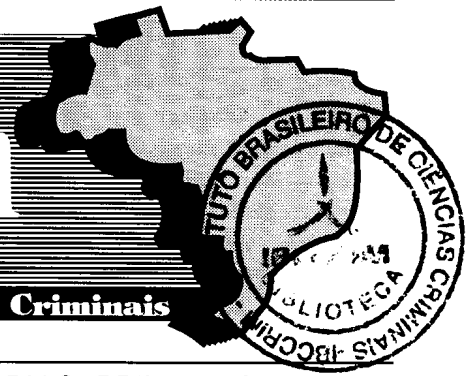




O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS ESTÁ NA ARGENTINA

(Roberto Podval)

É com grande satisfação que comunicamos que no dia 17 de outubro p.p., na sede do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, foi firmado um convênio de cooperação e intercâmbio entre o IBCCrim e o Inecip, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, sediado em Buenos Aires, Argentina, tendo os mesmos sido representados, respectivamente, por seu presidente, dr. Sérgio Salomão Shecaira, e por seu diretor geral, professor David Baigún.

O convênio firmado terá duração de cinco anos, sendo automaticamente renovado.

A integração visa, no plano imediato, ao

intercâmbio de trabalhos científicos e de publicações, bem como à realização de atividades conjuntas que objetivem o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Mediatamente, por comungarem dos mesmos ideais, o IBCCrim e o Inecip, ao firmarem esse convênio, pretendem agregar esforços para uma maior democratização e modernização dos Direitos Penal e Processual Penal, além de trabalhar no sentido de fazer com que as garantias individuais sejam respeitadas nos países latino-americanos, principalmente, Brasil e Argentina.

Com este convênio, o IBCCrim passa a colaborar com a *Revista Latino-Americana*

Pena e Estado, bem como com a *Nova Doutrina Penal*.

A fim de selar a integração do IBCCrim com os países latino-americanos, estamos estudando a possibilidade de realizarmos conjuntamente com o Inecip um Seminário Latino Americano de Direito Penal e Processual Penal.

Enfim, o IBCCrim se incorpora definitivamente à América Latina, abrindo um novo espaço aos associados.

Maiores informações a respeito do convênio supra-citado poderão ser obtidas junto à diretoria do IBCCrim.

O autor é vice-presidente do IBCCrim.

SEMINÁRIOS DO INSTITUTO

Tendo em vista o primeiro ano de vigência da Lei nº 9.099/95, o IBCCrim promoverá, nos dias 20 a 22 de novembro de 1996, sempre com início às 19:00h, na **Universidade São Judas Tadeu**, o seminário

"JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - UM ANO DEPOIS"

que contará com a seguinte programação:

DIA 20/11

"TRANSAÇÃO PENAL E REPARAÇÃO DO DANO"

Antônio Luis Chaves Camargo
e Antônio Magalhães Gomes Filho

DIA 21/11

"PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A LEI Nº 9.099/95"

Miguel Reale Júnior
e Ada Pellegrini Grinover

DIA 22/11

"SUSPENSÃO DO PROCESSO"

Rogério Lauria Tucci e Luiz Flávio Gomes

E nos dias 02 a 05 de dezembro de 1996, em parceria com a **Associação dos Advogados de São Paulo**, o IBCCrim estará promovendo, no auditório da **AASP**, às 19:00h, o seminário

"DIREITO PENAL DAS EMPRESAS"

A programação desse seminário é a seguinte:

DIA 02/12

"A IMPRENSA E A EMPRESA"

Manuel Alceu Afonso Ferreira

DIA 03/12

"A EMPRESA E OS DELITOS TRIBUTÁRIOS"

Arnaldo Malheiros Filho

DIA 04/12

"A EMPRESA E OS CRIMES NA LEI DE LICITAÇÕES"

Vicente Grecco Filho

DIA 05/12

"CRIMES FINANCEIROS"

Evaristo de Moraes Filho

NOTAS

O IBCCrim ingressará no mundo da **Internet**. A partir do mês de dezembro estará à disposição de seus associados e do "mundo virtual" sua *home page*, proporcionando mais uma fonte de informações e prestação de serviços.

Para acessá-la bastará digitar o endereço:

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

Desde o mês de outubro do corrente ano — visando um melhor atendimento aos associados — o IBCCrim está funcionando das 8 às 19 horas. Assim, basta ao associado telefonar ou comparecer pessoalmente, dentro do horário compreendido, que será prontamente recebido.

EDITORIAL

ADVOGADO CRIMINAL

(Sérgio Salomão Shecaira)

Nobre função essa a do advogado criminal. Ainda mais quando ele tem a noção de sua cabal nobreza. Necessariamente passional, para assumir a posição do cliente sem lhe indagar a razão, por mais que contra ela se ericem as opiniões alheias ou aquilo que se convencionou chamar "opinião pública". Combativo, jamais fugirá da contenda com medo do que outros possam dele pensar. Há de enfrentar autoridades, indomitamente se preciso for, retroceder ou mostrar-se diplomata, sempre verificando o que há de melhor para seu constituinte. "Advogado", dizem os léxicos, é pessoa que é chamada a socorrer seu "cliente" (que é aquele que lhe pede ajuda). Para fazê-lo "postula" em seu nome, pedindo aquilo que se tem direito de ter, ainda que para tanto tenha que se sentar ao lado do acusado, muitas vezes pobre, tantas vezes sujo, em inaudito exercício de solidariedade. Contra o acusado sempre converge a aversão de alguns, quando não de muitos (quicá de todos), mas o verdadeiro advogado criminal arrosta todas essas adversidades. Não raro, as imprecações da multidão voltam-se contra ele, por estar ao lado — como sempre está — de seu cliente. Vezes houve, e não foram poucas, em que o próprio advogado chegou a ser agredido pela defesa aguerrida do acusado. No plano das idéias, até vozes consideradas liberais, bem lembrou Antonio Evaristo de Moraes Filho, "vêm expressando estranheza pelo fato de pessoas

acusadas de crimes infamantes encontrarem bacheiros que as defendam nos tribunais" (RBCCrim, vol. 9, p. 104). A experiência da advocacia criminal tem estado sob o signo da humilhação. Até o presidente de uma associação de advogados criminais afirma: não defenderemos mais bandidos! E apregoa a quatro ventos sua decisão, que ecoa retumbante na opinião pública.

Os advogados vocacionados, no entanto, sabem enfrentar a má vontade dos que procuram dificultar o exercício da advocacia. Até porque, sendo advogados como são, sabem que sua profissão é indispensável à administração da Justiça (art. 133 da Constituição de 1988); sabem que não haverá devido processo legal se não houver contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da Carta Maior); sabem que o preso, já o dizia Mateus, ao expor a escala dos necessitados, só é catalogado após os "famintos, sedentos, despidos, vagabundos e enfermos — escala esta que conduz o meio animal da essencial necessidade física à necessidade essencialmente espiritual" (As Misérias do Processo Penal, Francesco Carnelutti, p. 25); — sabem que quando o preso precisa de assistência recorre à família e ao advogado (art. 5º, LXIII da Lei Maior); sabem, por fim, que tal prestação jurisdicional é tão relevante que se não houver assistência jurídica a alguém, o Estado a prestará integral e gratuitamente (art. 5º, LXXIV da Carta Magna).

Gostaria de não ter a necessidade de

defender o advogado criminal desse achincalhe público a que tem sido submetido ultimamente. Parece-me que pessoas mais qualificadas poderiam (e deveriam) fazê-lo, e com mais propriedade. Também não gostaria de ocupar este espaço qualificado para falar de algo que possa lembrar qualquer interesse corporativo. Mais é que o discurso jurídico tem mantido um infernal silêncio sobre um tema tão essencial à restauração da verdade e consagração do direito em nossos dias: a Justiça, que pressupõe, sempre, a liberdade do homem, precisa tomar consciência de que, em se atingindo a defesa dos acusados ou a figura do advogado criminal, defensor por natureza, estar-se-á servindo à mentalidade opressora de uma época.

A serenidade que o momento está a exigir demanda que se reflita para perceber que "o verdadeiro cliente do advogado criminal é a liberdade humana, inclusive a deles que não nos compreendem e nos hostilizam, se num desgraçado dia precisarem de nós, para livrarem-se das teias da 'fatalidade'" (Antonio Evaristo de Moraes Filho, RBCCrim nº 9, p. 114). Se for necessária a defesa de imputados que recebem a pecha de "bandidos", façamo-la, para que a liberdade, valor imprescindível à preservação do Estado Democrático de Direito e à própria democracia, não seja mais esquecida.

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

LEI Nº 9.271/96: INTIMAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS ADVOGADOS

(Adauto Suannes)

No Boletim nº 44, o ilustre Dr. Luiz Carlos Betanho, colega e amigo, censura o legislador federal em razão de alteração introduzida no Código de Processo Penal pela Lei nº 9.271/96.

Trata-se, *data venia*, de interpretação que não nos parece a mais adequada.

Como dizia o mestre Pontes de Miranda, nenhuma lei resiste a uma interpretação muito rigorosa. Bem por isso, recomendava ele que sempre se procurasse dar à lei a interpretação que conduzisse a algo construtivo, donde o papel integrador do exegeta.

Sob tal espírito, penso que o legislador federal, ao editar a Lei nº 9.271/96, teria tido o propósito de alterar para melhor a redação do art. 370 do Código de Processo Penal, ao excluir a ressalva de que a ausência do nome do advogado fosse causa de nulidade.

É que, a meu ver, o legislador, em redação mais técnica, evitou dizer o óbvio, como antes se dizia, excluindo da nova redação a redundância evidente que havia no texto anterior, pois se a intimação é obrigatória, segue-se que a ausência dela descaracteriza

o ato de ciência obrigatória que deve ser dada à parte interessada, pois **intimar** é exatamente isso: dar ciência de algo a alguém.

De fato, quem diz que "a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da Comarca" está implicitamente dizendo que, ausente a publicação, não terá sido feita a intimação. A rigor, pois, não estamos diante de ato apenas **nulo**, mas de **ato inexistente**.

Tecnicamente, a redação atual, pois, está mais correta do que a anterior, até porque não parece adequado atribuir a quem faz uma lei contemplar uma simples recomendação, cujo descumprimento não tenha consequências.

Assim, será **inexistente** a intimação se dela não constar o nome do advogado; será **nula** se dela for omitido o nome do acusado.

O autor é desembargador aposentado e advogado em São Paulo.

SUSPENSÃO DO PROCESSO E SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

(Mauro Viveiros)

Indiscutivelmente, o espírito da Lei nº 9.271, de 17.04.96, que entrou em vigor no dia 17.06.96, foi o de imprimir racionalização nos serviços da Justiça Criminal. Sob "aspecto de política judiciária", passa a lei a considerar o caráter utilitário do processo, que deve produzir resultados concretos. E ao lado desse fundamento de ordem prática, viria, também, no entendimento de **Ada Pellegrini Grinover**, o fundamento político, visto que a citação pessoal se constitui uma garantia constitucional por força do Decreto nº 678/92, que ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que por sua vez assegura, no seu art. 8º, entre outras, a citação pessoal como uma exigência do devido processo legal.

É nítida a finalidade da lei em reservar aos operadores do Direito Penal a tarefa de solucionar os casos criminais de **peessoas**, que com o fato criminoso perturbaram as normas de convívio social, e não de **ausentes**, ou de vivos supostos, ou "supostos vivos", que a despeito de terem praticado crime em tese, fogem, somem e não aparecem para prestar contas de seu ato perante a comunidade ofendida com o delito. A lei, sabiamente, outorgou ao acusado a opção clara de continuar exercendo o seu "direito de fuga", mas sancionou-a com a pena da suspensão do prazo prescricional pelo tempo que durar sua ausência.

É precisamente por isso que, pensamos ou ousamos pensar, que essa suspensão do prazo prescricional não é genuinamente norma de direito material. É inegável que tem relação com o *jus puniendi* do Estado, posto que se trata de prescrição, mas é sobretudo uma sanção processual, como tantas outras existentes no ordenamento processual penal, v.g. a proibição de arguir torpeza própria em Juízo, a proibição de declaração de nulidade a favor da parte que a causou, etc., como decorrência do princípio da lealdade processual.

Parece que o legislador, pela primeira vez, cuidou de examinar o reverso da moeda, por razões de "política criminal", antes só invocada a favor dos criminosos, editando lei que, bem aplicada, constituirá sem dúvida importante instrumento a favor da Justiça, que passa a se defender melhor do insultuoso comportamento da grande maioria dos acusados que, após a prática do crime, se evade e se furta ao processo por deliberada intenção de eximir-se de responsabilidade, pondo-se tranqüilamente à espera do termo prescricional para requerer a extinção de punibilidade no dia seguinte, contribuindo para o desgaste da imagem da Justiça Criminal, enquanto se perde precioso tempo e dinheiro, para pronunciar, no mais das vezes, ou uma condenação inexequível ou a absolvição. Tudo em vão.

Como sanção processual que é, não há porque exigir-se que a suspensão da prescrição tenha um termo delimitado. Durará a sanção enquanto persistir o acusado naquele comportamento condenado pelo Direito. Ora, ninguém ignora que a revelia — instituto que não morreu, como se poderia apressa-

damente pensar — tem o efeito — talvez o único hoje — de dispensar a procura do acusado para intimações futuras. Sua presença passa a não ser mais vital para o processo — e hoje já se admite que o réu tem o direito de não comparecer ao julgamento popular —, mas, se ele resolve se apresentar para acompanhar pessoalmente os atos processuais, apanha o processo no estado em que se encontra e daí em diante será pessoalmente intimado para os demais atos. Vale dizer, assim como na revelia a suspensão das intimações pessoais é uma sanção, a suspensão do prazo prescricional também passa a ser uma sanção processual por uma conduta considerada atética pela lei.

É preciso dizer que o acusado, conquanto sujeito de direitos processuais-constitucionais, não tem o direito de, após a prática do crime, opor qualquer tipo de entraves ou embaraços ao processo e, tampouco, onerar o Estado com despesas processuais, excessivas, de procurá-lo com luz de candeeiro para intimação pessoal incondicionalmente, esteja ele onde estiver, permitindo-se-lhe, impunemente, todo e qualquer expediente de fuga, em nome da ampla defesa, já que sua ausência tem efeito prático altamente nocivo ao interesse público, bastando ver que o reconhecimento pode ser feito em Juízo. Lembre-se que o acusado sempre esteve subordinado à disciplina do processo, como v.g., não poder se ausentar da Comarca por mais de oito dias, depois de citado, sem autorização judicial.

No embate entre o indivíduo-acusado e o Estado-juiz, se é certo que este deve assegurar aquele o mais amplo direito de defesa, respeitando todos os seus direitos e garantias individuais, o acusado tem agora, mais do que nunca, o dever de uma postura processual ética. Equilibra-se, dessarte, a relação processual entre o Estado e o indivíduo, resgatando, em parte, a credibilidade da Justiça!

A lei estimula a apresentação do acusado ausente, que reaparecendo ganha o bônus da contagem do prazo anterior ao despacho judicial. Essa norma é a comprovação de que a lei concebeu um sistema de **sanção-prêmio**, dependente unicamente da livre opção que fizer o acusado, de acordo com o caminho que preferir seguir se comportando em relação ao processo.

Se é dado a ele o direito de contar o prazo anterior à suspensão, porque se preocupar em estabelecer um limite para a suspensão? Se a *mens legis* levou em conta o livre arbítrio do acusado, respeitando e assegurando seu suposto direito de se manter ausente, e se a ausência foi uma opção, como quase sempre é, por que deveria a lei fixar um prazo para novamente fluir o prazo prescricional?

Como toda norma processual, a Lei nº 9.271/96 deve entrar imediatamente em vigor, suspendendo-se o processo e, conseqüente e automaticamente, o prazo prescricional, numa única penada, porquanto ambas as suspensões, a do processo e a do prazo prescricional, são absolutamente **homogê-**

neas e dependentes, exigindo aplicação conjunta, são como irmãs siamesas; uma não sobrevive sem a outra.

Mas, o princípio *tempus regit actum*, adotado no art. 2º do CPP, expresso ao determinar a aplicação imediata da lei processual nova aos casos criminais em andamento, ressalva "**...a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior**". Vale dizer que a norma só deverá ser aplicada com efeito *ex nunc*, ou seja, para o futuro, pois, uma vez já realizada a citação ficta, sob a vigência da lei anterior e, portanto, com a citação válida, considera-se instaurada a relação processual (art. 219 do CPC), não havendo, nesses casos, que se suspender o processo e nem o curso do prazo prescricional, porquanto superada a fase processual em questão.

Parece-nos claro o desejo do legislador em solucionar os litígios futuros quando, cautelarmente, preocupou-se com a produção das provas consideradas urgentes. E aqui procurou garantir, mais uma vez, a utilidade do processo. Ora, só se poderia cogitar de produzir provas urgentes nos processos novos, nunca nos processos velhos, com citação e provas já realizadas ou com instrução criminal em curso. Seria de se indagar qual a utilidade na aplicação da lei nova a um processo em vias de ser sentenciado. Por que e para que suspendê-lo?

O próprio período de *vacatio legis* estaria a indicar o propósito de permitir a ultimação das citações fictas já ordenadas, e a preparação para inauguração do novo sistema.

Bem de ver que o art. 6º do Decreto-Lei nº 3.931/41 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal), enuncia o princípio de que "**as ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior**". Esse dispositivo, como uma norma de transição, pode perfeitamente servir como um dos fundamentos para a não aplicação da lei nova aos processos criminais em andamento.

Admitir-se apenas a suspensão do processo, deixando fluir o prazo prescricional, como preconizam aqueles que vêem o caráter material na norma relativa à suspensão da prescrição, *data venia*, é mutilar a lei, ferir o seu sentido axiológico e teleológico e abrir a porta à impunidade, conduzindo a uma situação absurda que o hermeneuta deve de pronto repelir.

A interpretação que nos parece a mais sensata e também de efeito prático, na medida em que evita qualquer discussão acerca da aplicação retroativa da lei, eliminando-se essa possibilidade de cisão da norma com a suspensão do processo e a fluência do prazo prescricional, é a da aplicação da Lei nº 9.271/96 apenas aos processos novos, por delitos ocorridos na sua vigência.

O autor é membro do Ministério Público do Estado de Mato Grosso.

OS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E DA INDISPONIBILIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

(Afrânio Silva Jardim)

Divergindo da doutrina majoritária, entendemos que a Lei nº 9.099/95 não mitiga o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória. Não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

Na verdade, o legislador não deu ao Ministério Público a possibilidade de requerer o arquivamento do termo circunstanciado e das peças de informação que o instruírem quando presentes todas as condições para o exercício da ação penal. Vale dizer, o sistema do arquivamento continua sendo regido pelo Código de Processo Penal, descabendo ao Ministério Público postular o arquivamento do termo circunstanciado por motivos de política criminal. Aqui também não tem o *Parquet* discricionariedade que lhe permita manifestar ou não em juízo a pretensão punitiva estatal.

Por outro lado, estabelecemos uma premissa para compreensão do sistema interpretativo proposto: quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral — como a denúncia — fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o promotor de justiça terá que, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).

Entendendo o fenômeno processual desta forma, fica fácil compreender como o juiz está autorizado a aplicar a pena aceita pelo réu. Não há violação do princípio *nulla poena sine iudicio*. Existe ação penal, jurisdição e processo. Este é o devido processo legal.

Destarte, presentes os requisitos do § 2º do art. 76, poderá o Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou participação de uma **determinada** infração penal, ou apresentar a denúncia oral. Nas duas hipóteses, estará o Ministério Público manifestando em juízo uma pretensão punitiva estatal. Assim, a discricionariedade que existe está

restrita apenas entre exercer um tipo de ação penal ou o outro. Faltando um daqueles requisitos, não cabe a proposta e o Ministério Público terá o dever de oferecer a denúncia, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal.

Pelo exposto, fica claro porque ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar a sua própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado uma determinada infração de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação processual assim instaurada teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitório. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal que, pela Constituição da República é de exclusividade do Ministério Público. Também descabe dizer que o autor do fato tem direito subjetivo de ser acusado da prática de uma infração de menor potencial ofensivo...

Em verdade, o sistema que se depreende da referida Lei nº 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercer uma espécie de ação. Somente tem pertinência aplicar-se a regra do art. 28 do Código de Processo Penal quando o promotor de justiça, presentes todas as condições da ação penal, requer o arquivamento do termo circunstanciado, funcionando aí o juiz como fiscal do aludido princípio. Entretanto, se a ação penal é exercitada, seja pela proposta de transação, seja pela denúncia oral, cabe ao magistrado tão-somente fazer o juízo de admissibilidade daquela ação que lhe é apresentada.

Por derradeiro, resta dizer algumas poucas palavras sobre a sistemática da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, instituto que não é peculiar aos Juizados Especiais Criminais.

Aqui, forçoso é reconhecer que houve uma clara mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública condenatória, previsto no art. 42 do Código de Processo Penal. Oferecida a denúncia, pela sistemática do código, não tem o Ministério Público disponibilidade do processo; a pretensão punitiva foi deduzida e será apreciada pelo juiz, ainda que o próprio Ministério Público opine pela absolvição do réu, consoante autorizado pelo art. 385 do Código de Processo Penal. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, o pedido de condenação vai ser julgado, entrando-se no mérito do processo. Entretanto, se o crime im-

putado ao réu tiver pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, **presentes os requisitos do art. 89 da lei especial**, tem o Ministério Público a faculdade jurídica — a lei diz **poderá propor** — de sugerir ao réu a suspensão da relação processual mediante determinadas condições. Cumpridas tais condições no prazo fixado entre dois a quatro anos, estará extinta a punibilidade do acusado. Desta forma, o Ministério Público dispôs da *res deducta in iudicio*, o que lhe era expressamente vedado anteriormente para todas as infrações penais.

Trabalhando dentro desta ótica, pode-se melhor entender porque o juiz não pode fazer, de ofício, a proposta de suspensão do processo contra a vontade do titular da ação penal pública. Primeiro, porque estaria dispondo do que não tem: o direito de ação; segundo, porque estaria impedindo que o titular do direito de ação — que tem natureza constitucional — continue a exercê-lo; terceiro, porque estaria excluindo o Ministério Público da própria relação processual penal, destruindo o *actum trium personarum*, próprio do sistema acusatório. Outrossim, afasta-se a idéia de que a disponibilidade limitada da ação penal pública condenatória possa ser entendida como um direito subjetivo do réu. Cuida-se de discricionariedade, contra a qual nos insurgimos, mas outorgada expressamente pelo legislador ao titular do direito de ação. Note-se que, na ação penal privada exclusiva ou principal, onde o Código de Processo Penal deu discricionariedade de o ofendido conceder ou não perdão ao querelado, que também depende de aceitação, jamais se sustentou que tal perdão seria um direito subjetivo do acusado.

É preciso interpretar a Lei nº 9.099/95 dentro dos postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejáramos que o legislador tivesse dito. Na espécie, as diversas interpretações açodadas e simpáticas não contribuem para boa aplicação da lei, cujo espírito é corretíssimo e salutarmente vanguardista. O caos, que se está criando na doutrina, já com reflexos na jurisprudência, em nada contribui para concretizar as mudanças que devem ser sempre desejadas, mas pode levar ao desprestígio esta importante experiência em nosso País.

O autor é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, professor adjunto de Direito Processual Penal nas Faculdades de Direito da UERJ e Cândido Mendes, professor dos cursos de mestrado e doutorado da Universidade Gama Filho, mestre e livre-docente em Direito Processual.

O ARTIGO 85 DA LEI Nº 9.099/95 EM FACE DA MODIFICAÇÃO DO ARTIGO 51 DO CÓDIGO PENAL

(Alex Nunes de Figueiredo)

A Lei nº 9.268, de 01.04.96, que alterou alguns dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11.07.84), trouxe também, profunda modificação na Lei nº 9.099/95, especificamente no seu artigo 85, ao tratar da conversão da multa originariamente proposta pelo Ministério Público e aceita pelo acusado, em pena privativa de liberdade.

De acordo com o artigo 85 da Lei nº 9.099/95, o não pagamento da multa implica na sua conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Com a alteração do artigo 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/96, e a revogação dos seus parágrafos primeiro e segundo, revogada ficou também a primeira parte do artigo 85 da Lei nº 9.099/95.

Desta forma, hoje, o não pagamento da multa transacionada, deve ser analisado sob a ótica das modificações citadas.

Conforme a nova redação dada ao artigo 51 do Código Penal, transitada em jul-

gado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública.

Perdeu, portanto, a multa, o seu caráter penal, não sendo mais atribuição do Ministério Público a sua execução.

Ante a sua despenalização, a conversão da multa em pena de detenção, prevista no antigo artigo 51 do Código Penal, foi abolida, tendo, como consequência, a retroatividade do novo artigo, por se tratar de norma de direito material, para beneficiar os agentes porventura presos em virtude de anterior conversão ou para recolher os mandados de prisão expedidos pelo mesmo motivo.

Assim, a primeira parte do artigo 85 da Lei nº 9.099/95 também foi revogada, por aplicação da lei nova àquele, através do permissivo do artigo 12 do Código Penal, que diz: "*As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*".

O artigo 85 da Lei nº 9.099/95 não

dispõe de modo diverso, pelo contrário, repetiu, na parte em análise, o que já previa o antigo artigo 51 do Código Penal, estabelecendo, ainda, que a conversão da multa em pena privativa de liberdade se dará nos termos previstos em lei. Ora, qual lei? É claro que, nos moldes do artigo citado seria o Código Penal e a Lei de Execução Penal, esta, especificamente, no seu artigo 182, que também foi revogado pela Lei nº 9.268/96.

In casu, portanto, não há a aplicação do princípio da especialidade.

Com a alteração sofrida pelo artigo 85 da Lei nº 9.099/95, conclui-se, destarte, que hoje, a consequência do não pagamento da multa pelo acusado será apenas a conversão desta em restrição de direitos, de acordo com a parte não revogada daquele, mas nunca em pena privativa de liberdade.

O autor é membro do
Ministério Público do Estado de Rondônia.

A PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA

(Sérgio Rosenthal)

Com o advento da Lei nº 9.099/95, diversos feitos processuais tiveram seu curso alterado diante da aplicação do disposto em seu artigo 89, ou seja, a suspensão do processo mediante condições determinadas.

Ocorre, entretanto, que em alguns casos, quando o réu se encontra fora do território da jurisdição do juiz, tal medida tem sido encaminhada ao réu por meio de carta precatória, provida de todas as condições para a suspensão já previamente estipuladas, e com a finalidade única de questionar o réu e seu defensor sobre sua eventual aceitação.

Porém, dessa maneira, impede-se o réu de transacionar a respeito da proposta formulada junto ao juízo deprecante.

A despeito do princípio da discricionariedade do juiz, é o juízo deprecante, formulador da proposta, o competente para transacionar a respeito das condições sugeridas na proposta inicial, na busca de um consenso, pois apenas aquele juízo poderá acatar eventual contraproposta do defendente.

E isso parece óbvio, na medida em que sendo o juízo deprecante o competente para formular a proposta, é igualmente competente para aceitar uma contraproposta.

Vale lembrar que o aludido art. 89 faz referência a uma **proposta** e não a uma **imposição**, sendo certo que é direito do réu discordar, oferecendo uma contraproposta.

Aliás é o entendimento doutrinário no sentido de que: "*Nada impede que o acusado não aceite os termos da proposta e faça uma contraproposta. Considerando que a suspensão do processo é fruto do princípio da discricionariedade, a transação complexa é perfeitamente possível e tudo deve ser feito de modo informal e oral. Exatamente porque tudo é oral (art. 2º), impõe-se a presença do juiz (imediato)*".

"*A suspensão do processo, em suma, possui natureza intrinsecamente transaccional (ao menos no que concerne ao acusado)*".

"*O juiz tem que conversar com o próprio acusado, inclusive para ajustar a*

dosimetria das condições, tão importante em termos de prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização)" **Juizados Especiais Criminais, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, Ed. RT, pp. 191/192/217.**

Entendemos, dessa forma, que nos casos mencionados, é necessária a realização de audiência conciliatória, designada perante o juízo formulador da proposta de suspensão do processo, oferecendo-se ao réu a oportunidade de transacionar à respeito da mesma, buscando-se um consenso na fixação dos termos e condições para sua aceitação, adequando-se a medida à sua situação econômica, social, cultural e psicológica, visando sempre, como objetivo primordial sua ressocialização, e não sua punição sumária, o que só se admite após o justo processo legal.

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

DEFESA TÉCNICA X AUTODEFESA

(Ana Sofia Schmidt de Oliveira)

É conhecido o adágio "quando um não quer, dois não brigam" e não haverá quem deixe de encontrar aí alguma verdade. De fato, a divergência das vontades, no mais das vezes, não conduz à ação. Aqui, o resultado é a paz e a paz é sempre bem-vinda.

A divergência das vontades, quando emanadas de pessoas que, devendo ter os mesmos interesses, têm, porém, visões distintas a respeito de como defendê-los, não traz resultados tão tranquilos assim.

No processo penal, o campo em que tal divergência aparece com frequência, é o da atuação da defesa. Aqui, poder-se-ia indagar: Quando um não quer, dois não recorrem?

A colidência entre a vontade do réu e a do defensor é questão tão difícil como séria. Quantos defensores, e o dia-a-dia na Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal, por exemplo, confirmam isso, não se viram já, em nome da amplitude da defesa, instados a arrastar a terceira ou quarta reiteração de revisão criminal, já indeferida? Ou ainda apelação de réu confesso e seguramente reconhecido, apenado no mínimo legal? Ou tantos outros pedidos sem amparo legal, escarafunchando, em tal mister, não só seus conhecimentos técnicos mas sobretudo sua imaginação? O problema, enfim, abarca questões fundamentais do processo e, por isso, merece reflexão.

O princípio da ampla defesa, expresso no artigo 5º, LV da Constituição Federal, em razão de sua magnitude e da importância de seus efeitos, é um dos alicerces do processo penal. Todos os atos praticados no curso da instrução lhe devem respeito e de eventual afronta resulta nulidade. Composta da autodefesa e da defesa técnica, a ampla defesa é mais que qualquer dos seus componentes.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (As Nulidades do Processo Penal, Malheiros Editores, p. 64), afirmam que: "A defesa, no processo penal, apresenta-se sob dois aspectos: a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é, sem dúvida, indisponível, na medida em que, mais que garantia do acusado, é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório, e, conseqüentemente, à própria im-

parcialidade do juiz. Por isso, a Constituição de 1988 considera o advogado indispensável à administração da Justiça (art. 133) e estrutura as defensorias públicas (art. 134)."

O efetivo desempenho da defesa técnica no processo penal é questão de ordem pública, que deve ser fiscalizada pelo juiz. Por esse motivo, é entendimento pacífico hoje que a regra prevista pelo artigo 497, V, do Código de Processo Penal aplica-se a todos os casos em que estiver indefeso, ou assim for considerado, o réu. O equilíbrio dentro do processo penal é atingido quando, e apenas quando, o defensor, comprometido exclusivamente com a defesa, cumpre adequadamente sua tarefa. A questão que aqui se coloca é exatamente o que significa este "cumprir adequadamente".

Discorrendo sobre a função do defensor no processo penal, **Figueiredo Dias (Direito Processual Penal, 1º vol., Coimbra Editora, p. 469)** a caracteriza, substancialmente, como aquela atribuída a "alguém que possuindo os conhecimentos jurídicos necessários, tenha por missão exclusiva fazer avultar no processo tudo quanto seja favorável à posição jurídica do arguido". Depois, ao determinar a posição jurídica do defensor, diz que o fundamento da atuação do advogado no processo penal "não deve ver-se na procuração forense ou nos poderes representativos concedidos pelo arguido. Deve sim encontrar-se diretamente no poder-dever que a lei confere ao defensor no exercício de sua função — ufficio, que lhe chamam com razão os autores italianos! — de defesa que não fica ligada às instruções ou à vontade do arguido. Neste sentido pode e deve afirmar-se que a função da defesa é pública, tem o seu assento no direito público e não no instituto jurídico privado da representação" (pp. 469/70). E, mais adiante, referindo-se aos direitos do defensor: "São, na verdade, mais amplos do que poderiam ser se tivessem interesse apenas contratual e têm a sua origem na própria lei processual penal. Isso significa, por força, que o defensor exerce uma função pública de administração da Justiça e é, por conseguinte, um órgão desta administração".

A defesa técnica é, afirmou-se inicial-

mente, garantia a que não pode o réu renunciar. Agora, derrama-se uma nova luz sobre esta afirmação: não pode o réu renunciar à defesa técnica porque esta transcende seus interesses pessoais para atingir e afetar os da própria comunidade jurídica.

Ora, se o advogado é órgão da administração da Justiça, se o desempenho de seu mister no processo penal é questão de ordem pública, se a exigência de defesa técnica tem assento constitucional e é indeclinável, se o que legitima a atuação do defensor é antes o interesse público que o mandato particular, é decorrência lógica e inafastável dizer que, no caso concreto, pode e deve o defensor atuar com autonomia em relação à vontade do réu, em respeito ao conhecimento técnico que possui. Ou ainda: se deve o advogado colocar a serviço do réu o arsenal técnico que possui, como esperar que abandone este arsenal, para agir de acordo com as instruções e vontade do defendido?

Por fim, é preciso analisar pensamento que por vezes obsta a concretização deste posicionamento. É o seguinte: dizer que determinada providência é pertinente ou não envolve o conhecimento, a análise crítica, a conclusão. Este processo mental evolui a ponto de ver-se o advogado realizando julgamento acerca da viabilidade da pretensão do réu, obstando-lhe a seqüência se a considerar descabida. Muitos dirão caber ao réu o direito de ver sua pretensão analisada pelo Poder Judiciário e muitos advogados sentir-se-ão pouco à vontade quando a obsta, quase como se estivessem a usurpar função alheia. Mas a valoração da pertinência da medida é mera decorrência da exigência de capacidade postulatória para a prática de muitos atos em juízo. E caberá ao juiz, em decorrência daquele entendimento mais alargado que hoje merece o artigo 497, V, do Código de Processo Penal, fiscalizar o bom desempenho do defensor, declarando indefeso o réu se entender que a opção daquele contraria os verdadeiros interesses deste.

A autora é procuradora do Estado em São Paulo.

LEI Nº 9.299, DE 07.08.1996

Altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 1.001 e 1.002, de 21.10.1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente.

Artigo 1º - O artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21.10.1969 - Código Penal Militar passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Artigo 9º - (...).

II - (...).

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formação, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

(...)

f) revogada.

(...)

Parágrafo único - Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil,

serão de competência da Justiça Comum."

Artigo 2º - O "caput" do artigo 82 do Decreto-Lei nº 1.002, de 21.10.1969 - Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido, ainda, o seguinte § 2º, passando o atual parágrafo único a § 1º:

"Artigo 82 - O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

(...)

§ 1º - (...)

§ 2º - Nos crimes contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial à Justiça Comum."

Artigo 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

(DOU, Seção I, 08.08.1996, p. 14.941)

ASPECTOS JURISDICIONAIS DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL

(Sérgio Mazina Martins)

Um sistema cuja lógica interna repouse na pura retribuição do mal com o próprio mal será, inexoravelmente, um sistema fadado ao fracasso. A partir dessa premissa de cunho histórico — o que se acrescenta sem prejuízo de sua substancial iluminação ética — cabe aos operadores do Direito uma releitura dos fundamentos da execução penal quando, entre nós, a Lei nº 7.210/84 completou seu primeiro decênio de existência. O repertório jurisprudencial e doutrinário acumulado ao redor dessa experiência, ao lado da crucial vivência cotidiana dos casos concretos, habilita-nos a uma formulação crítica inicial quanto aos caminhos que se abrem para a premente questão do (des)cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil. Insiste-se em afirmar a inspiração utópica e impraticável do texto legal. Se é certo que tem ele deficiências, não será menos certo que sua história ilustra sobretudo a descrença dos operadores jurídicos quanto à sua racionalidade. Em suma, se a Lei nº 7.210/84 não tem até aqui funcionado a contento, isso decorre menos dela própria e, mais, das reservas que a comunidade judiciária guarda para com as concepções dessa lei, insistindo todos, em maior ou menor medida, que o mal representado pelo crime há de ser retribuído com o mal consistente na exacerbação física da pena. Se a lei não se aplica a contento, isso se deve ao fato de que nós próprios não acreditamos nela, ou seja, não compartilhamos do postulado de que a execução da pena privativa de liberdade deve ser um caminhar constante para a libertação.

Trata-se, afinal, de ensinar ao condenado condições ambientais para a reconstrução (no mais das vezes será a construção primeira) de sua cidadania. Para tanto, imprescindível seja ele **agente** dessa experiência ou, mais tecnicamente, seja ele sujeito ativo de direitos e obrigações. Nesse contexto, surge o trabalho como prática libertadora e responsabilizadora; o exercício do aprendizado escolar e profissionalizante; a disciplina própria e associativa; o exercício da livre religiosidade; o direito de opinião crítica. Trata-se, em suma, de propiciar o acesso a experiências elaborativas pelas quais o homem alcance seu aperfeiçoamento pessoal e sua reconstrução enquanto membro de uma comunidade.

Portanto, a elevação de regime prisional é um momento de grande relevância no processo de execução penal, para ela convergindo seu princípio de caminhar permanente. A negativa reiterada da progressão exerce um efeito danoso não apenas para o condenado mas, também, para a comunidade que se obriga a um dispêndio gigantesco de esforços para a manutenção daquele em estabelecimento inadequado a suas condições pessoais. É certo que a avaliação dessas condições visa à formulação de um prognóstico, do

qual não há como afastar seus riscos inerentes. Mas riscos também haverá na manutenção do preso em um regime fechado já impróprio e insatisfatório, sobretudo quando é sabido que nossa atual realidade prisional leva o regime fechado a esgotar seu potencial no cumprimento de um papel puramente contensivo, sem oferecer as perspectivas vivenciais mais ricas e complexas que, bem ou mal, são propiciadas a partir da inserção do condenado no regime subsequente. Admitir que esses riscos adiem a progressão seria, *ultima ratio*, correr o risco maior de deturpar os fundamentos racionais da lei penal, a esta impondo uma acepção estática, cristalizada e impassível de qualquer pedagogia. Todos vêm aquele preso que, elevado ao semi-aberto, aproveitando a menor vigilância direta se evade e retorna ao delito, mas poucos certamente terão olhos assim abertos para aquele que, apresentando todas as condições de ser elevado, acaba obrigado a cumprir sua pena inteiramente no regime fechado: o fato de uma tragédia ser mais silenciosa não a torna menos entristecida, sobretudo quando recordamos que também no interior dos estabelecimentos prisionais fechados delitos graves podem e são efetivamente cometidos, inclusive por desespero, por desalento, por retrocessos enfim. A infeliz concepção de que o *in dubio pro societate* vigoraria no processo de execução penal peca não apenas por irrazoabilidade lógica mas, principalmente, por seu insustentável caráter fragmentário: que outro interesse mais legítimo poderia vestir a sociedade política, não fosse o de atingir a completa operacionalidade de sua própria lei penal para, então, chegar aos fins nela tão custosamente perseguidos? O grande objetivo da sociedade não será certamente o de manter o condenado no regime fechado mas, a rigor, o de ver o mais completamente possível satisfeito o espírito progressivo adotado pelo legislador que, para tanto, ela própria bem legitimou.

Na busca de contrariar a aplicação prática da racionalidade da lei, progressões de regime são desencorajadas sob os mais imaginosos argumentos, cujos fundamentos porém devem ser investigados criticamente por todos que buscam uma concepção modernizante para o direito penal. Nega-se a progressão, por exemplo, à vista do pretendente ostentar a chamada "situação processual indefinida", ou seja, estar respondendo a outros processos penais ainda em andamento, com ou sem condenação em primeira instância, mas sem trânsito em julgado. Ora, impeça aqui o princípio da presunção constitucional de inocência, à luz do qual é inadmissível que se possa invocar tais processos em desabono do condenado. Não bastasse isso, é certo ainda que, a rigor, a existência de outros processos em andamento não tem a menor razão para impedir a invocação dos

institutos próprios do processo de execução penal que, assim, deve seguir seu exato curso. Evidentemente, a sentença concessiva da progressão nesse caso deve observar que a medida não deverá ser efetivada pela autoridade administrativa caso haja, em vigor, medida de prisão cautelar contra o pretendente, salvo se o título dessa prisão for compatível com o novo regime prisional (regime aberto ou semi-aberto): de qualquer modo, solucionada a prisão cautelar, abrir-se-á ao condenado a perspectiva de imediata inclusão no novo regime, no qual estará, quanto ao processo de execução, formalmente incluso desde logo, inclusive para efeito de contagem do requisito temporal para postular adiante nova progressão. Em outras palavras, nesses casos a ordem de transferência de regime será clausulada. O que não se admite, mesmo porque não há motivos para isso, é que o Juízo da execução instrumentalize seu processo para, com base nele, à distância das informações técnicas mínimas que estão ao exclusivo dispor do Juízo de conhecimento, decretar uma prisão preventiva às avessas. Se o Juízo de conhecimento entende ser caso de prisão cautelar, então que a decreta, caso em que a medida em princípio será impeditiva da efetivação da transferência; caso contrário, se ele admite que o réu responda ao processo até mesmo em liberdade, então não haveria porque inviabilizar a progressão de regime prisional pelo processo de execução. Finalmente, também não se há de preocupar quanto à possibilidade da prisão cautelar desaguar em condenação definitiva mais gravosa, hipótese que se soluciona sem maiores problemas à luz do próprio repertório legal (LEP, art. 111, parágrafo único).

A concepção da pena com claustro é logicamente insustentável e humanamente abominável: o que traz a reflexão não seria por certo o limite físico e institucional, mas o ânimo interno de refletir, o que é melhor propiciado em um espaço vivencial mais amplo. Os limites institucionais do regime fechado hoje esgotam-se praticamente no papel contensivo, devendo ser reservado para aqueles casos onde a pessoa está ainda sob a influência forte de algum surto criminógeno. Superada essa fase, o que pode ser constatado pela avaliação criminógena e pessoal oferecida a partir dos trabalhos técnicos, na qual a discussão das circunstâncias do delito cometido também tem irrecusável valor, uma vez assentado o diagnóstico de que os fatores que mais intensamente trouxeram a pessoa para o crime já não estão mais presentes, abre-se a perspectiva de imediata progressão ao semi-aberto. O objeto precípua dessa investigação é como





o condenado suportou a aflição da pena privativa de liberdade e se, nessa jornada, soube elaborar seus conflitos e sua própria condição comunitária.

Pese embora a taxativa afirmação doutrinária (**Sérgio Pitombo, Álvaro Mayrink da Costa, Mirabete**), temos ser possível, em circunstâncias excepcionais, a progressão do regime fechado para o semi-aberto mesmo sem o parecer dos setores técnicos da CTC. Cabe frisar que o **exame criminológico** propriamente dito (LEP, arts. 8º e 96), ou seja, aquele exame inicial que se debruça sobre o binômio pessoa-delito, é exigível em todos os ingressos do condenado no regime fechado mas, infelizmente, a realidade administrativa não disseminou sua prática, inexistindo ele, por exemplo, nos estabelecimentos paulistas. Já o **parecer técnico** que se destina, dentre outras hipóteses, também para a progressão de regime (LEP, art. 6º, última parte), pode, por razões administrativas, eventualmente também não ter como ser realizado, tal como muitas vezes circunstancialmente ocorre quanto a presos que estão recolhidos em cadeias públicas e distritos policiais, sem perspectivas reais de obterem a transferência para estabelecimentos adequados ou de, ao menos, terem acesso a uma equipe técnica. Nesses casos, quando a carência do parecer técnico decorre de circunstâncias concretamente incontornáveis e tributáveis exclusivamente à administração pública, não há como o condenado ser indefinidamente penitenciado com a real impossibilidade de conquistar a progressão, cabendo assim ao juiz apreciar o mérito do pedido com os elementos que dispõe nos autos, sobretudo quando a hipótese versa sobre condenação por delito cometido sem violência ou grave ameaça, onde o regime fechado decorreu de uma reincidência ocasional. A mesma lógica impõe-se quando a administração penitenciária não tem como compor adequadamente o parecer da equipe técnica, diante do que igualmente se deve apreciar o mérito com os elementos disponíveis para que o preso, afinal, não acabe respondendo por uma falta que absolutamente não lhe pode ser atribuída. Essa é uma postura garantista que se impõe ao magistrado que, em qualquer caso, deve fundamentar ricamente sua decisão.

Quando possível a obtenção do parecer da CTC (o que será a maioria dos casos), não se pode, à vista de seu conteúdo, correr o risco de interpretar com o pensamento comum uma linguagem técnica nem sempre acessível ao primeiro olhar. A leitura que se invoca não será aquela meramente pontual e estanque, muito menos aquela que toma informações isoladas de caráter rigorosamente constitutivo do condenado e que, portanto, não têm como sofrer maior modificação no campo restrito de nossa já limitada realidade prisional. O que se impõe, como premissa, é uma leitura globalizante des-

sas informações, contrastando-se os elementos positivos e negativos em um exercício dialético para, afinal, ser colhida a síntese da realidade humana sobre a qual se debruça o magistrado, aqui quase alçada à condição de investigador.

Interpretações precipitadas comumente negam a progressão porque o pretendente não assumiu, nas entrevistas, sua responsabilidade nos delitos pelos quais foi condenado. Ora, o que se busca não é a eloquente expiação pública de alguma culpa magnífica, a exemplo dos velhos procedimentos da Santa Inquisição. Nesse particular, o ponto correto de investigação há de ser a capacidade de elaboração autocrítica da vida passada e não apenas de uma vivência específica, diante da qual podemos tão-somente falar em mero exercício do direito de opinião que, eventualmente, estará contaminado por alguma insincera vergonha. Outras vezes encontramos julgados que recusam a progressão porque o pretendente ainda apresenta traços de **agressividade**, ou **impulsividade**, ou **imaturidade**: sobre esses temas, necessário recordar que são antes aspectos constitutivos do indivíduo, tributáveis a forças anímicas vitais, importando menos sua presença ou intensidade mas, sobretudo, o modo como a pessoa os elabora em suas experiências cotidianas ou, como se diz, sua real capacidade adaptativa (**Alvino Augusto de Sá**). Não deve se furtar o julgador, ainda que a pretexto de uma celeridade indulgente, de seu gigantesco compromisso para com a discriminação criteriosa de todas essas informações: não podemos esquecer que o próprio processo judicial, enquanto patrimônio histórico, cultural e significativo da humanidade, surge exatamente para a rica microscopia do caso concreto. Outro por certo não teria sido o fundamento lógico da jurisdicionalização da execução penal, fenômeno universal que emerge nas legislações modernas.

De particular relevância, em toda essa avaliação do mérito, os aspectos atinentes ao comportamento disciplinar do condenado. Não se trata de ceder à facilidade de tão-somente detectar a ocorrência ou não de faltas disciplinares pretéritas: necessário adentrar na natureza e no exame de suas circunstâncias, de sua distância no tempo, do ambiente em que se verificaram, questionando então se persiste alguma rebeldia imane ou se, ao contrário, remanesce apenas o registro de um desespero afinal superado. Outrossim, se é certo que não basta o bom comportamento carcerário para assegurar a progressão de regime prisional (**Mirabete**), não será menos certo que por vezes o bom comportamento não vem sendo devidamente valorado no repertório jurisprudencial: necessário frisar sempre sua devida importância no espectro mais amplo da avaliação do mérito do pretendente, sobretudo quando esse item está amplamente satisfeito no caso concreto, pois o mesmo olhar de censura que se debruça sobre a falta deve ter igual vigília para os registros positivos de uma conduta carcerária exemplar.

Por outro lado, não se há de recusar a progressão de regime apenas porque ainda resta longa pena a ser cumprida. Uma vez atendido o requisito temporal em sua singeleza, já não cabe inventar novos limites temporais à revelia daqueles estabelecidos pelo legislador ordinário no regular exercício de sua exclusiva competência constitucional. Invasão desse porte, a rigor, sequer seria admissível pelo Ministério Público, em cujos ombros repousa, no universo do contraditório processual, também a sentinela da lei penal. Ademais, tal seria recusar a própria racionalidade política dessa lei, aqui institucionalmente consagrada após grave processo legislativo e que, de resto, valora aspectos racionalizantes nem sempre ao dispor imediato do magistrado que, queira ou não, está circunscrito a um repertório mais específico e quiçá menos concreto.

Nossa lei, a exemplo de outras estrangeiras, foi econômica ao regulamentar os procedimentos, sendo nítida a intenção de conceder maior liberdade em busca da celeridade tão reclamada na prestação jurisdicional. Assim, havendo a concordância expressa das partes, a inteligência do art. 196 da LEP não impede que o procedimento judicial para a progressão de regime seja, por exemplo, concentrado em uma audiência, com a presença do preso e quiçá realizada em visita judicial ao estabelecimento, desde que se garanta o amplo contraditório, documentado na respectiva assentada. Providências dessa ordem concentrariam atos que possivelmente se arrastariam por semanas ou meses.

Retorna-se sempre às angustiantes deficiências de nossa entristecida realidade prisional, esquecendo-se o aplicador da lei os magníficos instrumentos que ela própria muitas vezes lhe oferece para uma atuação afirmativa e de colossal significação histórica. Resta assim a perspectiva de ensinar vida à lei, cuja ação racionalizante vem sendo muitas vezes negada por expedientes massificantes, a pretexto de concepções fáceis porque simplesmente longevas. Afinal, a própria e secular ciência das coisas humanas alerta que não há terapia sem o desenho de uma **experiência vivencial concreta**: eis aí o postulado básico do caminhar da pena privativa de liberdade, postulado que não pode ser esquecido em nome de uma pseudo defesa social que, a rigor, nada defende mas, afinal, a todos e a tudo agride com sua monstruosidade. Se o regime fechado é contencioso, é certo também que sua tendência maior é a animalização da vida a níveis tão graves quanto grotescos. Há sim um aspecto modernizante na pena privativa de liberdade quando vista como um estruturado processo dinâmico, aspecto este que não dispensa, antes reclama, uma atuação jurisdicional lúcida, persistente, verdadeiramente pacificadora.

O autor é membro da Associação Juizes para a Democracia, tesoureiro do IBCCrim e juiz de direito auxiliar na Vara das Execuções Criminais de São Paulo.

O JUIZ CRIMINAL E A PROVA ORAL

(Adalberto José de Camargo Aranha)

1. APRESENTAÇÃO

O ilustre desembargador **Bruno Afonso de André**, com sua sabedoria, dizia que o mérito maior do juiz de primeiro grau está mais na feita da instrução do que na sentença. E isto porque a instrução mal feita não se renova, perde-se, ao passo que a sentença mal dada ou errada pode ser corrigida pelo reexame do recurso.

O juiz criminal busca a verdade real, difícil de ser alcançada, para a prolação da sentença e ele, para tanto, fica sempre na dependência da melhor ou pior colheita da prova, cujo exame e análise serão só seu.

Entre as provas criminais avulta-se com um gigantismo relevante a prova oral, que se revela de três formas: o interrogatório, a ouvida da vítima e a narrativa das testemunhas.

Neste modesto estudo, tão modesto quanto seu autor, vamos procurar fazer uma pequena análise sobre a conduta e o modo de agir do juiz criminal na colheita da prova oral.

2. DO FAZER DO JUIZ

Disse e disse-o bem o culto magistrado dr. **Sidney Agostinho Beneti** que "a audiência é a vitrine judiciária porque é nela que se visualiza o principal ato pelo qual se conhece o juiz no decorrer do processo". E acrescentou, com profunda mestria: "Já se disse que a educação do juiz se visualiza na audiência. Nela o profissional se expõe, ajuntando as palavras de mera condução dos trabalhos e aos termos das decisões registradas na escrita aquela outra linguagem muito mais complexa, que provem do ver e do ouvir, formando empatia ou antipatia, imagem de credibilidade ou desconfiança, seriedade ou levandade, tudo a comunicar algo que se agrega aos escritos do julgamento e auxilia ou prejudica a realização da Justiça" (*Deontologia da Linguagem do Juiz*, in *Curso de Deontologia da Magistratura*, Ed. Saraiva, p. 125).

Por seu turno, o juiz tem o dever de urbanidade, obrigação funcional prevista no inciso IV do art. 35 da LOM. Este dever de urbanidade não é só para com os profissionais do Direito, mas também para com o réu que está sendo processado, com a vítima e as testemunhas. Todos merecem o mesmo e igual tratamento. A respeito do dever de urbanidade afirmou com absoluta propriedade o ilustre juiz **José Renato Nalini**: "O juiz se preordena a resolver as controvérsias. A parte é a destinatária última de sua existência. Não se concebe que o juiz se recuse a atender a parte ou a trate com menosprezo ou desatenção. O mínimo exigível a um magistrado é que ele tenha boa educação de berço. Que não se irrite e nem se exaspere ou se impaciente. O bom juiz, em sua atuação, personifica a caridade, cujos atributos São Paulo traçou na memorável primeira epístola aos Coríntios" (*O Juiz e suas Atribuições Funcionais*, in *Curso de Deontologia da Magistratura*, Ed. Saraiva, p. 7).

Portanto, a conduta do juiz na presidência

da audiência, quando se produz a prova oral, deve ser norteada pelos seguintes princípios, reveladores de sua atuação e de sua verdadeira vocação:

a) Por primeiro, um tratamento educado e cordial para com quem é ouvido, a ponto de deixá-lo tranqüilo para fazer o seu relato. O juiz atrabiliário, colérico, rancoroso inibe quem está sendo ouvido, lembrando-se sempre que este último já está constrangido pela solenidade do ato e pela relevância e gravidade de sua narrativa.

Quem é ouvido deve ficar "à vontade" para fazer um relato livre o quanto possível das influências emocionais do momento. Recomenda-se o tratamento de "senhor", pois ele nos revela uma posição de superioridade do juiz, ao mesmo tempo em que, para quem está sendo ouvido, não produz constrangimento.

Cabe aqui a lembrança: "*O tratamento urbano e cordial ajuda a reabilitar a confiança na Justiça. O respeito que se tributa à instituição não se deriva dos berros, dos cenhos contraídos, da rispidez da fala ou de maus modos. Só a insegurança provinda da falta de conhecimento ou de descrédito nas suas próprias qualidades pessoais, se traduz na falta de polidez*" (Juiz **José Renato Nalini**, *O Juiz e suas Atribuições Funcionais*, in *Curso de Deontologia da Magistratura*, Ed. Saraiva, p. 8).

Juiz ríspido e atrabiliário revela insegurança profissional e desequilíbrio emocional. Não é um juiz, mas alguém que exterioriza uma situação psíquica de total inferioridade e que só sabe agir ancorado no cargo.

b) Ao formular as perguntas o juiz deve procurar o uso da mesma linguagem do perguntado, falarem ambos a mesma língua. O trato verbal em igualdade permite a revelação da verdade.

Ao técnico, a pergunta tecnicamente formulada; ao simples a pergunta feita com simplicidade, com vocabulário de seu mundo pessoal; às crianças o vocabulário correspondente à idade, etc.

O juiz deve procurar a linguagem do universo do perguntado, a ponto de permitir a ele entender a pergunta feita; deve usar um linguajar ameno, igual e inteligível.

c) Por fim, deve ser rigorosamente imparcial ao perguntar e, principalmente, ao redigir.

É certo que o juiz, por ser humano, não está isento e nem livre das influências emocionais frente ao fato submetido ao seu julgamento. Não se pode exigir do juiz o mesmo estado emocional frente a um criminoso repugnante e um pobre infeliz criminoso ocasional. Contudo, tem que revelar absoluta isenção, total imparcialidade.

Como já dissemos alhures, o juiz deve perguntar "sem os vícios de inteligência (armando ciladas, trazendo na pergunta a resposta pretendida, etc.) ou de vontade (sem coação ou situação de constrangimento ou vexame)" (*Da Prova no Processo Penal*, 3ª ed., p. 75). Vale dizer, atuando com absoluta imparcialidade o juiz deve evitar a formulação de perguntas capciosas ou que constranjam o perguntado. A cultura, a inteligên-

cia e a posição do juiz lhe permitem, se for mau juiz, embaraçar e inibir a pessoa ouvida, a ponto de obter dela a resposta desejada, nem sempre reveladora da verdade.

Portanto, deve ser equilibrado e imparcial ao perguntar e, ao depois, fiel ao reproduzir a resposta dada.

Em alinhavo, como deve proceder o juiz na prova oral.

3. DO INTERROGATÓRIO

A primeira questão que surge quando se pergunta como deve ser feito o interrogatório é a análise de sua exata natureza jurídica: se meio de prova ou meio de defesa. E isto porque o interrogatório deve ser feito tendo em vista a sua natureza jurídica: se for entendido como meio de prova, as perguntas devem ser livres, desde que dentro do tema; se meio de defesa, lança-se a acusação e em seguida ouve-se o interrogado, a sua defesa, sem qualquer influência, sem mais nada ser indagado, na forma prevista pelo art. 296 do antigo Código de Processo do Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara.

A doutrina não é concorde sobre a exata natureza jurídica, porém a jurisprudência considera como meio de defesa (cf. *RTJ*, 73/760 e *RT* 491/362).

Temos para nós que deve ser considerado como meio de prova e por quatro motivos: primeiro, porque assim colocado no código e como tal considerado pelo julgador para formar sua convicção; por segundo porque o juiz pode perguntar livremente, embora norteado pela diretriz do art. 188 do CPP; por terceiro, porque pode atuar tanto contra o acusado, como no caso de confissão, como em seu favor; por fim, porque o silêncio, a recusa, embora seja um direito do réu, atua como um ônus processual (arts. 186 e 191 do CPP). A desconsiderá-lo como meio de prova temos dois relevantes fatores: não há contraditório e não existe em certos procedimentos, como o relativo a crimes eleitorais e só se realiza a pedido do réu nos crimes de imprensa.

O juiz, ao interrogar o réu, deve ater-se que as perguntas a serem feitas são de três espécies: em primeiro lugar, perguntar sobre os fatos que fundamentaram a acusação, todos os elementos ligados ao objeto da acusação (art. 188, I, IV, V, VI, VII, do CPP); ao depois, será perguntado sobre os antecedentes pessoais, como a sua vida pregressa, a sua situação familiar, social, cívica, etc., elementos que servirão para a fixação da pena, em caso de eventual condenação (art. 188, VIII, do CPP); por fim, será indagado sobre as provas já colhidas, podendo falar sobre a vítima e as testemunhas que serão ouvidas no processo, dando ao acusado a possibilidade de contrariar a imparcialidade das provas (art. 188, II, III e IV, do CPP).

O interrogatório deverá ser feito com perguntas que se enquadrem dentro da moldagem desenvolvida.

4. DA OUVIDA DO OFENDIDO

A posição do ofendido é bem curiosa: não





é parte, pois como tal age o Ministério Público, salvo nas ações privadas, e nem testemunha, já que não é terceiro desinteressado, mas sim pessoa diretamente interessada na solução da demanda.

A sua posição é toda especial de sorte que: não precisa ser arrolada pelas partes para ser ouvida, sendo que a mesma é uma determinação legal diante dos termos expressos no art. 201 do CPP; não é computada entre as pessoas que as partes podem ouvir e não presta compromisso, com o que não pode cometer o crime de falso testemunho.

O depoimento a ser prestado pelo ofendido está limitado pelo art. 201 do CPP: será perguntado sobre as circunstâncias do fato, a autoria e as provas.

Portanto, não teremos perguntas livremente feitas, mas sim com a liberdade relativa que permite o art. 201 do CPP. A lei prevê um depoimento bitulado pelas três indicações referidas.

5. DO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS

"As testemunhas são os olhos e os ouvidos da Justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer justiça, não valido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de prova; sua importância no campo criminal é considerável; freqüentemente é a única base da acusação." Sábias as palavras de Bentham.

Várias são as definições sobre a prova testemunhal e a testemunha, porém propomos a seguinte: "Testemunha é todo o homem, estranho ao feito e equidistante às partes, capaz de depor, chamada ao processo para falar sobre fatos caídos sob seus sentidos e objeto dos litígios" (*Da Prova no Processo Penal*, p. 115).

Ao apreciar a prova testemunhal o juiz deve tomar as seguintes providências em relação à pessoa a ser ouvida:

a) se realmente reúne as condições de testemunha: se é pessoa física (a pessoa jurídica nem por seus representantes testemunha, mas presta informações), se é terceiro, se está equidistante das partes a ponto de não ter interesse na demanda, se foi chamada a depor e se tem capacidade para depor;

b) as testemunhas não emitem opinião pessoal e nem falam sobre conjecturas, mas apenas reproduzem fatos percebidos através de seus sentidos: presenciou a cena (vista), ouviu os disparos (ouvido), o cheiro era de sangue (olfato), a arma ainda estava quente (tato), era grande o teor alcoólico da bebida (paladar). Em momento algum a testemunha pode emitir sua opinião, o que importaria em julgamento, cuja tarefa não é sua, mas do juiz;

c) por terceiro, deve verificar se a pessoa cuja ouvida é pretendida não está dispensada (art. 206 do CPP), se não é suspeita, inidônea ou defeituosa (moral ou psiquicamente) para dizer a verdade ou se não está proibida de depor (art. 207 do CPP).

Ponto relevante diz respeito ao modo como as perguntas devem ser feitas.

Certos perguntadores, por violência psicológica, arrastam as testemunhas para onde desejam, obtendo a resposta pretendida. A pergunta prepara a resposta desejada.

A pergunta deve ser feita pelo juiz à testemunha sempre livre dos vícios da inteligência (sugerindo, insinuando) ou da vontade (coagindo).

De forma perfeita o *Códex Iuris Canonici*, em seu cân. nº 1.564, estabelece a forma pela qual as testemunhas devem ser perguntadas: "As perguntas sejam breves, adaptadas à capacidade do interrogado, não abrangendo muitas coisas ao mesmo tempo, não capciosas, não sugeridora da resposta, isentas de qualquer ofensa e pertinentes à causa em questão". O cânone em questão, de maneira sucinta revelou corretamente a forma de perguntar. O código austríaco estabeleceu expressamente que as perguntas não devem ser incertas, obscuras, equívocas ou insidiosas, fluindo numa sequência normal e natural (art. 200, I). Deve ser usado como paradigma. Note-se que não há qualquer forma conhecida de perguntar que não traga uma maior ou menor força sugestória; o que deve ser observado é a que contenha menor grau insinuatório.

Constituem formas viciosas de perguntar, por trazer em seu bojo uma profunda eficácia sugestiva, as perguntas feitas da seguinte maneira:

a) Disjuntiva completa: "O acusado foi preso com o relógio da vítima ou não?" Há,

no caso, uma força sugestiva em sentido afirmativo.

b) Expectativa: "O relógio da vítima que o acusado tinha em seu poder era igual a este?" Há uma grande pressão sugestiva, pois normalmente a resposta atende à expectativa da pergunta.

c) Disjuntiva incompleta: "O relógio da vítima que estava com o acusado era de bolso ou de pulso?" Enorme força sugestiva, pois são colocadas só duas hipóteses, excluídas todas as outras, inclusive e principalmente a própria existência do relógio.

d) Presuntiva: "O acusado trazia o relógio da vítima escondido em que bolso?" Total força sugestiva, pois a pergunta impõe como certo o fato do acusado ter sido encontrado com o relógio da vítima.

A forma correta de perguntar é a determinativa (nos exemplos: "Foi encontrada alguma coisa com o acusado?"), pois encerra o menor grau de sugestibilidade, além de não apresentar os vícios de inteligência ou vontade, em relação ao perguntador.

Cabe, por fim, uma derradeira observação: se o juiz é o dono da pergunta a pessoa ouvida é a dona da resposta. Cabe à pessoa ouvida responder livremente, como deseja, sem ser possível lhe impor qualquer condição como "responda sim ou não". A testemunha assiste o direito de responder da forma que desejar, podendo fazer consultas às anotações porventura trazidas e dando as explicações que entender necessárias. Não se pode limitar as respostas. É evidente que tal afirmativa é feita dentro dos princípios que regem a prova testemunhal, pois à testemunha, como restrição única, apenas é vedada a emissão de opinião ou apresentar conjecturas.

Em suma, nosso modesto trabalho, fruto de nossa experiência durante décadas de magistratura. Aos magistrados sugerimos que tomem como norte, pois certamente estarão cumprindo sua sagrada missão.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor de Direito Penal das Universidades Mackenzie e Ibirapuera.

○ IBCCrim recebeu em doação ao acervo de sua Biblioteca as seguintes obras, que se encontram à disposição dos associados para consulta:

- *A Suspensão Condicional do Processo Penal - Nos Tribunais, Juizados Especiais Criminais e nas Justiças Comum e Especializadas*, Del Rey, 1996 — Doorgal Gustavo B. de Andrada.
- *Ética Profissional*, Editora Atlas, 1996 — Antonio Lopes de Sá.
- *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992 — Manuel da Costa Andrade.
- *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, 1991 — Manuel da Costa Andrade
- *Manipulación Genética y Derecho Penal*, Editorial

Universidad, 1994 — Stella Maris Martínez

- *Os Novos Juizados Especiais Criminais*, Editorial WVC, 1996 — Luiz Flávio Borges D'Urso (coordenador).

• *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*, Edições Afrontamento, 1996 — Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedrosa e Pedro Lopes Ferreira.

- *La Tipicidad En El Sistema de La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas, Denominado Doble Imputación*, Edições Afrontamento, 1996 — David Baigún.

INTERROGATÓRIO ON-LINE E DIREITO PENAL ATUAL

(Antonio Luis Chaves Camargo)

Desde que o jovem jurista dr. **Luiz Flávio Gomes** instituiu, como algo ultra avançado, o interrogatório *on-line*, realizado através da informática, da Vara Criminal onde corre o processo crime diretamente com o local da prisão do réu, surgiu uma celeuma que parece não ter fim.

Tenho acompanhado os artigos nos diversos números deste **Boletim** (ano 4, nº 42 - "Interrogatório *on-line*", de **Ana Sofia Schmidt de Oliveira**; "Interrogatório *on-line ou virtual*", de **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior**; "Interrogatório a distância - *on-line*", de **Luiz Flávio Gomes**, nº 44; "Os direitos dos presos e o interrogatório *on-line*", de **Adriano Salles Vanni e Marlon Wander Machado** e "Modernidade inútil", de **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**).

Exceção ao do autor da idéia, que termina seu artigo de forma irônica, citando o **Édito de Valério**, os demais teceram severas críticas, algumas de ordem pragmática ("os muros das prisões são frios demais", "faz parte da missão do juiz abrir-se com imparcialidade e paciência de artesão para ouvir as razões do réu"), outros de ordem jurídica, afirmando violentar direitos constitucionais do réu, ou a impossibilidade de defesa do réu, quando este estiver preso, e assim por diante. O último, tratou da modernidade inútil, lembrando a importância do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que não pode servir de base para justificar o interrogatório à distância.

Diante destas idéias sobre o tema, que ocuparam a maior parte dos assuntos tratados nos **Boletins** referidos, passei a refletir sobre os caminhos do nosso direito penal. Senti, com o devido respeito, que todos os artigos indicam um positivismo normativista exacerbado, produto do que se denomina um apego ferrenho à lei, muito embora a realidade nos mostre diferenças. Não conseguimos fugir da **modernidade**, apesar da filosofia ter dado adeus à mesma, e, na Alemanha, um sonoro adeus a **Kelsen, Kant e Hegel**.

Não tenho dúvidas que o interrogatório seja um ato processual importante para a argumentação do processo. Não aceito, entretanto, que possa ter a relevância para a

decisão da matéria, como, algumas vezes, consta da jurisprudência. A confissão do réu, na polícia, por exemplo, não tem qualquer influência na decisão do caso, salvo a de justificar, como indício, uma denúncia, desde que outros dados fundamentem a acusação. Em juízo, ao contrário do que se possa entender, a confissão é peça exclusiva da defesa, não podendo ser prova para uma condenação, mas somente para a absolvição, diante do princípio de presunção de inocência. Em suma, o réu nunca e jamais mente, porque sua versão argumentativa será sempre verdadeira, caso as provas não indiquem o contrário.

Winfried Hassemer (Fundamentos del Derecho Penal, trad. de **Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero**, Bosch-Casa Editorial, Barcelona, 1974) afirma que o processo penal exige uma compreensão cênica. O réu participa desta compreensão como uma forma de interferir no seu caso, ou seja, nas decisões estatais que o afetem.

No interrogatório *on-line*, não vejo como possa ser desrespeitado o direito do réu de interferir, ainda porque, na sistemática do direito processual penal brasileiro, não há vinculação do juiz criminal ao caso e, sendo escrito o interrogatório, será passível de várias releituras, diferenciadas e valoradas de acordo com o intérprete da comunicação, no caso, o juiz da decisão.

Talvez, todo o problema, que tornou inadmissível a idéia, decorra do nosso entendimento positivista neokantiano da existência de uma verdade real, *a priori* universal, que é o objetivo de todo o processo penal. A busca da justiça é inarredável, mesmo que para tanto o réu tenha que confessar-se culpado, para receber uma pena minorada pela admissão do crime, como prevê o artigo 65 do Código Penal.

Mantida a postura neokantiana, qual seja, o **dolo** e a **culpa** integrantes da culpabilidade, com suas respectivas intensidades, tudo se torna fácil para condenar. Havendo prova da materialidade ("*a materialidade do fato está provada pelo laudo de fls.*"), resta, na sentença, indicar-se o responsável pelo dano social (**a autoria inconteste**) aplicando-lhe a pena devida, dentre as cominadas. Neste sentido, talvez seja importante o interrogatório

diante do juiz que poderá extrair uma confissão do réu, o que será meio caminho andado para a condenação...

De outro lado, se partirmos do conceito habermasiano da pós-modernidade, segundo o qual a verdade não existe, porque a realidade é uma criação do agir comunicativo, na forma do mundo de vida de cada um, constataremos que a **verdade jurídica** é aquela que decorreu da argumentação durante o processo, com as garantias do contraditório, da ampla defesa e do princípio de presunção de inocência.

Desta forma, não podendo o juiz acrescentar qualquer premissa não fundamentada à sentença, para condenar, o interrogatório deixa de ter a relevância que pretendem os articulistas citados, para ser uma peça de defesa, em favor do réu. O que mais evidencia um processo penal democrático é ser nomeado, sempre, um efetivo defensor ao réu, que deverá com este conversar, orientá-lo antes do interrogatório, buscar as provas devidas. De nada adianta ser o réu interrogado com toda a emotividade e calor humano, na presença do juiz e, quando não tiver recursos para pagar o advogado, ser-lhe nomeado, **um dativo**, para pedir a absolvição por falta de provas, diante da impossibilidade de arrolar testemunhas.

Esta não deixa de ser uma séria contradição da modernidade, entendido o termo no seu aspecto filosófico, isto é, um direito penal que teve início com o neokantismo e se despediu da Alemanha em 1960, mas ainda continua entre nós.

Em conclusão, sem querer ferir suscetibilidades, entendo que o debate mais importante, no momento, é sobre as causas da manutenção de um direito penal formalista e estagnado no tempo, que não resolve o problema da criminalidade, porque está esgotado e enfraquecido. Ocupando os espaços dos **Boletins** com novas teses, que não só as dos processualistas penais, estaremos dando uma grande contribuição ao Direito pátrio.

O autor é professor associada da USP e do mestrado da Unimep-Piracicaba.

SEMINÁRIO

A **Academia Brasileira de Direito Criminal (ABDCRIM)** realizará de 18 a 21 de novembro do corrente ano, na **Faculdade de Direito da USP - Sala do Estudante**, o seminário:

"TEMAS ATUAIS DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL"

sob a coordenação do dr. **Luiz Flávio Borges D'Urso**.
Maiores informações podem ser obtidas pelo telefone (011) 239-3077, ramal 258, com sr. Willian.

ÍNDICE DO BOLETIM

Em breve o **IBCCrim** estará lançando o índice do **Boletim** para melhor viabilizar a consulta e pesquisa dos associados à nossa publicação.

A PRISÃO, O PERDÃO E A LEI Nº 9.099/95

(Lycurgo de Castro Santos)

É certo que a instituição da pena perde-se no tempo e confunde-se com imolações e toda sorte de sacrifícios rituais dos quais se valiam nossos antepassados, fundamentalmente para harmonizar o indivíduo, o grupo social e a ordem cosmológica que então lhe era familiar (microcosmo, mesocosmo e macrocossmo).

Novíssima é a idéia, todavia, da prisão como pena. Remonta, lembra **Manoel Pedro Pimentel**, ao recolhimento dos monges e abades em seus cubículos, onde a introversão (microcosmo) precipitava a vida espiritual e o encontro com Deus (macrocossmo).

O ato do anacoreta nada tinha de remissão de pecados ou coisa parecida. Estava, isso sim, intimamente vinculado ao ideal hermético, alquímico de transubstanciação, de purificação. A transformação operada naqueles pequenos calabouços era especialmente psicológica: o religioso **religava-se** — donde se origina o termo ocidental **religião** e o conceito oriental **yoga** — a Deus.

O Estado Secular, todavia, valendo-se da idéia do pecado, herança comum cristã-judaica impregnada de julgamentos éticos e morais, apropriou-se do ritual hermético-alquímico de recolhimento, inseriu seus valores econômicos e políticos em um âmbito essencialmente místico e procurou através do que hoje chamamos prisão resgatar o indivíduo, não para que se harmonizasse em termos psicológicos com a idéia Divina, mas sim para que se orientasse, e de forma compulsória, àqueles valores econômicos e políticos.

O empobrecimento humanístico do indivíduo nas prisões, ao contrário do enriquecimento espiritual dos monges e abades em seus mosteiros, é o resultado tanto da compulsoriedade da segregação social, como da diversidade de orientação psicológica. Tal circunstância, alardeada de uma forma ou de outra pelos arautos das ciências penais, tem como corolário lógico movimentos que vão desde a descriminalização até a contenção máxima da segregação física do condenado.

É neste contexto que a Lei nº 9.099/95, completando seu primeiro

aniversário, pode ser apreciada como uma lei conforme o moderno pensamento das ciências penais e sociológicas, sem, com isso, desdenhar as críticas que do ponto de vista técnico-formal buscam o aprimoramento do texto legal.

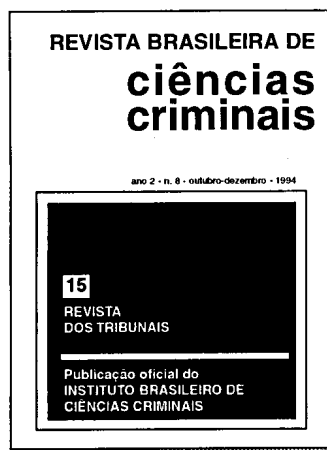
Institutos de contenção do *ius puniendi* como a representação, a reparação do dano como causa extintiva de punibilidade, a suspensão do processo, entre outros, demonstram de forma clara a descença no antigo ideal de correção do indivíduo através da segregação física da prisão.

Por outro lado, manteve a referida lei a direção sociológica econômica e política, própria do século XX, integrando a vítima e o agressor através da reparação do prejuízo causado. Permitiu a Lei nº 9.099/95, ainda, que a vítima abrisse mão do direito de representar contra o autor do fato, não obstante não tivesse sido reparado o dano: permitiu-lhe, de modo implícito, perdoar o seu agressor.

Quer me parecer este último aspecto da lei de suma importância, seja para os crimes de menor potencial ofensivo, seja para aqueles que admitem a suspensão condicional do processo. Libertados da vinculação econômica e política, que se dá obviamente em termos psicológicos, a vítima e o agressor podem, orientados pelo magistrado, resgatar a humanidade através do perdão e, como consequência, a espiritualidade que tanto têm sofrido nestes últimos séculos.

Oxalá estejam preparados os magistrados para exercer esta tarefa que muito se assemelha àquela desenvolvida pelos xamãs, druidas e religiosos de outrora, de modo que no futuro tenhamos, como dizia **Radbruch**, não um melhor Direito penal, mas algo melhor do que Direito penal.

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



PROMOÇÃO ESPECIAL
números 0 a 12 + índice
por apenas R\$ 399,00
Para associados IBCCrim
R\$ 279,30

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

periodicidade: trimestral

Publicação oficial do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais –, esta Revista tem o propósito de investigar, questionar e refletir sobre questões vinculadas às Ciências Criminais, incluindo desde Direito Penal e Processual Penal, Criminologia, Política Criminal, Direito Penitenciário, Medicina Legal, até Psicologia, Psiquiatria e Sociologia Criminais.

É dirigida atualmente pelo Dr. Márcio Orlando Bártoli, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, e interessa a todos os advogados, juizes e membros do Ministério Público, que nela encontrarão doutrinas de experimentados articulistas, além de bem montada e ordenada jurisprudência.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

LOJA 1 • R. Conde do Pinhal, 80 • CEP 01501-060 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 607-2433 • FAX: (011) 607-5802
LOJA 2 • R. Tabatinguera, 140 • loja 2 • CEP 01020-901 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 3115-2433 • FAX: (011) 606-3772
LOJA 3 • R. da Assembléia, 83 • CEP 20011-001 • Rio de Janeiro • RJ • Tel.: (021) 533-7037/7038 • FAX: (021) 533-4660
LOJA 4 • R. Gal. Osório, 1992 • Cambuí • CEP 13010-112 • Campinas • SP • Tel.: (019) 255-6355/8220 • Telefax: (019) 252-8639

Jurisprudência Comentada

LEI Nº 9.099/95.

COMPOSIÇÃO ENTRE AS PARTES ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXPRESSA RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL

(João Carlos Castellar)

Por decisão da 1ª Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, relator o eminente juiz **Silvio Teixeira Moreira** (*Habeas Corpus* nº 17.798/96, publicado no *DO* nº 106, de 05.06.96, p. 168), restou decidido que falta justa causa para o prosseguimento da ação penal se, antes da vigência da Lei nº 9.099/95, as partes envolvidas em acidente de trânsito haviam composto os danos materiais advindos da colisão, manifestando o lesado o expresse desinteresse em dar continuidade à demanda da área criminal.

Eis o inteiro teor do acórdão:

"*Habeas Corpus. Falta de justa causa. Lesão corporal culposa. Lei nº 9.099/95.*"

Deixa de haver justa causa para o prosseguimento da ação penal, se sobrevier lei tornando condicionada à representação a ação penal pública incondicionada, e, anteriormente, o ofendido, de maneira inequívoca, praticou atos que, na definição da nova lei, constituem-se em renúncia ao referido direito de representação.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, deixa de haver justa causa para o prosseguimento da ação penal por crime de lesões corporais culposas, se, antes da sua vigência, os envolvidos no acidente de trânsito já se haviam composto, com quitação em '*instrumento particular de conciliação*' assinado perante os respectivos advogados e testemunhas, tendo, ainda, o lesado, em depoimento na fase policial, solicitado o arquivamento do feito. Tais circunstâncias evidenciam que os ofendidos não pretendiam a instauração da ação penal. Daí, a desnecessidade de expressa renúncia no curso do processo criminal e a

patente violência na abertura de oportunidade para a indesejada representação.

Ordem concedida.

(*Habeas Corpus* nº 17.798/96 J., Rio Bonito, 1ª Câ., v.u., rel. Juiz **Silvio Teixeira Moreira**, j. 24.01.96, Livro: 1842, folha: 71/76.)

Com efeito, é acertadíssima a decisão adotada pelo TACrim/RJ, eis que o espírito do legislador foi exatamente o da intervenção penal mínima, como, aliás, se manifestou o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por acórdão da lavra do Ministro **Celso Mello**. Vale também a transcrição, na parte que interessa:

"- A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada à representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da '*persecutio criminis in judicio*', quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina."

"- Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência de sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, têm por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei nº 9.099/95, arts. 88 e 91)."

"- A Lei nº 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamen-

tação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça Criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal."

"- Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95, atribui, de modo conseqüente, especial primazia aos institutos: (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89)."

"As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsivas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à '*lex mitior*' uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata."

(Inq. nº 1.055-3, Questão de Ordem, origem: Amazonas; relator, Min. **Celso de Mello**, autor: Ministério Público Federal; indiciado:



L.F.N., DJU nº 100, 24.05.96, p. 17.412).

Se a Lei nº 9.099/95 condiciona ao ofendido o impulso da ação penal, não pode e nem deve esta seguir seu curso com o oferecimento e o conseqüente recebimento da denúncia, sequer para a aplicação da suspensão do processo, nas hipóteses de terem as partes se composto e o lesado expressamente renunciado à representação, antes de proposta a ação penal em face do indiciado pelo Ministério Público, pois carecerá ao órgão estatal interesse de agir, que é uma das condições da ação.

Não faz o menor sentido movimentar a máquina judiciária caso as partes assim não desejem e se o legislador recomenda, autoriza, e até impõe o encerra-

mento da demanda. Da mesma forma, desnecessária se mostra, em situações tais, a inauguração de ação penal e sua posterior suspensão — que só terá o condão de manter o então acusado sob a espada da Justiça, devendo ele comparecer a Juízo e abster-se de praticar determinados atos sem prévia comunicação etc. —, se não há **justa causa** para tal, entendida esta como o divórcio entre a pretensão do Ministério Público — de buscar a condenação ou a suspensão da ação — e a letra da lei, que evoca uma novíssima interpretação do ordenamento jurídico penal e processual penal, no sentido de afastar da apreciação pelo Judiciário dos chamados delitos de pouca ou irrelevante potencialidade danosa, em que as partes transigem entre si, resolvendo seus problemas sem a necessária intervenção do

Poder Público, no caso o Judiciário.

As decisões acima destacadas estão em perfeita sintonia com o espírito do legislador e acompanham o benfazejo sopro de modernidade que é o advento da Lei nº 9.099/95.

Assim, havendo composição do dano entre as partes e expressa e inequívoca manifestação do ofendido renunciando ao seu direito de representar antes do oferecimento e recebimento da denúncia, não deve esta ação penal ser intentada ou, se já o foi, deve ser estancada, pois para o Ministério Público não há mais interesse de agir, o que implica em **falta de justa causa** para o prosseguimento *persecutio criminis in iudicio*, sanável pela via do remédio heróico.

O autor é advogado no Rio de Janeiro.

Supremo Tribunal Federal

Revisão Criminal

"Habeas corpus. Revisão criminal. Pedido subscrito pelo próprio sentenciado sem assistência de advogado. Possibilidade. Lei nº 8.906/94 e art. 623 do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já proclamou que a Lei nº 8.906/94 não alterou o art. 623 do Código de Processo Penal, que permite que o próprio sentenciado requera a revisão criminal.

Habeas corpus deferido para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastada a preliminar levantada, prossiga no julgamento da revisão criminal, como entender de direito."

(HC nº 73.616-5/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. 18.06.96, v.u., DJU 06.09.96, p. 31.852).

Competência

"Habeas corpus.

Quando o habeas corpus é substitutivo de recurso ordinário de habeas corpus, competente para julgá-lo originariamente é o Superior Tribunal de Justiça.

Habeas corpus não conhecido, determinando-se a remessa

dos autos ao Superior Tribunal de Justiça."

(HC nº 73.646-7/PB, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, j. 26.03.96, v.u., DJU 06.09.96, p. 31.852).

Julgamento "extra petita". Réu absolvido.

Apelação do MP. Conhecimento e nulidade não argüida

"Habeas-corpus. Atentado violento ao pudor praticado contra menor de seis anos de idade (CPP, arts. 214 e 224, 'a'). Absolvição em primeira instância. Apelação do órgão acusador com base na prova. Julgamento 'extra petita' do Tribunal coator ao conhecer ex-offício de nulidade e anular o processo a partir da citação por edital. Súmula 160.

1. Quando o réu é absolvido na primeira instância e o Minis-

tério Público apela com base na prova, exclusivamente, não pode o Tribunal acolher nulidade não argüida no apelo e anular o processo a partir da citação por edital. Súmula 160. Precedente: HC nº 64.855-0-SP.

Inaplicabilidade do precedente do HC nº 57.948-MG, que afastou a Súmula 160, onde o paciente foi condenado na primeira instância, e não absolvido, e onde entre as alternativas apresentadas foi acolhida a mais favorável ao réu.

2. Particularidade do caso: como pressuposto da impetração, considera-se afastado eventual vício na citação por edital e o conseqüente prejuízo para a defesa.

3. 'Habeas-corpus' conhecido e deferido para anular o acórdão impugnado e determinar que outro seja lavrado, dentro dos limites da apelação do órgão acusador."

(HC nº 73.804-4/RJ, rel. Min. Maurício Correa, 2ª Tur-

ma, j. 04.06.96, v.u., DJU 30.08.96, p. 30.605).

Lei nº 9.099/95. Retroatividade

"Habeas Corpus impetrado contra acórdão que, em 13.12.95, sem pedir manifestação do Ministério Público sobre a admissibilidade da suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, em vigor desde 27.11.95, confirmou a sentença de 19.06.95, que condenara o paciente a 15 dias de detenção e 50 dias multa, por infração do art. 330 do Código Penal.

Efeito retroativ/o das medidas despenalizadoras instituídas pela citada Lei nº 9.099 (Precedente do Plenário: Inquérito nº 1.055, DJ de 24.05.96).

Pedido deferido para, anulados o acórdão e a sentença, determinar-se a remessa dos autos da ação penal ao Tribunal Especial Criminal, para a aplicação, no que for cabível, do disposto nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95."

(HC nº 74.017/CE, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, j. 13.08.96, v.u., DJU 27.09.96, p. 36.153).

Jurisprudência compilada por
Sérgio Rosenthal e
Valéria Diez Fernandes.

○ IBCCrim coloca à disposição dos associados, em sua sede, a íntegra dos acórdãos — desde que já publicados —, cujas ementas foram compiladas.

Tribunal de Justiça

**Art. 214 do CP.
Tentativa.
Redução em 2/3.
Regime inicial aberto.**

"(...) o crime não se consumou. Não houve tempo para a satisfação da lascívia do apelante, pois a menina, assustada, saiu correndo e trancou-se no quarto. Além disso, a mãe da vítima dormia proximalmente no sofá, em frente da televisão. Houve, portanto, execução iniciada e interrompida pela reação rápida da vítima. Assim, a pena imposta deve ser reduzida de dois terços. Por outro lado, o apelante, ao que parece, tem procurado refazer a sua situação familiar, mantendo relacionamento estável com outra pessoa. Também parece estar buscando uma certa convivência com os outros filhos. Enfim, o seu encarceramento não teria nenhum sentido reeducativo, mormente em fase das precárias condições dos presídios e da falta de adequada assistência psicológica. A carga punitiva pode restringir-se adequadamente nas peculiares circunstâncias do caso, ao regime aberto inicial."

(Ap. Crim. nº 165.710-3/6, São Paulo, 2ª CCrim de Férias,

rel. Des. **Luiz Pantaleão**, j. 06.08.96, com voto vencido em parte do Des. **Linneu Carvalho**, que dava provimento ao recurso para absolver o acusado).

**Sonegação fiscal.
Fazenda Pública como
assistente da acusação**

"Disciplina o art. 268 do Código de Processo Penal que o ofendido poderá intervir como assistente. Inegável que o crime imputado importa em prejuízo ao erário público, ocorrendo sonegação fiscal, sendo que o petitorio mostra de maneira exaustiva o interesse de agir, figurando no pólo passivo o Estado. (...) Tem-se admitido, como salientado, assistência em casos de crime contra a administração pública, dos de Responsabilidade dos Prefeitos, Lei nº 201/67, Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano, nº 6.766/79, não havendo razão para ficar de fora a 'sub judice', em que figura como ofendido diretamente o Estado. (...) Diante disto, se a Fazenda Pública do Estado foi diretamente atingida com a sonegação fiscal atribuída ao réu, sendo ofendida, figurando como sujeito passivo eventual do crime, não há

como impedir que seja assistente do Ministério Público, com concordância da representante deste em primeira instância."

(Mandado de Segurança nº 203.047-3/5, Diadema, 6ª CCrim, rel. Des. **Gentil Leite**, j. 14.03.96, v.u.).

**Furto qualificado
pelo concurso de
agentes e delito de
quadrilha ou bando:
não há "bis in idem"**

"(...) cuidando-se de figuras criminais autônomas, não interligadas por qualquer progressividade, e com objetividades jurídicas distintas, o furto, em todas as suas modalidades, visando de modo primordial o patrimônio individualmente considerado, e o delito de bando ou quadrilha, a paz ou a tranquilidade coletiva, não ocorre mesmo o alegado 'bis in idem' entre as qualificadoras do parágrafo 4º do artigo 155 do Código Penal e o requisito de associação de no mínimo quatro pessoas para o cometimento de crimes, quaisquer que sejam. Tal diferença de amplitude e diversidade de requisitos desta e daquela previsão legal impede o réco-

nhcimento da alegada duplicidade de incidência."

(Ap. Crim. nº 203.515-3/1, Franca, 2ª CCrim, rel. Des. **Devienne Ferraz**, j. 19.08.96, v.u.).

**Suspensão do processo
e da prescrição.
Lei 9.271/96. Aplicável
mesmo em fase recursal**

"O objetivo do legislador foi só permitir o lançamento de decisões definitivas de mérito quando pessoalmente citado o acusado. De tal sorte, aplica-se o novo dispositivo legal aos processos de conhecimento que se encontram, quando da entrada em vigor da Lei 9.271/96, em fase recursal, uma vez que ainda não estão definitivamente julgados os acusados (...). Assim sendo, os autos deste processo de conhecimento deverão retornar ao juízo de primeiro grau onde poderão ser realizadas novas pesquisas, tendentes a viabilizar a citação pessoal."

(Ap. Crim. nº 180.652-3/0, São Paulo, 4ª CCrim Extraordinária, rel. Des. **Fanganiello Maierovitch**, j. 09.08.96, v.u.).

*Jurisprudência compilada por
Fábio Delmanta, Múrcia Gomes e
Vinícius de Toledo Pisa Pelusa.*

Superior Tribunal de Justiça

**Uso de algemas.
Avaliação da
necessidade**

"- A imposição do uso de algemas ao réu, por constituir afetação aos princípios de respeito à integridade física e moral do cidadão, deve ser aferida de modo cauteloso e diante de elementos concretos que demonstrem a periculosidade do acusado.

- Recurso provido."

(RHC nº 5.663/SP, rel. Min. **William Patterson**, 6ª Turma, j. 19.08.96, v.u., DJU 23.09.96, p. 35.157).

**Lesão corporal.
Explosão de caldeira.
Responsabilidade
criminal**

"- O princípio da responsabilidade penal subjetiva, que pre-

coniza a máxima do **nullum crimen sine culpa**, afasta a possibilidade de atribuir-se a prática de crime a dirigentes de estabelecimento industrial em face de ferimentos provocados em operários pela explosão de caldeira.

- Recurso provido."

(RHC nº 4.263/SP, rel. Min. **Anselmo Santiago**, rel. p/acórdão Min. **Vicente Leal**, 6ª Turma, j. 26.02.96, m.v., DJU 07.10.96, p. 37.685).

**Prisão civil.
Obrigação alimentícia.
Prestações antigas.
Descabimento da sanção**

"- Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII).

- Tratando-se de norma excepcional, impõe-se a sua incidência dentro de seus precisos limites, sendo descabida a sua extensão à hipótese de cobrança de parcelas complementares atrasadas de pensão alimentícia.

- Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido."

(RHC nº 5.183/RJ, rel. Min. **Vicente Leal**, 6ª Turma, j. 26.02.96, v.u., DJU 07.10.96, p. 37.686).

**Progressão de regime.
Direito adquirido.
Coisa julgada**

"1. Tendo a sentença que condenou o acusado pela lei de tóxico falado em regime inicial fechado e recusando-se o Tribunal a apreciar essa questão, dá-se provimento ao Recurso de 'Habeas-Corpus' para que o Tribunal aprecie as alegações de que a negativa pelo Juiz das Execuções Penais à progressão fere o direito

adquirido e a coisa julgada.

2. Recurso conhecido e provido."

(RHC nº 5.601/RS, rel. Min. **Edson Vidigal**, 5ª Turma, j. 09.09.96, v.u., DJU 07.10.96, pp. 37.650/51).

**Competência.
Crime militar.
Aplicação imediata
da Lei nº 9.299/96**

"- Ao definir a competência da Justiça Comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei nº 9.299, de 1996, é de aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2º do CPP.

- Recurso provido."

(RHC nº 5.660/SP, rel. Min. **William Patterson**, 6ª Turma, j. 19.08.96, v.u.).

*Jurisprudência compilada por
Carlos Alberto Pires Mendes e
Fernandu Vellasa Teixeira*

Tribunal de Alçada Criminal

Indulto. (Decreto nº 1.680/96). Concessão

"O indulto, segundo o art. 7º, inciso III, Decreto nº 1.860/96, não beneficia os condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, incs. II e III, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, tentados ou consumados.

Pela redação do texto legal, o benefício não deve ser concedido a quem cometeu roubo praticado por duas ou mais pessoas contra vítima em serviço de transporte de valores e o agente conhecia tal circunstância, porque a palavra 'e', que liga os incisos II e III, deve ser interpretada unicamente como uma conjunção aditiva e não alternativa, seguindo-se, nesse passo, a lúcida ponderação constante do trabalho denominado 'Indulto Especial - Antecipações Metodológicas', de autoria do Juiz Sérgio Mazina Martins, publicado no **Boletim** nº 41, maio de 1996, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, *in verbis*: 'Uma última grave observação:

vedado estará o indulto quando a condenação for por roubo (sem lesão na vítima, evidentemente) praticado em concurso de agentes cumulativamente a serviço de transportes de valores. Logo, o indulto está permitido se for hipótese apenas de concurso de agentes (ainda que eventualmente também com uso de arma), ou apenas daquele serviço de transporte de valores (ainda que eventualmente também com uso de arma). Trata-se de duas causas de aumento aqui ligadas por partícula aditiva e não por partícula alternativa. Pensar o contrário seria afrontar o texto evidente. E não se argumente que os incisos anteriores desse art. 7º do decreto usam a mesma partícula: esses outros incisos referem-se as figuras penais distintas que se antagonizam por si próprias, dispensando a explicitação de sua alternância, enquanto o inciso III versa sobre meras causas de aumento que não se repelem, mas, antes, com frequência subsistem em comum...".

(Agravos em Execução nº 1.027.203/3, 10ª Câmara, rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 28.08.96, v.u.).

Contravenção de porte de arma: facão com lâmina de 25 cm. Ocorrência

"Segundo a denúncia, (...) o apelante trazia consigo arma (facão com lâmina de 25,00 cm) fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade.

A materialidade do fato restou demonstrada pela apreensão em poder do apelante, do facão que ele trazia consigo na via pública, arma essa que poderia ter sido eficazmente utilizada como instrumento pífuro-cortante.

Releva notar, neste passo, que, possuindo mais de 10 cm. de lâmina, o facão é vulnerante, sendo arma proibida no Estado de São Paulo, nos termos do art. 5º, § 1º, alínea 'h', do Decreto nº 6.911, de 11.01.35, que regulamenta a fiscalização de explosivos, armas e munições (...).

(Ap. nº 983.593/3, 6ª Câmara, rel. Juiz Penteado Navarro, j. 31.07.96, v.u.).

É inadmissível o indiciamento tratando-se de L.C.C. decorrente de acidente automobilístico

"Lesões corporais culposas resultantes de acidente de veículo — autoridade policial que determina o indiciamento do autor na vigência da Lei nº 9.099, de 1995 — inadmissibilidade.

Nas hipóteses de incidência da Lei nº 9.099 de 1995 (art. 61), não cabe à autoridade policial instaurar algum inquérito ou procedimento assemelhado, nem proceder ao indiciamento e identificação do acusado, mas sim tão-somente fazer lavrar e encaminhar ao juízo competente o termo circunstanciado, além das demais providências de que fala o art. 69 da referida lei."

(HC nº 1.028.223/3, 2ª Câmara, rel. Juiz Érix Ferreira, j. 15.08.96, v.u.).

*Jurisprudência compilada
por Cristiano Maronna
e Helio Narvaez*

Tribunal Regional Federal

Classificação de mercadoria em alíquota diversa

"I - Aos acusados foi atribuída a prática de descaminho, porque na declaração de importação, classificaram irregularmente as mercadorias importadas em alíquota diversa daquela que deveria ter sido aplicada e com isso, pagaram imposto menor do que deveriam fazê-lo. O produto, porém, era desconhecido no País e não havia no código de tarifas a sua especificação. Valeram-se, então, do permissivo contido no artigo 100 do Regulamento Aduaneiro. Se tal classificação estivesse errada, caberia ao Fisco alterá-la, ajustando-a ao código correto. A inexistência da classificação própria e específica não caracteriza, no caso, a prática de descaminho ou de sonegação fiscal.

II - Recurso improvido, para manter a decisão impugnada."

(Rec. Crim. nº 95.02.17093-8, TRF 2ª Região, 1ª Turma, rel. Juiz Chalu Barbosa, j. 06.12.95, v.u., DJU 19.03.96, p. 16.435).

Segredo profissional

"I. A intimação feita por Procurador da República a advogado para que compareça à Procuradoria da República para depor sobre fatos relacionados com demanda por ele patrocinada, representa violação ao art. 7º, inc. XIX da Lei 8.906, de 1994, art. 207 do CPP e art. 133 da CF. O advogado, segundo o STF, não pode nem deve depor como testemunha nestas circunstâncias, em apreço ao sigilo profissional, representando, por outro lado, a cláusula 'comparecimento sob as penas da lei', inserta na intimação, possibilidade de condução coercitiva, com afronta — ainda que potencialmente — ao direito de ir e vir do causídico, sem ins-

tauração e observância do devido processo legal.

2. Ordem de 'habeas corpus' concedida."

(HC nº 96.01.05723-4/MG, TRF 1ª Região, 3ª Turma, rel. Juiz Fernando Gonçalves, j. 22.04.96, v.u., DJU 17.06.96, p. 41.223).

Pichar frases amorosas não caracteriza o crime de dano

"(...)"

O ato de pichar, com spray, dependências de aeroporto, escrevendo frases amorosas não caracteriza o crime de dano, posto que não existe intenção de destruir, depredar ou deteriorar a coisa.

"(...)"

(Ap. Crim. nº 93.02.04199-9, TRF 2ª Região, 3ª Turma, rel. Juiz Antônio Cruz Netto, j. 27.09.95, v.u., DJU 27.08.96, p. 61.524).

Arma de fogo

"(...)"

Inexistindo qualquer prova de que tenha sido apresentada arma de fogo, cuja existência fora somente sugerida às vítimas, não se aplica a causa de agravamento da pena prevista no § 2º, inc. I, do art. 157 CP, já que a agravamento decorre do perigo real, objetivo, a que se submetem as vítimas. A intimidação ou ameaça de perigo são elementos ínsitos no 'caput' do art. 157 CP.

Recurso parcialmente provido, para afastar a causa de agravamento da pena."

(Ap. Crim. nº 94.03.41961-0, TRF 3ª Região, 2ª Turma, rel. Juíza Sylvia Steiner, j. 07.05.96, m.v., DJU 29.05.96, p. 35.571).

*Jurisprudência compilada
por Rosier B. Custódio
e Janaina Paschoal*