugados por horas em outro veículo ou local estranho, até que a carga subtraída tenha destino seguro. Nessas hipóteses, há privação de liberdade e conseqüentemente dois crimes autônomos.

Em síntese, não afastando a nova qualificadora do crime de roubo, a possibilidade de o seqüestro ser considerado crime autônomo, em concurso com o delito patrimonial, será tarefa da jurisprudência buscar quando a vítima suporta privação de sua liberdade, ou quando somente suporta restrição desse direito, atentando para tanto às circunstâncias de cada caso concreto.

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

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.
- Curso Forensis
- Curso M.P.M.
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá
- 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

CULPABILIDADE E PERICULOSIDADE

(Silvio Artur Dias da Silva)

Dizia, há exatos quarenta anos, **Nélson Hungria**, que “a pena continua tendo como fundamento a culpabilidade (que pressupõe a responsabilidade psíquica ou capacidade de direito penal), enquanto a medida de segurança assenta, exclusivamente, na periculosidade (estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade), que, em princípio, nada tem a ver com a culpabilidade (ou com sua pré-condição de capacidade jurídico-penal)” (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1956, pp. 7/8 — os destaques estão no original).

A vetusta e sábia lição daquele que foi cognominado o “príncipe dos penalistas brasileiros” parece que, a título de combater a criminalidade patrimonial violenta que assola a sociedade atualmente, vem sendo esquecida (talvez propositalmente). Vê-se em muitos acórdãos e sentenças, quando se trata de condenação pelo crime de roubo com causa de aumento de pena (erroneamente chamado de roubo qualificado), especialmente quando a causa de aumento é pelo emprego de arma (que raramente se exige seja verdadeira ou que tenha efetivo poder vulnerante), que, ao se determinar o regime inicial de cumprimento da pena, fixa-se sempre o fechado, utilizando-se a periculosidade como fundamento dessa escolha.

Fundamentar a escolha do regime inicial de cumprimento de pena com base na periculosidade é uma atitude que afronta a própria legislação, além de estar desconforme com o modelo atual de Direito Penal (“da culpa”). Quando ainda existia no Direito Penal brasileiro o duplo binário — que permitia, além da pena, a imposição de medida de segurança ao imputável, como, por

exemplo, na hipótese de reincidência em crime doloso — justificava-se alguma confusão; mas após a reforma penal de 1984, quando se adotou o sistema vicariante (pena ou medida), nada justifica a confusão.

Aplicar a lei penal de forma equivocada, fundamentando erroneamente uma decisão que importa em maior gravame ao acusado, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito: valham as palavras de **Francisco de Assis Toledo** escritas há mais de uma década e que, com algumas modificações, cabem precisamente aqui: “*Não se deve esquecer, já o dissemos, que pretender-se combater a criminalidade contemporânea com a edição de leis novas mais severas equivale a desconsiderar ou desconhecer o estágio atual das investigações criminológicas segundo as quais o fenômeno do crime é efeito de muitas causas, pelo que não se deixa vencer por armas exclusivamente jurídico-penais*” (*Princípios Básicos de Direito Penal*, nota à 3ª edição, p. IX, 5ª edição, 1995). Não só leis: decisões também.

A referência à periculosidade (vocábulo de que **Aníbal Bruno** tinha aversão) é ilegal, além de ser desnecessária, pois para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade leva-se em conta, como claramente expõe a lei penal, não só a quantidade de pena, como, e principalmente, as mesmas valorações que são utilizadas para a fixação da pena base.

O autor é procurador do Estado e professor de Direito Penal na PUCCamp.

aplicar anúncio na gráfica

○ EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS

(Marco Antonio Dacorso)

Toma vulto, nas páginas dos jornais seculares e principalmente em publicações jurídicas, discussões acerca do "efeito vinculante" das súmulas sobre as decisões das instâncias inferiores, que poderá consolidar-se com a reforma constitucional.

Os defensores do efeito vinculativo das súmulas vêem nesta mudança um meio de "desafogar" o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, atolado em recursos de desfechos inexoravelmente idênticos e, destarte, menos operante em sua principal função: o controle da constitucionalidade das leis.

Entretanto, se por um lado o efeito vinculante poderá ser um agilizador da Justiça, por outro, além de restringir a autonomia do juiz em julgar a causa conforme sua visão sócio-jurídica, impedirá a oxigenação da própria jurisprudência, porquanto cerceia, em muitos casos, o duplo grau de jurisdição, devido à aplicação imediata do direito su-

mular. Assim, também a exteriorização da renovação do entendimento dos tribunais — que se renova à medida da alteração de seus próprios membros e das constantes mudanças por que passa a sociedade — ficará obstruída pelo prévio paradigma sumular.

Ademais, outro impasse: a se admitir o efeito vinculante das súmulas, compactua-se com a elaboração de normas por outro órgão que não o legisferante. Tal aberração tornar-se-á mais saliente se porventura, o direito sumular se insurgir contra a lei, havendo, efetivamente, a revogação da lei por uma súmula, o que parece de todo inviável em um Estado regrado na tripartição do Poder, por representar a superposição ou conflito de atribuições entre o Legislativo e o Judiciário.

E ainda, mais sério, o efeito vinculante não se alteia como única medida a esvaziar a autoridade e autonomia das instâncias inferiores, porquanto ciclicamente surgem pro-

postas no mesmo sentido, como o retorno do antidemocrático instituto da advocatária, nefasto por "*suprimir a discussão de causas importantes do conhecimento das demais instâncias judiciais*", levando-as diretamente, pela avocação, ao STF (**Antonio Sydney de Oliveira Júnior**, em texto publicado pelo jornal *Folha de S. Paulo*, em 20.10.91).

Portanto, a necessidade imperiosa de racionalizar a prestação jurisdicional clama por outras formas de solução que não maculem a autonomia de qualquer órgão jurisdicional, como o incentivo à utilização de instrumentos processuais para a tutela de direitos coletivos e difusos, que diminuirão o número de ações ajuizadas, e a reformulação da competência do STJ e do STF.

○ autor é associado do **IBCCrim**
e acadêmico de Direito na
Universidade de Taubaté/SP

DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.271/96 AOS PROCESSOS PENDENTES

(Ubiratan Cazetta)

A Lei nº 9.271/96, inserida num contexto de atualização das normas processuais penais, atendendo às ponderações doutrinárias de **João Mendes de Almeida Júnior** e **José Frederico Marques**⁽¹⁾, acabou por abolir do sistema processual brasileiro "a figura da revelia decorrente da citação editalícia, desde que o acusado não venha a constituir defensor nos autos, permanecendo entretanto essa sanção processual decorrente da contumácia, para os demais casos disciplinados na lei instrumental"⁽²⁾.

Já se sustentou, com acerto, que a inovação teve por objetivo "contribuir para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa no processo penal, e evitar o desgaste natural dos operadores do Direito em certos processos, cujos resultados práticos (imposição da sanção penal) não eram alcançados, à vista da contumácia do acusado, sem prejuízo da contribuição para uma apuração mais eficaz das infrações relacionadas à criminalidade organizada"⁽³⁾.

Assim, ao tempo em que excluiu a revelia decorrente da citação ficta, cuidou o legislador, ainda, de sustar a fluência do prazo prescricional, impedindo que o fortalecimento da garantia ao contraditório se convertesse em meio de subtração à aplicação da regra penal.

Todavia, se é fato que "a lei processual penal não é retroativa, pois não está regulando o fato criminoso anterior a ela, regido pelos princípios de aplicação da lei penal, mas os atos processuais a partir do momento em que ela passa a vigor"⁽⁴⁾, forçoso será, também, reconhecer que a suspensão do prazo prescricional apresenta-se como prejudicial ao réu, uma vez que altera a disciplina aplicável a uma das causas extintivas de punibilidade, sendo, por isso, verdadeira *lex gravior*, cuja incidência aos fatos típicos cometidos antes de 17 de junho de 1996 afronta o disposto no artigo 5º, XL, da Lei Fundamental da República.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade⁽⁵⁾ de assentar que:

"Irretroatividade absoluta da lex gravior - Vedação incidente sobre normas penais de caráter material.

- A cláusula constitucional inscrita no art. 5º, XL, da Carta Política — que consagra o princípio da **irretroatividade** da **lex gravior** — incide, no âmbito de sua aplicabilidade, **unicamente**, sobre as normas de direito penal **material**, que, no plano da tipificação, **ou** no da definição das penas aplicáveis, **ou** no da disciplinação do seu modo de execução, **ou**, ainda, **no do reconhecimento das causas extintivas de punibilidade**, **agravem** a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado. **Doutrina**" (negrito no original - itálico nosso).

Sem corroborar as duras críticas formuladas por **Alberto Silva Franco**⁽⁶⁾, é inegável reconhecer "o relacionamento existente entre o direito penal e o processo penal. Há

entre um e outro 'uma verdadeira relação de mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou implicação biunívoca: o processo penal — tal como qualquer processo — pressupõe o direito penal, e o direito penal — diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório — só se concretiza através do processo. O processo penal é, em rigor, o modus existendi do direito penal' (**Taipa de Carvalho, Sucessão das Leis Penais**, p. 212, 1990)⁽⁷⁾."

A complementariedade apontada por **Taipa de Carvalho**, quando aliada ao princípio da indisponibilidade da ação (que retira do Ministério Público o "poder de dispor do conteúdo material do processo"⁽⁸⁾), impede que se aceite a cisão do conteúdo da Lei nº 9.271/96 para permitir a imediata aplicação da parcela processual da norma, resguardando-se a sua parte material para os fatos típicos ocorridos a partir do término da *vacatio legis* prevista no artigo 2º da própria Lei.

Esta técnica de aplicação da lei, pretensamente escudada no direito intertemporal, além de ofender a lógica interna da regra jurídica posta, acarretaria a possibilidade de o Ministério Público, expandindo a mitigação do princípio da obrigatoriedade prevista no inciso I do artigo 98 da Carta Política⁽⁹⁾, deixar prescrever inúmeras ações penais já em andamento.

Ora, se o sentido teleológico da regra está centrado no binômio "efetividade do resultado do processo — fortalecimento do contraditório", cogitar-se da suspensão do feito, sem a conseqüente suspensão do curso do prazo prescricional, privilegiaria o réu em detrimento do Estado, contrariando o que pretendeu não o legislador e, sim, a norma.

As novas disposições do Estatuto de Rito⁽¹⁰⁾, na estrutura preconizada pela Lei nº 9.271/96, compõem um todo harmônico, constituído tanto por regras de direito penal (suspensão da prescrição), quanto de direito processual penal (suspensão do processo), e não podem ser separadas em partes autônomas sem prejuízo de sua organicidade⁽¹¹⁾.

Este, aliás, o posicionamento de **Damásio E. de Jesus**, entendendo que "não se aplica a Lei nº 9.271/96 aos processos penais cujas infrações foram praticadas antes de 17 de junho de 1996 por ser prejudicial ao réu. A Lei não pode, pois, ter efeito retroativo, quer em sua parte processual (suspensão do processo), quer em sua porção de direito material (suspensão do prazo prescricional)"⁽¹²⁾. **Antonio Scarance Fernandes**, por sua vez, embora inclinado a entender ser a nova regra mais benéfica ao réu (por evitar a prolação de um decreto condenatório e os efeitos da reincidência), concorda que "não se pode cindir a Lei, que contém normas interdependentes"⁽¹³⁾.

Em suma, ao contrário do que afirma **Eduardo Araújo da Silva** ao concluir sua

manifestação⁽¹⁴⁾, acarretando a Lei nº 9.271/96, na parte em que alterou a redação dos artigos 366 e 368 do Código de Processo Penal, prejuízo ao réu e não sendo possível a divisão da norma para sua aplicação parcial, impõe-se a conclusão de que o novo dispositivo **somente poderá ser aplicado aos fatos típicos ocorridos a partir do dia 17 de junho de 1996 (inclusive)**, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

O autor é procurador da República e professor de Direito Processual Penal na Universidade Luterana do Brasil, Campus de Santarém, PA.

(1) **Eduardo Araújo da Silva**, *Da irretroatividade da suspensão do processo* (Lei nº 9.271/96), in *Boletim IBCCrim*, outubro/96, p. 4.

(2) **Eduardo Araújo da Silva**, *op. cit.*

(3) **Eduardo Araújo da Silva**, *op. cit.*

(4) **Júlio Fabbrini Mirabete**, *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª edição, Atlas, São Paulo, 1995, pp. 31/32.

(5) Decisão proferida pela Primeira Turma nos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 177.313-8-MG, relator o min. **Celso de Mello**, DJU 13.09.96, ementário 1841-03.

(6) **Alberto Silva Franco**, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, **Alberto Silva Franco et al**, 5ª edição, RT, São Paulo, 1995, pp. 59/60.

(7) **Alberto Silva Franco**, *op. cit.*, p. 60.

(8) **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *Processo Penal*, vol. 1, 17ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, p. 45.

(9) Sobre o tema, abordando os estreitos limites da mitigação do princípio da obrigatoriedade, vide **Julio Fabbrini Mirabete**, *Processo Penal*, 4ª edição, Atlas, São Paulo, 1995, p. 47; **Hugo Nigro Mazzilli**, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, São Paulo, 1989; **Luiz Antonio Guimarães Marrey**, em parecer publicado no *Boletim Informativo 02/1996* do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais do MPSP, pp. 54/61.

(10) Em especial os novos artigos 366 e 368.

(11) Necessário, então, escorado na lição precisa do min. **Marco Aurélio**, afastar "a mais não poder", "soluções que, embora práticas, resultem no desprezo à organicidade do Direito" (RE 168301-5-PR, DJU 27.09.96, p. 36.163).

(12) Conforme noticiado no Aviso nº 311/96-PGJ do Ministério Público do Estado de São Paulo, publicado no *DOE/SP* de 10.07.96, p. 24, retratando as conclusões decorrentes do Painel "A Revelia no Processo Penal - Lei nº 9.271/96", realizado no dia 1º de julho deste ano, no Auditório da Escola Paulista do Ministério Público, com a participação de **Damásio E. de Jesus** e **Antonio Scarance Fernandes**.

(13) Extraído do Aviso nº 311/96-PGJ, já referido.

(14) **Eduardo Araújo da Silva**, *op. cit.*