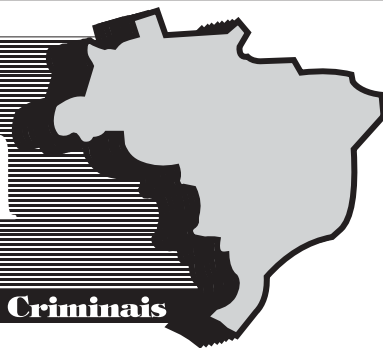




BRINQUEDO NÃO É ARMA (CRÍTICAS À SÚMULA 174 DO STJ)

(Dyrceu guiar Dias Cintra Junior)

De longa data se discute, na jurisprudência, se o emprego de arma de brinquedo — melhor seria dizer brinquedo com forma de arma — configura a causa de aumento da pena do roubo contida no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal.

Na RBCCrim nº 2, publicada no segundo trimestre de 1993, **Luiz Carlos Betanho**, defendendo a tese de que a disposição contém uma circunstância objetiva e não subjetiva, louvava o então recente acórdão do STF, relatado pelo ministro **Sepúlveda Pertence** (HC 69.515-9, publicado no DJU de 12.03.93), tido como

inaugurador de uma vertente contrária àquela que vinha sendo adotada pela Corte Suprema, de que o emprego de arma de brinquedo configurava o roubo qualificado.

Infelizmente, a jurisprudência que dava ouvidos à doutrina não se disseminou nas cortes superiores e, agora, é do Superior Tribunal de Justiça que vem a Súmula 174: *"No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."*

Uma primeira crítica se impõe: se o objeto utilizado no assalto não é arma, mas uma imitação, um brinquedo, sem possibi-

lidade de causar lesão, nada acrescenta à conduta 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".

Ao falar em arma, como causa de aumento da pena do roubo, o legislador quis inequivocamente se referir a instrumento dotado de poder vulnerante. Admitir-se a extensão do conceito, como quer a recente súmula, significa valorar o mesmo fato — estado anímico da vítima — duas vezes na aplicação da pena. Como expresso em acórdão relatado pelo desembargador **Silva Franco**, quando juiz do TACrim, *"o que, na realidade, se leva em conta para efeito de agravar a pena não é a intimidação sofrida pela vítima com a exibição da arma, mas o próprio meio utilizado enquanto instrumento ofensivo idôneo a causar perigo ou lesionar a pessoa contra a qual foi empregado"* (JUTACRIM 76/42).

Mas não é só.

Quando juízes tomam o objeto "brinquedo" e a ele chamam "arma", para adequarem determinada conduta a um enunciado legal que contém esta palavra, é o próprio princípio da legalidade que está sendo desprezado. Cai por terra a função garantidora do tipo. E aqui nem se trata de expressão ambígua ou de redação genérica tão em voga nas leis penais dos últimos tempos, de modo a que os juízes pudessem dar ao texto o alcance que lhes parecesse desejável, perigosamente (cf. **Silva Franco**, *O princípio da legalidade*, in **Temas de Direito Penal**, Saraiva, 1986; **Marcio Sotelo Felipe**, *Linguagem e Tipicidade*, in **RBCCrim** nº 4).

A palavra "arma" só tem um significado. E ela não quer dizer "brinquedo".

Razão tem o desembargador **Ranulfo de Mello Freire** que, com sabedoria mineira, já tem dito: *"Arma não é brinquedo; brinquedo não é arma."*

Estamos enviando, ainda neste mês, a todos os nossos associados — sem nenhum custo adicional — o ÍNDICE GERAL de artigos, jurisprudências e autores, englobando todas as publicações de fevereiro de 1993 a janeiro de 1997 (Boletins nºs 01 a 50). Tal providência, que se repetirá a cada ano, visa facilitar a pesquisa e a consulta dos associados às nossas publicações.

EDITORIAL

FAQUIR

(Sérgio Salomão Shecaira)

Os mais velhos, por certo, vão se lembrar dos faquires. Tive contato com eles uma única vez, na realidade duas. Fui fazer uma consulta médica no centro de São Paulo e lá estava ele, sozinho, dentro da jaula, vigiado por aquilo que modernamente chamaríamos de "auditor independente". Largo do Paissandu, ao lado de um ponto de ônibus. Cerca de 15 dias depois eu passava novamente pelo mesmo lugar; ia pegar os óculos e levar ao médico para ver se estava de acordo com sua prescrição. Novamente o faquir, alguns quilos mais magro, pálido, forçando sorrisos esqueléticos e ensaiando acenos. Estava no mesmo canto da jaula, tirara a túnica que envolvia seu tronco, deixando entrever suas costelas salientes... foi a primeira vez que me impressionei com a fome.

Nos dias que correm não há mais "artistas da fome", como previra **Kafka**. Os jogadores de hoje já não podem dizer que desdenham alimento por não encontrarem aquele que lhes apeteça, nem se pode afirmar que constituam atrativo ao público. Ao contrário. Aumentaram em número e "ganham" sua liberdade. Ao fazerem parte — mesmo a contragosto — de nossa rotina, a fome, para todos, vulgarizou-se. Já não nos impressiona mais. É pena. As

pessoas deveriam continuar a indignar-se com ela.

Não só.

Também com os problemas dos presos. Mas muitos acreditam, ainda, que em um país em que chefes de família catam lixo para viver, morando sem mínimas condições em favelas, onde crianças ficam expostas ao sol, frio e chuva, vendendo quinquinhas para sobreviver, não se deveria dar a presos aquilo que homens livres não conseguem com o trabalho honesto. Dessa forma, em nome dos direitos dos "livres" — que não são atendidos — muitos acreditam que o preso tem até mais do que deveria. E, assim, não se resolvem os problemas de uns nem de outros. E vamos dormir em paz, pois não somos miseráveis, muito menos presidiários.

Como são as prisões no Brasil? Segundo o censo penitenciário de 1994, há 124.403 homens e 4.766 mulheres presos, ocupando 54.954 vagas, o que significa 2,15 presos por vaga. No Estado de São Paulo, onde se encontra mais de um terço da população carcerária do País, em novembro de 1995, cada preso ocupava o correspondente a menos de um metro quadrado. Nessa época, em Barueri, município da Grande São Paulo, para 24 vagas havia 130 presos. Em alguns lugares, há tantos presos que se espalham pelo chão das celas não podem ficar lado a lado. Muitos deles chegam a se amarrar às grades para dormir à noite. São os chamados presos "morcegos". Com esse quadro, agravado por um atendimento médico inadequado (80% dos presos têm o bacilo de tuberculose e 1/6 são HIV soro-

positivos), pela falta de perspectiva de trabalho e de atendimento social, e por um péssimo atendimento jurídico (o governo de São Paulo, por exemplo, não só não fez concurso para novos defensores e procuradores do Estado, como demitiu mais de 70 advogados que prestavam serviços em presídios através da Funap), a situação nos presídios brasileiros pode ser considerada crítica. Homens e mulheres são tratados como animais e não é de se surpreender que alguns reajam como tal.

Todos esses problemas precisam ser enfrentados. E quem dá o maior passo nesse sentido é a Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros — CNBB — ao estabelecer que em 1997 a Campanha da Fraternidade terá o tema "Cristo liberta de todas as prisões". As campanhas que no passado mencionaram a fome, a falta de trabalho, a injustiça, a ausência de saúde, hoje voltam seus olhos para aqueles que concentram todas essas mazelas: os presos. O livro básico da CNBB foi lançado em ato público na OAB/SP. O IBCCrim fez-se representar por seu ex-presidente, **Alberto Zacharias Toron**, que salientou ser impossível dissociar os problemas dos presos dos fatores sociais que ensejaram uma sociedade violenta, que descuidava de suas crianças, que desatende a educação e a saúde, potencializando os excluídos.

O IBCCrim pretende indignar-se, mais que isso, buscar soluções, pois a indiferença é uma prisão que nos condena a todos.

O autor é presidente do IBCCrim.

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 Batista Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Revisor Geral: Luiz Carlos Betanho

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

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 12.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP -

Tels. (011) 607-6743,
605-6482 e 605-4607

<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>

NOTAS

ASSOCIAÇÃO DOS
DELEGADOS
ASSINA BOLETIM

É com imensa satisfação que comunicamos que a Associação dos Delegados do Estado de São Paulo (ADPESP) passa, a exemplo de outras associações brasileiras, a receber nosso **Boletim**.

Nossas boas-vindas aos colegas delegados que certamente colaborarão para o aprimoramento das discussões acerca das ciências criminais em nosso País.

DIRETORIA DO
INSTITUTO FIRMA
CONVÊNIOS
NO CEARÁ

A Diretoria do IBCCrim esteve em diversas cidades do Nordeste e manteve contato com associações de classe e profissionais da área jurídica com a finalidade de alargar as relações do Instituto na região.

No Estado do Ceará, particularmente, estão sendo firmados convênios com as associações da Magistratura, do Ministério Público e com a Ordem dos Advogados.

HABEAS-CORPUS PROCESSUAL

(José Barcelos de Souza)

O instituto do *habeas-corpus* tem passado entre nós, ao longo de sua história, por notável evolução, com avanços realmente espetaculares, e, curiosamente, quase sempre por criação doutrinária, por construção pretoriana e pela força de praxe forense.

Em verdade, a mais significativa contribuição legislativa data ainda de pouco depois de sua introdução em nosso direito, com a lei que veio a admitir a impetração preventiva.

Ainda no passado, alcançara essa garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, como o de fazer comícios, tomar posse em cargo público (o senador **Nilo Peçanha**, recorde-se, só tomou posse na presidência por força de um HC), promover culto religioso, etc., até que, com a reforma constitucional de 1926 (reforma **Artur Bernardes**), retomou o *habeas-corpus* seus moldes clássicos de remédio de proteção da liberdade de locomoção *exclusivamente*.

Aquela concepção elástica do instituto foi construída porque não existia na época o mandado de segurança, e, falando o texto da Constituição de 1891 indeterminadamente em violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem referir-se especificamente à liberdade de locomoção, favorecia-se o entendimento, sustentado por **Rui Barbosa** e acolhido pelo Supremo Tribunal Federal com os temperamentos e argumentos do ministro **Pedro Lessa**, de que o âmbito do remédio comportava ampliação.

Surgiu, assim, a chamada “teoria brasileira do *habeas-corpus*”, no dizer de **Castro Nunes** “o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária” (*Do Mandado de Segurança*, 4ª ed., p. 19).

Modernamente, agora na área do direito processual penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica teoria brasileira do *habeas-corpus*.

Refiro-me a um outro lado do *habeas-corpus*, à sua outra face, não a seu sentido constitucional de “ação pela qual se reivindica a liberdade de locomoção”, como o definiu **João de Oliveira Filho** no seu *Código de Processo Penal de Minas Gerais*, em 1927, mas à sua face de remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode aí ser perfeitamente utilizado ainda que o réu não se ache preso nem concretamente ameaçado de prisão.

Trata-se do *habeas-corpus* processual, como o tenho denominado, inspirado no citado **João de Oliveira Filho**, que sempre empregava em sua citada obra a expressão “*habeas-corpus* constitucional”.

Se o Código de Processo Penal, art. 648, considera ilegal a coação remediável por *habeas-corpus*, dentre outras hipóteses “quando o processo” (veja-se bem, “o processo”) “for manifestamente nulo” e quando

“não houver justa causa”, torna-se evidente que o processo manifestamente nulo ou sem justa causa constitui em si mesmo uma coação ilegal para fins de *habeas-corpus*.

E ao equiparar, também, à coação ilegal o processo manifestamente nulo, o código o torna meio idôneo para corrigir ilegalidades no processo.

Remédio contra a ilegalidade no processo penal sim, mas bem entendido: ilegalidade contra o réu, dada sua índole de remédio referente à liberdade. Como bem se expressou o saudoso desembargador mineiro **Lima Torres**, ao negar o pedido para o pretendido fim de que fosse decretada uma prisão ilegalmente recusada, “o *habeas-corpus* serve para tirar alguém da cadeia, e não para pôr na cadeia”.

Não se questiona hoje, com efeito, seu uso diretamente para trancar processo a que falte justa causa. E também para conjurar decisão lesiva do direito de defesa. Mesmo, repito (pois para o estudante costuma ser mais familiar o *habeas-corpus* constitucional), que o réu não se ache preso nem concretamente ameaçado de prisão.

Foi o que proclamou o Supremo Tribunal Federal pelo sucinto e expressivo voto do min. **Luiz Gallotti**, em 18 de abril de 1969, ao reformar acórdão de tribunal estadual que não conheceu do pedido exatamente porque o réu não se achava preso nem na iminência de prisão, vale dizer, porque não estava em causa a liberdade de locomoção (*Jurisprudência Mineira*, v. 44, p. 687).

Eis a ementa do acórdão:

“Cabe o *habeas-corpus* e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do réu.”

E frisou o douto relator:

“Tenho votado e, o que mais importa, tem decidido o Supremo Tribunal, que o âmbito do *habeas-corpus* não se confina nos limites em que o entende a respeitável decisão recorrida.”

O *habeas-corpus* constitucional é que protege exclusivamente a liberdade de locomoção, e por isso mesmo assistiu razão ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao cassar a ordem concedida por juiz de direito para a proteção do direito profissional de advogados de examinar autos de inquérito em delegacias de polícia (*Revista dos Tribunais*, v. 421, p. 53). O remédio adequado no caso era realmente o mandado de segurança.

No processo penal o *habeas-corpus* assume, porém, o papel de um notável recurso. Algumas vezes supre a falta de um recurso próprio, como no caso de despacho de recebimento de denúncia ou queixa inepta; outras vezes, mesmo comportando a decisão recurso propriamente dito, serve como outra opção, visto que, em princípio, e em que pese a uma ou outra manifestação jurisprudencial em contrário, a existência de um recurso não exclui a possibilidade da impetração e da concessão de *habeas-corpus*, se for caso dele. Assim, por exemplo, o recurso em sentido estrito cabível da decisão que

negar fiança está praticamente em desuso diante da opção do *habeas-corpus*, que não pode ser recusada pelos tribunais, visto que está escrito com todas as letras no art. 648, inc. V, que a coação considerar-se-á ilegal “quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autorize”. O que muito o distingue da generalidade dos recursos é exatamente a maior rapidez. Por isso mesmo, costuma ser usado em substituição ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária substitutiva, que entrou para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura.

Até mesmo a apelação não impede o uso até simultâneo do *habeas-corpus*, muitas vezes também apropriado, como quando manifesta a nulidade, por incompetência absoluta do juiz, por exemplo. Mas aí, sem a amplitude da apelação, que permite discussão mais aprofundada da matéria de fato. E curioso notar que, entretanto, pode até ter um âmbito mais amplo que o de um recurso específico, o recurso especial, limitado que é a questão de direito unicamente.

É, pois, realmente, *the great writ*. Um “super-recurso”, na expressão do saudoso penalista **Heleno Cláudio Fragoso**. Um “recurso-ônibus”, como também o tenho chamado. Foi, aliás, incluído no Código entre os recursos.

Mas é bem de ver que nem por isso perdeu sua natureza também de ação, uma vez que com ele se instaura uma relação processual nova ainda quando impetrado contra decisão judicial. Tem, porém, o espírito de um recurso. Repetindo **Lopes da Costa** a propósito da ação rescisória no ordenamento processual civil de 1939, pode-se dizer que “é um recurso vestido de ação”.

Eis aí a natureza jurídica do *habeas-corpus* processual: nem simplesmente ação, nem puramente recurso. Mas uma ação-recurso, ou recurso-ação.

Quando utilizado para o fim de anular o processo, sua aceitação ainda vem encontrando certa resistência se já cumprida a pena ou extinta por outro meio a punibilidade, como pelo cumprimento do *sursis*, a não ser que haja risco de prisão. É ainda um resquício de influência de característica do *habeas-corpus* constitucional, que, certamente, desaparecerá com o tempo.

Entretanto, com o raciocínio de que do simples fato de existir a condenação decorre para o paciente ameaça à sua liberdade de ir e vir, ante a eventualidade de consequências diversas como a reincidência, maus antecedentes, etc., o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo concedeu uma ordem impetrada (*RT* 502, p. 301).

Só em um caso descaberia, para ficar sozinha a opção da revisão criminal: se morto o condenado.

DA NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DA ANÁLISE DA PROVA NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO

(Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas e José Romão de Siqueira Neto)

O Brasil passa, hoje, por problemas sociais e legais nunca vistos antes.

A criminalidade continua aumentando e os delinquentes aperfeiçoando-se, cada vez mais, nas práticas delitivas.

Dentre os crimes existentes, destacam-se, por causarem danos irreparáveis ao País e à sociedade, o **peculato**, a **concussão** e a **corrupção passiva**.

Tais delitos, como se sabe, estão previstos no Capítulo I do Título XI do Código Penal, que trata dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública.

São de suma gravidade, tendo sido, o legislador, extremamente severo em seus preceitos secundários.

Infelizmente, tais crimes estão a ocorrer de forma irreversível e incessante, merecendo uma análise mais profunda, com relação à sua forma probatória.

O Título VII do Código de Processo Penal trata da prova.

Ora, é evidente que nos crimes que estamos a estudar, fazer prova da materialidade delitiva se torna tarefa difícil.

Daí a idéia resultante de uma análise acurada e profunda de todos os elementos indiciários, de forma a permitir a convicção quanto à existência do crime.

O exame das provas periciais, em alguns casos, é elemento essencial para se ter a certeza do ilícito.

A quebra do sigilo bancário e fiscal de pessoas investigadas não tem a finalidade, única e exclusiva, de levar ao conhecimento do fisco que não foram declarados rendimentos tributáveis.

Tem significado mais abrangente, máxime quando as condições financeiras do investigado, em confronto com sua atividade profissional e o crime que lhe é imputado, estão a demonstrar que não foram auferidos simplesmente de atividades lícitas.

Constatada essa disparidade, inverte-se o ônus da prova, restando ao Estado, neste aspecto, analisar eventuais escusas ou justificativas no tocante à origem do patrimônio descomunal, além de sua pertinência e veracidade.

Mas não é só isso que devemos levar em consideração.

A análise deve ser concatenada e convergente com outros indícios que estejam ao alcance do intérprete, na hora de dar ao fato a necessária solução jurídica.

O artigo 157 da Lei Processual Penal estabelece que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

E, mais adiante, no Capítulo X do mesmo Título, trata o Código, dos indícios.

O artigo 239 define o que seja indício:

"Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, ten-

do relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."

Colocou, o legislador, como cerne do artigo, o termo **indução**.

Indução é uma das *inferências mediatas*. Inferência mediata é aquela que se opera por meio de um termo médio. As indutivas partem da enumeração de um caso particular para concluir em uma proposição geral.

Portanto, o juiz deve, ao considerar os indícios, utilizar a indução.

François Gorphe, citado por **José Frederico Marques**, in *Elementos de Direito Processual Penal*, Volume II, p. 374, define como prova indiciária aquela que *"recolhe e interpreta todos os fatos ou circunstâncias que possam levar à descoberta da verdade"*.

Os indícios são provas indiretas, mas, não por isso, com menor valor probatório.

Dí-lo **José Frederico Marques**, na obra e volume citados, à p. 378:

"O valor probante dos indícios e presunções, no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas."

Assim, a força probante dos indícios, dentro do livre convencimento do magistrado, é equivalente a qualquer outro meio de prova.

Não é outra a lição de **Eduardo Espinola Filho**, em sua magistral obra — *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* — Volume III, p. 176, ao dizer, citando **Manzini**, que *"...no concernente ao direito processual, ou seja, ao livre convencimento do juiz, a força probante dos indícios é igual à de qualquer outro meio de prova"*.

C. J. A. Mittermayer, em seu inesquecível *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, à p. 392, espanca dúvidas ao ensinar:

"É hoje geralmente reconhecido que a prova artificial, sob certas condições, pode formar a certeza também como a prova chamada direta e natural; faltando na maior parte dos casos a confissão e o testemunho, correria grandes riscos a segurança pública com a proibição absoluta da condenação baseada sobre os indícios."

Portanto, daí deflui que o juiz pode e deve condenar com respaldo em indícios.

Tal orientação é antiga e remansosa,

ESCREVA PARA O BOLETIM

O Boletim do IBCCrim está aberto à participação de todos os leitores, independentemente de suas qualificações profissionais ou acadêmicas.

Desta maneira, caso você não tenha concordado com o enunciado de algum artigo ou jurisprudência aqui publicados, escreva-nos fundamentando sua divergência em texto de no máximo 70 linhas, em corpo 12, espaço duplo, ou se for o caso, mande-nos seu aplauso à idéia veiculada, talvez com outros argumentos.

Sua presença conosco (mesmo se for para criticar o Boletim) é fundamental! **Colabore.**

como se nota no Aresto publicado na *Revista dos Tribunais*, volume 395, p. 309, do qual se destaca a seguinte passagem, *ipsis litteris*:

"...Segundo a exposição de motivos da lei processual penal, inexistente uma hierarquia de provas na livre apreciação destas. O juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. É a opinião de Bento de Faria, segundo a qual, os indícios podem alicerçar a condenação, desde que graves, concludentes e exclusivos..."

Ora, nos crimes abordados no presente trabalho, quase sempre as provas existentes no processo, serão indiciárias. E deverá, o magistrado, valer-se do raciocínio, da indução, da lógica, para, juntando e montando o quebra-cabeças, chegar à verdade real e, aí, prolatar sentença condenatória.

Infelizmente, não é o que se tem visto, na justiça criminal de nosso Estado.

A maioria dos juízes estão ligados ao sistema de raciocínio sobre provas diretas; querem ver a materialidade delitiva, querem ouvir várias testemunhas que tenham visto o momento consumativo de delito e querem ver armas e objetos apreendidos em poder do acusado; aí, e só aí, proferem decreto condenatório.

Necessária se faz uma mudança de mentalidade.

Na maioria dos crimes ora analisados, não terá o julgador, testemunhas presenciais, com ânimo e patriotismo necessários e capazes de relatar ao ínlito magistrado a verdade real.

Deverá fazer um exercício de lógica para chegar à conclusão de que o acusado cometeu o crime pelo qual está a ser processado.

Se não o fizer, a absolvição será inevitável, com grave prejuízo para a sociedade.

Adalberto José Q. T. de Camargo Ara-nha, em sua obra *Da Prova no Processo Penal*, à p. 162, espanca dúvidas sobre a questão, ao dizer:

"Às vezes uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação."

E prossegue, mais adiante:

"Contudo, se não usarmos os indícios, muitas vezes grandes crimes e perigosos criminosos ficarão impunes."

Portanto, urge que os juízes modifiquem sua forma de apreciação da prova criminal, integrando-se na realidade atual, em matéria criminal, para que, ao mergulhar profundamente no estudo dos indícios e presunções, cheguem à certeza moral, que embasará sua convicção de ter encontrado a verdade real, supedâneo da sentença condenatória.

Os autores são promotores de justiça em São Paulo

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - MOMENTO DA PROPOSTA

(Fernando Célio de Brito Nogueira)

A Lei Federal nº 9.099/95 trouxe grandes inovações ao nosso processo penal, dentre elas, o instituto da suspensão condicional do processo penal, mediante transação, nos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Acerca da aplicabilidade de referido instituto, duas posições têm-se formado: uma entende que a suspensão condicional do processo é direito subjetivo do réu, de modo que, uma vez presentes os requisitos da lei, deve ser concedida a ele a suspensão do processo; outra entende que trata-se de faculdade do Ministério Público, que poderá formular ou não proposta de transação penal de suspensão condicional do processo, com observância de critérios objetivos e subjetivos, atendendo às circunstâncias, peculiaridades, maior ou menor gravidade do fato e suas consequências, com valoração do caso, ainda, em termos de política criminal.

Não se pode perder de vista os benefícios e avanços advindos da vigência da nova Lei: a agilização da Justiça Criminal, o intuito de se evitar a aplicação de pena privativa da liberdade, que será limitada às infrações de maior gravidade e aos réus mais perigosos, o realce dado à proteção aos direitos da vítima, a possibilidade imediata de composição dos danos, a possibilidade de aplicação de multa, restrição de direitos, independentemente de processo, sem que seja comprometida a primariedade do autor do fato, e também a possibilidade de suspensão condicional do processo, nos mesmos moldes, com as condições do art. 89 da Lei nº 9.099/95 e outras adequadas ao autor do fato e às peculiaridades do caso.

Sem embargo disso, uma consequência derivada da suspensão do processo em determinados casos tem-me ocasionado preocupações: os reflexos da suspensão do processo penal em determinadas hipóteses em que se persegue ou se possa perseguir, no juízo cível, a reparação do dano.

Inquestionável que são independentes as responsabilidades civil e criminal. Todavia, a discussão da culpa na esfera criminal interessa e muito à ação civil. É muito comum nos vermos às voltas com advogados preocupados com o bom andamento da ação penal, principalmente em matéria de crimes culposos ou mesmo dolosos, ainda que não estejam representando a vítima ou seus familiares como assistente da acusação. É que objetivam levar emprestadas para o processo civil provas produzidas na ação penal. Ora, se o processo penal for suspenso em seu nascedouro, com o recebimento da denúncia, a discussão da culpa estará tolhida.

Algumas objeções poderiam ser formuladas à preocupação ora externada.

Inicialmente, a observação de que, nesses casos, o juiz poderá homologar a proposta de transação penal consistente na suspensão condicional do processo com a inclusão da obrigação de reparação do dano. Ocorre que a inclusão de referida condição de forma genérica em nada resultará em termos práticos. A aceitação pelo réu da proposta de suspensão do processo com a condição supra não leva à prolação de decisão homologatória que constitua título executivo, por não

implicar, necessariamente, em admissão de culpa pelo autor do fato. Assim, se decorridos dois ou quatro anos e o autor do fato não comprovar que reparou o dano, obstada estará a extinção da punibilidade naquele processo. Mas e a vítima e seu sagrado direito à reparação do dano resultante do delito? A nova lei não tem na reparação do dano e na proteção à vítima uma de suas preocupações fundamentais?

Em segundo lugar, poder-se-ia argumentar que as provas poderiam muito bem ser produzidas na ação reparatória em trâmite no juízo cível, com a mesma precisão e eficiência. Logo, a suspensão do processo penal em nada interferiria. Ousamos discordar: principalmente nos casos de crime culposos, a discussão da culpa em termos de prova na ação penal é bem mais estreita e precisa, não ocorrendo normalmente intervenção de terceiros, oposição de exceções, impugnações diversas e uma série de incidentes comuns ao processo civil, seara em que se alargam sobremaneira os limites da discussão contida nos autos. Lembro-me de recente caso, em que advogado dos familiares de vítima de homicídio culposos procurou-me, ansioso por uma repregunta importantíssima a ser formulada a uma testemunha que seria ouvida numa carta precatória do processo penal que tramitava noutra comarca, testemunha que ouviu do motorista causador do acidente, logo após o fato, a afirmação de que realmente o caminhão por ele conduzido não dispunha de nenhuma espécie de iluminação traseira, sendo esta a causa do acidente. Tratava-se de prova importantíssima a ser levada para o processo cível. E se o processo penal estivesse suspenso desde o nascedouro? Poderia tal prova ser feita no processo cível? Talvez, mas não com a mesma objetividade, estreiteza, precisão e eficiência, sem interferência de questionamentos ou indagações outras.

Nesse contexto, entendida a suspensão condicional do processo um direito subjetivo do réu, em todos os casos, sem a menor restrição e sem maiores indagações, e **desde o oferecimento da denúncia**, um só objetivo estará sendo alcançado: se evitará, de um lado, pena privativa da liberdade, o *jus libertatis* do autor do fato não será em nada afetado, sua primariedade estará incólume, pois não será ele julgado, nem condenado, nem absolvido; de outro lado, o direito da vítima à reparação do dano decorrente do crime poderá estar sendo relegado a um plano secundário, desatendido, aqui, um dos principais objetivos do legislador ao editar a Lei nº 9.099/95, uma vez que a outorga da suspensão condicional do processo com a inclusão meramente formal da genérica condição de reparação do dano não levará a lugar algum.

Qual o réu que irá, por sua própria e livre iniciativa, entender-se, por exemplo, com os familiares da vítima de um homicídio culposos, para saber quais verbas deverá assumir a fim de reparar o dano decorrente daquela morte?

O tempo dilui as provas. Se depois de dois ou quatro anos do fato, impedida a extinção da punibilidade em face da não reparação do dano pelo autor do fato, será que as testemunhas do fato — quando importante e talvez

até imprescindível a prova testemunhal — terão, ainda, o fato e suas particularidades tão presentes em suas memórias? Serão encontradas nos endereços constantes dos autos à época dos fatos?

E a ação cível, como ficará com a suspensão do processo penal? As provas feitas acerca da culpa na ação criminal não farão falta ao esclarecimento e à busca da verdade na ação indenizatória?

Por essas razões, entendo que a suspensão do processo deve ser concedida quando presentes os requisitos da lei. Mas, ainda assim, não de ser levados em conta critérios de oportunidade e conveniência, inclusive em relação ao **momento** de formulação da proposta de transação penal, consistente na suspensão condicional do processo.

Embora a lei diga que, ao **oferecer denúncia**, o Ministério Público poderá formular referida proposta, nada obsta que em determinados casos, especialmente naqueles mais graves e de consequências mais graves, em que haja ou possa haver perseguição do dano na esfera cível, o promotor de justiça formule proposta depois de colhidas as provas indicadas na denúncia. Dessa medida de cautela, não resultará prejuízo algum para o autor do fato. E a reparação do dano perseguida pela vítima — preocupação fundamental da nova lei — contará com subsídios enfeixados no contexto fático-probatório contido no processo penal.

Mas não nos limitemos à preocupação relativa aos reflexos da suspensão do processo penal no juízo cível. Imaginemos, também, na esfera criminal, hipótese em que são processados num só feito o usuário de droga, surpreendido portando-a, e o traficante, apontado por aquele como fornecedor da droga. Ainda que não seja muito comum o usuário da droga delatar o traficante quando interrogado pelo juiz, quando ele o faz, sendo o interrogatório fonte de prova, inquestionável o valor probante de seu relato, na busca da verdade real para apuração do fato mais grave, cuja elucidação, repressão e punição tanto interessam à sociedade, o delito de tráfico de entorpecentes, equiparado aos crimes hediondos. Assim, por que não propor ao réu incurso no art. 16, da Lei Federal nº 6.368/76, em casos tais, quando presentes os requisitos da lei, a suspensão do processo **depois** de seu interrogatório?

Interpretar a lei em seu sentido estritamente literal no que concerne ao momento da formulação da proposta não nos parece o melhor caminho, nem aquele que mais se coaduna com os princípios consagrados pelo legislador na nova lei.

Pretendeu o legislador a efetivação da celeridade, da composição dos danos, prestigiando a oralidade, a informalidade, a economia processual. Não pretendeu o legislador, contudo, em nenhum momento, fazer com que surjam entraves ao direito da vítima à reparação do dano (um dos objetivos primeiros da lei) e nem tampouco trazer embaraços à busca da verdade real quando se tem à frente delitos graves e extremamente nocivos à sociedade.

O autor é promotor de justiça em Barretos, SP.

A PREJUDICIALIDADE E OS CRIMES TRIBUTÁRIOS

(Eduardo Reale Ferrari)

Há algum tempo venho meditando a respeito da pertinência da certeza do tributo como questão prejudicial à ação penal nos crimes definidos na Lei nº 8.137/90. Não obstante parecer-me clara a impossibilidade de condenar-se alguém enquanto não certa a dívida tributária, questões de ordem pragmática têm sido levantadas, a tentar solucionar a eventual injustiça de um procedimento criminal instaurado contra certo agente, antes da definição do tributo no âmbito administrativo-fiscal. Duas correntes nesse ponto se contrapõem. A primeira defende a impossibilidade de instaurar-se qualquer procedimento criminal decorrente de ilícitos fiscais, enquanto pendente a dúvida tributária. Conduzida por alguns juristas de estirpe, tal corrente funda-se no fato de que a denúncia oferecida antes do término do processo fiscal apresenta verdadeira ausência do interesse de agir por parte do Ministério Público, a tornar a ação penal carente. Substantivamente, por outro lado, defendem a tese de que a pendência da questão tributária conduz até mesmo a ausência da afetação ao bem jurídico tutelado pelos crimes fiscais, vez que nem mesmo certa é a existência do tributo, a tornar, *a priori*, atípica a conduta penal. Já a segunda corrente, por sua vez, entende perfeitamente plausível a instauração do procedimento criminal-fiscal, ainda que questionável a existência ou não do tributo, fundando-se na circunstância da autonomia das disciplinas jurídicas, não reconhecendo o procedimento administrativo como condição de procedibilidade às ações penais. Apesar da riqueza dos argumentos de ambas as correntes, somos do posicionamento de que as mesmas não se justificam, ao menos de maneira absoluta. Concordando com a primeira corrente, no sentido de que a dívida tributária possui íntima relação com a tipicidade penal-fiscal, parece-nos clara a impossibilidade de alguém ver-se processado quando evidente a inexistência do tributo. Isso não significa, todavia, que a impossibilidade de ver-se processado decorra tão-somente da interposição do recurso no âmbito administrativo, vez que simples questionamento do tributo, com recurso ao Tribunal de Impostos e

Taxas, não constitui obstáculo à investigação, pois, a ser assim, o recurso tornar-se-ia perigoso mecanismo protelatório, condutor à prescrição penal. Para além disso, o instrumento recursal não tem qualquer relação à tipicidade objetiva, a ponto de tornar a conduta atípica toda vez que utilizado. Secundariamente, por outro lado, não abraçamos o posicionamento da segunda corrente ao enunciar a absoluta autonomia das disciplinas jurídicas, a justificar a separação absoluta do procedimento criminal, independente do âmbito administrativo-fiscal. Pragmaticamente, parece-nos que a solução a ser conferida para tormentosa discussão já está presente na nossa atual legislação penal e processual penal, bastando reconhecer-se a dívida tributária como verdadeira questão prejudicial heterogênea do procedimento criminal-fiscal. Partindo do pressuposto de que a persecução penal instaurada pelo Ministério Público está dependente da certeza do débito tributário, configura-nos possível qualificar o tributo como um antecedente lógico-jurídico da questão penal, objeto do processo criminal-fiscal. Tal antecedência lógico-jurídica é definida entre os doutrinadores como questão prejudicial, sendo essa para **Manzini** “*questão jurídica cuja solução constitui um pressuposto para a decisão da controversia submetida a juízo*”. A controvérsia, portanto, quanto à existência ou não do tributo, conduz à instauração de uma prejudicial ao mérito da ação penal, cabendo ao julgador, suspender o processo criminal, enquanto não decidida a questão tributária, nos termos do artigo 93 do Código de Processo Penal. Concomitante à suspensão do processo criminal, razoável será a suspensão da prescrição procedimental, nos termos do artigo 116, I, do Código Penal, não fazendo sentido possibilitar-se o andamento da prescrição penal quando presente uma prejudicial. A suspensão da prescrição, nesse aspecto, configura-se como ponto de equilíbrio e justiça à instauração da prejudicial. Não obstante ter sido outro o posicionamento das dras. **Rosier Custódio** e **Janaina Paschoal**, em brilhante artigo publicado no Boletim nº 45 do IBCCrim, ousamos afirmar que a suspensão da prescrição

penal, nestas circunstâncias, não decorre da ineficiência estatal a penalizar o agente, mas se origina da própria provocação ultimada pela parte quando da interposição do recurso. Para além disso, parece-me justo que a existência de um obstáculo legal imposto pelo Estado-Legislação conduza à suspensão da prescrição, porquanto não pode o Estado-Juiz ter contra si a impossibilidade de punir, se o próprio Estado-Legislação enunciou obstáculo legal ao processo. Não faria sentido imporem-se obstáculos legais proibitivos da punição, se, quando cessados, impossível a continuidade da investigação, porquanto ocorrida a prescrição. A suspensão prescricional significa sustação da perda do poder-dever do Estado em punir, em face do decurso do tempo. O Estado, diante de certos acontecimentos, fica impossibilitado de exercer o *ius persequendi* e, em razão desses obstáculos, imponderável será a aceitação da prescrição pela não punição. O processo, por conseguinte, não poderá ter seu trâmite normal, restando obstado o seu desenvolvimento. Consequência direta da presença de obstáculos será a dilatação do processo, com parada momentânea das ações, a indicar um hiato dos prazos prescricionais e, portanto, necessária sua alteração. Sem a alteração dos prazos prescricionais, possível se tornaria a impunidade do agente por meio da prescrição, não obstante causas legais impedissem o andamento processual. Não faz sentido, assim, que a lei discipline a paralisação da ação e, ao mesmo tempo, admita a prescrição do procedimento criminal. A paralisação do procedimento criminal, por outro lado, é uma garantia ao próprio acusado, não estando impedida a sustação do processo pela lamentável vedação do § 1, do art. 34, da Lei nº 9.249/95, sendo suficiente, a meu ver, a sustação do processo criminal pendente, por meio da questão prejudicial heterogênea, expressamente disciplinada em nossa legislação processual penal.

O autor é advogado em São Paulo, mestrando pela Faculdade de Direito de Coimbra, professor da PUC-SP e Unip/SP.

PROVÃO PRA QUEM?

(Adauto Suannes)

Todos concordamos com a afirmação de que o ensino superior no Brasil atingiu níveis de insuportabilidade. Quem leciona ou lecionou em faculdade encontrou em provas escritas palavras simplesmente inimagináveis, a mostrar a quase total falta de leitura do aluno, como um tal “çerrote”, para dar um testemunho pessoal, com que certo aluno ilustrou uma resposta (juridicamente correta!). Daí à Carta *Magda* de que fala o ilustre desembargador Presidente de um dos mais recentes concursos para ingresso na magistratura de São Paulo vai um pulo. Aliás, o correto é *Charta Magna* (a expressão é latina!) e não “Carta Magna” como escreve a maioria.

Mas e os “adredemente” e os “datíssima venia” que aparecem com frequência em peças forenses? O ablativo absoluto “inaudita altera parte” (indicativo do *modo* de realização do ato pretendido) converte-se (até mesmo em

acórdãos!), em um “inaudita altera pars”.

Marco Antonio Monteiro, ilustre e querido amigo, juiz hoje aposentado, quando fazia o cursinho preparatório, foi indagado pelo professor se, da mesma forma como havia defensor dativo, poderia haver promotor dativo. E o **Marco Antonio**, conhecedor do latim: “*De forma alguma; promotor só pode ser acusativo!*”. O silêncio da classe foi o testemunho do lamentável efeito das reformas introduzidas pelos pragmáticos em nosso ensino, pois os alunos não tinham condição de apreciar o magnífico trocadilho que havia sido perpetrado.

Pretende-se corrigir isso e, para tanto, faz-se um tal “provão”, para avaliar o conhecimento dos alunos de faculdade, mas no qual, pelo menos na área do direito penal, lançou-se mão de critério mais do que discutível.

Em primeiro lugar, “múltipla escolha”

sempre foi sinônimo de “chutismo”, para usar um termo vulgar, pois o aluno, sem necessitar de mostrar qualquer conhecimento, corre o risco de acertar todas as perguntas, por mais ignorante que seja. Em segundo lugar, utilizar-se de perguntas que admitem mais de uma resposta, sem que o aluno possa argumentar, serve apenas para demonstrar o desconhecimento de quem a elaborou, como, por exemplo, indagar, como se indagou no tal “provão”, se no dia de seu 18º aniversário alguém é penalmente imputável ou inimputável (cf. a respeito da discussão **Alberto Silva Franco** e outros, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, ref. ao art. 27, nota 2.01).

O autor é desembargador aposentado do TJ/SP e advogado em São Paulo.

O ARTIGO 366 DO CPP E A REVOLTA DA DOUTRINA

(Maximiliano Roberto Ernesto Führer)

Com razão os habitantes daquele pequeno reino, onde o proponente de uma nova lei fazia a defesa do projeto em praça pública, em cima do alambrado da força, já com a corda respectiva acomodada no pescoço. Se o projeto apresentasse real utilidade, a corda seria retirada e o projeto se transformaria em lei. Mas, se o projeto não fosse animador, a execução do proponente era sumária, com a abertura do alçapão.

De fato, o legislador nos tem brindado com surpreendentes diplomas de cunho processual que surgem da noite para o dia, sem a necessária digestão e debate pelo corpo social. Não se pode esquecer que esta digestão e debate, ao tempo dos cavalheiros, foi responsável pela não entrada em vigor e posterior revogação de todo um Código Penal que, embora aprovado e sancionado, apresentava alguns defeitos de raiz.

A atual sistemática de gigantesca e desordenada produção legislativa reformadora tem levado o aplicador do Direito à perplexidade e o cidadão comum à insegurança. Assim é que o advogado comum tem sentido cada vez maior dificuldade para eleger o meio processual. O quadro lembra um pouco Roma, quando se permitiu aos plebeus o conhecimento das regras de direito material, negando-lhes as de prática processual.

Nem é necessário lembrar o que as sucessivas reformas fizeram com os institutos da fiança e da liberdade provisória. Há pouco a Lei nº 9.268/96 alterou a cobrança da multa penal, de tal forma que até o momento não se sabe quem exatamente deve cobrar e de qual maneira. A pena deixou de ser pena para ser dívida ativa (de quem?). Foi criada a Ação Monitória, o recurso de Agravo e modificado o Procedimento Sumaríssimo, para imediatamente depois, surgir o Juizado Especial Cível, de competência coincidente. A sistemática do Juizado Criminal foi colocada em prática no Estado de São Paulo, sem a exigida e necessária legislação estadual.

Nos últimos dias, pudemos observar a doutrina, em verdadeiro esforço de contorcionismo, tentar aparar as arestas da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, que modificou a redação dos artigos 366 a 370 do Código de Processo Penal.

Acreditamos que é possível acrescentar alguns movimentos ao exercício de malabarismo jurídico. Daí o ânimo para estas linhas.

Apenas para recordar, entre outras providências, o novo diploma determinou que nas hipóteses de revel, citado por edital, que não constituir advogado, haverá suspensão do processo e do curso da prescrição penal, sendo possível a produção de provas urgentes. Se for o caso, diz a lei, poderá ser decretada a prisão preventiva.

A primeira questão que se debate é sobre a aplicação da nova legislação no tempo. A segunda versa sobre o prazo de suspensão da

prescrição e se foram criados casos de imprescritibilidade. A terceira indaga se foi criada a obrigatoriedade, ou não, da prisão preventiva, no caso de suspensão, e do exato entendimento dos termos "podendo" o juiz decretar... e "se for o caso".

Em primeiro, a primeira: seria possível a aplicação do dispositivo nos processos já em curso e nos casos de infração penal já praticada?

Sem dúvida, em obediência ao ditame do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal (norma de caráter fundamental), os efeitos da lei nova somente retroagem se **de qualquer forma** beneficiarem o réu. Em caso contrário e em regra, é proibida a retroatividade da norma.

Parte da doutrina tem sustentado que a lei contém disposição favorável ao réu (suspensão do processo), de cunho processual e disposição desfavorável (suspensão do curso prescricional), de cunho material. Com pé firme em tal assertiva, considerando que a prescrição seria um direito adquirido do réu e que as regras processuais têm aplicação imediata aos casos em andamento, a abalizada corrente doutrinária admite a retroatividade parcial, apenas da **"parte boa"**, por assim dizer.

Desta forma, haveria suspensão do processo, mas o curso do prazo prescricional continuaria a fluir. Assim estariam satisfeitos os princípios da retroatividade dos benefícios, irretroatividade da disposição desfavorável, aplicação imediata da norma processual e seria respeitado o direito adquirido.

Mas, conhecendo a conclusão, talvez seja útil percorrer o caminho inverso desta análise.

Não se pode afirmar com segurança que a suspensão do processo, isoladamente, seja realmente benéfica para alguém. Em algumas situações pode ser conveniente, em outras não. É costume dizer que o processo é leve para o criminoso habitual e pesado para o pai de família pego em pequeno deslize. Um ou outro pode desejar que o processo acabe e a situação instável termine. Uma condenação pode ser o elo para o reconhecimento de continuidade delitiva. Também, não se pode esquecer que, especialmente nas infrações penais leves, na prática, as penas nunca são aplicadas e, quando isto ocorre, por exceção, a suavidade legal é quase patética. Desta forma, a única penalidade prática em jogo é sofrer o procedimento e ter o nome em rol pouco recomendável. Haveria realmente interesse nesta suspensão?

A resposta não é segura. E, assim sendo, não é possível a retroatividade, nem a consulta para saber a opinião do revel, que não constitui advogado.

Mas, com certeza, haverá real benefício se a suspensão vier acompanhada da providencial fluência do prazo prescricional.

Porém, tal hipótese somente será

possível com a edição de outra lei.

Cumpramos observar que não cabe ao aplicador da lei selecionar apenas partes do diploma legal, negando aplicação ao restante do texto, que lhe é logicamente decorrente. Tal atividade, na prática, redundaria na criação de novo texto legal, atribuição exclusiva do Poder Legislativo.

Nem é necessário lembrar a insegurança jurídica que causaria a autorização de tal sistemática.

O atual texto determina a suspensão do processo casada com a suspensão do prazo prescricional. A razão de uma é a outra.

"Caracteriza as causas suspensivas o aparecimento de um obstáculo à ação repressora, que, forçosamente, se detém. Mas a inatividade é justificada. Por isso, não há cogitar de prescrição durante o tempo em que perdura o impedimento", no dizer exato de **Basileu (Instituições de Direito Penal, Vol. I, II, p. 707, Max Limonad, 1954, Basileu Garcia)**.

É verdade. Comanda a lógica que ninguém pode perder aquilo que não tem. Não pode o direito sofrer ataque de prazo extintivo se o seu exercício está juridicamente obstado. E não é outro o fundamento do princípio da *actio nata*.

De outra banda, suspender o direito de ação e deixar fluir o prazo prescricional é desequilibrar a relação processual de forma violenta e, como já visto, absolutamente injustificada. Enquanto o Estado é manietado, a prescrição corre solta ao talante do réu.

Em resumo: havendo dúvida sobre a vantagem da aplicação no caso concreto e não sendo possível consultar o réu, deve imperar o princípio da irretroatividade das leis, não se conferindo aplicação ao dispositivo legal nos casos já iniciados e nos referentes a infrações penais já cometidas.

A segunda dúvida versa sobre se o legislador teria criado outros casos de imprescritibilidade, além daqueles apontados na Constituição e, em caso negativo, qual, então, seria o prazo da suspensão do processo.

Evidente que a imprescritibilidade não se acomoda com o direito penal contemporâneo. A punição longo tempo após o delito tem indisfarçável sabor de pura vingança e revanche, sem nenhum benefício prático para a sociedade.

Como o prazo prescricional fica suspenso, sem termo definido, a doutrina aventou a hipótese de fixar prazos para esta suspensão, como aqueles do artigo 109 do Código Penal, na falta de outros melhores.

Também aqui a premissa inicial pode ser atacada de outra maneira, com conclusão diversa.

Talvez o legislador não tenha criado um novo caso de imprescritibilidade. Verifica-se que o termo final da suspensão é o comparecimento de réu ou a nomeação de um advogado, que aliás, pode ser indicado gra-





tuitamente, como garante a Constituição.

Ou seja, o termo final fica exclusivamente ao sabor da vontade do réu, bastando que se permita citar, ou que compareça, ou, ainda, que constitua advogado.

Melhor definição de termo final é difícil.

Também não se pode negar que o legislador foi extremamente benéfico nesta disposição.

Caso muito semelhante é o do deputado federal e do senador que não podem ser processados sem licença da Casa respectiva. Se a licença for negada, o prazo prescricional ficará suspenso enquanto durar o mandato (art. 53, §§ 1º e 2º, da CF).

Como os mandatos podem ser sucessivos ao infinito, também aqui o intérprete poderia imaginar que estaria diante de mais um caso de imprescritibilidade.

Mas, à evidência, disso não se trata, pois o termo final fica ao alvedrio do réu.

Em suma, não se vê o pecado da vingança no texto legal.

Resta perquirir se o legislador criou caso de prisão preventiva obrigatória.

Tenho que sim, se for o caso.

Na verdade, toda prisão preventiva é obrigatória se for o caso.

A sempre brilhante **Ada Pellegrini Grinover** anotou que o objetivo do legislador foi o de acompanhar a evolução do processo penal

mundial, que não admite o processo sem prévia e efetiva comunicação ao acusado da acusação formulada. Daí a suspensão no caso de revel, citado por edital. Para não incentivar a impunidade, a medida veio acompanhada da suspensão da prescrição (*Boletim IBCCrim*, nº 42/edição especial, p. 01).

Pelo mesmo motivo, para encerrar a dupla suspensão, determinou o legislador a prisão obrigatória, nos casos em que ela é ainda admitida. Daí os termos “podendo” e “se for o caso”. Se o processo não anda, evidente que a cautela é de conveniência da instrução criminal e visa assegurar a aplicação da lei penal.

Nenhum outro motivo teria o legislador para invocar a prisão preventiva na altura do artigo 366 do CPP, se desejasse a cautela apenas como garantia da ordem pública. Nesta hipótese, obrigatoriamente, a prisão já estaria decretada pelo juiz, independentemente de nova autorização pelo artigo citado.

Não se pode concluir que o legislador, tomando a si a tarefa das agendas eletrônicas, desejasse apenas alertar o juiz que a decretação da prisão preventiva é possível. Ou a prisão era cabível e obrigatoriamente já deveria estar decretada ou era incabível e um fato novo passou a exigí-la.

Tal fato é a citação ficta, combinada com a revelia e com a não constituição de advogado.

Nestas condições o processo é suspenso,

em atendimento ao louvável princípio do efetivo chamamento do réu ao processo. Como há suspensão do processo, ocorre, por questão lógica, a suspensão do curso da prescrição. Como há suspensão do processo e suspensão do prazo extintivo, é imprescindível a presença do réu para a instrução criminal e para a efetiva aplicação da lei penal. Daí a obrigatoriedade da prisão, se ela for admitida pela lei.

Em suma, da ausência do réu citado por edital decorre a suspensão do processo, da qual decorre a suspensão do curso da prescrição. Suspenso o processo e a prescrição, a prisão advém como medida natural e necessária para assegurar a continuação do feito e sua efetividade.

Note-se que a cautela não deve, necessariamente, perdurar no tempo. A lei parece pretender apenas o efetivo chamamento do réu e a comunicação real da acusação que lhe é feita. Realizados tais atos, é perfeitamente possível a revogação da prisão preventiva, pois seus fundamentos se esgotam.

Vê-se que as medidas impostas pelo novo artigo 366 são encadeadas, umas às outras, em relação de quase absoluta necessidade.

A aplicação isolada dos dispositivos espanta a alma da lei.

O autor é promotor de justiça em Casa Branca (SP).

DA APLICABILIDADE DO DECRETO Nº 1.860 DE 11 DE ABRIL DE 1996 AO ROUBO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS

(Lia Felberg)

A superpopulação carcerária do País, notadamente a da cidade de São Paulo, tem se destacado como um dos problemas mais relevantes dos últimos anos, ensejando inúmeras rebeliões e fugas dos presídios inclusive com vítimas fatais. É conhecido daqueles que militam no direito criminal as grandes dificuldades existentes na Vara das Execuções Criminais para a obtenção de benefícios aos sentenciados, bem como não são poucos os condenados com pena cumprida que permanecem encarcerados aguardando a ação da justiça.

Diante desse quadro caótico, como medida emergencial que, infelizmente atua apenas como paliativo já que solução não é, foi publicado em abril do corrente ano o Decreto nº 1.860/96, emanado da Presidência da República. Tal diploma legal tem como escopo primordial o esvaziamento das dependências carcerárias em geral, concedendo o indulto condicional aos presos cujas penas não ultrapassem seis anos, comprovadamente primários, com boa conduta carcerária e que tenham cumprido, no mínimo, um sexto da reprimenda.

Ocorre que o referido decreto vem, reiteradamente, sendo rejeitado pelos juizes das Execuções Criminais em relação aos sen-

tenciados por infração ao artigo 157, § 2º, inciso II do Código Penal. Alegam os magistrados que o decreto veda sua aplicação ao roubo qualificado pelo concurso de pessoas, eis que em seu artigo 7º, dispõe:

“Art. 7º - Este decreto não beneficia:

I - ...

II - ...

III - os condenados pelos crimes previstos no artigo 157, § 2º, incisos II e III do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), tentados ou consumados.”

Interpretam, portanto a norma, ferindo frontalmente o princípio da maior benignidade, consagrado pelo nosso direito, em benefício dos réus.

De fato, a colocação do dispositivo usando a conjunção **e** ao abordar os incisos II e III do § 2º do artigo 157 do CP, poderia, eventualmente, gerar alguma dúvida na mente do intérprete. Esta, porém, haveria de ser espancada desde logo pelas regras puras de interpretação das leis que conduzem ao imutável brocardo jurídico *in dubio pro reo*.

A Lei de Introdução ao Código Civil preceitua que: “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (artigo 5º).

O artigo 7º, inciso III do Decreto-Lei nº 1.860/96 proíbe o indulto especial e condicional nos casos do “artigo 157, § 2º, incisos II e III”. Isto significa que a lei veda, expressamente, o benefício ao “roubo praticado em concurso de pessoas contra vítima que está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância”.

A conjunção **e** usada pelo legislador ao definir a proibição aos incisos II e III, significa que somente às duas qualificadoras, **concomitantes**, é vedado o benefício. No dicionário de **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**, a definição da conjunção retro referida, é clara: “**e**, conj. aditiva: une orações e palavras” (sic).

A rigor, ensina **José Frederico Marques**, toda interpretação é declarativa. Se gramaticalmente o texto ora se estende ou se restringe em virtude da interpretação sistemática guiada pela teologia da norma — do ponto de vista jurídico há sempre a delimitação exata dos imperativos cristalizados nas proposições formuladas pelo legislador.

Não há, no caso ora em tela, como ampliar-se o conteúdo da norma para abranger,





também, o ilícito qualificado, **isoladamente** pelo concurso de pessoas, ou **cumulado** com a qualificadora do “uso de arma” (artigo 157, § 2º, inciso I, CP), esta última sequer aventada pelo legislador como causa impeditiva do benefício.

Contudo, havendo, ainda, dúvida sobre a real vontade da norma, nada obsta que os adágios sejam empregados. **Luis Jimenéz da Asúa** apresentava os critérios que devem informar a aplicação da restrição ou extensão interpretativa e do princípio *in dubio pro reo*. Esse mestre do direito ensinava que: “*Se apesar da cuidadosa pesquisa literal e finalista, não se chega a um resultado concludente e a dúvida sobre a vontade e o pensamento da lei persiste, esta deve ser interpretada restritivamente quando é prejudicial para o réu e extensivamente quando lhe for favorável*” (**Tratado de Derecho Penal**, 4ª ed., Buenos Aires).

O mesmo autor escreveu em sua obra **El Criminalista**: “*No caso excepcional em que o intérprete judicial continuar em dúvida, deverá atender ao princípio da maior benignidade*” (p. 240, t. 5, ed. Buenos Aires).

O Decreto nº 1.860/96 é norma que, atendidos os requisitos objetivos e subjetivos por ela exigidos, beneficia a todos os sentenciados em cumprimento de pena. Quanto a isto, não resta a menor dúvida. Se o legislador quisesse que o **roubo qualificado pelos incisos I e II** não fosse beneficiado pelo indulto, a proibição haveria de ser expressa tal como se encontra em relação aos **incisos II e III**.

O **concurso de pessoas**, por si só, não proíbe o benefício, até porque é muito menos gravoso do que o **roubo praticado com “emprego de arma”**, este excluído pelo legislador. Assim, a questão deve ser resolvida da forma mais favorável ao agente.

Em outros termos, “*se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu*” (**Damásio E. de Jesus, Direito Penal**, vol. 1, Ed. Saraiva).

E **Nelson Hungria**, favorável à invocação do princípio *in dubio pro reo* em matéria de interpretação da lei, prelecionava: “*...é força acolher, em matéria penal, irrestritamente, o princípio ‘in dubio pro reo’*. Deve-se guiar o intérprete pela conhecida máxima: ‘*favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*’.

O eminente **Anibal Bruno**, em sua obra **Direito Penal**, t. 1, p. 203, usando as palavras de **Ferri**, assim se manifesta: “*O juiz não pode nem deve fazer o legislador ou substituir-se a ele. A observância das leis tais como são é condição fundamental da sociedade civilizada. Se uma lei penal — substantiva ou processual — está errada ou não corresponde às condições sociais, o juiz que, aplicando, tal como ela é, lhe põe em evidência as iniquidades e os prejuízos, cumpre bem mais útil e reta missão do que quem, com a própria sentença pretenda corrigir ou mudar a lei mais freqüentemente*

em sentido benigno ou também em sentido de maior rigor — trazendo assim aos cidadãos a incerteza sobre o que seja permitido ou proibido; isto é, frustrando um dos mais característicos papéis e resultados da justiça penal, que é dar precisão correta e quotidiana notoriedade às normas do direito.”

Interpretar o Decreto nº 1.860/96 de maneira diversa dos argumentos expendidos, seria transformar o diploma legal em letra morta, beneficiando, tão-somente, parcela insignificante da população carcerária e frustrando por completo seu objetivo.

Não há de se conjecturar sobre as outras proibições às quais se refere o decreto, pois ali, realmente não paira qualquer dúvida. O inciso II do artigo 7º descreve a vedação do benefício a condutas típicas autônomas, ou seja: artigo 12, artigo 13 e artigo 14 da Lei nº 6.368/76. Da mesma forma, o inciso I refere-se à proibição do indulto ao estupro simples e qualificado, respectivamente, artigo 213 e artigo 223, ambos do Código Penal.

A questão que aqui se aborda é a configuração de um único crime — roubo, artigo 157 —, e a incidência de qualificadoras inerentes ao tipo legal.

Cumprido, por oportuno, ressaltar que o legislador não generalizou, como no caso do estupro, a proibição do benefício à todas as formas do roubo qualificado. Se assim fosse, bastaria que a norma dispusesse sobre a vedação “*aos condenados pelos crimes previstos no artigo 157, § 2º, consumados ou tentados*”.

Impetramos em 13 de junho de 1996, o **Habeas Corpus** nº 292.704/4 junto ao E. Tribunal de Alçada Criminal, tendo como autoridade coatora o Juízo das Execuções Criminais da Capital e aduzindo as razões retro expostas, por votação unânime, a ordem foi concedida para outorgar o indulto especial e condicional ao paciente, condenado pelo artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Em brilhante voto, relator o ilustre juiz **Junqueira Sangirardi**, assim manifestou:

Associe-se ao
**INSTITUTO
BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS**
e garanta, mensalmente,
o recebimento do
BOLETIM, importante
órgão de debate e
divulgação de
Ciências Criminais.

“*A dúvida paira sobre o artigo 7º, III, do referido texto normativo. Segundo este dispositivo, o benefício não pode ser concedido aos condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos II e III do Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), tentados ou consumados.*

É necessário interpretar a vontade do legislador ao elaborar referido artigo. O objetivo do decreto é manter presos os condenados por roubo em concurso de agentes contra vítima que está em serviço de transportes de valores e o agente conhece tal circunstância, ou manter preso quem comete crime de roubo em concurso de pessoas, isoladamente e/ou, contra vítima que esteja transportando valores, sendo que o agente conhece tal circunstância??

(...)

O roubo cometido mediante emprego de arma demonstra a periculosidade do réu, sua intensa capacidade criminógena, que vêm ressaltadas de forma imanente ao próprio comportamento desenvolvido na prática do crime. Trata-se de crime de clamor público, e a maior reprimenda visa não apenas a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do delito e sua repercussão.

No entanto, o Decreto 1.860/96 não vedou a outorga do indulto à essa espécie de criminosos.

Se o legislador não proibiu a concessão do benefício ao crime de maior clamor social, que mais aterroriza a sociedade, não poderia deixar de conceder ao sentenciado que cumpre pena pelo crime de roubo qualificado pelo concurso de pessoas.

Nosso país sofre, infelizmente, com as péssimas instalações carcerárias, com a superlotação dos presídios. A finalidade dos indultos, é, de fato, colocar em liberdade sentenciados não-reincidentes, com boa conduta carcerária, para que se possa, de certa forma, esvaziar as penitenciárias.

*E, assim sendo, não se pode interpretar a norma jurídica de maneira restritiva. É necessário analisar todo o contexto sócio-jurídico do país, é de se verificar, como dizia Beccaria, ‘o espírito da lei’ (**Dei Delitti e Delle Pene**, Firenze, 1950, ed. Felice Le Monnier, pp. 170 e ss.).*

Se não bastassem esses argumentos, sempre que sobre a mente do magistrado surge uma incerteza, por menor que seja, em como interpretar um dispositivo, deve-se aplicar o princípio do ‘in dubio pro reo’.

Portanto, referendado pelo E. Tribunal de Alçada Criminal, representado pela sua Colenda 12ª Câmara, prevaleceu o entendimento único, a fazer valer a letra da lei: desde que cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos, o Decreto nº 1.860/96 deverá ser aplicado ao roubo qualificado pelo concurso de pessoas (artigo 157, § 2º, inciso II do Código Penal)

A autora é advogada em São Paulo e professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade de Direito Mackenzie/SP.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - UMA ALTERNATIVA VIÁVEL ÀS PENAS DE ENCARCERAMENTO DE CURTA DURAÇÃO - RESULTADOS

(Vera Regina Muller)

O encarceramento não reeduca para a liberdade, posto que é impossível treinar um homem recolhido para voltar a viver em liberdade.

O preso precisa "adequar-se" às normas da penitenciária para receber o conceito de "bom comportamento". Porém, ao invés de se preparar o indivíduo para a vida de homem livre e consciente, no dizer de **Augusto Thompson**, muda-se o enfoque de readaptação: (A questão penitenciária).

"Ao invés de readaptação do interno para a vida em sociedade, coloca-se a sua adaptação à vida carcerária. Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado readaptado à vida livre" (Manoel Pedro Pimentel, 1983, p. 157).

Aí se encontra a incoerência do sistema prisional. Se o réu está bem adaptado à cadeia, como conviverá com os semelhantes quando sair? Ou conforme mostrou o filme "Um Sonho de Liberdade": primeiro o réu teme os muros e depois convive com eles e por último não pode mais passar sem eles.

Ocorre o fenômeno que **Donald Clemmer** batizou de "prisionização". Ao invés de estar sendo ressocializado para viver sua vida posteriormente livre o sentenciado está sendo socializado para viver na prisão.

Motins, insatisfação, violência crescente acumulada no interior das pessoas, contidas em cubículos subumanos, em que muitas vezes é necessário um sorteio para eleger quem deita no chão ou então dorme de pé, amarrado nas grades para não cair.

Trata-se de um caldeirão pronto a explodir a qualquer momento, acrescentando-se a este quadro o número de aidéticos na rede penitenciária, cada vez maior. Em busca de privilégios, presos denunciam companheiros: uma carteira de cigarro, uma vaga para trabalhar ou transferência de cela, de presídio ou encaminhamento para avaliação, mediante propinas.

No Estado do Rio Grande do Sul, existem 12.000 apenados na rede penitenciária a um custo de cinco salários mínimos aproximadamente mensais por preso aos cofres públicos.

Existem 60.000 mandados de prisão sem cumprimento no Estado e 300.000 no país.

O Presídio Central de Porto Alegre abriga 1.458 apenados, com vagas para 666. Do total dos internos 15% trabalham e 85% não. A alegação é de que não existe efetivo suficiente para controlar o trabalho do preso. Atualmente a Brigada Militar faz a manutenção do presídio.

Dos internos na rede penitenciária do Estado, 60,65% são de cor branca, 25,36% de cor preta e 13,99% outros. Cabe esclare-

cer que a população negra total do Estado é de 5%.

Quanto à idade, 59,60% possuem de 18 a 25 anos, 18% de 26 a 35 anos, e 18,50% de 36 a 50 anos de idade. Por último 3,90% de 51 a 70 anos.

No tocante à instrução, os analfabetos estão na ordem de 13,70%. Os que possuem o primeiro grau 67,50%. Segundo grau, 16,80% e superior ou incompleto 2%.

Com relação ao estado civil, a população carcerária de solteiros é de 38,80%, casados 23%, divorciados e separados 13,60%, viúvos 4% e outros 20,60%.

Quanto à situação socio-econômica, 10% pertence à classe média, 60% à classe pobre e 30% à classe miserável. E o rico?

A reincidência é na ordem de 85%. Os réus que não possuem condições de pagar advogado representam 85% dos recolhidos na rede penitenciária.

Verifica-se a falência da reeducação nas prisões. Mas também a corrente abolicionista deve ser olhada com reserva. Existem normas que poderiam ser descriminalizadas, como o adultério e a sedução.

Se por um lado a prisão não reeduca, o abolicionismo também não é a solução. Enquanto não mudarmos o sistema como um todo, as alternativas penais ao encarceramento de curta duração mostram-se como soluções práticas e viáveis com resultados alentadores.

Através de um projeto pioneiro no Brasil de minha autoria, no ano de 1987, foi firmado um convênio com o Ministério da Justiça, Secretaria da Justiça e "Ajuris" para a implantação de um plano piloto referente à prestação de serviços à comunidade. A implantação inicial foi concluída em 1989.

Firmados vários convênios com instituições filantrópicas de Porto Alegre (155), foi possível constatar a receptividade em nosso meio quanto à aplicação de uma pena que ressocializa, reeduca, ao mesmo tempo em que oferece uma retribuição punitiva à conduta delituosa do réu.

Inicialmente o plano piloto foi implantado com duas assistentes sociais e dois estudantes de direito, pelo prazo de dois anos e meio, a partir de dezembro de 1987.

Esta pena provou que representa um novo enfoque ressocializante que o encarceramento não oferece. Muitos réus permanecem trabalhando na instituição após o término de sua prestação laborativa. Outros são contratados para trabalhar nas entidades cadastradas, posto que seu trabalho foi reconhecido como muito bom.

Custo zero para o Estado, e a reincidência é de 0,5%.

Só em Porto Alegre aproximadamente encontramos cerca de três mil réus que

receberam a tal pena desde o início da implantação. Em todo o Estado seriam na ordem de cinco mil prestadores.

O segredo dessa pena é o controle, sendo que o prestador é levado a questionar seu comportamento, e a responsabilidade perante a comunidade como cidadão. Exemplos práticos: uma prestadora foi condenada por acidente de trânsito. Encaminhada ao Hospital das Clínicas de Porto Alegre, após o término da pena, prestou concurso e hoje chefia o setor de recursos humanos do referido hospital, cuidando também dos prestadores. Outra prestadora, condenada por furtar uma pulseira de ouro da patroa foi encaminhada a uma creche, sendo que hoje dirige o estabelecimento.

O papel fundamental desempenhado pelas assistentes sociais, consiste na correta avaliação do entrevistado e seu competente encaminhamento até a instituição que mais se adaptar à sua aptidão e realidade social. Quando não existem assistentes sociais na comarca, é possível criar-se o Conselho da Comunidade, atribuindo-lhe funções de controle.

Na comarca de Estância Velha (quatro municípios), os apenados estão ajudando a construir a delegacia local e limpando as praças e jardins.

Como ocorrem muitas lesões contra as mulheres, foi possível criar dois grupos de apoio à função jurisdicional, referente às mulheres espancadas e aos alcoolistas, com o apoio da Prefeitura, constituídos de assistentes sociais e psicólogos.

O resultado é amplamente positivo, demonstrando claramente que é necessário cada vez mais ampliar o tempo do *sursis* com a aplicação da pena de trabalho comunitário. Isto, aliás, foi sugerido no encontro internacional sobre penas alternativas realizado no Cairo, em abril de 1995.

Os juizados especiais criminais aplicam amplamente esta pena restritiva de direito bem como a pena de multa.

Foram realizadas várias palestras e encontros e seminários sobre penas alternativas, em que fui convidada para demonstrar os resultados construtivos deste tipo de pena, convocando os magistrados a aplicarem cada vez mais a prestação de serviços à comunidade (cursos realizados em Florianópolis, São Paulo e Brasília).

Existe um vídeo já defasado, mas que está sendo utilizado nas palestras, para divulgar o trabalho.

O ideal seria a divulgação cada vez mais ampla da metodologia para a implantação desta pena restritiva de direito em todo o país, através de vídeos, palestras etc.

A autora é juíza pretora em Estância Velha, RS.

O Novo ART. 172 DO CÓDIGO PENAL (FATURA, DUPLICATA OU NOTA DE VENDA SIMULADA)

(Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior)

O antigo art. 172 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 5.474/68, dispunha, sob o *nomen juris* de “duplicata simulada”:

— “Expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma efetiva venda de bens ou a uma real prestação de serviço:

Pena — detenção, de um a cinco anos, e multa equivalente a vinte por cento sobre o valor da duplicata.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas”.

A Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo) manteve o parágrafo único do art. 172 com a mesma redação da Lei nº 5.474/68, mas alterou o seu *caput*, que passou a dispor:

— “Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena — detenção, de dois a quatro anos, e multa”.

Embora a Lei nº 8.137/90 não tenha se referido ao *nomen juris* do art. 172, quer mantendo o anterior quer o alterando, podemos considerar que ele, face à redação do novo *caput*, deva ser: fatura, duplicata ou nota de venda simulada.

Para Fábio Ulhoa Coelho (*Breves Notas sobre o Crime de Duplicata Simulada*, in *RBCCrim* 14/167), a nova redação do *caput* do art. 172 tornou atípica a emissão de duplicata não fundada em efetiva compra e venda mercantil, apenas se configurando o delito quando, tendo havido um negócio real, a duplicata mencione qualidade ou quantidade diversa da verdadeira. A primeira hipótese, segundo esse autor, “somente será amparada pelo direito penal, se demonstrada a incidência do art. 171, *caput*, do Código Penal”.

A nosso ver, embora o novo texto não seja um primor de redação, ele abrange tanto a duplicata que não corresponde a uma venda efetivamente feita, quanto aquela que distorce a quantidade ou qualidade da realmente realizada.

A expressão “que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade” só pode ser interpretada como sendo: que não corresponda a uma mercadoria vendida, que não corresponda a uma mercadoria em quantidade ou que não corresponda a uma mercadoria em qualidade.

Caso assim não fosse, não haveria razão para a existência de uma vírgula entre os termos “mercadoria vendida” e “em quantidade”, devendo o texto legal ter sido: “que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade”, ou seja, sem a referida vírgula. De outra parte, o legislador não se utilizou da expressão “que não corresponda à mercadoria vendida em sua quantidade ou qualidade”, ou tampouco “que não corresponda à quantidade ou qualidade da mercadoria vendida”.

O atual *caput*, portanto, ampliou a incidência do art. 172 que, ao tempo da redação

dada pela Lei nº 5.474/68, se referia apenas à expedição de duplicata que não correspondesse a uma venda efetiva de bens.

Com efeito, seria ilógico que o novo dispositivo tipificasse como crime uma conduta evidentemente menos grave (emissão de fatura, duplicata ou nota de venda com quantidade ou qualidade do produto alterada) e deixasse de punir uma conduta indubitavelmente mais grave (emissão de fatura, duplicata ou nota de venda sem qualquer venda efetuada).

Por outro lado, o atual *caput*, em sua parte final, tipifica como crime a emissão dos mesmos documentos que não correspondam “ao serviço prestado”.

Ora, seria um contrasenso que a lei punisse como crime a emissão de fatura, duplicata ou nota de venda referente a um serviço que jamais foi prestado e não o fizesse quanto a uma venda que nunca existiu, dando tratamento desigual a duas situações de idêntica potencialidade lesiva.

A outra conclusão não leva, em nosso entendimento, a interpretação do novo *caput* do art. 172 em conjunto com o seu parágrafo único que, como vimos, teve a antiga redação mantida.

Prevê o referido parágrafo único:

— “Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas”.

Não resta dúvida que, ao estabelecer que “nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas”, este dispositivo está tipificando como crime tanto a conduta do agente que falsifica ou adultera o mencionado Livro para mudar a quantidade ou qualidade de duplicata referente a uma mercadoria efetivamente vendida, quanto a do agente que falsifica ou adultera o mesmo Livro para nele fazer constar duplicata relativa a uma venda que não se realizou.

Saliente-se que, ao alterar o *caput*, como fez, o legislador, se quisesse, poderia ter igualmente modificado o parágrafo único para restringir sua abrangência. Preferiu, todavia, não o fazer.

Assim, resta patente que sua intenção foi a de ampliar as hipóteses de incidência do *caput*, e não a de restringi-las.

Ressalte-se, também, que o parágrafo único não faz qualquer distinção entre duplicata referente a mercadoria vendida e duplicata relativa a serviço prestado.

Portanto, seria um verdadeiro *nonsense* que o *caput* punisse apenas uma conduta (emissão de duplicata que simula quantidade ou qualidade) e o parágrafo único punisse duas (falsificação ou adulteração no registro de duplicata que simula venda e no registro de duplicata que simula quantidade ou qualidade).

O atual art. 172 do Código Penal merece também comentário quanto aos princípios da retroatividade e ultratividade da lei mais benéfica.

O antigo *caput* deste artigo (com redação da Lei nº 5.474/68) previa penas de “detenção, de um a cinco anos, e multa equivalente a vinte por cento sobre o valor da duplicata”.

Já o novo *caput* (com redação da Lei nº

8.137/90) prevê penas de “detenção, de dois a quatro anos, e multa”, está de acordo com os critérios da parte geral do Código Penal, ou seja, dias-multa (cf. arts. 49 e 60). De outra parte, o antigo *caput* se referia apenas à duplicata, enquanto que o atual *caput* se refere à fatura, duplicata ou nota de venda.

Quanto à emissão da fatura ou nota de venda simulada, que não era tipificada no art. 172, não há que se falar, obviamente, em retroatividade.

Com referência, entretanto, à emissão de duplicata simulada, se o crime foi praticado antes da vigência da Lei nº 8.137/90, a pena máxima do novo *caput* (“quatro anos”) deve ser aplicada retroativamente ou assim ser considerada, como no cálculo da prescrição em abstrato, por ser mais benéfica; já a pena mínima do antigo *caput* (“um ano”), por ser menor, deve ser aplicada ou considerada ultrativamente para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 8.137/90. Nesse sentido decidiu, por votação unânime, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão relatado pelo douto juiz Carlos Biasutti (RT 710/330).

A pena mínima do antigo *caput* (“um ano”), por ser mais benéfica, deve ainda ser aplicada ultrativamente na hipótese de crime continuado que, tendo se iniciado antes da vigência da Lei nº 8.137/90, tenha continuado após a sua entrada em vigor.

No que concerne à pena de multa, e somente quanto à duplicata simulada emitida antes da vigência da Lei nº 8.137/90, deverá se verificar, em cada caso concreto, qual seria a menor: a multa equivalente a vinte por cento sobre o valor da duplicata (antiga redação) ou a multa de acordo com os atuais critérios da parte geral do Código Penal (nova redação), aplicando-se a mais benéfica, retroativa ou ultrativamente.

Os autores são advogados em São Paulo.

ENTIDADES CONVENIADAS AO IBCCRIM QUE RECEBEM MENSALMENTE O BOLETIM:

- Associação dos Delegados do Estado de São Paulo
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação do Ministério Público 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
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados de São Paulo

ARMA DE BRINQUEDO

(Luiz Vicente Cernicchiaro)

O crime de roubo registra causa especial de aumento da pena “se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma.” (art. 157, § 2º, I).

A jurisprudência, refletindo a doutrina, divide-se quando o agente emprega - arma de brinquedo.

Arma, como se sabe, é qualquer instrumento hábil para ataque, ou defesa. Reúne duas espécies: em sentido próprio, compreende as que, por sua natureza, se destinam a esse fim, como o revólver, o fuzil, a metralhadora. Diz-se em sentido impróprio, quando, por suas características, não levam esse destino, todavia, eventualmente, assim possam ser utilizadas. A tesoura, o garfo, o saca-rolhas são exemplos, tal como o revólver, o fuzil, a metralhadora destinados a instrumento de recreação de crianças.

A majoração da pena resulta do princípio da legalidade. A prévia definição do crime não encerra mero dado cronológico, no sentido estreito de a lei anteceder à conduta. Compreende a descrição de todas as características do delito a fim de a sanção ajustar-se ao significado normativo do comportamento delituoso. A literatura inicialmente, inspirada em regra de lógica menor, registrou a diferença entre elementos essenciais e circunstanciais do crime; os primeiros são imprescindíveis à infração penal, enquanto os outros podem, ou não, fazerem-se presentes. Hoje, os escritores tendem a preferir a classificação de tipos fundamentais e tipos derivados.

O tipo, por ser unidade, é bom insistir, engloba todas as características do delito. Com, ou sem circunstâncias expressas de aumento da sanção. Como também presentes se fazem as circunstâncias que favorecem o réu.

O tipo, como síntese, de tudo quanto interessa à definição do crime e à fixação da pena, projeta todos os pormenores do delito.

A causa especial de aumento da pena implica, normativamente, recrudescimento da sanção por que a conduta delituosa revela características presentes no - resultado (impacto no bem jurídico), ou no Juízo de reprovabilidade ao agente.

Na hipótese de “emprego de arma”, divisa-se, com facilidade, a recriminação se faz maior porque o sujeito ativo se valeu de instrumento para intimidar, vencer a resistência da vítima e, assim, conseguir afetar o patrimônio alheio. Anote-se: o tratamento mais rigoroso evidencia distinção de condutas delituosas. Então, por imperativo do princípio da isonomia (nem sempre lembrada na interpretação da lei penal) impõe-se distinguir situações. O “emprego de arma”

foi considerado na espécie porque, no tipo-base, os verbos reitores são: “grave ameaça ou violência à pessoa”.

Sem dúvida, decorre das máximas da experiência, o agente armado, como regra, com maior facilidade vence a resistência da vítima. A causa de aumento da sanção projeta uma circunstância da conduta. Insista-se: o agente se valeu de instrumento hábil a auxiliá-lo a “subtrair coisa móvel alheia”.

A arma de brinquedo, em si mesma, não serve como instrumento de ataque, de ameaça. O seu uso é lícito, não chama nenhum tipo penal. Impõe-se, contudo, registrar importante particularidade. Interessa ao crime de roubo porque a majorante não decorre do simples emprego de arma (sentido próprio); resulta, isso sim, da potencialidade ofensiva que, circunstancialmente, possa conter. Quando, por imitar com perfeição, transmitir a alguém o efeito intimidatório, próprio da arma verdadeira, amedrontar, assustar, fazer a vítima capitular à investida do sujeito ativo; produz, então, a mesma consequência da arma verdadeira. Aqui está a razão de a lei cominar sanção mais severa. Insista-se: o que interessa não é a arma em si, mas o efeito que produzir no ânimo da vítima, compelindo-a a ceder à exigência do delinquente.

Interpretação lógica do Código Penal reclama distinguir (há algumas passagens) “violência, ou grave ameaça”.

A primeira é a coação física; a segunda, a coação psicológica. Nesta, a vítima sucumbe à imposição do agente, temerosa das consequências, caso não obedeça o comando que lhe é dirigido. Imagine-se exibir a arma de brinquedo a alguém com gesto de ataque, em circunstância idônea dando impressão de ser verdadeira, capaz, portanto, de matar a vítima, caso resista. O que interessa para o crime de roubo é o instrumento empregado (inclui a arma de brinquedo) ser idôneo a contribuir para vencer a capacidade de resistência.

Se o criminoso, com a arma de brinquedo, obtiver o mesmo resultado, como se verdadeira fosse, impõe-se o mesmo tratamento. Interpretação diversa é insensível ao sentido finalístico da norma. O que conta não é arma em si, mas a intimidação do ataque!

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

aplicar anúncio na gráfica