



Livro de Teses

Criminal

Volume 01

Ministério Público e a cidadania plena



Tomo II

PLANO DA OBRA

Volume 1 - **ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade**

- Tomo I - Teses 01 até 38
- Tomo II - Teses 39 até 76

Volume 2 - **ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão**

- Tomo I - Teses 01 até 42
- Tomo II - Teses 43 até 86

Volume 3 - **POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA: reflexão crítica na busca do aprimoramento**

FICHA CATALOGRÁFICA

C749t Congresso Nacional do Ministério Público (14.:2001:Recife)
Livro de teses: Ministério Público e a cidadania. __Recife:
Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

3v.

Conteúdo: __v.1 Atuação criminal: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade; __v.2 Atuação cível: a contribuição do Ministério Público para efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão; __v.3 Política institucional e administrativa.

1. Brasil, Ministério Público. 2. Ministério Público, Congresso.

Cddireito 341.413
CDU 347.963(816.2)

XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Temário:

Ministério Público e a Cidadania Plena

Subtema I:

**ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento
da violência e da criminalidade**

Livro de Teses

Volume 1

Tomo II

(Teses de 39 até 76)

Capa
Click Comunicação e Design
(81) 32412054 - 32424054

Impresso por
Gráfica Santa Marta

Responsável pela obra:
Associação do Ministério Público de Pernambuco
R. Benfica, 810 - Madalena - Recife - PE

Nota:

Este Livro de teses, editado em 5 (cinco) volumes por ordem temática, foi elaborado a partir dos originais fornecidos pelos autores das teses. Alterações necessárias foram realizadas com intuito de adaptá-las ao formato do livro e uniformizá-las quanto à apresentação. No entanto, a digitação e o conteúdo das mesmas, são de inteira responsabilidade individual dos autores.

XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente de Honra

Jarbas de Andrade Vasconcelos
Governador do Estado de Pernambuco

Presidente-Geral

Marfan Martins Vieira
Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

Presidenta-Executiva

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidenta da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

Secretário-Geral

Fernando Grella Vieira
Secretário-Geral da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

Secretária-Executiva

Bettina Estanislau Guedes
Primeira-Secretária da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco

Romero de Oliveira Andrade

Comissão Organizadora Nacional

Achiles de Jesus Siquara Filho - BA
Luiz Antônio Ferreira de Araújo - RJ
Maria Tereza Uille Gomes - PR
Mozart Brum Silva - GO

Comissão Organizadora Executiva

Social

Alda Virginia de Moura Lima
Carlos Augusto Guerra de Holanda
Cristiane de Gusmão Medeiros
Letícia Guedes Coelho
Manoel Alves Maia
Marcellus de Albuquerque Ugietto
Maria Ivana Botelho Marroquim
Mavíael de Souza Silva

Transporte e Receptivo

Carlos Augusto Guerra de Holanda
Christiane Roberta Gomes de Farias Santos
Israel Cabral Cavalcanti
Izabel Cristina Holanda Tavares Leite
José Augusto dos Santos Neto
José Tavares
Judith Pinheiro Silveira Borba
Manoel Alves Maia
Mavial de Souza Silva
Núbia Maurício Braga
Petrúcio José Luna de Aquino

Patrocínio

Ana Maria do Amaral Marinho
Bettina Estanislau Guedes
Cristiane de Gusmão Medeiros
Fernando Antônio Carvalho Ribeiro Pessoa
José Augusto dos Santos Neto
José Tavares
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Marcellus Albuquerque Ugiette
Marília Fragoso de Vasconcelos
Taciana A. de Paula Rocha Almeida
Rosemary Souto Maior de Almeida

Científica

Ana Maria do Amaral Marinho
Anamaria Campos Torres
Ângela Simões de Farias
Geraldo Margela Correia
José Elias Dubard de Moura Rocha
Taciana A. de Paula Rocha Almeida

Financeira

Carlos Augusto Guerra de Holanda
Jecqueline Guilherme Aymar Elihimas
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti

Comunicação

Andréa Fernandes Nunes Padilha
José Elias Dubard de Moura Rocha
José Vladimir da Silva Acioli
Marcellus Albuquerque Ugiette

Apoio Técnico da AMPPE

Carlisiana Marques de Albuquerque Calábria
Claudenice de Farias Andrade Tenório
Cristiano Gutemberg de Lima
Inês de Cássia Dowsley
Luciene Maria dos Santos
Maria Lúcia de Lima Raposo
Neildo Batista dos Santos
Sueli Nascimento
Tereza Cristina Gonçalves do Amaral Pastich
Wellington Mendes Tenório Filho

Assessoria de Imprensa

Patrícia Bandeira de Melo
Simonne Lins
Alcimar Rocha – BR Comunicações

Realização

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP
Associação do Ministério Público de Pernambuco – AMPPE

Organização

PROMOVE

Apoio

Governo de Pernambuco
Ministério Público de Pernambuco
Prefeitura da Cidade do Recife
Prefeitura Municipal de Olinda

Patrocínio

Banco do Brasil S.A.
Bradesco
Coca-Cola
FIEPE
Hiper Bompreço
Petrobrás
SESI

MENSAGEM DE BOAS VINDAS

É com grande satisfação que recebemos, em Pernambuco, colegas de todo o Brasil, por ocasião do XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

A oportunidade enseja o fortalecimento dos laços institucionais que nos unem, possibilitando o intercâmbio de trabalhos científicos elaborados nos mais diversos recantos do país, além de propiciar instrutiva troca de experiências relacionadas com o dia-a-dia de cada um dos membros da nossa Instituição.

Pernambuco, hoje - como nos tempos de Castro Alves, com sua admirável poética, e de Tobias Barreto, com sua sólida cultura jurídica -, serve de palco a importantes debates que serão travados pelos membros do Ministério Público Brasileiro.

O Brasil de hoje - como na época dos movimentos libertários pela “Abolição da Escravatura” e pela “Proclamação da República” -, vivencia momentos de grande conturbação social. Embora estejamos entre as dez maiores economias do mundo e desfrutemos de uma democracia formal, convivemos, diuturnamente, com um quadro de miséria e abandono em relação a grande parte da nossa população, desassistida e despojada dos seus mais elementares direitos, o que não só nos envergonha, como se volta contra todos nós, por meio da violência urbana e dos conflitos sociais.

Nesse contexto, as discussões do XIV Congresso, como bem evidencia o tema central *“Ministério Público e a cidadania plena”*, haverão de refletir não apenas a necessidade do inadiável e adequado *“enfrentamento da violência e da criminalidade”*, em seus diversos matizes, mas também colocar em destaque a exigência de medidas concretas que contribuam para *“a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão”*.

Para atender a esses reclamos, precisamos estar cada vez mais conscientes da importância do papel reservado ao Ministério Público e a seus membros, fazendo-se absolutamente necessária *“a reflexão crítica na busca do aprimoramento”*. É fundamental que exercitemos nossa democracia interna, com ética e responsabilidade social, credenciando-nos, dessa forma, a agir com autonomia e independência frente a todos, especialmente aos que exercem o Poder.

Eis porque, após termos nos ocupado com o debate sobre *“O Ministério Público Social”*, no Congresso de Curitiba, em 1999, buscando reafirmar os compromissos imanentes à nossa consciência social, devemos agora avançar, procurando soluções através de ações compatíveis com esse perfil, de braços dados, como na ciranda, dança típica de Pernambuco e símbolo do nosso Congresso.

Nos quatro dias em que se desenvolverão as atividades científicas, os congressistas constatarão que Pernambuco tem, como característica, a luminosidade do sol, sempre brilhante e acolhedor. Que o sol seja o símbolo da alegria e do calor humano com que recebemos a todos, tendo como cenário a *Veneza Brasileira* e a *Marim dos Caetés*.

Sejam bem-vindos ao XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

Marfan Martins Vieira
Presidente-Geral

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidente-Executiva

SUMÁRIO

Subtema I

ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade

1.	Regime democrático – Ministério Público e segurança pública	1
2.	Princípio da imparcialidade do juízo, sistema acusatório e Ministério Público: Análise de resquícios inquisitoriais na legislação brasileira.	23
3.	A autonomia funcional do Promotor de Justiça como <i>dominus litis</i> e o abuso no direito de acusar.	39
4.	Direito de petição aos poderes públicos como meio alternativo de acesso ao Poder Judiciário.	47
5.	O Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade - Formas de prevenção.	51
6.	Por um enfrentamento não violento da violência doméstica - O novo papel do operador jurídico na transformação positiva dos conflitos.	55
7.	A função neutralizadora como fonte de legitimação da pena privativa de liberdade.	65
8.	O direito de intervenção das partes no interrogatório. Proposta ao anteprojeto do código de processo penal.	77
9.	Princípio da insignificância e ação penal – juízo de admissibilidade.	83
10.	Propostas de emenda constitucional criando: Juizado de Instrução Criminal, outorga de exclusividade de investigação à policia, colegiado para exercer o controle externo da atividade policial e “Juízes Temporários”.	89
11.	Necessidade de ampliação das atribuições do Ministério Público na fase de investigação civil e criminal.	101
12.	Ministério Público: A legitimidade para investigação criminal.	105
13.	O tratamento jurídico instituído pela Lei 9.807/99 ao réu colaborador.	111
14.	Criação do corpo investigativo próprio do Ministério Público.	119

15. Programa de proteção a vítimas e testemunhas	123
16. A investigação criminal e o acesso à Justiça.	125
17. A participação do Ministério Público na investigação dos acidentes aeronáuticos	139
18. Proteção dos direitos humanos pela Justiça Federal conveniência do Governo Federal	143
19. Tipo penal e processo penal	149
20. Impossibilidade do reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea quando o acusado invoca em seu favor uma causa excludente da antijuridicidade.	159
21. A certidão de óbito falsa como causa extintiva da punibilidade	165
22. Lavagem de dinheiro: Sequestro de bens e inversão do ônus da prova	171
23. Da possibilidade de restituição, pelo Ministério Público, do bem apreendido na esfera policial – não havendob dúvida quanto ao direito do reclamante.	177
24. Aditamento da denúncia e da queixa: Forma e alcance de cada uma das modalidades previstas no Código de Processo Penal.	181
25. Teoria finalista da ação: Reflexo no procedimento do júri	189
26. O tribunal do júri e o valor da prova obtida no inquérito policial	197
27. O contraditório no tribunal do júri - Réplica e tréplica	203
28. Inovação de tese na tréplica	211
29. A proposta do quesito culpado ou inocente – Da impossibilidade lógica no sistema do júri brasileiro	215
30. Tribunal do júri - Do sigilo das votações - Sala secreta e apuração por maioria de votos	225
31. A proposta do quesito da materialidade do fato antes da indagação da autoria: Uma contribuição para a tutela do direito de ação de reparação de danos na esfera civil	231
32. Denúncia por homicídio consumado: A carência de ação em face da ausência de necrópsia	235

33. O julgamento sem a presença do réu como corolário do direito de calar: Uma proposta individualística de falsas premissas rumo ao júri virtual. Incompatibilidade com os princípios do júri, cerceamento do direito dos jurados.	245
34. Condições para que qualificadoras integrem a pronúncia. Impossibilidade legal de consideração da circunstância qualificadora como agravante genérica no julgamento do júri	255
35. A infração do trânsito e o tribunal do júri	261
36. Adoção de mecanismos que limitem as decisões dos julgamentos realizados no plenário do tribunal do júri	267
37. A proteção de crianças e adolescentes no tribunal do júri	273
38. Aplicação do princípio da insignificância no uso de entorpecentes	277
39. Justiça terapêutica para usuários de drogas ilícitas	283
40. Terapia do acusado de porte de entorpecente como condição da suspensão condicional do processo	289
41. O cloreto de etila e a retroatividade das normas penais em branco	297
42. Comunicação de prisão em flagrante ao Juiz e ao Membro do Ministério Público	301
43. Da inconveniência da decretação <i>ex-officio</i> da prisão preventiva	307
44. A imposição de um prazo legal para a prorrogação da prisão cautelar em vista de causas justificantes razoáveis	311
45. Crimes hediondos e a impossibilidade jurídica de liberdade provisória	321
46. Ação declaratória de constitucionalidade como instrumento para a efetiva aplicação do regime integral fechado nos crimes hediondos e equiparados	325
47. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes praticados contra o meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro	337
48. Responsabilidade penal da pessoa jurídica	353
49. Responsabilidade penal da pessoa jurídica	359
50. Ministério Público e proteção jurídica dos animais	369

51. Impossibilidade de aplicação do artigo 61 da lei 9099/95, e seus efeitos, nos crimes praticados contra a criança e o adolescente.	389
52. A necessidade de laudo psicológico comprobatório do disposto no art. 83 parágrafo único do CPB para os condenados pela prática de violência doméstica sexual contra crianças e adolescentes	393
53. Pressupostos norteadores do não arquivamento do inquérito policial nos crimes de violência doméstica fatal contra crianças e adolescentes	397
54. Aproveitamento de provas ilícitas em casos excepcionais e graves	401
55. Oferecimento da proposta de transação penal na Lei 9.099/95: A atuação do Ministério Público, do Juiz e do Advogado.	409
56. Transação penal nos crimes contra o patrimônio e outros	417
57. Inadimplemento da avença na transação penal segundo o modelo adotado pelo Juizado Especial Criminal.	421
58. Art.89 da Lei nº 9.099/95 - Ato privativo do Ministério Público.	431
59. O arquivamento ou não da denúncia com a ocorrência do acordo após seu recebimento nos procedimentos da Lei 9.099/95.	439
60. O momento próprio para o recebimento da denúncia e o §1º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.	443
61. Individualização da pena - Fixação em concreto	451
62. O direito penal como instrumento ressocializador: A necessidade da adequada valoração das circunstâncias subjetivas do autor do delito na individualização da pena	457
63. O livramento condicional – Da teoria à prática	465
64. O livramento condicional como instrumento de aplicação efetiva do art. 18 da Lei de Execução Penal.	483
65. O Ministério Público e a execução das penas alternativas	491
66. Prescrição retroativa ou intercorrente	501
67. Desnecessidade de representação nos crimes dos art. 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro.	511

68. A punição do porte ilegal de arma de fogo como instrumento de prevenção da criminalidade	517
69. O porte de arma de fogo com numeração suprimida ou alterada	521
70. O emprego de artefatos explosivos, seus malefícios e a necessidade de modificação da norma penal	525
71. Crimes da Lei de Responsabilidade Fiscal e imputação objetiva	529
72. Da tificação legal da exploração das máquinas caça-níqueis	537
73. Delito contra a saúde pública: Exercício ilegal da medicina, arte dentária e farmacêutica - tipo de perigo concreto	543
74. Doações voluntárias de órgãos e tecidos por pessoa presa e remissão de pena.	551
75. Da prescindibilidade das contra-razões recursais do Ministério Público frente ao apelo imotivado da defesa	559
76. <i>Reformatio in melius</i>	571

Subtema I

ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade

(Teses 39 até 76)

TESE 39**JUSTIÇA TERAPÊUTICA PARA USUÁRIOS DE DROGAS ILÍCITAS****Maria Elda Melo Borges**

Promotora de Justiça – DF

Suzana de Toledo Barros

Procuradora de Justiça – DF

I - Delimitação e justificativa do tema

Começa a tomar força no Brasil a idéia de Justiça Terapêutica, entendida como uma proposta para se retirar o acusado de crimes envolvendo drogas do sistema penitenciário e colocá-lo num sistema de tratamento.

A proposta tem sua origem nos Tribunais para Dependentes Químicos, concebidos inicialmente nos Estados Unidos e hoje existentes em outros sete países, entre os quais Canadá, Austrália, Inglaterra e Irlanda.

No Brasil o programa de Justiça Terapêutica foi primeiramente instalado em Porto Alegre/RS e atualmente pode ser encontrado em Recife/PE, no Rio de Janeiro/RJ, junto à Segunda Vara da Infância e Juventude, e em Brasília, por meio do Núcleo Psicossocial Forense do Tribunal de Justiça, com serviço voltado principalmente para pessoas envolvidas com álcool que respondem a termo circunstanciado junto ao Juizado Especial Criminal e, mais recentemente, junto às Varas de Entorpecentes.

No que respeita ao crime de porte de substância entorpecente para uso próprio - art. 16 da Lei 6368/76 - a Justiça Terapêutica propõe a possibilidade de tratamento como condição de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95.

O amparo legal para esta medida está previsto no próprio art. 89 da Lei nº 9.099/95, cuja redação transcrevemos:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Nota-se, primeiramente, que o delito tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76 está abrangido pela hipótese legal, dado que a pena mínima que lhe é cominada em abstrato é inferior a um ano.

O § 1º do dispositivo legal acima mencionado enumera as *condições legais* para que o denunciado possa ser beneficiado com a suspensão do processo. O seu § 2º confere ao Magistrado a possibilidade de fixar outras, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. São as chamadas *condições judiciais*, dentre as quais se inclui justamente a submissão a tratamento ou participação em terapêutica voltada ao combate do uso de drogas.

A toda evidência a proposta de implementação de Justiça Terapêutica junto às Varas de Entorpecentes tem como premissa que a descriminação do delito do art. 16 é matéria de construção legislativa, cuja decisão não se pode subtrair da sociedade. A despenalização, contudo, está na alçada do Ministério Público, por meio de técnicas que garantam mais prevenção do que repressão.

Em se tratando do uso de drogas ilícitas, a experiência penal especializada nos conduz a um quadro dramático, de crescente aumento de dependentes, sobretudo de jovens carentes de apoio familiar e comunitário, que bastariam, em muitos casos, para reduzir a crescente escalada do vício.

É unânime entre os estudiosos do tema, sejam médicos, assistentes sociais, psicólogos ou juristas, o entendimento de que ao dependente de drogas deve-se oferecer tratamento e não castigo. Nesse sentido, é perfeitamente adequado incluir-se, dentre as condições para a suspensão do processo, a exigência de o denunciado participar de grupos de ajuda para dependentes químicos, inclusive, se o caso, de submeter-se a tratamento ambulatorial ou a internação.

Não se ignoram as críticas à obrigatoriedade de um tal tratamento, ao fundamento de que seu êxito depende da vontade do paciente de a ele aderir. Pode-se objetar, contudo, que a consciência sobre o valor do tratamento e a disposição em segui-lo dependem muitas vezes de

um contato com o grupo terapêutico, que sabe muito bem lidar com este tipo de rejeição preestabelecida pelo adicto. Ademais, há casos em que o denunciado tem um tal comprometimento com a droga, que não se poderia julgá-lo capaz de decidir com liberdade sobre o assunto. Pesquisas científicas na área da psicologia e psiquiatria também já afastaram o paradigma de que o tratamento para ser eficaz deve ser voluntário¹.

Também não se desconhecem os argumentos no sentido de que a Justiça Terapêutica impõe medida restritiva de direito incompatível com o livre arbítrio, gerando uma indevida intromissão na esfera de liberdade individual. Esse discurso, porém, expressa uma compreensão, senão deturpada, pelo menos limitada dos direitos fundamentais.

Como valores precípuos plasmados em uma Constituição, os direitos fundamentais traduzem concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico. Estes valores fundantes do Estado são, ao mesmo tempo, fins dessa sociedade e direitos dos seus indivíduos.

Essa essência dos direitos fundamentais faz com que a generalidade dos autores refira-se à sua *dupla dimensão*, ou *dupla função*. Fala-se em dimensão *subjetiva* ou *individual* em contraposição a um caráter *objetivo* ou *institucional*, com isso querendo evidenciar que eles não podem ser pensados apenas do ponto-de-vista dos poderes ou faculdades que representam aos seus titulares. Os direitos fundamentais assim entendidos passam a constituir limites de ação aos poderes públicos, mas, também, princípio retor, programa e impulso.

Sob a ótica objetiva, várias conseqüências podem ser apreciadas. Um estudo das normas constitucionais consideradas como de direitos fundamentais revela que estas protegem valores comunitários e instituições no âmbito da liberdade, da educação, da saúde, da moradia, da assistência etc e se acham imbricadas com outras que estabelecem um dever para o Estado de protegê-los.

O enfoque objetivo dos direitos fundamentais como valores comunitários tem ainda a função de realçar o sentido do *comum* em face do *individual*, servindo de suporte para imprimir um caráter relativo à liberdade e para admitir seus *limites*. É assim que se explica, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional *vida* ou *integridade física* dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento as suas finalidades. Da mesma forma, pode-se argumentar em favor da proibição do uso geral de drogas e da imposição de tratamento para os dependentes químicos.²

II - Os beneficiários do programa

Segundo o art. 89 da Lei que instituiu os Juizados Especiais, poderão ter o processo suspenso provisoriamente aquelas pessoas que não tenham sido condenadas ou não estejam sendo processadas, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77,CP).

1. SATEL, L. Sally, *The Scientific Research on Coerced Treatment*, disponível na internet via www.ndci.org

2. Cf. SUZANA DE TOLEDO BARROS, *o Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 130-133.

Neste ponto cumpre consignar que, em razão dos fins da proposta de Justiça Terapêutica e principalmente por questões de política criminal, também aqueles que ostentarem condenação ou estejam respondendo a outro processo pelo crime de porte de substância entorpecente para uso próprio deverão igualmente ser beneficiados com a suspensão provisória do processo mediante compromisso de participarem de um programa de tratamento.

Com efeito, seria um contra-senso não se estender essa possibilidade de acompanhamento terapêutico justamente para aqueles que se apresentam mais severamente comprometidos com substâncias entorpecentes.

Assim, poderão se beneficiar com a proposta de suspensão condicional do processo tanto os denunciados primários sem antecedentes quanto aqueles que ostentarem outras incidências penais, inclusive com condenação, desde que exclusivamente pelo crime de porte de substância entorpecente para uso próprio (art. 16 da Lei Antitóxico).

III - Execução da justiça terapêutica

O programa de Justiça Terapêutica compreende três momentos.

O primeiro consiste no acolhimento, na entrevista e na anamnese do denunciado, tarefa a cargo de psicólogos, assistentes sociais e estagiários do último ano de Psicologia. Nessa oportunidade será definida a terapêutica mais adequada e seu tempo de duração.

Em seguida tem-se o tratamento propriamente dito, abrangendo: participação em grupos de mútua ajuda, encaminhamento para tratamento psicológico, inclusive dos familiares e, nos casos mais graves, para internação em comunidades terapêuticas.

Por fim, em um terceiro momento, são empreendidos esforços no sentido de patrocinar a efetiva reinserção social do adicto, atuando no seu aprimoramento educacional e qualificação profissional.

Para a implantação do programa de Justiça Terapêutica em Brasília, optou-se, na fase inicial, pela formação de uma rede de assistência composta basicamente por grupos da sociedade e entidades privadas, eis que inexistente um sistema público de saúde capaz de acolher as pessoas envolvidas com substância entorpecente. Em Brasília integram essa rede os seguintes colaboradores:

I – Grupos de mútua ajuda, como: Narcóticos Anônimos (NA), Núcleo de Ajuda a Toxicômanos e Alcoólatras Anônimos (NATA), Núcleo de Apoio a Familiares de Toxicômanos e Alcoólatras Anônimos (NAFTA) e Amor Exigente.

II – Igrejas, de diferentes credos;

III – Universidade Católica de Brasília, com o Departamento de Psicologia Comunitária

IV - Núcleo Psicossocial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

V – Psicólogos e Assistentes Sociais colaboradores

VI - Estagiários do último ano do curso de Psicologia da Universidade Católica

VI – Comunidades terapêuticas para internação

A avaliação e o controle do tratamento prescrito se dá de duas formas: aqueles que são encaminhados para grupos de mútua ajuda recebem uma ficha de frequência, que deve ser carimbada pelo responsável da reunião e, completando-se o número de participações determinadas, juntadas ao processo pelo próprio beneficiário.

Os denunciados encaminhados para acompanhamento psicológico e internação terão a frequência e o desenvolvimento clínico informados pela entidade que os acolheu, podendo ser mensal, bimestral ou trimestral, dependendo da complexidade do caso.

Temos, assim, que os objetivos da proposta de Justiça Terapêutica são: a) minimizar os danos emocionais e comportamentais dos infratores usuários de substâncias entorpecentes; b) reduzir o índice de criminalidade; c) reduzir a população carcerária; d) atuar preventivamente, buscando reduzir os danos daqueles que já tiveram contato com drogas; e) patrocinar a reinserção social; f) elaborar um perfil dos usuários de drogas.

IV - Conclusões

a) É legal e constitucional a submissão do denunciado por crime do art. 16 da Lei nº. 6.368/76 a programa de tratamento de dependência química como condição judicial para que o processo fique suspenso nos termos do art. 89, § 2º, da Lei 9.099/95.

b) Por medida de política criminal, o benefício deve ser estendido, alcançando também denunciados com antecedentes ou mesmo ostentando condenação penal, desde que pelo delito de porte de droga para uso próprio.

c) A Justiça Terapêutica pode ser implantada por iniciativa do Ministério Público com apoio da comunidade e do Poder Público, mediante convênio com entidades de apoio e tratamento de adictos.

TESE 40

TERAPIA DO ACUSADO DE PORTE DE ENTORPECENTE COMO CONDIÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Valter Foletto Santin

Promotor de Justiça de São Paulo

I - Introdução

A suspensão condicional do processo permitiu um leque de opções à Justiça Criminal para a despenalização e medidas profiláticas ao autor de crime, que ainda se encontram com dúvidas e direcionamento para atendimento de situações favoráveis à sociedade e ao próprio infrator penal. As principais dúvidas residem na faculdade ou obrigatoriedade da proposta de suspensão do processo por parte do Ministério Público e na possibilidade de proposição de ofício pelo juiz.

No confronto com a realidade surgem inúmeras outras situações que merecem análises e estudos jurídicos, para permitir uma maior utilidade do instituto da suspensão condicional do processo e transposição para o mundo real. Nessa linha, cabe analisar também as condições que podem ser propostas e a possibilidade de condicionar a suspensão do processo à realização de terapia consistente em tratamento ambulatorial para eliminação do vício e frequência a reuniões de grupos de Narcóticos Anônimos ou similares (Alcoólicos Anônimos) por acusação de porte de entorpecente, objeto deste trabalho.

II - Da atribuição de proposta pelo Ministério Público e da possibilidade de indicação de outras condições

O artigo 89, da Lei 9.099/1995, disciplina o instituto da suspensão condicional do processo. Prevê o dispositivo: “Art. 89 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º - Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados

lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º - O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º - A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º - Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º - Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º - Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

A iniciativa da proposição é do Ministério Público, o momento da proposta é por ocasião da denúncia ou sucessivamente, as condições especiais são de reparação do dano (I), proibição de freqüentar determinados lugares (II), proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial (III) e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo (IV), podendo ser especificadas outras condições desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (§ 2º). A aceitação incumbe ao acusado e a concessão do benefício é da competência do juiz.

A atribuição da iniciativa da proposição da suspensão do condicional do processo pelo Ministério Público tem respaldo constitucional e legal.

Inegável que a suspensão do processo, ato bilateral, com transação das partes, é controlada judicialmente (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099/1995, RT, 1995, págs. 191 e 192). Do mesmo modo, tem idêntica natureza jurídica de transação bilateral a aplicação imediata da pena.

No entanto, a propositura dos benefícios é atribuição exclusiva do Ministério Público (art. 76, caput e 89, caput, da Lei 9.099/95 c.c. art. 129, I, da Constituição Federal), pelo princípio da discricionariedade regrada. O juiz não pode agir de ofício, pois quem detém a iniciativa no *ius positum* é o Ministério Público (Ada et alii, pág. 210).

É defeso ao juiz movimentar *ex officio* a jurisdição, proibida constitucionalmente (art. 129, I, CF) e banida pela Lei 9.099/95, que revogou expressamente a Lei 4.611, observando que a sentença homologatória de transação penal é resposta jurisdicional e no caso teríamos exercício de jurisdição sem ação (Ada e outros, págs. 125 e 126). O direito de ação não se esgota no impulso inicial, compreendendo o exercício dos direitos, poderes, faculdades e ônus assegurados às partes ao longo de todo o processo (Cintra, Grinover & Dinamarco, Teoria Geral do Processo, págs. 254/255, nº. 156) e a homologação de transação, que elimine ou suspenda o processo, contra a vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, titular exclusivo, em termos constitucionais (Ada e outros, Juizados, pág. 126).

Cada um tem um papel determinado na aplicação imediata da pena ou na suspensão do processo: o Ministério Público propõe, o acusado aceita ou recusa e o juiz decide se suspende ou não o processo ou se aplica ou não a pena imediata. Inviável que o promotor aceite ou recuse em nome do acusado ou decida suspender o processo ou aplicar a pena ou que o acusado proponha ou decida sobre a suspensão ou a aplicação imediata da pena ou que o juiz faça a proposta ou aceite-a em nome do réu.

O Ministério Público, titular da ação penal, pode promover medidas de política criminal, não apenas como agente executor das opções do legislador, conforme já reconhecido pelo E. Supremo Tribunal Federal, no HC 75.343-4 MG, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, quando analisada recusa do promotor de justiça de propor a suspensão do processo e a incidência da norma do artigo 28, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público não é obrigado a fazer a proposta, podendo deixar de fazê-la se ausentes os requisitos legais. Se equivocadamente o representante ministerial na recusa de efetuar a proposta e discordar o magistrado, o caminho a trilhar é a remessa dos autos ao Dr. Procurador Geral de Justiça, por analogia ao artigo 28, do Código de Processo Penal, no caso de suspensão do processo (Ada et alii, pág. 211, e, Luiz Antônio Guimarães Marrey, Parecer Encaminhado pela Procuradoria Geral de Justiça aos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, Boletim Informativo 02, 1996, Ministério Público do Estado de São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça e Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, pág. 61) e também similarmente na aplicação imediata da pena (Ada e outros, pág. 126, e, Marrey).

A proposta judicial de ofício afasta-se da jurisprudência maciça e atual dos tribunais superiores, E. Superior Tribunal de Justiça e E. Supremo Tribunal Federal. Os referidos tribunais consideram como solução correta a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, com a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, para a hipótese do promotor de justiça recusar-se a efetuar a proposta.

Sobre a posição do E. STF, vide (www.stf.gov.br): HC 75.343-4 MG, Boletim Informativo do STF nºs 76 e 92; HC 76.439-SP, rel. Octavio Gallotti, j. 12.05.98, Boletim Informativo do STF nº. 110 e DJU 21.08.98; HC 74.153-SP; HC 77.723-RS, rel. Néri da Silveira, 15.09.98, Boletim Informativo do STF 123.

Em relação ao E. STJ, vide as seguintes decisões, a título de amostragem: 5ª. Turma (RHC 10265/SP, j. em 15.05.2001, v.u., DJ 11.06.2001, RESP 211659/SP, j. em 20.02.2001, v.u., DJ 02.04.2001; RHC 10043/RJ, j. em 14.11.2000, v.u., DJ 19.02.2001, RESP 267610/SP, j. em 07.11.2000, v.u., DJ 11.12.2000; RESP 253935/MG, j. em 10.10.2000, v.u., DJ 20.11.2000; RESP 259680/SP, j. em 26.09.2000, v.u., DJ 23.10.2000; RESP 164760/SP, j. em 13.09.2000, v.u., DJ 18.12.2000; RHC 8989/SP, j. em 26.10.1999, v.u., DJ 29.11.1999), 6ª. Turma (RESP 263560/SP, j. em 26.03.2001, v.u., DJ 23.04.2001) e 3ª. Seção (ERESP 124251/MG, j. em 14.02.2001, v.u., DJ 26.03.2001, ERESP 154516/SP, j. em 13.12.2000, v.u., DJ 19.02.2001; ERESP 157181/SP, j. em 13.09.2000, v.m., DJ 27.11.2000; ERESP 185187/SP, j. em 13.10.1999, v.m., DJ 22.11.1999). Estas decisões e outros precedentes geraram o seguinte entendimento das 5ª. e 6ª. Turmas e da 3ª. Seção, constante do site oficial do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br, jurisprudência comparada): “A iniciativa para a proposta da suspensão condicional do processo é privativa do Ministério Público, sendo descabida a sua realização pelo órgão julgador. Na hipótese de divergência entre o juiz e o promotor sobre o não oferecimento da proposta, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.” E mais do E. STJ: RESP 253.675/SP, 6ª. T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU nº78, de 23.04.2001, p. 191; RESP 265.081/SP, 5ª. T., Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 44, de 05.03.2001, p. 211).

É inviável a proposta judicial de ofício de suspensão do processo e a posterior concessão do benefício. O ato judicial afronta ao direito do Ministério Público de proponente exclusivo

do benefício, faculdade que se enquadra no poder maior de acusação pública pela prática de crimes, no exercício de parcela da soberania estatal, especialmente em hipótese em que o Ministério Público recusar fundamentadamente o oferecimento da proposta respectiva, no exercício regular do seu poder discricionário (discricionariedade regrada) e de realização de política criminal, nos termos do artigo 89, caput, da Lei 9.099/1995.

O eventual direito subjetivo do réu confronta-se com o poder discricionário do Promotor de Justiça. Desse confronto, pode-se concluir que o promotor tem o direito de propor ou recusar a proposta de benefício de transação ou de suspensão do processo, pautado pelos requisitos legais, numa realização de efetiva política criminal; o acusado tem o direito subjetivo de aceitar ou recusar a proposta, pois pode perfeitamente querer litigar até o fim, para obter a absolvição. Por outro lado, o juiz não pode interferir no trabalho das partes, mas apenas julgar se homologa ou não o benefício ou se determina a suspensão ou aplicação imediata da pena ou não, atendendo a requerimento nesse sentido. No sistema acusatório, o juiz apenas julga, não podendo interferir no trabalho do Ministério Público, quem exerce parcela da soberania do Estado na movimentação privativa da ação penal, por norma constitucional insculpida no artigo 129, I, da Carta Magna.

A ilegalidade decorre da negativa de vigência do artigo 89, caput, da Lei 9099, que concedeu ao Ministério Público o direito de propor a suspensão do processo.

A inconstitucionalidade decorre de lesão aos artigos 129, I, e art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A afronta ao artigo 129, I, da Constituição Federal, relaciona-se à invasão judicial do exercício privativo pelo Ministério Público da ação penal e via de conseqüência da possibilidade de efetuar proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, como forma despenalizadora.

Também fere o disposto no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna, impedindo o completo acesso ao Judiciário por parte do Ministério Público, para reparação de ameaça ou lesão a direito da sociedade, em sentido amplo, retratado na definição da culpabilidade do acusado pelos fatos delituosos imputados e imposição de sanção penal, especialmente contra a vontade expressa do órgão acusador, que não pretende transigir e propor o benefício de sobrestamento processual ao acusado, por ser indevido, inviável e inadequado no caso concreto.

E ainda mais: tal comportamento e proposição pelo magistrado, comprometem a imparcialidade do juiz, de molde a impedir a sua posterior atuação jurisdicional.

A recusa da proposta não afeta o direito público subjetivo ou direito subjetivo público do acusado e nem afronta ao princípio da apreciação de lesão ou ameaça a direito por parte do Judiciário. Ao contrário, o juiz está impedindo o Ministério Público de exercer o seu direito de ação (art. 129, I, CF) e obter a prestação jurisdicional de natureza penal, decorrente da prática criminosa, que provocou lesão a direito da sociedade. É o outro lado da moeda.

Vencida a atribuição para a proposição da suspensão do processo, surge a discussão sobre a proposição e a aplicação das condições do benefício. Quem propõe e define as condições? O promotor de justiça ou o juiz? São adequadas ao usuário ou viciado de entorpecente as condições de frequência a reuniões de entidade especializada em terapia de grupo e tratamento ambulatorial para eliminação do vício?

Parece-me que os mesmos argumentos utilizados para a iniciativa da proposta de suspensão condicional do processo valem para as condições do benefício. As condições devem ser indicadas pelo promotor de justiça, porque fazem parte da proposta. A proposta de suspensão

do processo não pode ser vaga e imprecisa, devendo o membro do Ministério Público mencionar precisamente as condições do benefício, para aceitação ou recusa do acusado e homologação ou rejeição por parte do juiz.

Se o membro do Ministério Público não constar da sua proposta de suspensão condicional do processo em caso de acusação por porte de entorpecente as condições de tratamento ambulatorial e frequência a reuniões de grupos de Narcóticos Anônimos ou similares e o juiz considerar adequadas e indicadas para o caso concreto ele deverá instar o membro do Ministério Público para se manifestar a respeito, encaminhando se necessário os autos ao Dr. Procurador Geral de Justiça, para reapreciação, também por analogia ao artigo 28, do CPP. Mas o juiz não poderá propor de ofício e aplicar as condições sem a proposta do membro do Ministério Público, pelos mesmos argumentos para a recusa de proposta de suspensão.

As condições da suspensão do processo podem ser especiais ou gerais. As especiais estão contidas nos incisos I a IV, §1º, do artigo 89, da Lei 9.099/1995 (reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo). As condições gerais são aquelas adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (§ 2º).

Não há dúvida de que as condições especiais constantes do §1º do artigo 89, da Lei 9.099 podem ser propostas pelo Ministério Público, aceitas pelo acusado e aplicadas pelo juiz.

A dúvida surge em relação às condições diferentes do rol do referido §2º, do artigo 89, porque o dispositivo prevê que “o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”.

A leitura desatenta e isolada deste dispositivo poderia fazer crer que o juiz teria a incumbência de propor outras condições. Na linguagem comum especificar significa “indicar a espécie de; ser a característica especial de; explicar miudamente; esmiuçar; apontar individualmente; especializar” (Dicionário Aurélio - Século XXI). É inegável que o juiz aplica a norma e submete o acusado às condições da suspensão do processo, mas quem efetua a proposta é o Ministério Público (art. 89, caput), que deve contar com a aceitação do acusado. São três posições diferentes: proponente (Ministério Público), aceitante (acusado) e aplicador (juiz).

A posição que postula a exclusividade judicial de proposição de outras condições (§2º) além daquelas previstas no §1º, do artigo 89, da Lei 9.099, está totalmente dissonante do sistema de suspensão do processo, implantado pela referida lei, que prevê a proposta por parte do Ministério Público, a aceitação ou recusa pelo acusado e a decisão sobre a aplicação do benefício pelo juiz.

O Juiz não tem a iniciativa da proposição da suspensão condicional do processo nem das condições do benefício. O juiz não propõe, aplica a condição proposta pelo Ministério Público e aceita pelo acusado.

III - Da adequação das condições de tratamento ambulatorial e frequência a reuniões de terapia de grupo

A disposição que prevê que o “juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão desde que adequadas ao fato e à situação do acusado” (art. 89, §2º.) deve ser interpretada como ampliação das condições previstas no §1º., de natureza exemplificativas e não exaustivas, dependente da adequação ao caso concreto. No entanto, a proposta é da atribuição exclusiva do Ministério Público.

Note-se que o juiz ao suspender o processo submete o acusado a período de prova, mediante condições (art. 89, §1º), vale dizer decide sobre a suspensão condicionada do processo, aplica a norma. Para impor a restrição, as condições devem ser precisadas, definidas, especificadas. Em tese, o juiz pode rejeitar alguma condição proposta pelo Ministério Público que seja considerada inadequada ao fato e à situação do acusado. A decisão judicial relaciona-se aos termos da suspensão do processo constante da proposta do Ministério Público e aceita pelo acusado. O objeto da decisão é restrito, tendo em vista o “pedido” de suspensão do processo, com a concordância do acusado.

O tratamento ambulatorial e a frequência a reuniões de grupos de Narcóticos Anônimos ou similares são terapias adequadas e indicadas para o autor de crime de porte de entorpecente (art. 16, da Lei 6.368/1976).

O Estado deve exigir e proporcionar condições para que o infrator da legislação antitóxico livre-se do vício. O uso esporádico também exige medidas efetivas para que o usuário não alcance situação de dependência de difícil regressão para a normalidade. Não parece razoável e sensato aguardar que o usuário alcance a condição de viciado para a tomada de providências cabíveis, porque com a maior passagem do tempo o tratamento e as providências são mais difíceis de reversão da situação e obtenção de sucesso na recuperação de drogado, em virtude do aprofundamento da pessoa com a droga. É o que espera a sociedade e determina o bom senso.

Nessa linha, encarece Edson Ferrarini a necessidade da participação da família, da escola e da comunidade para a solução do problema da disseminação do uso de drogas, acentuando que “qualquer trabalho que for feito, para recuperar um viciado, quanto mais cedo for detectado o problema, melhor e mais fácil será, para sua volta ao caminho da normalidade” (*O que devem saber pais, professores e jovens sobre tóxicos e alcoolismo*. São Paulo: DAG Gráfica e Editorial, pág. 130).

Não se trata de aferição ou não de periculosidade para a submissão a tratamento ambulatorial. Se o acusado fosse perigoso, não seria beneficiado pela suspensão do processo. Tratamento ambulatorial independe de periculosidade, porque o objetivo é ajudar o acusado a livrar-se do vício. Nada mais, nada menos!

Se no decorrer do tratamento ambulatorial o acusado tiver evolução e conseguir eliminar o vício, a condição poderá ser desnecessária e cessada, de acordo com as recomendações médicas.

O apoio da sociedade na recuperação do viciado é essencial para o sucesso da empreitada e eliminação do vício ou da vontade esporádica de uso da droga, principalmente por entidades como os Alcoólicos Anônimos, especializadas na ajuda ao dependente de livrar-se do vício de álcool, ou os Narcóticos Anônimos, com atuação na área de entorpecentes, ou entidades similares.

O contato do acusado com outros ex-viciados e pessoas que tiveram problemas semelhantes será uma ajuda importante para a sua luta árdua de combate ao uso de entorpecente. A frequência a reuniões de terapia individual ou de grupo é indicada para o problema de uso ou vício de tóxico (Edson Ferrarini, obra citada, pág. 134).

As condições são totalmente adequadas ao fato e à situação do acusado, em consonância com o princípio da adequação, objetivando eliminar o vício da droga. Seria inócuo conceder o benefício e não tomar medidas efetivas para que o usuário de entorpecente livre-se do vício, situação difícil e que necessita de acompanhamento social e médico.

Não há qualquer afronta ao princípio da legalidade, tendo em vista que as condições do §1º. do artigo 89 são exemplificativas e outras podem ser propostas e impostas, de acordo com a adequação à situação do acusado e ao caso concreto (§2º.).

Suspender o processo sem exigir o comparecimento a reuniões de viciados ou ex-viciados e tratamento ambulatorial constitui medida fadada ao insucesso na tentativa de eliminação do vício de uso de entorpecente pelo acusado. Esperar que o viciado procure voluntariamente tratamento médico e ajuda para livrar-se do vício é visivelmente esperança de difícil concretização, pelo que demonstra a experiência no tratamento e recuperação de drogados. Não é providência acertada esperar que o usuário alcance o “fundo do poço” para o início do seu tratamento terapêutico e social.

Recomenda-se ao membro do Ministério Público a inclusão na proposta de suspensão condicional do processo das condições de tratamento ambulatorial e frequência a reuniões de grupos de Narcóticos Anônimos ou similares, terapias adequadas e indicadas para o autor de crime de porte de entorpecente, medida que contribuirá para a recuperação de drogados.

O Judiciário deve abrir os olhos para estas medidas, aplicando as referidas condições propostas pelo Ministério Público, se aceitas pelo acusado, com a inserção ativa da Justiça Criminal na solução desse grave problema, que tanto aflige a sociedade e infelicita as famílias. Espera-se conscientização da Justiça para a situação e medidas adequadas para melhorar a vida do acusado e maior combate ao envolvimento dele com entorpecente.

IV. Conclusão

Tendo em vista tais fundamentos, concluo:

- 1) O Ministério Público possui a iniciativa de proposta da suspensão condicional do processo, por ocasião da denúncia ou simultaneamente;
- 2) Ao Ministério Público incumbe indicar as condições da suspensão condicional do processo, as quais fazem parte integrante da proposta, sejam as condições especiais ou as gerais;
- 3) O Ministério Público pode propor as condições de tratamento ambulatorial e frequência a reuniões de grupos de Narcóticos Anônimos ou similares, terapias adequadas e recomendadas para o autor de crime de porte de entorpecente;

4) O juiz não pode propor de ofício a suspensão do processo nem as suas condições, podendo utilizar em caso de inércia ou desinteresse do membro do Ministério Público o mecanismo do artigo 28, do Código de Processo Penal, por analogia, com a remessa dos autos à reapreciação do E. Procurador Geral de Justiça.

TESE 41

O CLORETO DE ETILA E A RETROATIVIDADE DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Rodrigo Canellas Dias

Promotor de Justiça de São Paulo

Não se sabe se foi por dolo, por culpa ou por pura incompetência. Os motivos que produziram tamanho equívoco não vieram a público e provavelmente jamais virão. O certo é que no dia 7 de dezembro de 2000 foi publicado no Diário Oficial da União a Resolução – RDC nº104, de 6 de dezembro de 2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Esta resolução excluiu o cloreto de etila da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, e incluiu o cloreto de etila na Lista D2 – Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos, da Portaria SVS/MS nº344/98.

Surpreendentemente, exatos oito dias depois, em 15 de dezembro de 2.000, republica o Diário Oficial da União, “por ter saído com incorreção, do original, no DO de 7/12/2000”, a mesma Resolução – RDC nº104, agora excluindo o cloreto de etila da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, e incluindo-o na Lista B1 – Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS nº344, de 12 de maio de 1998.

Como se sabe, o cloreto de etila é utilizado na fabricação de “lança-perfumes”. Conforme afirmado de modo repetitivo pelos estudiosos da matéria, “é causador de depressão do sistema nervoso central e, se inalado em altas doses, produz narcose inconsciente” (STJ – RHC nº6.809/MG).

A questão que merece ser examinada é a circunstância de ter ocorrido, ou não, a exclusão da tipicidade em relação ao cloreto de etila, por sua momentânea saída da listagem de substâncias psicotrópicas.

O art.36 da Lei nº6.368/76 nos conduz ao raciocínio inevitável de que os preceitos legais ali contidos são normas penais em branco, que devem, portanto, ser complementadas por outras em virtude da indeterminação de seu conteúdo. Ali, está previsto ainda, que as substâncias consideradas entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica devem ser relacionadas por órgão específico do Ministério da Saúde, vale dizer, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, encarregada pela publicação da lista das substâncias passíveis da incidência da Lei Antitóxicos. A lista hoje em vigor é a citada Portaria SVS/MS nº334, de 12 de maio de 1998, atingida em cheio pela Resolução – RDC nº104, de 6 de dezembro de 2000.

O problema das drogas não é recente e o crescimento vertiginoso em seu consumo vem preocupando cada vez mais as autoridades de diversos países. Muito se tem feito, porém poucos foram os resultados positivos. As medidas até então tomadas não deram certo, desde as repressivas até as educacionais. E uma prova disso é a frequência assustadora com que têm

e *visibilidade* é incontestável. Daí porque o transplante para o universo jurídico do *flagrante* incorporado ao *delito* para dá a idéia deste último está sendo cometido, praticado, em sua *ardência*, sendo portanto, patente, irrecusável. E é neste sentido que a prisão em flagrante constitui a demonstração visual do crime e de sua autoria.

Atende a prisão em flagrante dois objetivos igualmente importantes: 1- defesa da sociedade e da ordem jurídica (garantindo a ordem pública, pela asseguaração da instrução criminal e a aplicação da lei penal), ao fazer cessar ou interromper a prática criminosa; 2- resguardo da prova da materialidade do ato e da respectiva autoria (*função probatória*). A importância da prisão em flagrante supera de muito sua aplicação ao processo, ressaltando-se como ato de autodefesa do Estado, cuja eficiência é tal que as Constituições democráticas chegam a admiti-lo, expressamente, nos capítulos dos direitos e garantias individuais. A este propósito, Hélio Tornaghi citado por Romeu Pires de Campos Barros, acrescenta outros efeitos salutares proporcionados pela prisão em flagrante: 1- a exemplaridade: serve de advertência aos maus; 2- a satisfação: restitui a tranqüilidade aos bons; 3- o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade. Acrescenta ainda, como efeitos eventuais, a frustração do resultado (evitando a consumação do crime ou, pelo menos o seu exaurimento) e proteção do próprio preso contra a exasperação do povo².

III - A necessidade de controle da legalidade da prisão em flagrante

A importância política e jurídica da prisão em flagrante ressaltada acima, impõe que o ato que a formaliza seja devidamente fiscalizado e controlado. A garantia da liberdade individual não pode repousar exclusivamente na regularidade do auto de prisão em flagrante levado a cabo pela autoridade policial. Numa democracia nenhum órgão, agente ou instituição são insubmissos a algum mecanismo de controle. “A democracia sem controle é, a longo prazo, impossível. A verdadeira garantia constitucional está na organização dos poderes públicos, na contenção do exercício do poder conferido a cada um, gizado de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer nos lindes legítimos traçados e, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos, e reparar-lhe os agravos sofridos”³. Essa ordem de idéias já autoriza, por si mesma, um controle mais firme do ato formalizador da prisão em flagrante, vez que relacionado diretamente a um direito fundamental do homem: a liberdade.

O inquérito policial, que pode ter como ponto de partida o auto de prisão em flagrante, consubstancia-se num procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal, para que o titular da ação penal possa ingressar em Juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto⁴. Vê-se que a atividade investigatória da polícia judiciária, no caso de crimes de ação penal pública, visa imediatamente subsidiar a atividade do Ministério Público na propositura da ação penal, só mediatamente ao Judiciário, após o devido desdobramento judicial

2. Apud Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, pp. 144-145.

3. João Gaspar Rodrigues, *O Ministério Público e um novo Modelo de Estado*, p. 198.

4. Cf. a propósito Romeu de Almeida Salles Júnior, *Inquérito policial e ação penal*, p. 21; Rogério Lauria Tucci, *Persecução penal, prisão e liberdade*, p. 43.

TESE 41**O CLORETO DE ETILA E A RETROATIVIDADE DAS NORMAS PENAIS EM BRANCO****Rodrigo Canellas Dias**

Promotor de Justiça de São Paulo

Não se sabe se foi por dolo, por culpa ou por pura incompetência. Os motivos que produziram tamanho equívoco não vieram a público e provavelmente jamais virão. O certo é que no dia 7 de dezembro de 2000 foi publicado no Diário Oficial da União a Resolução – RDC nº104, de 6 de dezembro de 2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Esta resolução excluiu o cloreto de etila da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, e incluiu o cloreto de etila na Lista D2 – Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos, da Portaria SVS/MS nº344/98.

Surpreendentemente, exatos oito dias depois, em 15 de dezembro de 2.000, republica o Diário Oficial da União, “por ter saído com incorreção, do original, no DO de 7/12/2000”, a mesma Resolução – RDC nº104, agora excluindo o cloreto de etila da Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, e incluindo-o na Lista B1 – Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS nº344, de 12 de maio de 1998.

Como se sabe, o cloreto de etila é utilizado na fabricação de “lança-perfumes”. Conforme afirmado de modo repetitivo pelos estudiosos da matéria, “é causador de depressão do sistema nervoso central e, se inalado em altas doses, produz narcose inconsciente” (STJ – RHC nº6.809/MG).

A questão que merece ser examinada é a circunstância de ter ocorrido, ou não, a exclusão da tipicidade em relação ao cloreto de etila, por sua momentânea saída da listagem de substâncias psicotrópicas.

O art.36 da Lei nº6.368/76 nos conduz ao raciocínio inevitável de que os preceitos legais ali contidos são normas penais em branco, que devem, portanto, ser complementadas por outras em virtude da indeterminação de seu conteúdo. Ali, está previsto ainda, que as substâncias consideradas entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica devem ser relacionadas por órgão específico do Ministério da Saúde, vale dizer, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, encarregada pela publicação da lista das substâncias passíveis da incidência da Lei Antitóxicos. A lista hoje em vigor é a citada Portaria SVS/MS nº334, de 12 de maio de 1998, atingida em cheio pela Resolução – RDC nº104, de 6 de dezembro de 2000.

O problema das drogas não é recente e o crescimento vertiginoso em seu consumo vem preocupando cada vez mais as autoridades de diversos países. Muito se tem feito, porém poucos foram os resultados positivos. As medidas até então tomadas não deram certo, desde as repressivas até as educacionais. E uma prova disso é a frequência assustadora com que têm

sido mudadas as leis no combate ao uso e tráfico de drogas, entretanto, sem qualquer resultado. Imensas campanhas educacionais esclarecendo os perigos e danos causados pelas drogas estão sendo feitas, e o que se observa é justamente um maior crescimento do consumo no meio estudantil.

Não se pode desviar a atenção do problema que assola o nosso país. O vício de se ingerir entorpecentes causa, além da natural deterioração física e o alto grau de excitação, estado de delírio e letargia incontroláveis que acabam por destruir a força laborativa do indivíduo, levando-o, não poucas vezes, à morte.

O legislador, na tentativa de conter os avanços quase epidêmicos no consumo de drogas, aumentou o rigor punitivo nos delitos desta natureza, considerando-os, inclusive, como hediondos. Diante disso, não se pode concordar com explanações doutrinárias que interpretam a lei sempre sob um ponto de vista liberal, desmoralizando com o Direito Penal e negligenciando o combate ao uso de drogas¹.

A malfadada Resolução – RDC nº104, publicada no DOU de 7 de dezembro de 2000, de escassos oito dias de vida, foi um óbvio equívoco da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, mas serviu para que muitos considerassem descriminalizado o uso e o porte do lança-perfume, pela ocorrência da *abolitio criminis*². Colocando o cloreto de etila na Lista D-2 (Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária equiparou-o à acetona, ao ácido sulfúrico ou ao éter etílico, produtos esses que, respeitados os controles e limites do Poder Público, qualquer pessoa pode comprar em qualquer farmácia do país.

Percebido o engano, tratou o órgão público de republicar a Resolução, sob o mesmo número, no DOU de 15 de dezembro de 2000, incluindo o cloreto de etila na Lista B1 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito). Assumiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária o erro cometido, informando que a Resolução anterior estava sendo “*republicada por ter saído, com incorreção, do original*”.

Ora, se assim é, não se pode afirmar que a Resolução – RDC nº104, publicada no dia 07/12/2000 possuísse caráter de estabilidade, isto é, tivesse o cunho de durabilidade, de permanência no ordenamento jurídico. Ao contrário, houve equívoco na sua publicação, que a tornava pronta para ser revogada no primeiro momento seguinte à sua entrada em vigor. Tal característica a tornava muito mais temporária ou excepcional que qualquer outra complementação às leis penais em branco, razão pela qual jamais poderia ter o condão de retroagir para fatos anteriores à sua publicação.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, no Habeas Corpus nº73.168-6/SP, analisou a questão da retroatividade da norma penal em branco, diferenciando-a quando dotada de estabilidade. Em cristalina decisão, assim dispôs o Pretório Excelso:

- “*Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto a retroatividade.*”

1. JESUS, Damásio E. de, Lei Antitóxicos, Norma Penal em Branco e a Questão do Lança-Perfume (Cloreto de Etila), in Boletim IBCCrím nº102, de maio/2001, p.08.

2. GOMES, Luiz Flávio, Descriminalização do cloreto de etila, in www.direitocriminal.com.br.

- *Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa em real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica.*

- *Habeas Corpus indeferido*".

Percebe-se, *ucti oculi*, não ser esta a situação da desditosa Resolução – RDC nº104, publicada em 7 de dezembro de 2000, cujo caráter temporário era inerente à sua própria existência, visto que divulgada com erro em sua redação. Não se fundava em um motivo permanente, insusceptível de ser modificado. Por isso, não poderia retroagir, mesmo que para favorecer o acusado.

Do mesmo modo, é a orientação da Doutrina. Assim preleciona Nelson Hungria:

"Segundo a incensurável lição de Manzini, as leis penais em branco não são revogadas em consequência da revogação da seus complementos (outra norma penal ou regulamentos, portarias ou editais expedidos pela autoridade administrativa, e condicionantes de sua aplicação). Não obstante a cessação destes, continuam elas em vigor, apenas faltando os elementos ocasionais para sua ulterior aplicação. A circunstância de que, com a cessação dos complementos, deixam de ser aplicáveis, somente diz com o futuro. Esse justo critério de decisão foi adotado pela 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a propósito de violação de "tabelas de preços", sendo que, no caso, a mercadoria, pela qual se cobrara preço abusivo, deixara, ao tempo do julgamento, de figurar entre as de preço controlado. A acórdão (por mim relatado) assim se pronunciou: "Trata-se na espécie de lei penal em branco, cujo conteúdo é complementado por ato administrativo (regulamentos, portarias, editais), mas que persiste em vigor ainda que venha a cessar esse elemento ocasional, continuando a ser puníveis os fatos anteriores a essa cessação. Não pode ser suscitada, aqui, questão de direito transitório, pois que não há sucessão de leis, isto é, a norma penal não é revogada, mas apenas vem a faltar; temporariamente, ou não, para o futuro, a eventualidade condicionante da aplicação da pena. É a pacífica lição doutrinária. Repetindo-a, Manzini formula um exemplo que vem a propósito no caso vertente: "Assim, se alguém vendeu mercadorias a preços superiores aos fixados na tabela oficial, é punível pelo relativo crime, ainda quando, na ocasião do julgamento, tais preços, por efeito de sua periódica revisão, tenham sido levados ao nível naqueles pelos quais se fez a venda abusiva".³

Ora, tomando o exemplo de Nelson Hungria, a tabela de preços baixada pelo órgão público competente tem a mesma natureza jurídica da infeliz Resolução – RDC nº104, de 6 de dezembro de 2000. É uma norma complementar, isto é, uma norma legal, portaria ou edital expedido pela autoridade administrativa, condicionante da aplicação da lei penal em branco. Como a tabela de preços, a Resolução – RDC nº104 não se assentava em nenhum motivo permanente, insusceptível de se modificar, mas sim produto de um erro cometido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O monumental descuido de se excluir o cloreto de etila da relação de substâncias entorpecentes tornou impune a conduta daqueles que portavam frascos de "lança-perfume" no período compreendido

3. HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, Volume I, tomo I, 5ª ed., Rio de Janeiro Forense, 1976, p.137/8.

entre 7 e 14 de dezembro de 2000. Neste período, faltou, temporariamente, a complementação à lei penal. Os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Resolução permanecem íntegros, pois à época havia o complemento à norma penal em branco.

Desta forma, ante o disposto no art.3º do Código Penal, não se pode aplicar na hipótese o princípio da retroatividade benigna, sendo a norma temporária, consubstanciada na Resolução - RDC nº104, publicada no DOU de 7 de dezembro de 2000 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dotada de ultratividade, tendo efeitos tão somente para aqueles que foram surpreendidos entre os dias 7 e 14 de dezembro de 2000 portando quaisquer produtos contendo cloreto de etila, mas nunca, jamais, retroagindo para atingir fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

Conclusões:

- A momentânea saída do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas excluiu a tipicidade da conduta daqueles que foram surpreendidos entre os dias 7 e 14 de dezembro de 2000 portando quaisquer produtos contendo cloreto de etila, pois neste período faltou, temporariamente, a complementação à lei penal em branco;

- O art.3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese do ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade benigna, sendo a norma temporária, consubstanciada na Resolução – RDC nº104, de 6 de dezembro de 2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dotada de ultratividade, não atingindo fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

TESE 42

COMUNICAÇÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE AO JUIZ E AO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

João Gaspar Rodrigues*
Promotor de Justiça - AM

Sumário: 1- Introdução. 2- A prisão em flagrante e seus objetivos. 3- A necessidade de controle da legalidade da prisão em flagrante. 4- Viabilidade jurídica de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público. 5- Aplicação subsidiária da do art. 10 da LC n. 75/93 aos Ministérios Públicos Estaduais através do art. 80 da LONMP. 6- Conclusão.

I - Introdução

A investigação doutrinária tem no caso concreto uma fonte riquíssima para a problematização de fatos que dificilmente ocorreriam ao jurista imaginar. O modelo constitucional de comunicação de prisão em flagrante ao juiz (art. 5º, inc. LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao *juiz competente...*”), à primeira vista, sem o rescaldo da prática, parece ser uma excelente fórmula de proteger os direitos individuais. Na prática o que se percebe é a ineficiência de tal modelo, se não inviabilizando o controle de legalidade das prisões, pelo menos dificultando-o, na medida em que o juiz enredado numa incompreensível inércia, aprecia apenas formalmente os elementos fornecidos com a comunicação e na maior da parte das vezes, “homologa-a”¹. Diante disso, pus-me a campo para apreciar o problema, apontando no fim a melhor alternativa para equacionar as dificuldades.

II - A prisão em flagrante e seus objetivos

“Flagrar” é uma palavra que encontra sua origem no latim *flagrare* (consumir-se em chamas; arder; inflamar-se) e “flagrante” (do latim *flagrante, is*) assume no léxico as seguintes acepções: 1- Ardente, acalorado; 2- Evidente; manifesto. A correlação perceptiva entre *ardência*

*Autor dos livros: “O Ministério Público e um novo Modelo de Estado” e “Tóxicos: abordagem crítica da Lei n. 6.368/76)

1. Essa “homologação” do flagrante, levada a cabo por alguns juizes e tribunais, é igualmente incompreensível.

e *visibilidade* é incontestável. Daí porque o transplante para o universo jurídico do *flagrante* incorporado ao *delito* para dá a idéia deste último está sendo cometido, praticado, em sua *ardência*, sendo portanto, patente, irrecusável. E é neste sentido que a prisão em flagrante constitui a demonstração visual do crime e de sua autoria.

Atende a prisão em flagrante dois objetivos igualmente importantes: 1- defesa da sociedade e da ordem jurídica (garantindo a ordem pública, pela asseguaração da instrução criminal e a aplicação da lei penal), ao fazer cessar ou interromper a prática criminosa; 2- resguardo da prova da materialidade do ato e da respectiva autoria (*função probatória*). A importância da prisão em flagrante supera de muito sua aplicação ao processo, ressaltando-se como ato de autodefesa do Estado, cuja eficiência é tal que as Constituições democráticas chegam a admiti-lo, expressamente, nos capítulos dos direitos e garantias individuais. A este propósito, Hélio Tornaghi citado por Romeu Pires de Campos Barros, acrescenta outros efeitos salutares proporcionados pela prisão em flagrante: 1- a exemplaridade: serve de advertência aos maus; 2- a satisfação: restitui a tranqüilidade aos bons; 3- o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade. Acrescenta ainda, como efeitos eventuais, a frustração do resultado (evitando a consumação do crime ou, pelo menos o seu exaurimento) e proteção do próprio preso contra a exasperação do povo².

III - A necessidade de controle da legalidade da prisão em flagrante

A importância política e jurídica da prisão em flagrante ressaltada acima, impõe que o ato que a formaliza seja devidamente fiscalizado e controlado. A garantia da liberdade individual não pode repousar exclusivamente na regularidade do auto de prisão em flagrante levado a cabo pela autoridade policial. Numa democracia nenhum órgão, agente ou instituição são insubmissos a algum mecanismo de controle. “A democracia sem controle é, a longo prazo, impossível. A verdadeira garantia constitucional está na organização dos poderes públicos, na contenção do exercício do poder conferido a cada um, gizado de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer nos lindes legítimos traçados e, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos, e reparar-lhe os agravos sofridos”³. Essa ordem de idéias já autoriza, por si mesma, um controle mais firme do ato formalizador da prisão em flagrante, vez que relacionado diretamente a um direito fundamental do homem: a liberdade.

O inquérito policial, que pode ter como ponto de partida o auto de prisão em flagrante, consubstancia-se num procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal, para que o titular da ação penal possa ingressar em Juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto⁴. Vê-se que a atividade investigatória da polícia judiciária, no caso de crimes de ação penal pública, visa imediatamente subsidiar a atividade do Ministério Público na proposição da ação penal, só mediadamente ao Judiciário, após o devido desdobramento judicial

2. *Apud* Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*; pp. 144-145.

3. João Gaspar Rodrigues, *O Ministério Público e um novo Modelo de Estado*, p. 198.

4. Cf. a propósito Romeu de Almeida Salles Júnior, *Inquérito policial e ação penal*, p. 21; Rogério Lauria Tucci, *Persecução penal, prisão e liberdade*, p. 43.

dos elementos coligidos. Neste aspecto, em relação à prisão em flagrante não pode o Ministério Público ser apenas *correia de transmissão* do desejo da polícia, sendo o último a ter conhecimento da restrição de um direito fundamental. Não podemos esquecer que constitui atribuição constitucional do MP a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, CF), além de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII, CF), o que pressupõe o conhecimento oficial pela instituição, através de seus órgãos e agentes, de todos os atos policiais (e não apenas das prisões em flagrante) que impliquem a quebra dos direitos individuais.

A Constituição Federal de 1988, repetindo normas das Constituições anteriores, colocou no capítulo dos direitos e garantias individuais que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, inc. LXII). O constituinte obrigou a ciência do flagrante ao juiz (controle judicial de possível ilegalidade) e à família (para prestar assistência moral e jurídica, numa espécie de controle secundário), mas esqueceu de mencionar o Ministério Público, talvez por acalantar o arcaico entendimento de parcialidade da instituição ou por mero desconhecimento das atribuições que iria conferir à Instituição nos nascentes arts. 127 e 129 (o que denota a confecção por tiras e assistemática do texto constitucional). Perdeu o constituinte ótima oportunidade de criar um *controle bifronte* entre o Ministério Público e o Judiciário a propósito do flagrante. Diria melhor, perdeu a oportunidade de facilitar este controle ministerial, obrigando em sede constitucional a autoridade policial a comunicar oficialmente a medida cautelar tanto ao Juiz quanto ao membro do Ministério Público.

IV - Viabilidade jurídica de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público

No Brasil, o controle exercido pela família sobre eventual ilegalidade do flagrante é nenhum (salvo quando tem condições materiais de contratar um advogado) e pelo Juiz é deficiente. Normalmente, os juízes recebem a comunicação do flagrante com certa desídia, apondo um simples despacho: “R.h. Aguarde-se o inquérito”; outros, sem nada para fazer e num atavismo judicial (num puro espírito de sequacidade), “homologam-no”. É rara a concessão *ex officio* de *habeas corpus* para relaxar um flagrante ilegal. Além desse *argumento de experiência*, há que se mencionar o fato de que um controle duplo sempre é melhor que o unitário, e nenhum prejuízo traz à atividade da polícia nem à do judiciário, ao contrário, fortalece a higidez dos atos legais e quanto aos ilegais, possibilita com maiores vantagens a sua anulação. Sem contar, que a função de garantia de um valor fundamental será tão mais eficiente quanto mais forte e aperfeiçoada vier a ser a ação dos órgãos públicos relativamente a outros. A garantia constitucional implica não apenas coordenação de normas mas também coordenação de órgãos.

A norma constitucional que manda a autoridade policial comunicar o flagrante apenas ao juiz, para que este possa mais comodamente exercer o controle da legalidade, não retira do Ministério Público a possibilidade de exercer o mesmo controle, mas como já disse, dificulta a tarefa, pois terá o agente ministerial, a par com suas inumeráveis atribuições, de requisitar informações à autoridade policial que houver formalizado o ato cautelar, para a partir daí adotar as providências cabíveis. E isto somente quando recebe alguma reclamação de familiares (na maioria das vezes, a polícia faz tábula rasa da imperiosidade de comunicação à família do preso), o que não se constitui regra, tornando o controle ministerial esporádico e pouco freqüente,

dada a insciência de todas as prisões flagranciais que ocorrem. Esse procedimento de requisição de informações também leva dias, ao passo que a comunicação ao juiz deve ser imediata após a lavratura do flagrante. Mesmo que o juiz repasse a comunicação do flagrante ao membro do MP, como comumente ocorre, para conhecimento e adoção das medidas pertinentes, a demora aqui também se faz sentir, em decorrência da burocracia cartorária. Outrossim, essa praxe judicial de repassar a comunicação em flagrante ao MP, implicitamente reafirma que a instituição ministerial deveria também gozar da mesma regalia constitucional, com o intuito de otimizar o controle, sem retardos burocráticos.

A questão que se impôs ao legislador ordinário foi de saber se a lei poderia atribuir ao Ministério Público a prerrogativa de receber da autoridade policial encarregada do flagrante a respectiva comunicação, nos mesmos moldes do judiciário. A resposta não requer muitas elucubrações diante do texto constitucional que não veda tal possibilidade e claramente estimula toda e qualquer medida que venha em prol da defesa dos direitos fundamentais. Ao reconhecer a *dignidade da pessoa humana* e conferir ao MP a *defesa da ordem jurídica, do regime democrático* e o *controle externo da atividade policial*, a CF autorizou implicitamente que medidas de tal jaez fossem adotadas em sede infraconstitucional. Animado deste espírito, o legislador nacional editou a Lei Complementar n.º 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e no Capítulo III que cuida do Controle Externo da Atividade Policial, dispôs que “*a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão*” (art. 10). Por este dispositivo, no âmbito federal, o controle da legalidade da prisão em flagrante não passa pelo crivo somente do Judiciário, e nem poderia ser diferente. Esse controle duplo favorece enormemente a inibição de abusos e arbitrariedades por parte da polícia. Ninguém desconhece, repito, que todo o trabalho policial de investigação tem como destinatário imediato o Ministério Público, dono da ação penal pública. Diante disso, seria incoerente não atribuir expressamente a esse órgão a fiscalização da legalidade dos atos da polícia e aí, por óbvio, a prisão em flagrante.

A comunicação do flagrante ao Ministério Público é possível, além da previsão na norma legal referida, porque, se nenhum artigo da Constituição a prevê, nenhum também a proíbe. Além disso, a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido e alcance que mais eficácia lhe dê⁵, e isso não apenas em matéria de interpretação e aplicação de normas constitucionais, mas também no âmbito de política legislativa. E assim agiu o legislador federal ao editar a LC n. 75/93, não apenas *interpretou* a Constituição, *realizou-a*, dando maior alcance a um direito fundamental (o da liberdade individual). Nem uma pecha pode ser lançada sobre essa norma legal pois se harmoniza com a Constituição e quer o mesmo que ela: garantir um direito fundamental.

A vontade legislativa neste sentido, não contrariada por nenhuma outra disposição (constitucional ou não), é válida e eficaz. Não há plenitude da ordem constitucional, como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral. Há lacunas e situações extrajurídicas (ou extraconstitucionais), correspondentes, no âmbito constitucional, a situações deixadas à decisão política ou à discricionariedade do legislador ordinário. A liberdade do legislador de iniciativa e de conformação ou de determinação de conteúdo só encontra limite na interpretação razoável

5. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, II/260.

da norma constitucional (ditada pela *ratio Constitutionis*). Desde que a lei não fuja aos fins e valores da Constituição, nada se lhe pode opor⁶. Este parece ser o caso.

V - Aplicação subsidiária da do art. 10 da LC n. 75/93 aos Ministérios Públicos Estaduais através do art. 80 da LONMP

A questão que merece análise agora diz respeito à extensão de tal procedimento duplo de fiscalização à esfera estadual. É de se observar que a Lei Complementar acima citada, que é uma lei federal, refere-se “*a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios*”. Em princípio, portanto, essa disposição não abrangeria os Ministérios Públicos Estaduais à minguada de preceptivo semelhante na lei que os disciplina (Lei n.º 6.825/93). Entretanto, a LONMP no art. 80 diz que “*aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União*”. O que no aspecto aqui estudado, autoriza dizer que as autoridades policiais estaduais devem comunicar toda e qualquer prisão em flagrante aos membros do Ministério Público estadual, encaminhando os documentos comprobatórios da legalidade do ato (cópia do auto de flagrante). Nada impede, entretanto, que as Leis Orgânicas estaduais prevejam em seus textos norma instituindo esse duplo controle, à guisa da lei federal mencionada.

A falta de comunicação da prisão ao juiz e promotor competentes constitui falta funcional e até crime de abuso de autoridade (art. 4.º, alínea “c”, da Lei 4.898/65), mas não torna nulo o auto de flagrante, pelo fato de se não confundir ilegalidade da prisão com irregularidade na sua comunicação.

VI - Conclusão

A norma legal prevista na Lei Orgânica do Ministério Público da União compõe a urdidura normativa da LONMP e obriga as respectivas autoridades policiais estaduais a proceder à comunicação do flagrante, em qualquer caso, ao membro do Ministério Público competente. A firmação equivale a um truísmo.

Todavia, a presente normatividade por decorrer de uma interpretação sistemática e integradora, com sede doutrinária, pode não “convencer” as autoridades policiais a quem se dirige, por obrigá-las a realizar um ato em si antipático, gerando eventualmente embaraços na atividade ministerial, e principalmente, aos cidadãos no gozo dos direitos fundamentais. Assim, diante disso pode o Ministério Público, sendo omissa a lei orgânica estadual respectiva, proceder da seguinte forma:

6. A propósito anota Gomes Canotilho: “Os princípios jurídicos-constitucionais afirmam-se positivamente como determinantes heterônomos comandando a satisfação dos fins constitucionais através dos actos legislativos. A legitimidade substancial das leis não dispensa a averiguação dos pressupostos justificativos, dos motivos primários invocados e dos resultados obtidos, como elementos vinculados da validade das normas legais” (*Apud* Jorge Miranda, *Manual...* II/347)

1- Num primeiro momento, expedir recomendação (de preferência através do Procurador-Geral de Justiça, diante da abrangência genérica de que se reveste) à polícia judiciária estadual no sentido de que toda e qualquer prisão em flagrante seja comunicada imediatamente ao membro do Ministério Público com atribuições, sem prejuízo da comunicação judicial;

2- Emendar a lei orgânica estadual respectiva, mediante lei de iniciativa própria, fazendo inserir no Capítulo do “Controle externo da atividade policial”, norma impositiva da comunicação de qualquer flagrante ao membro do Ministério Público. A redação do artigo legal proposto poderia ser a seguinte: “A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade estadual, deverá ser comunicada imediatamente ao membro do Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão”.

VII - Bibliografia

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. *Processo Penal Cautelar*; Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo II, Ed. Coimbra, 3ª ed., 1996.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo Modelo de Estado*, Ed. Valer, 1999.

_____. *Tóxicos: abordagem crítica da Lei n. 6.368/76*, Ed. Bookseller, Campinas, 2001.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*, Bauru, 1978.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980.

TESE 43

DA INCONVENIÊNCIA DA DECRETAÇÃO *EX-OFFÍCIO* DA PRISÃO PREVENTIVA

Antonio Milton de Barros¹

Promotor de Justiça Aposentado - SP

I - Exposição

O direito processual penal, tal como os demais ramos do direito, admite também uma cautelaridade específica com o fim de garantir a efetividade do processo, aduzindo-se serem várias as medidas cautelares em matéria penal.²

Refere-se ora à pessoa do acusado (consubstanciadas nas diversas formas de prisão), ora a determinadas coisas relacionadas com o fato delituoso, cujas providências se realizam pela busca e apreensão ou pelas medidas assecuratórias (seqüestro, hipoteca legal e arresto), previstas nos artigos 125, 134 e 136, do Código de Processo Penal.

Outrossim, há medidas cautelares em relação à prova, como os depoimentos antecipados (arts. 225 e 366, do CPP³) e o exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 e seguintes, do CPP).

A lei processual comete ao juiz a determinação, de ofício, das medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva (CPP, art. 311).

Não nos parece haver justificativa para que qualquer medida cautelar seja decretada por iniciativa do juiz. De fato, como bem o disse Geraldo Prado,⁴

“A coerência com os ditames do princípio acusatório, à vista da implicação de um processo penal cautelar; em fase anterior ao processo de conhecimento condenatório, exigirá a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, até o que inerte deverá permanecer o juiz, sob pena de quebra da imparcialidade”.

Apenas ousaria acrescentar que sequer deveria o juiz atender a requerimento (*rectius*: representação) direto da autoridade policial, porquanto, não detendo esta capacidade postulatória, a decisão traduz-se em iniciativa judicial.

1. Promotor de Justiça aposentado, professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Franca, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC-São Paulo.

2. MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão Preventiva*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 28.

3. Este último com a redação dada pela Lei 9.271/96.

4. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 158.

No entanto, inaceitável e incompreensível é decretar-se *ex officio* a prisão preventiva.

Até mesmo a lei processual espanhola, em recente reforma, passou a exigir que a parte acusadora formule o pedido de prisão provisória, como preleciona Rafael Bellido Penadés⁵. Este autor salienta que do mesmo modo que, visando a garantia de imparcialidade do julgador, se exige no Processo Penal que a acusação se formule por pessoa distinta do julgador, a reforma (da lei espanhola) requer que seja alguma parte acusadora que solicite a prisão ou liberdade provisória..., a fim de garantir a imparcialidade do órgão jurisdicional que deve resolver ditas medidas cautelares.

E não se pode olvidar que a lei espanhola contempla a figura do Juizado de Instrução e, portanto, o referido autor autor está se referido ao juiz instrutor e não ao juiz do processo de conhecimento, como ocorre entre nós.

No Brasil, a doutrina tem se posicionado contra as previsões legais que cometem atos inquisitivos ao juiz, como no caso da Lei de repressão à criminalidade organizada e da interceptação telefônica⁶.

Parece-nos que muitas das críticas que se faz em relação aos referidos diplomas legais poderiam ser direcionadas a essa medida cautelar de prisão, porquanto, na esteira do que escreveu Rafael Penadés (exatamente sobre a inconveniência de decreto de prisão pelo juiz e, repita-se, no caso espanhol, o juiz é o instrutor ou investigador), pensamos que a adoção dessas medidas cautelares implica de fato um pronunciamento, ainda que provisório, sobre o objeto do Processo Penal, por órgão jurisdicional.

Também pode ocorrer inconvenientes no aspecto prático. Pense-se na hipótese concreta de o juiz decretar a prisão por sua própria iniciativa ou mediante ‘representação’ da autoridade policial (sendo ambas as hipóteses *ex officio*) e o titular da ação – Ministério Público ou ofendido – não formular a acusação.

Todavia, o projeto de reforma do Código de Processo Penal não altera o disposto no artigo 311, do Código de Processo Penal, que assim restará redigido: “*a prisão poderá ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou ainda mediante representação da autoridade policial*”⁷.

Nota-se, inclusive, alguma incoerência entre essa possibilidade e o que se escreveu na exposição de motivos do projeto referente à investigação, a respeito do papel do juiz: “... *a este contempla com o papel de juiz de garantias, imparcial e equidistante, sendo de sua exclusiva competência a concessão de medidas cautelares*”.

Não será fácil para o juiz ser, ao mesmo tempo equidistante, e ‘encarregado’ pelo ato de coerção mais grave que a legislação prevê.

5. *Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales*, in *Revista Actitud Penal*, n. 18, de 10 de maio de 1998.

6. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp.198 e ss, e *Crime Organizado*: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 105 e ss.

7. BRASIL, Ministério da Justiça: disponível em <http://www.mj.gov.br>, acesso em 28.mai.2001.

Quanto à produção antecipada de provas (CPP, art. 366⁸), que também é medida acautelatória, a doutrina tem se posicionado pela à necessidade de prévias manifestações do Ministério Público e da defesa, no sentido de preservação do devido processo legal, mas encarado sob o prisma de contraditório e ampla defesa, já que não se descarta a possibilidade de decretação *ex officio*⁹.

Entretanto, a nosso ver, o sistema processual mais do que isso recomenda que o juiz se abstenha de determinar a providência de iniciativa própria, em respeito ao princípio *ne procedat iudex ex officio*.

O projeto de reforma abrange esse dispositivo, mas apenas para correções técnicas e com o fim de obviar dúvidas e críticas que se lhe foram endereçadas logo após o início de vigência da lei 9.271/96, não se alterando quanto à possibilidade de a prova antecipada ser determinada de ofício¹⁰.

Na realidade, como se vê da redação proposta, o projeto, especificamente no ponto que se refere à suspensão do processo, consignou que referida prova antecipada pode ser feita, também, por iniciativa do autor da ação penal.

Ao que parece, a comissão acolheu parcialmente sugestão do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, que havia sugerido a seguinte redação para a alínea B:

“o juiz, a requerimento do autor da ação penal, determinará a produção antecipada de provas, consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

8. CPP, art. 366: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes...” (Com redação dada pela Lei 9.271, de 17-4-1996).

9. Nesse sentido SILVA, Eduardo Araújo da. *A produção antecipada, art. 366 do CPP em face do devido processo legal*, in: *Boletim do IBCCRIM*, n. 58, p. 8 e JESUS, DAMÁSIO E. de, “Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei n. 9.271/96”, in: *Boletim do IBCCRIM*, n. 42, p.3.

10. Redação proposta para o Art. 366: “O processo terá completado a sua formação quando realizada a citação pessoal, ou com hora certa, do acusado. § 1º. Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital. § 2º. Não se aplicará o disposto no § 1º se o acusado furtar-se, de qualquer modo, a receber a citação; caso em que, certificada a ocorrência pelo oficial de justiça encarregado da diligência, ela será efetuada com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil. § 3º. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor, passando a correr o prazo para oferecimento de defesa, na forma da lei. § 4º. Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor: a) ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição (art. 109 do Código Penal); decorrido esse prazo, recomeçará a fluir o da prescrição; b) o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; c) o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313. § 5º. As provas referidas na alínea b do § 4º serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor nomeado pelo juiz. § 6º. Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes.”

II - Conclusões.

1. Em que pese haver previsão legal, o juiz deve abster-se de decretar a prisão preventiva de ofício ou mesmo por representação da autoridade policial, devendo esta medida cautelar ser precedida de requerimento do titular da ação penal.

2. Também não deve o juiz determinar, por sua iniciativa, a produção antecipada de prova, como previsto no artigo 366 do Código de Processo Penal, em respeito ao princípio *ne procedat iudex ex officio*.

TESE 44

A IMPOSIÇÃO DE UM PRAZO LEGAL PARA A PRORROGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR EM VISTA DE CAUSAS JUSTIFICANTES RAZOÁVEIS

André Luis Tabosa de Oliveira
Promotor de Justiça de Pernambuco

I - Introdução

O tempo não existe. É apenas uma categoria do pensamento, como ressalta Santo Tomás de Aquino. Esse o conceito que mais se aproxima de uma necessária compreensão fenomenológica da contingência temporal na humanidade. Compreendê-lo como produto abstrato, situado em plano superior à razão humana, é desconhecer o progresso histórico da humanidade e olvidar a crescente evolução do ser humano e seu poder de organização e racionalidade.

No âmbito dessa compreensão, impõe-se a devida cognição sobre a matéria tempo. Incumbe ao homem racionalizá-lo de modo a situar suas necessidades sociais, problemas, soluções, dúvidas, questionamentos, enfim, seus interesses, e enquadrá-los temporalmente. Nessa ordem de idéias, é possível concluir que a humanidade gravita ao redor da categoria tempo.

Mais releva o estudo do tempo ao se adentrar na seara das ciências jurídicas. Nesse campo, ele espraia seu feixe de influências de modo indiscutível. Prazos para vigências de leis, ultra-atividade de normas, lapso temporal para que surja um costume “*contra legem*” socialmente aceito e, muitas vezes, tolerado juridicamente. Enfim, o tempo é uma mola-mestra para a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos.

Cientes estamos com Pontes de Miranda que, em verdade, inexistem fatos jurídicos puros, mas, em verdade, fatos sociais que se tornam jurídicos por clara imposição legal. Nas palavras do saudoso mestre: “*A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha*” (Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo I, p. 11). O direito, destarte, padece do reflexo do tempo presente em cada relação social e almeja juridicizá-lo no interesse do ordenamento jurídico.

Mais recrudescer a importância da análise do tempo em se versando sobre liberdades públicas e seus meios de regulamentação jurídica, isto é, matéria penal e processual penal. São vitais a esses direitos categorias temporais: idade da vítima, imputabilidade, prazos de prescrição para extinção de punibilidade e o que diz de perto com o tema da presente tese: o prazo dentro do qual um cidadão há de se manter segregado da coletividade até que o órgão do “*parquet*” alcance a prova de sua inocência ou

culpabilidade. Satisfeita essa condição, o Judiciário imputar-lhe-á a pecha de condenado ou a absolvição, restituindo-o à coletividade.

O sempre saudoso *FRANCISCO CAMPOS* ao versar sobre o Código de Processo Penal disse: *“Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais”*

O tempo de prisão cautelar e seus reflexos na dignidade humana em conflito dialético com a premência de se aplicar o *“jus puniendi”* com o respeito à dignidade humana é a matéria da presente tese.

II - O tempo de prisão processual no Código de Processo Penal

A Lei Adjetiva Penal, em seu art. 401, *“ad verbis”*:

“Art. 401. As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, quando o réu estiver preso, e de 40 (quarenta) dias quando solto. Parágrafo único. Esses prazos começarão a correr depois de findo o tríduo da defesa prévia, ou, se tiver havido desistência, da data do interrogatório ou do dia em que deverá ter sido realizado”

O Código de Processo Penal data de 03 de outubro de 1941 e entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 1942. Cada legislação tem as dores e glórias do átimo histórico de sua promulgação. A interpretação histórica merece atenção porque concede ao intérprete e aplicador meios de contemporaneizar determinada norma e dosar seus rigores e benesses ao instante de sua incidência temporal.

EMMANUEL KANT (Doutrina do Direito, trad. Edson Bini. São Paulo. Ícone, 1993, p. 152) destaca, *“in verbis”*:

“O poder legislativo somente pode pertencer à vontade coletiva do povo. E, visto que dele deve proceder todo o direito, não deve absolutamente poder causar injustiça a ninguém por suas leis. Ora, se alguém ordena algo contra outro, é sempre possível que lhe faça injustiça; porém nunca no que decreta para si mesmo”

Editou-se o art. 401 do CPP em época pretérita em que as conjunturas históricas eram frontalmente distintas das hodiernas. Menores eram a população, o número de delinquentes, e outros fatores de monta. Ante a evolução histórica e sócio-econômica, aquele artigo legal se tornou efetiva túnica de Nesso para a regular instrução processual penal. A norma tornou-se injusta ante a carência de sincronia histórica.

O montante temporal para oitiva das testemunhas da parte promovente da ação penal, sob determinadas condições, mostrou-se inócuo e pífio.

Crimes graves são perpetrados diuturnamente e com freqüência constrangedora para a segurança pública. Instaurado o processo criminal, há a premência de provas de natureza pericial que demandam considerável tempo para as conclusões respectivas. Cidadãos a serem ouvidos em cidades outras e, em certos casos, até no exterior.

Vencido o prazo instrucional, ato contínuo surge para o réu a perspectiva de manuseio da ação constitucional do “*habeas corpus*” por excesso de prazo (Art. 648, II, CPP). Abtrai-se o perigo social do agente, a necessidade de uma instrução regular, em prol do atendimento de um prazo carente de razoabilidade, faltoso de maior cuidado objetivo.

Essa preocupação muito agastou a doutrina e jurisprudência pátrias. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, houve a edição das Súmula 52 e 64 do STJ, “*in verbis*”:

“SÚMULA 52 – ENCERRADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, FICA SUPERADA A ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO POR EXCESSO DE PRAZO.

SÚMULA 64 – NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL O EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO, PROVOCADO PELA DEFESA”

O STJ já se afina por esse entendimento, “*ad litteram*”:

“Encerrada a colheita da prova da acusação e pendente a oitiva de testemunhas de defesa através de carta precatória, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente de eventual excesso de prazo - Aplicação da Súmula 64 – STJ – “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa” (STJ – RHC – 5.532 – Rel. Assis Toledo – DJU – 1º.6.96, p. 24.061”

O Pacto de São José da Costa Rica, em seus arts. 7º, 5, e art. 8º, 1, diz, “*ad verbis*”:

“Art. 7º Direito à liberdade pessoal

(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito a ser julgada em prazo razoável

(...)

Art. 8º

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”

O art. 9, 3 e o art. 14, 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19.12.1966 e ratificado pelo Brasil em 21.01.1992, trazem, “*ad verbis*”:

“*Art. 9.*

2. *Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.*

3. *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade*

(...)

Art. 14.

3. *Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

(...)

c) ser julgada sem dilações indevidas”

Criou-se, ainda, a compreensão da justa causa para a superação dos prazos processuais. Presentes determinadas condições, como precatórias dirigidas a outras cidades, excesso de número de réus, os prazos poderiam ser excedidos. Isso é notado por alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo, dentro outros, “*ad verbis*”:

“*STF: Não é injustificado o excesso de prazo quando para ele concorreu a defesa e há número elevado de réus, de modo a dificultar a tramitação rápida do processo”* (RT 556/425)

“*TJSP: Não há que se falar em constrangimento ilegal, por excesso de prazo no encerramento da instrução criminal de réu preso, se a demora é justificada pela indispensável expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas”* (RT 677/360). No mesmo sentido, STF: RT 575/458; TJPR 622/310)

“*Não se verifica excesso de prazo, quando, na busca da verdade real, faz-se necessária a audiência de 17 testemunhas, uma delas residente fora do distrito da culpa. A demora, em face da complexidade dos fatos e em se tratando de crime violento, cometido por 3 co-réus contra estabelecimento bancário, na hipótese, situa-se nos limites da razoabilidade”* (STJ – 6ª T, HC 6240 – Rel. Fernando Gonçalves – j. 24.11.97 – DJU – 15.12.97, p. 66.569)”

O insigne EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti, vol. IV, Campinas, Bookseller, 2000, p. 274) analisa a matéria do prazo para encerramento da instrução, “*in verbis*”:

“A justificação do atraso, pelo não comparecimento de testemunhas, pela demora de encontrá-las, só poderá ter o efeito de não transformar em constrangimento ilegal a continuação da prisão do réu, quando o juízo tiver feito tudo, diligentemente, para ouvi-las, quando o Poder Público, representado pelas repartições públicas, militares, policiais, se não houver despreocupado do dever de facilitar a ação da Justiça.

(...)Enfim, são causas que devem ser avaliadas com critério, com circunspeção e bom discernimento, muito recomendável não se ceder ao sentimentalismo de dar como verdadeiro mártir o indiciado, porque foi humanamente impossível concluir, no prazo, a inquirição das testemunhas de acusação”

A pluralidade de réus, reitera-se, desnatura o excesso de prazo, como se infere do seguinte julgado, “*ad verbis*”:

“Não caracterizando o excesso de prazo na instrução criminal, dado o grande número de réus e testemunhas a serem ouvidos” (STF – RE 73.005-1 – Rel. Carlos Veloso – DJU 20.10.95, p. 35.261”

“Cuidando-se de processo com diversos acusados, ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação, expedidas cartas precatórias para a tomada de depoimento das pessoas indicadas pela defesa do paciente, cujo cumprimento já deve ter ocorrido segundo informação nos autos, resta afastado o alegado excesso de prazo” (STJ – RHC 3793-8 – Rel. Costa Lima – DJU – 22.08.94, p. 21.273”

A citação por edital de um dos réus acarreta gasto de tempo processual, que é compreendido como força maior, a fim de descaracterizar o excesso de prazo, como se infere dos seguintes julgados, “*in verbis*”:

“A ultrapassagem do termo de oitenta e um dias para o encerramento da instrução em casos de réu preso não constitui excesso de prazo para a formação da culpa, em sendo necessária a expedição de edital para a citação de co-réu. Trata-se, na hipótese de força maior de que fala o art. 403 do CPP, a afastar a rígida observância dos prazos neste marcada” (TACRIM – SP – HC – Rel. Goulart Sobrinho – JUTACRIM – SP 38/90)

“Considera-se justificado, nos termos do art. 403 do CPP eventual retardamento no curso do processo de réu preso preventivamente, se a demora é determinada pela citação editalícia de co-réu” (TACRIM-SP – HC – Rel. Fernando Prado – JUTACRIM – SP, 37/307”

O elevado número de cartas precatória, da mesma forma, tem merecido atenção especial dos tribunais, que sinalizam com o seguinte entendimento:

“O excesso de prazo ocorrido na instrução do processo devido à necessidade de expedição de carta precatória, pelo princípio da razoabilidade, não caracteriza constrangimento ilegal reparável via habeas corpus” (STJ – 5ª T., HC – 5713 – Rel. Cid Flaquer Scartezzini – j. 25.11.97 – DJU – 9.2.98, p. 30)

“Não configura constrangimento ilegal a demora justificada no encerramento da instrução criminal para a oitiva de testemunha de acusação residente em outra Comarca” (STJ – 5ª T. – RHC 6527 – Rel. Edson Vidigal – j. 10.02.98 – DJU 30.03.98, p. 98)”

Acerca dessa questão, urge transcrever entendimento de *FERNANDO CAPEZ (Curso de Processo Penal, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 494)*, *“ad verbis”*:

“...cumpre ainda lembrar o entendimento que vem sendo adotado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

“O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que por sua vez constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou consideravelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal (STJ, RHC 1.435-RJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU, 9 dez., 1991, p. 18046) (grifo nosso). No mesmo sentido, STJ, HC 5.926 – BA, 6ª T., rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU, 13 out. 1997, p. 51644)

Vê-se, pela transcrição acima a consagração do princípio da razoabilidade dos prazos processuais que deve imperar na sua contagem, de modo a afastar o rigorismo hermenêutico que vem sendo dado nesse mister”

A natureza complexa do processo deve servir como pedra de base para a compreensão do prazo para a conclusão da instrução criminal, como se infere do seguinte julgado, transcrito por *DAMÁSIO DE JESUS (Código de Processo Penal Anotado, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 288)*, *“ad verbis”*:

“Como já decidiu o TJSP, a natureza complexa do processo, plenamente justificada pela autoridade coatora, importa em motivo de força maior que autoriza a dilatação dos prazos figurados na lei”

Urge destacar outro julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, *“in verbis”*:

“Esta Turma, em relação aos prazos em processos de réu preso, vem-se orientando pelo critério da razoabilidade da demora, levando em consideração a realidade brasileira e a necessidade da preservação da incolumidade da sociedade, que não pode ficar a mercê de celerados(...) (STJ – HC – Rel. Carlos Thibau – RSTJ 30/96)

“Sendo o réu elemento de grande temibilidade ou autor de crime de gravidade, os relevantes interesses da sociedade impedem uma aplicação absolutamente rigorosa dos prazos fixados pela lei processual para a formação da culpa” (TACRIM –SP – HC – Rel. Ítalo Galli – JUTACRIM –SP 35/104)

Ante a relevância para a discussão, impõe-se trazer à colação trecho do Voto do Desembargador *Márcio Bártoli* no “*Habeas Corpus*” nº 373.956-9/SP, do Tribunal de Alçada Criminal, transcrito no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 100, fls. 521, “*in verbis*”:

“2. No caso em julgamento, a demora para finalização do processo é razoável e tem certo motivo. É que a prisão do paciente ocorreu em outra comarca, em cuja cadeia pública ele foi recolhido cautelarmente. Testemunhas devem ser ouvidas naquele juízo, o que torna necessária a expedição de cartas precatórias, fato que ocasiona algum atraso, mas perfeitamente justificado. É por isso que, atualmente, a jurisprudência tem adotado o denominado prazo razoável para aferir o tempo de duração do processo”.

Ocorre que a par de entendimentos jurisprudenciais que adotam a justa causa como exculpante da superação dos prazos instrucionais, arestos há que persistem em deflagrar uma conta aritmética para a conclusão da instrução. Vencido os dias respectivos, adentram às portas dos tribunais com ações do mais variado jaez, sob os argumentos de abuso da autoridade judicante, incúria judicial, olvidando-se das naturais limitações e complexidades do aparato estatal para incidência do “*ius puniendi*”.

Torna-se premente a adoção de um critério legal para a resolução dessa questão. Não se revela aceitável a tese de um tempo abusivo para o encerramento da instrução, e, de igual forma, não é salutar a conta aritmética para o término da instrução processual penal, confiada, hodiernamente, somente à jurisprudência.

O art. 402 do CPP diz que o Juiz consignará os motivos da demora da conclusão da instrução nos autos. Todavia, essa imposição da lei adjetiva penal não elide a incidência do excesso de prazo na formação da culpa e o manuseio do “*habeas corpus*” pela parte interessada.

III - Da proposta da reforma do Código de Processo Penal

Há em tramitação, um projeto de reforma do Código de Processo Penal nº 4.207/2001, cuja matéria relativa ao processo ordinário merece destaque, “*ad verbis*”:

“CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Parágrafo único. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”(NR)

“Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até oito testemunhas arroladas pela acusação e oito pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte, com anuência da outra, poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209.”(NR)

“Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.”(NR)

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais, por vinte minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais dez, proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos dez minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de cinco dias, sucessivamente, para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de dez dias para proferir a sentença.”(NR)

“Art. 404. Ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de cinco dias, suas alegações finais, por memorial e, no prazo de dez dias, o juiz proferirá a sentença.”(NR)

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

Parágrafo único. Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição.”(NR)

A intenção legislativa merece encômios, mas a efetividade de medidas como a concentração de toda a produção probatória numa audiência com alegações orais esbarra em diversos óbices materiais, mormente nas pequenas cidades do interior. Nestas, a presença da

Carta Precatória é diuturna. Os ritos para o seu encaminhamento, recebimento, intimação e retorno tornam sumamente tormentosa a aplicação imediata dos preceitos da reforma do código de processo penal, incluindo a almejada celeridade instrucional.

IV - Conclusão

O prazo para a conclusão da instrução processual é matéria que merece redobrada atenção. O projeto de reforma do Código de Processo Penal traz uma sistemática que reclama adaptações, principalmente no que pertine a cidades distantes das capitais, vez que exige do Poder Judiciário e do Ministério Público empenhamento de esforços e dispêndio de material e recursos humanos para sua efetivação.

Até o momento em que se ultime a reforma processual penal, questões há que devem ser tratadas sob pena de se desconhecer uma realidade diuturna nos fóruns, ou seja, a ausência de um critério legal e determinado para as dilações processuais. A jurisprudência tem demonstrado interesse em adequar a situação efetiva à realidade hodierna. A regulação legal, no entanto, traria mais segurança à questão e reduziria as incertezas sobre a matéria.

Em momento anterior à aprovação do texto, no entanto, apresentamos a sugestão de reforma do art. 401 do CPP, através do acréscimo de um parágrafo primeiro ao art. 401, que teria, doravante, a seguinte redação

“Art. 401. As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 30 (vinte) dias, quando o réu estiver preso, e de 60 (quarenta) dias quando solto. Parágrafo único. Esses prazos começarão a correr depois de findo o tríduo da defesa prévia, ou, se tiver havido desistência, da data do interrogatório ou do dia em que deverá ter sido realizado.

§1º Em casos de expedição de carta precatória, citação por Edital, elevado número de réus, ou qualquer outra causa relevante que obste a conclusão da instrução nos prazos acima, devidamente justificada pelo Juiz, abrir-se-á vista dos autos ao Ministério Público para que se manifeste sobre a prorrogação do prazo por igual período. Vencido este, o réu será colocado incontinentem em liberdade”

TESE 45**CRIMES HEDIONDOS E A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE LIBERDADE PROVISÓRIA****Nilson de Oliveira Rodrigues Filho**

Promotor de Justiça - RS

SÍNTESE DA TESE: Para a manutenção da prisão cautelar originária do flagrante, pela prática de crime hediondo ou assemelhado, não é necessário que o juiz demonstre, fundamentadamente, a presença dos fundamentos (conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem pública ou econômica) previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

FUNDAMENTAÇÃO DA TESE: A Lei 8.072/90, por ser lei de natureza especial, não se subordina aos requisitos do Código de Processo Penal, no que se refere a concessão de liberdade provisória, por ser o CPP norma de caráter geral.

Alguns autores, bem como alguns julgados, vêm afirmando que o juiz deve fundamentar a decisão que não concede o benefício da liberdade provisória com base nos requisitos e fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Para esta corrente, para ser negado o benefício da liberdade provisória, além de haver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, a prisão cautelar tem que ser necessária para garantia da ordem pública ou econômica, para assegurar a aplicação da lei penal, ou por conveniência da instrução criminal.

Como vem se tronando freqüente as decisões dos Tribunais nesse sentido, como os juizes de 1º grau cada vez mais estão concedendo aos réus presos em flagrante o benefício da liberdade provisória, parece oportuno que o Ministério Público tome uma posição em seu Congresso Nacional.

Sem embargo, para os crimes elencados na Lei 8.072/90, a manutenção da prisão originada pelo flagrante não se submete às exigências previstas no Código de Processo Penal.

A Constituição Federal estabelece com clareza solar que a liberdade provisória só pode ser concedida quando a lei ordinária expressamente autorizar. Outorgou o legislador constituinte ao ordinário a possibilidade de vedar a liberdade provisória. Assim está redigido o inciso LXVI do artigo 5º da CF/88:

“Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Ora, se a lei não admitir a liberdade provisória, como fez a Lei 8.072/90, sem exigir qualquer requisito outro, a não ser a natureza legal de crime hediondo ou equiparado, não há

que se exigir requisitos outros onde a lei especial não exigiu. *Lex specialis derogat generali*.

Não se aplica aos crimes hediondos e assemelhados, pois, a regra geral prevista no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, por ser, como já dito, a lei dos crimes hediondos, lei especial.

E não há qualquer ofensa nisto à Constituição, como se viu, uma vez que cabe ao legislador ordinário definir quando cabe e quando não cabe liberdade provisória.

Assim, tratando-se os crimes hediondos e assemelhados de crimes graves, crimes aos quais a própria Constituição Federal deu clara orientação de que fossem seriamente reprimidos (inciso XLIII do artigo 5º), tendo a Lei dos Crimes Hediondos, em obediência aos cânones constitucionais já referidos, vedado a concessão da liberdade provisória, não há que se exigir a demonstração de que a manutenção se dará por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, ou para garantia da ordem pública ou econômica.

A única coisa que deve ser analisada pelo juiz, e isto é feito quando da homologação, é a verificação da legalidade da prisão, ou seja, se havia a situação de flagrância, como o que estarão, automaticamente, presentes os pressupostos da existência do crime e indícios suficientes da autoria, ao menos para aquela fase de decisão, que é uma decisão de natureza cautelar, não havendo afirmação de culpa.

Caso o benefício venha a ser deferido pelo juiz, juntamente com o recurso no sentido estrito, juridicamente possível é o manejo do mandado de segurança, com pedido de liminar para agregar efeito suspensivo ao recurso, ficando preso o réu até o julgamento do recurso pela Superior Instância.

Em situação inversa, têm os acusados em geral a possibilidade do *habeas corpus* para alterar, inclusive liminarmente, a decisão do juiz monocrático.

Embora a lei processual penal preveja também para a decisão que decreta a prisão preventiva, ou para a que não conceda a liberdade provisória, a possibilidade de recurso no sentido estrito, tal recurso não é utilizado pelos advogados, uma vez que o *habeas corpus* é mais célere e possibilita o pedido de liminar.

Assim, até para haver uma efetiva igualdade entre as partes, o mandado de segurança cumpre com este papel, possibilitando à sociedade haja instrumento hábil capaz de tutelar os seus superiores interesses.

O cabimento do mandado de segurança nessas hipóteses foi muito bem demonstrado na obra “*Mandado de Segurança Criminal*”, onde o autor assim se manifesta:

“Em relação aos atos de que cabe recurso sem efeito suspensivo, o Ministério Público ou o querelante poderão impetrar Mandado de Segurança para dar-lhe tal efeito, desde que haja risco imediato de perda do objeto da lide, o que daria por prejudicado o recurso, **como e.g. no caso de concessão de liberdade provisória**, no que concerne ao período que medeia entre a decisão e a análise do recurso” - GRIFEI.¹

Também os Tribunais vêm acatando o mandado de segurança nessas hipóteses. Julgando mandado de segurança impetrado pelo tesista, assim se manifestou o eminente Desembargador **MARCO ANTÔNIO BARBOSA LEAL**, ao deferir a liminar:

1. EDUARDO APPIO, Ed. Livraria do Advogado, 1995, pg. 140.

- 1) Cabível, **venia concessa**, o aforar o **mandamus** objetivando emprestar efeito suspensivo à inconformidade recursal manejada - apelo - despida de tal peculiaridade.
- 2) E, viabilizada a oportunidade do mandado de segurança, urge ressaltar, **prima facie**, de todo procedentes os argumentos ofertados pelo ilustre agente ministerial requerente, em prol de sua concessão, em caráter liminar.
- 3) Com efeito, na espécie sobre o crivo judicial, o combativo D. Promotor de Justiça, insurrecionou-se, via apelo, contra o ato sentencial monocrático que compôs a ação penal ajuizada contra o réu **Marino Ferreira da Silva**, estabelecendo a reprovabilidade criminal do agir - art. 213, c/c o artigo 14, II, tudo do Código Penal - mas concedendo-lhe o favor legal gizado no artigo 594, do CPP, com a consecutória possibilidade de esgrimir insurreição em liberdade.
- 4) Iniludível, afrontadas, modo direto, as disposições inculpidas na Lei nº 8.072/90, porquanto as condutas nela tipicizadas se afiguram insuscetíveis da benesse legal.

Nesta esteira, avoluma-se a jurisprudência, inclusive do egrégio Sodalício Maior.

Palpável, ao primeiro enfoque, o *periculum in mora* conseqüente à *equivocada decisão* e o *fumus boni iuris*; a *veridicidade das asserções engastadas* na peça portal, conforme faz certo a documentação acostada e, ainda, a circunstância de ter o réu respondido preso à ação penal.

Tais evidenciações fáticas conduzem ao abrigo da postulação vestibular, com a conseqüente decretação da medida, modo liminar.

Destarte, defiro a liminar suplicada, emprestando efeito suspensivo à apelação interposta pelo ora requerente, com a expedição de mandado de prisão contra o réu Marino Ferreira da Silva. Notifique-se, após, a autoridade apontada coatora, com a documentação exigível, para que, no decêndio, ofereça as informações que entender pertinentes.

À Processual para distribuição.

Dil. Legais.

Porto Alegre, 21/01/98" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Câmara de Férias Criminal).

Quando do julgamento do mérito, em decisão unânime, assim se manifestou a 1ª. Câmara Criminal, sendo relator o Desembargador Celeste Vicente Rovani:

“PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA AJUIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ASSEGURAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO QUE NÃO TENHA TAL EFEITO.

RECONHECIMENTO, EM PRIMEIRO GRAU, DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE A RÉU CONDENADO POR ESTUPRO, QUE RESPONDERA PRESO A AÇÃO PENAL.

AFRONTA A TEXTO EXPRESSO DE LEI CONFIGURADOR DA RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS INVOCADOS PELO IMPETRANTE. **PERICULUM IN MORA** RESULTANTE, QUANDO MAIS NÃO SEJA, DO ENFRAQUECIMENTO DO EFEITO INTIMIDADOR E PREVENTIVO INSCULPIDO NA NORMA LEGAL EM CAUSA.

ORDEM CONCEDIDA” - GRIFEI. ²

CONCLUSÃO: Aos crimes previstos na Lei 8.072/90, no que se refere a manutenção da prisão cautelar originada com o flagrante, não se aplica a regra do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, bastando a demonstração da existência do crime hediondo ou equiparado e de indícios suficientes da autoria para não ser concedida a liberdade provisória. Caso seja concedido o benefício, pode o Ministério Público recorrer e postular efeito suspensivo em sede de mandado de segurança.

TESE 46

A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVA APLICAÇÃO DO REGIME INTEGRAL FECHADO NOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.

Eduardo Coral Viegas
Promotor de Justiça - RS
Gilson Borguedulff Medeiros
Promotor de Justiça - RS

I - Introdução

Os profissionais que atuam na área criminal têm debatido acerca da constitucionalidade da fixação do regime de cumprimento da pena integralmente fechado nos delitos hediondos e equiparados^{1 2 3}.

Diante de posicionamentos diversos dos órgãos jurisdicionais, constata-se verdadeira insegurança jurídica quanto aos jurisdicionados, a ponto de se temer pela ordem no interior do sistema carcerário, isso em virtude de tratamento diferenciado dado aos condenados pela prática de crimes hediondos quando da fixação do regime prisional, a ofender o princípio da isonomia no cumprimento da sanção. Em alguns casos, quando da execução da pena, verificou-se verdadeira ofensa à coisa julgada ao ser alterado o referido regime⁴.

Não se pode olvidar, ainda, dos reflexos de ordem burocrática e econômica decorrentes do processamento de inúmeros recursos que objetivam a aplicação do regime integralmente fechado.

Em tal contexto, evidencia-se serem afetados diversos interesses (da sociedade, dos apenados, dos julgadores, dos advogados, dos promotores de justiça, da administração prisional, dentre outros) intrinsecamente ligados à coerência do sistema positivo e o próprio Estado de Direito.

Considerando a relevância de tal debate e seus efeitos, há uma solução adequada, dada pela legislação pátria: a ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão, *erga omnes* e de efeito vinculante, afasta os efeitos deletérios decorrentes do descumprimento da lei.

1. Previsto no artigo 2º, par. 1º, da Lei 8.072/90.

2. Adotar-se-á, a partir de então e ao longo do texto, a expressão *crimes hediondos* para abranger também os delitos equiparados aos hediondos pela Constituição Federal e pela Lei Ordinária, por questão de técnica redacional.

3. Os crimes equiparados aos hediondos estão previstos no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e no art. 2º da Lei nº 8.072/90, sendo eles a prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo.

4. Art. 5º, XXXVI, da CF.

A seguir, são traçados alguns apontamentos que visam propor solução eficaz para a questão.

II – Crimes hediondos: Constitucionalidade do regime integralmente fechado.

A) Constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90: uma questão superada.

A partir da introdução da Lei nº 8.072/90 em nosso sistema jurídico-penal, conhecida como *Lei dos Crimes Hediondos*, os operadores do Direito começaram a discutir a constitucionalidade do § 1º de seu art. 2º⁵, que determina o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos crimes hediondos⁶ no regime integralmente fechado.

Alguns doutrinadores passaram a sustentar que a vedação da progressão de regime viola, em especial, o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna⁷.

LUIZ FLÁVIO GOMES, em sua obra “Estudos de Direito Penal e Processo Penal”⁸, entende que *“A introdução no sistema penal brasileiro do regime ‘integral’ fechado (Lei dos Crimes Hediondos) foi um dos maiores equívocos já ocorrido: primeiro porque não havia autorização constitucional para isso (resultando violado o princípio da individualização da pena):...”*, elencando ainda outros argumentos não baseados na inconstitucionalidade para endossar sua tese.

Segundo a mesma esteira, ALBERTO SILVA FRANCO e outros, na obra “Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”⁹, aduz que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 lesa, *“ao mesmo tempo, tanto o princípio constitucional da individualização da pena, como também, o princípio, igualmente constitucional, da humanidade da pena.”*

De outro lado, respeitáveis juristas não visualizaram qualquer ofensa constitucional na previsão normativa do regime integralmente fechado, restando evidenciado, desse modo, o conflito de posições.

JULIO FABBRINI MIRABETE, no livro “Execução Penal. Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84”¹⁰, ressalta que *“Não ofende o referido dispositivo o princípio constitucional de individualização da pena, estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Carta Magna, já que a lei considerou tão graves tais delitos que os seus autores devem ser considerados de periculosidade ímpar; a merecer segregação mais severa.”*

Os tribunais pátrios têm enfrentado a mesma questão ao decidir casos concretos, havendo julgados nos dois sentidos.

5. “Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

“§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

6. Crimes hediondos são aqueles elencados pelo art. 1º da Lei nº 8.072/90.

7. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

“XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”

8. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

9. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed, 1995, p. 426

10. São Paulo, Editora Atlas, 8ª ed, 1997, p. 261.

Para bem evidenciar a dissensão, anote-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por seu 1º Grupo Criminal, decidiu, em 26/09/97, que “O art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos ofende o princípio constitucional da individualização da pena.”¹¹, enquanto o 2º Grupo Criminal, em 09/10/98, assentou que “A Lei nº 8.072/90, ao estabelecer o regime integralmente fechado para cumprimento da pena por crime de estupro, não violou o princípio da individualização da pena, não sendo, portanto, inconstitucional, conforme já entendeu, inúmeras vezes, a Excelsa Corte, no exame da matéria de sua exclusiva competência.”¹²

Nesse contexto, que conduz a uma série de efeitos nefastos, como será visto adiante, a matéria foi submetida ao exame dos tribunais superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, em que pese já tenha reconhecido, minoritariamente, a inaplicabilidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos por entendê-la inconstitucional¹³, posiciona-se atualmente no sentido da constitucionalidade do dispositivo legal, inclusive afirmando que a Lei nº 9.455/97, que permite a progressão de regime para o crime de tortura¹⁴, não se aplica aos demais crimes hediondos.

Por oportuno, merecem transcrição duas ementas recentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, únicas competentes para processar e julgar os feitos relativos a matéria penal, na forma dos arts. 2º, § 4º, e 9º, § 3º, I, do seu Regimento Interno:

“EXECUÇÃO PENAL - ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL - CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE.

“Nos delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão. A Lei 9.455/97, refere-se, exclusivamente, à prática de tortura, não se estendendo aos demais delitos previstos na Lei 8.072/90. No caso, o réu foi condenado pela prática de estupro real com a prática de violência e grave ameaça (utilizou-se de uma faca e de uma espingarda). Precedentes. Recurso conhecido e provido para determinar que o cumprimento da pena seja em regime integralmente fechado.”¹⁵

“PENAL. HABEAS-CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO. CRIMES HEDIONDOS. LEI Nº 8.072/90. ATAQUE A ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. FUNDAMENTO. QUESTÃO NÃO APRECIADA NO JULGAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

“Este Superior Tribunal de Justiça, alinhado ao pensamento predominante do Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.

“Em sede de habeas-corpus originário, impetrado contra acórdão que nega provimento a recurso de apelação, os fundamentos da impetração devem situar-se no campo das questões apreciadas no julgamento impugnado.

11. RJTJRGs 191/72.

12. RJTJRGs 192/210.

13. RE 19.420-0; Rel. Min. Vicente Cernicchiaro; DJU de 07/06/93, p. 11.276.

14. Lei nº 9.455/97, § 7º do art. 1º, verbis: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

15. 5ª Turma, Resp. 271491/RS, Min. Jorge Scartezzini, DJ de 04/06/2001, p. 00224.

“Se as razões em que se fundam a pretensão deduzida no ‘writ’ não foram objeto de debate e pronunciamento no acórdão impugnado, o mesmo não pode ser conhecido.

“Habeas-corpus parcialmente conhecido e denegado.”¹⁶

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal, que tem a significativa tarefa de preservar a incolumidade da Constituição¹⁷, orienta-se, pacificamente, no sentido da constitucionalidade da fixação do regime integralmente fechado.

O Tribunal Pleno da Corte Constitucional, em 18/12/92, em decisão que serviu de base para seus julgamentos posteriores, deliberou nos seguintes termos:

“EMENTA: ‘HABEAS-CORPUS’. CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, par. 2º, II, da Lei n. 6.368/76. Caracterização. REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida.”¹⁸

Com o advento da Lei nº 9.455/97, novamente o Pleno do Supremo Tribunal Federal veio a enfrentar a discussão em apreço, para, ratificando sua posição anterior, explicitar que a novel lei ordinária não atingiu outros crimes hediondos além da tortura, *verbis*:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.455, DE 07.04.1997, À HIPÓTESE.

“1. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos. 3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo, desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do S.T.F. no julgamento do H.C. nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. H.C. indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator.”¹⁹

16. 6ª Turma, Resp. 14926/SP, Min. Vicente Leal, DJ de 07/05/2001, p. 00161.

17. Lição de MICHEL TEMER, em sua obra “Elementos de Direito Constitucional” (São Paulo, Editora Malheiros, 14ª ed, 1998, p. 171).

18. HC 69.603/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 23/04/93, pp. 06922.

19. HC 76.371/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 19/03/99, pp. 00010.

Frente a esse entendimento, incessantemente reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, era de se esperar dos demais órgãos jurisdicionais a aplicação irrestrita do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, possibilitada a ressalva de posições pessoais em sentido contrário, tal como feito pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 80.634/SP, em 13/03/2001²⁰.

Como bem referiu o Min. Marco Aurélio, “*A atividade monocrática ou em órgão fracionário, como é a Turma, faz-se sob a orientação jurisprudencial do Plenário, sob pena de a divergência intestina gerar perplexidade dos jurisdicionados e descrédito para o órgão julgante tomado como um todo.*”²¹, ocasião em que, igualmente ao Min. Sepúlveda Pertence²², ressaltando sua posição pessoal, filiou-se ao entendimento da decisão plenária do STF, para denegar a ordem em habeas corpus que buscava a progressão de regime para paciente condenado pela prática de crime hediondo.

B) Ofende a coisa julgada material a progressão de regime, nos crimes hediondos, em sede de execução penal, a decisão que contraria o título judicial constituído.

A realidade forense vem demonstrando que alguns órgãos jurisdicionais, não raras vezes, concedem a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, deixando de observar a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal forma de proceder é plenamente possível do ponto de vista jurídico, na medida em que, enquanto não declarada a constitucionalidade de determinada lei, pela Corte Suprema, em ação declaratória decorrente do controle concentrado de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem efeito vinculante.

Essa situação, contudo, gera efeitos concretos extremamente negativos, como: a) a interposição de um número elevado de recursos ministeriais sobre o regime prisional, com aumento desnecessário do volume de serviço dos tribunais, inclusive dos tribunais superiores; b) gastos estatais desnecessários com o processamento dos aludidos recursos; c) retardamento na prestação jurisdicional, com prejuízo do princípio da eficiência; d) possibilidade de concessão da progressão de regime ao condenado enquanto não reformada a decisão atacada, permitida a fuga de presos condenados pelo cometimento de delitos *hediondos*; e) violação do princípio da isonomia, quando, por qualquer motivo, transita em julgado uma decisão que fixa o regime inicial fechado, criando uma situação inexplicável junto ao sistema carcerário, uma vez que pessoas condenadas pela prática do mesmo tipo penal receberão tratamento judicial diverso na fase da execução da pena; f) a impunidade, na medida em que, transitando em julgado a decisão que possibilita a progressão, o apenado não cumprirá a sanção penal tal como prevista pela legislação pátria, cuja constitucionalidade é reconhecida pelo Tribunal que tem a função de velar pela Constituição; g) a ofensa ao interesse social - reconhecido pelos representantes do povo, que são os legisladores - de que aquele que comete crime mais grave e repugnante do ponto de vista social seja mais severamente punidos, na forma da lei.

Inobstante o afirmado acima, e também como já se disse, o quadro jurídico atual permite que o magistrado conceda a progressão de regime no ato sentencial, ou que o tribunal assim proceda em sede recursal.

20. Na mesma linha principiológica: HC 79.804/MS, julgado em 08/02/2000.

21. HC 73.193/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 08/03/96, p. 06215.

22. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio foram os dois únicos vencidos, no Tribunal Pleno, no julgamento do já mencionado HC 76.371/SP.

Mas, o que realmente causa extrema preocupação e verdadeira insegurança e instabilidade jurídica é a concessão da progressão de regime, na fase de execução da pena, quando há decisão transitada em julgado estabelecendo o regime integralmente fechado, com inegável ofensa da coisa julgada material, princípio constitucional basilar do direito.

Efetivamente, sob o argumento de assegurar ao apenado o seu direito constitucional da individualização da pena, ou de aplicação da lei posterior mais benigna (referindo-se à Lei nº 9.455/97), alguns magistrados têm desconsiderado a coisa julgada²³, praticando, aí sim, verdadeiro ato de violação da Lei Maior.

Há três situações distintas que merecem diferenciação, como bem explicitado por SÉRGIO MAZINA MARTINS²⁴, que são: a) se a decisão condenatória silencia sobre a possibilidade de progressão do regime, incumbe ao juiz da execução o exame e decisão sobre a questão, permitindo, ou não, o benefício; b) se o título condenatório expressamente dispõe que o regime será o *inicial* fechado, a progressão é obrigatória, sob pena de ofensa à coisa julgada (nesse sentido: STF, HC nº 72.897-9/CE, Rel. Min. Maurício Correa; e STF, HC nº 73.649-1/RS, Rel. Min. Maurício Correa); e c) se “o título condenatório dispõe que a pena será cumprida sob o regime fechado ou, ainda, que será ela integralmente cumprida sob o regime fechado: o juízo da execução não tem mais como questionar a constitucionalidade da vedação legal de progressão, devendo extinguir eventuais pedidos que assim lhe forem apresentados sem o julgamento de seu mérito, por esbarrarem no óbice da coisa julgada material, podendo a Defesa, por sua vez, apenas visar a desconstituição da coisa julgada material pelos caminhos próprios.”

Não é outro o entendimento predominante da jurisprudência a respeito da ofensa à coisa julgada material quando o juiz da execução permite a progressão vedada pelo título condenatório.

Nesse sentido, transcrevem-se, pela ordem, uma ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e outra do Superior Tribunal de Justiça:

*“Agravado em execução criminal. Réu condenado por crime hediondo. Progressão. Impossibilidade. Tendo sido fixado, no ato sentencial, que o regime de cumprimento da pena seria o integralmente fechado, não há o que se falar em progressão, sob pena de estar-se ferindo o instituto da coisa julgada. Não é o juiz da execução criminal quem deve estabelecer o regime de cumprimento da pena. Lei dos crimes hediondos. Constitucionalidade. Além disto, conforme pacífica orientação jurisprudencial, a lei nº 8072/90 não é inconstitucional, agravo a que se nega provimento.”*²⁵

“PROCESSO PENAL. CRIMES HEDIONDOS. REGIME PRISIONAL. COISA JULGADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

“1. Os condenados pela prática de crimes hediondos deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei 8.072/90, Art. 2º, § 1º). 2. Não cabe ao juiz singular, na execução, rever a possibilidade de progressão do regime quando já transitada em julgado a sentença.

23. Cláusula pétreia na esfera constitucional, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/88. Nesse sentido: TJRS, AGR nº 70001252105, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nilo Wolff, julgado em 06/09/2000.

24. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20/431.

25. TJRS, AGR nº 70000195438, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Domingues Guimarães Ribeiro, julgado em 14/10/1999.

Violação à coisa julgada material bem demonstrada, através do confronto analítico de julgados.
3. *Recurso Especial conhecido e provido.*"²⁶

Se a sentença condenatória não acarretasse a coisa julgada material quanto ao regime integralmente fechado para os crimes hediondos, qual seria a razão de se travar a discussão no processo de conhecimento, por vezes com recursos até os tribunais superiores? Se inócuo fosse o debate, por ser possibilitada ao juiz da execução a concessão da progressão, não faltaria interesse jurídico ao recurso, com o seu não-conhecimento pelos tribunais?

É certo, de acordo com o entendimento predominante da jurisprudência, que ofende a coisa julgada a decisão que concede a progressão, em sede de execução, com inobservância do título condenatório. Mas, mesmo assim, várias decisões têm sido proferidas nesse sentido, causando instabilidade e insegurança jurídica, e acarretando aquilo que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul denominou em uma oportunidade de *anarquia*²⁷.

Por tudo isso, é imperativo que se busque uma decisão judicial que reconheça a constitucionalidade do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, mas que, além disso, produza eficácia contra todos e efeito vinculante. E é justamente o que ora é proposto, como será adiante analisado.

III - Ação declaratória de constitucionalidade: solução para o descumprimento da lei dos crimes hediondos.

A) Algumas considerações sobre a ação declaratória de constitucionalidade.

A lei, por sua própria natureza, é presumidamente constitucional, dispensando tal demonstração, salvo nas hipóteses em que, seja por controle direto ou difuso, tenha reconhecida sua inconstitucionalidade, ou, diante de relevante controvérsia, seja necessário o ajuizamento de demanda declaratória daquele estado de regularidade com a Carta Magna.

A Lei Maior, no seu artigo 101, inciso I, estabeleceu que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda constitucional, cabendo-lhe processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (alínea "a")²⁸, possuindo legitimidade

26. STJ, 5ª Turma, RESP nº 207406/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 28/06/99.

27. No corpo do acórdão lavrado nos autos do HC nº 698 422 656, em 19/11/98, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, composta pelos Des. José Domingues Guimarães Ribeiro, José Eugênio Tedesco e Marco Antônio Barbosa, assim se pronunciou: "*Saliente-se que está se tornando praxe os juízes de primeiro grau não cumprirem a legislação vigente, sequer dispensando uma linha sobre as razões de tal descumprimento. Esta situação está se tornando anárquica, como a do presente feito, onde a decisão do processo de conhecimento fixou o cumprimento da pena em regime fechado, conforme a Lei dos Crimes Hediondos. Houve recurso, tendo este tribunal mantido, na íntegra, a decisão. Apesar disso, em singela decisão. Com poucas linhas e sem nenhuma análise sobre a vedação legal de ser concedida a progressão, assim como por estar tornando papel sem nenhum valor tanto a decisão de primeiro grau, quanto o julgamento deste Tribunal, o Magistrado da vara das execuções da Capital, concedeu a progressão de regime. A anarquia precisa terminar. O voto é no sentido de denegar a ordem e comunicar o descumprimento da decisão deste Tribunal ao Egrégio Conselho da Magistratura."*

28. Alínea "a" com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, DOU de 18.03.1993, em vigor desde sua publicação.

para propositura de tal ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República²⁹.

Por sua vez, a Lei 9.868/99³⁰ dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, destacando, dentre seus requisitos, **a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória**³¹.

Assim, não é qualquer dispositivo que poderá ter declarada sua harmonia com a Constituição Federal pela Corte Constitucional, mas somente aquele que gerar efetivo e verdadeiro debate judicial – não mero debate provocado por questionamentos jurídicos elementares ou envolvendo decisões isoladas – cuja solução é importante em termos nacionais, para assegurar-se a manutenção do próprio Estado de Direito.

NELSON OSCAR DE SOUZA anota: “*A nova ação visa a cortar cerce a insegurança jurídica. Visa a obviar o ajuizamento de milhares e milhares de pleitos judiciais envolvendo uma mesma matéria perante centenas de magistrados e suas conflitantes decisões. Decisões sujeitas a reiterados recursos perante variados tribunais inferiores até que, anos depois, se alcance o pronunciamento definitivo da mesma Suprema Corte.*” E, adiante: “*Em suma: o bom senso político está a indicar a utilização da medida apenas em questões altamente controvertidas juridicamente e passíveis de gerar verdadeira corrida aos tribunais*”³².

Por sua vez, GILMAR FERREIRA MENDES, quanto à ação declaratória de constitucionalidade, refere a necessidade de situação concreta para sua propositura, isto é, a efetiva existência de controvérsia ou dúvida - estado de incerteza - relevante quanto à legitimidade da norma³³.

Não se poderia exigir menos, diante da presunção de constitucionalidade das normas e da relevância das atividades do Supremo Tribunal Federal, visto que é uma oportunidade em que este exerce, cada vez mais efetivamente, como detentor de parte do poder estatal, o direcionamento da interpretação judicial das normas, diante dos efeitos oriundos do reconhecimento da constitucionalidade, como já ocorreu³⁴.

29. CF, artigo 101, § 4º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 3/93. Nesse sentido: Ag. Reg. em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 2/SP, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Carlos Velloso j. 07.08.1997, DJU 26.09.97, p. 47.480.

30. Publicado no DOU de 11.11.1999, quando passou a vigor, nos termos de seu artigo 31.

31. Artigo 14, inciso III.

32. Em artigo denominado “A Inconstitucionalidade”, Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul nº 70, julho/97, página 125, *apud*. Coletânea Doutrinária, CD, Plenum Informática.

33. In Ação Declaratória de Constitucionalidade, Coordenação Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, 1994, p. 86: “*A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passa a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal para que ponha termo à controvérsia instaurada. Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.*”

34. ADC - MC nº 4/DF, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Sydney Sanches.. j. 11.02.98, DJU 21.05.99, p. 02, e ADC nº 1/DF, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Moreira Alves. j. 01.12.1993, DJU 16.06.95.

B) Efeitos da decisão declaratória de constitucionalidade.

Uma vez declarada a constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, sua eficácia é *erga omnes* e, obrigatoriamente, sob pena de responsabilização, possui efeito vinculante, inclusive quanto ao Poder Judiciário, ou seja, a decisão deve ser atendida, aplicando-se a norma (constitucional) no caso concreto, quando da prolação de uma sentença, por exemplo³⁵. Os órgãos do Poder Executivo também estarão obrigados ao acatamento da decisão. Ademais, produz efeitos *ex tunc*, diante da natureza declaratória da decisão.

É que, seguindo diretriz constitucional³⁶, o artigo 28, Parágrafo único, da Lei 9.868/99, estabelece: “*A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*”³⁷.

Ressalte-se, ainda, posição de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO³⁸: “(...) *Em artigo que publiquei, anotei que algumas vezes se levantam contra essas medidas, argumentando que a eficácia ‘erga omnes’ e o efeito vinculante limitam o acesso à Justiça. O argumento não é procedente. O efeito vinculante, aliás, não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, que é dos mais eficientes. É que, em razão do ‘stare decisis - stare decisis et non quieta movere’ - acolhido no sistema do ‘common law’, estabelece a Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato. Estabelecido o princípio, será ele aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos. É dizer, no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os Tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, nos casos em que os fatos forem substancialmente iguais ao estado de fato em que a decisão da Suprema Corte foi tomada. Isso, sem dúvida, proporciona segurança jurídica.*”. E, adiante: “*A eficácia ‘erga omnes’ e o efeito vinculante vão impedir a eternização das demandas e, sobretudo, a repetição de recursos já decididos.*” (grifado).

Assim, diante do quadro inicialmente demonstrado, o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade apresenta-se como solução adequada à relevante controvérsia decorrente da inaplicação do que dispõe expressamente a Lei nº 8.072/90.

35. O que restou reconhecido pelo próprio STF: “(...) 4. *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F.*”

36. Artigo 102, § 2, da CF: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

37. Artigos 133, inciso I, do CPC, e 49 da LC 35/79.

38. Ministro do STF, *in* Revista Direito Administrativo nº 212, abril-junho/98, página 7, *apud*. Coletânea Doutrinária, CD, Plenum Informática.

C) Proposição.

O que se propõe, ao cabo, é conscientizar os operadores do direito a respeito da conveniência e oportunidade do ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, tendo por objeto o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pois, a partir de então, a mobilização dos profissionais do Direito levará à sensibilização dos detentores de legitimidade ativa para a propositura da ação direta, em especial do Procurador-Geral da República, sem que se tenha qualquer receio sobre o resultado final da demanda, uma vez que a posição do Supremo Tribunal Federal é por demais conhecida a respeito da temática.

Com efeito, vigente há mais de uma década a lei especial comentada, e já travados incansáveis debates sobre sua constitucionalidade, é mais do que oportuna a iniciativa de qualquer dos legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade neste início de novo Século.

À evidência, os efeitos positivos serão muitos, relacionados ao afastamento dos problemas alhures especificados e à instauração de regularidade na aplicação do regime de cumprimento da pena e de sua execução, obtendo-se segurança jurídica sobre a matéria.

Para tanto, é fundamental o confronto de idéias sobre a providência proposta, essência da democracia e da própria justiça, cada operador ou entidade acrescentando idéias e melhoramentos, visto que não se tem a pretensão de, neste artigo, exaurir o assunto. Ao contrário, busca-se incentivar positivamente a tomada de medidas efetivas, atitudes legais e processuais.

IV - Conclusões.

À guisa de remate, pode-se extrair algumas conclusões, que comportam a seguinte sistematização:

a) a questão relacionada à constitucionalidade da imposição do regime integralmente fechado aos condenados pela prática de crimes hediondos está superada do ponto de vista da jurisprudência dos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, cortes estas que, em última instância, decidem a matéria, pois diz respeito à aplicação de lei federal e à conformidade desta com a Constituição Federal;

b) a reiteração de decisões inobservando o regime legalmente estabelecido para os crimes hediondos acarreta inúmeros efeitos negativos, tais como: um aumento desnecessário de serviço para o Ministério Público, advogados e, principalmente, para o Poder Judiciário, em razão dos recursos interpostos sobre o assunto; despesas infundadas com o processamento dos recursos aludidos; retardamento na prestação jurisdicional, em detrimento do princípio da eficiência; possibilidade de fuga de presos beneficiados provisoriamente com a progressão de regime; quebra do princípio da isonomia, decorrente da aplicação do regime integral fechado para alguns presos, e não para outros na mesma situação; impunidade parcial, já que a progressão implica no cumprimento da sanção penal em desconformidade com a lei pertinente, que é constitucional (segundo a Corte Constitucional do país) e mais rigorosa, por tratar de crimes mais graves; e ofensa ao interesse social, resultante da não-aplicação da lei, esta elaborada pelo povo, por intermédio de seus representantes;

c) ofende a coisa julgada material - princípio constitucional basilar do direito - a concessão da progressão de regime, na fase de execução da pena, quando há decisão transitada em julgado estabelecendo o regime integralmente fechado, causando extrema preocupação e verdadeira insegurança e instabilidade jurídica; e

d) a solução para o fim do descumprimento reiterado da Lei dos Crimes Hediondos passa, necessariamente, pela declaração da constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação própria, denominada declaratória de constitucionalidade, já que, só então, a observância do dispositivo legal terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive possibilitando responsabilização frente ao descumprimento da decisão da Superior Instância.

TESE 47

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES PRATICADOS CONTRA O MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cynthia Maria de Almeida Pierri Rosgrin
Promotora de Justiça - PR

I - A pessoa jurídica como sujeito ativo do direito penal

Tradicionalmente, os doutrinadores costumam afirmar que sujeito ativo do direito penal é sempre (e tão somente) uma pessoa física, que deve ser punida de acordo com a sua culpabilidade. Exclui-se, comumente, a possibilidade de uma pessoa jurídica ser autora de um crime (*societas delinquere non potest*).

Afinal, o crime é tido como um desvalor de conduta, sendo que o direito penal regula apenas algumas atitudes humanas, aquelas consideradas socialmente desviantes, e as típicas, para que sejam objeto da sanção penal. Para a prática de um delito exige-se, pois, a consecussão de uma conduta valorada pelo tipo penal. Daí porque se afirma que não existe crime sem conduta, e sendo esta uma ação humana, guiada pela vontade, apenas os homens poderiam ser criminosos. Deve-se isto ao fato de que as pessoas jurídicas não possuiriam capacidade de conduta, uma vez que sua existência é fictícia, desprovidas de vontade própria, sendo incapazes de atuar. Tal posicionamento remonta a Savigny e Feurbach e fundamenta-se na incapacidade de ação e culpabilidade da pessoa jurídica.

Ocorre que com o desenvolvimento da sociedade, as pessoas jurídicas passaram a ocupar postos proeminentes na vida econômica e social, e também, por vezes, a causar danos à coletividade, até em função do risco inerente às atividades que executam, ou ainda porque pessoas inescrupulosas as utilizam para provocar danos a terceiros, fazendo-as de escudo.

Nas palavras de FERREIRA FILHO¹:

Cada vez mais, as empresas e pessoas jurídicas em geral estão assumindo papéis mais relevantes na sociedade e, por isso mesmo, ao menos em relação a várias condutas sociais, não podem simplesmente serem consideradas como entes fictícios. E, efetivamente, não há como negar hoje, com a evolução alcançada pelo direito, que a conduta e fins do ente coletivo são diversos daqueles de seu dirigente como pessoa física.

1. FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

Isto que fez com que, no direito penal moderno, alguns começassem a aceitar a existência de pessoas jurídicas criminosas, com o fito de coibir as ações lesivas por elas praticadas e chamá-las à responsabilidade social que possuem, ante a necessidade de repreensão maior e mais efetiva, já que apenas as sanções de natureza civil e administrativa estavam se mostrando insuficientes.² Este entendimento vem crescendo sobretudo nos Estados Unidos e na Europa, onde se percebeu a importância de sancionar, através do direito penal (que é a *ultima ratio* do direito), os eventos danosos por elas perpetrados, sendo que, como tendência mundial, foi aprovado no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Rio de Janeiro em 1994, o enunciado segundo o qual “*os sistemas penais nacionais devem, sempre que possível no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e outras medidas às entidades jurídicas e públicas*”.³ Aponta TIEDEMANN⁴:

Admitir la idea de que una agrupación puede ser el autor de una infracción (de competencia, de derecho fiscal etc.) no significa nada más que recoger el derecho el juicio que la realidad social porta sobre estas entidades.

Afinal, o Direito reconhece vontade e patrimônio próprios às empresas, com nome e atributos morais, onde nem sempre os objetivos da pessoa jurídica são os mesmos de seus dirigentes, pois têm estatutos e regimentos que determinam seu atuar conforme as regras do mercado e da convivência social.⁵

Há, todavia, opositores a esta tendência crescente de se criminalizar as pessoas jurídicas.

Para DOTTI⁶, este movimento que pretende capacitar criminalmente a pessoa jurídica acaba por reconhecer a dificuldade ou impossibilidade do sistema em desvendar as questões referentes à prova da autoria de inúmeros delitos com pluralidade de condutas, cometidos mediante a atuação ou sob a proteção da pessoa jurídica. “*Em tal circunstância, mais fácil será debitar a causalidade do evento a um ente coletivo que proceder às diligências geralmente penosas para o estabelecimento das responsabilidades individuais.*”

Rebatendo esta posição, ALVES⁷ leciona:

2. Sobre o tema ver SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 137/144; FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 42/59; ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 748. p. 494/503; TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 21/35

3. Citado por ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34

4. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 21/35

5. Neste sentido é a lição de ROTHENBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 59/66

6. DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 184/207

7. ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 748. p. 494/503

Ora, com as dificuldades, negativas e objeções contrárias ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica - sobretudo a de direito privado -, os grandes criminosos, os delinquentes poderosos, de alto *status* econômico ou financeiro, ficam impunes porque esconder-se-iam dentro ou no âmbito da pessoa jurídica por si mesma sem responsabilidade penal perante a legislação, a jurisprudência ou a doutrina penal do país. Assim, seria praticado crime através ou por meio da pessoa jurídica com certeza de impunidade, pois a mesma não seria penalmente responsável, seria o pretexto de ter agido em nome da pessoa jurídica, como um seu componente quando, em verdade, a sua ação criminosa, típica, foi individual, pessoal, de iniciativa própria, punível sempre.

Além disso, acrescenta ROTHEMBURG⁸ que quando o delito é cometido por razões individuais, daí o crime não é da pessoa jurídica, e sim do sujeito que representa a entidade, e é este último que deve ser punido, não sendo o ente moral empecilho para a responsabilização de seus membros.

Como bem observa SOUZA⁹, “a responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim como das demais pessoas, visa garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social”. Ao aplicar-se pena à pessoa jurídica gerar-se-á uma mácula em sua imagem que trará em si o contra-estímulo preciso para desencorajar a continuidade das ações criminosas praticadas em seu nome.

“É preciso que o direito penal rompa com a visão individualista, com o homem ocupando lugar exclusivo no universo jurídico, e aceite a realidade contemporânea, metaindividual”, nota ROTHEMBURG¹⁰.

II - O posicionamento doutrinário sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica

A doutrina diverge sobre a viabilidade de caracterizar responsabilidade criminal da pessoa jurídica, havendo inclusive quem entenda ser incompatível com a teoria do direito penal, assente nos conceitos de culpabilidade e da personalidade das penas, a aceitação de que um ente moral possa ser sujeito ativo de crime (aliás, este continua sendo o entendimento majoritário, inclusive no Brasil).

De acordo com a concepção penal tradicional, pune-se o agente do crime em razão de sua culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Como indaga SIRVINKAS¹¹, “como seria possível punir penalmente um ente fictício com pena de multa, restritiva de direitos ou prestação de serviços à comunidade, por exemplo?”

Há ainda muita resistência por parte dos doutrinadores em admitir a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, sustentando, em síntese, que tal responsabilização feriria os

8. ROTHEMBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 59/66

9. SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 137/144

10. ROTHEMBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 59/66

11. SIRVINKAS, Luis Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 21

princípios da culpabilidade e personalidade das penas, pois a pessoa jurídica é incapaz de realizar voluntariamente conduta e, aí, sua responsabilidade seria apurada sem culpa ou por fato de terceiro, sendo também que o ente moral não é apto a sofrer as conseqüências das penas, e as sanções acabam por atingir seus sócios.

Aduzem os juristas que a pessoa jurídica não passa de uma ficção jurídica, com existência apenas no plano jurídico e abstrato (teoria da ficção elaborada por Savigny), com falta de capacidade natural de ação e carência de capacidade de culpabilidade. Esta é, aliás, uma das críticas mais freqüentes à responsabilização criminal da pessoa jurídica, pois se não tem vontade própria não pode praticar conduta dolosa ou culposa, e sua responsabilização não se harmoniza com o garantismo penal.¹²

A tendência doutrinária é, pois, de se responsabilizar as pessoas naturais pelos crimes praticados em nome da pessoa moral.

Neste raciocínio, PIERANGELLI¹³, entre outros, nega a possibilidade de uma pessoa jurídica poder praticar crime, devendo responsabilizar-se penalmente apenas os seus agentes, restando à entidade a sanção de ordem administrativa, visto que a vontade de ação ou conduta é fenômeno psíquico que inexiste na pessoa jurídica.

Do mesmo modo, PEDROSA¹⁴ defende que é preciso responsabilizar a pessoa física por atos praticados através da pessoa jurídica (autoria mediata), não havendo como esta última ser denunciada criminalmente, pois não se concebe que atue de forma independente, com dolo ou culpa. Se fosse admitida a capacidade criminal da pessoa jurídica estar-se-ia desnaturando o sistema penal, inclusive quanto à aplicação da pena, que impõe análise da conduta social, personalidade e antecedentes do agente.

Utilizando-se do mesmo argumento, CONSTATINO¹⁵ aduz que, como a pessoa jurídica não possui corpo físico próprio, nem psiquismo exclusivamente seu, não pode, por si só, produzir conduta penalmente relevante; ela é um instrumento na mão de seus sócios, incapaz de agir com dolo ou culpa como fruto de atividade psicológica oriunda de sua própria personalidade. São as pessoas físicas que compõem a entidade que, utilizando-se dela como instrumento, cometem os delitos, de maneira mediata, e devem responder criminalmente.

DOTTI¹⁶ sustenta que a partir do momento em que se passasse a responsabilizar a pessoa jurídica pelos crimes praticados por seus agentes, estes seriam beneficiados na medida em que estariam livres, pessoalmente, da reprimenda penal. Sustentando seu posicionamento, escreve:

12. Neste sentido MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998.

13. PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição. 1992, RT 684/278

14. PEDROSA, Ronaldo Leite. Pessoa jurídica delinqüente?. Artigo publicado no Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v. 8. p. 173/175

15. CONSTANTINO, Carlos Emani. Meio Ambiente - o artigo 3º da Lei 9.605/98 cria o intolerável bis in idem. Revista Jurídica. v. 248 p. 37/38; CONSTANTINO, Carlos Emani. Meio Ambiente - Responsabilidade penal da pessoa jurídica: outros aspectos. Artigo publicado na Revista Jurídica, São Paulo: Revista Jurídica Editora, 1999. v. 258. p. 64/66

16. DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 184/207

Com tal procedimento seria perfeitamente possível estimular um novo tipo de criminalidade organizada: em lugar de comando pessoal, isto é, individual e humanamente caracterizado, o *cappo* seria a empresa estatal ou privada; um novo tipo de ‘autor’ e líder das condutas de seus diretores e postposos.¹⁷

SOUZA¹⁸ contra-argumenta no sentido de que o legislador elevou a conduta realizada como sendo da própria pessoa moral, por ficção jurídica. A ela se atribui a conduta pensada por seus representantes e executada por seus agentes se o ato for praticado no interesse ou benefício da entidade. É aí que reside o elemento subjetivo do tipo; se não houver vantagem para a pessoa jurídica, o agente criminoso será a pessoa física. Transfere-se, num ato de ficção, a vontade do dirigente à pessoa jurídica.

ALVES¹⁹ alega que, ao se responsabilizar os membros dos entes coletivos nos delitos praticados em nome da pessoa jurídica, há confusão das duas responsabilidades penais, que devem ser diferenciadas, não se podendo confundir a pessoa jurídica e os indivíduos que a compõem. Se estes últimos agirem por iniciativa própria, não haverá a responsabilidade da pessoa jurídica, mas somente de quem agiu sozinho. Do contrário, quando a ação for praticada em prol do ente moral, a conduta da pessoa jurídica será reprovável, é possível falar na sua culpabilidade.

Geralmente, na teoria penal sempre tem prevalecido o entendimento de responsabilizar-se penalmente somente as pessoas físicas - administradores, diretores, gestores, gerentes etc. - que são membros ou componentes dos entes coletivos pelos crimes praticados em nome da pessoa jurídica, em uma evidente confusão das duas responsabilidades penais. O novo Código Penal da França abriu, em verdade, um caminho certo, definitivo, para a nítida distinção entre ambas, não se devendo confundir, em nossa opinião, a pessoa jurídica (e a sua conseqüente responsabilidade penal) e os indivíduos que a compõem.

O cerne da questão, pois, reside em saber em nome e interesse de quem se atua; se em nome próprio ou no interesse da pessoa jurídica²⁰, sendo que, neste último caso, o ente coletivo será o criminoso.

Outra oposição apresenta-se à responsabilização criminal da pessoa jurídica, pois acredita-se que sua aceitação feriria o princípio da personalidade das penas.

17. Também neste sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da constituição federal. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998; CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica - Apuntes para una aproximación metodológica. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 50/79

18. SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 137/144

19. ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 748. p. 494/503

20. É o posicionamento de ROTHENBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 59/66; FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34

Como observa CONSTANTINO²¹, “a pessoa jurídica não pode sentir o caráter aflitivo da sanção penal, nem ‘arrepender-se’ do mal por ela ‘cometido’”, e aí quem sofre as conseqüências da reprimenda são as pessoas físicas que a compõem, em ofensa ao princípio segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado.

Mas, para ROCHA²², o fato da pessoa jurídica não poder arrepender-se do que fez não é obstáculo para sua punição, pois a pena assume seu caráter preventivo ao se dirigir às pessoas físicas que se utilizam do ente moral para a prática delitiva, pensamento este compartilhado por TIEDEMANN²³.

Vale dizer que existe a possibilidade de apenas um dos sócios ou diretores da empresa ter sido o responsável pela causação do crime, e, sendo ela penalmente punida, todos os seus integrantes serão atingidos.

Por isto MARQUES²⁴ afirma que as sanções aplicadas às pessoas jurídicas devem sempre ter natureza civil ou administrativa, restando às pessoas naturais as penas de ordem criminal, pois somente a estas pode ser imputada a prática de um delito. Do contrário, atribuir-se à pessoa jurídica a autoria de um crime, por fato de terceiro, implicaria em retorno à responsabilidade coletiva e objetiva, com as sanções atingindo a todos os integrantes da entidade, tenham ou não participação no fato, violando o princípio da personalidade da pena.

Neste diapasão, DOTTI²⁵ ressalta que, se for possível que pessoa jurídica seja autora de crime, os efeitos da condenação irão além da pessoa do agente criminoso, pois mesmo que o fato típico venha a ser causado por apenas um dos diretores, todos os demais arcam, com maior ou menor intensidade, com as conseqüências da pena. E vai mais além, ao notar que, se em decorrência da pena imposta, a pessoa jurídica não tiver condições morais ou materiais de sobrevivência, este fato alcança todas as pessoas físicas que vivem sob a sua dependência.

ROTHEMBURG²⁶, a seu turno, aduz que como a pessoa jurídica é formada por indivíduos, eles sempre serão atingidos pelos atos do ente coletivo, mesmo quando houverem vantagens, na qualidade de membros da empresa, o que não é empecilho para que sofra reprimenda penal.

Também no campo de aplicação da pena existem problemas em relação à responsabilização criminal da pessoa jurídica. Como seria possível aferir sua culpabilidade, que é pressuposto da punibilidade, se incapaz de agir com dolo ou culpa ou de ter consciência da ilicitude?

21. CONSTANTINO, Carlos Ernani. Meio Ambiente - o artigo 3º da Lei 9.605/98 cria o intolerável bis in idem. Revista Jurídica. v. 248 p. 37/38; CONSTANTINO, Carlos Ernani. Meio Ambiente - Responsabilidade penal da pessoa jurídica: outros aspectos. Artigo publicado na Revista Jurídica, São Paulo: Revista Jurídica Editora, 1999. v. 258. p. 64/66

22. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34

23. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 21/35

24. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998.

25. DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 184/207

26. ROTHEMBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 59/66

Para que se possa admitir a responsabilização penal da pessoa jurídica, é preciso romper com os preceitos da doutrina clássica. Nas palavras de SIRVINKAS²⁷:

É claro que a pessoa jurídica não pode ser vista com os olhos do conceito da doutrina clássica. Deve-se observar suas particularidades para a eventual aplicação da pena de caráter penal. Sua responsabilidade jurídica não pode ser vista como dotada de vontade. Deve-se distinguir a pessoa física que age em nome da pessoa jurídica da própria pessoa jurídica.

Para RIBEIRO²⁸, “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não pode ser entendida à luz da responsabilidade penal tradicional baseada na culpa, na responsabilidade individual, subjetiva, mas deve ser entendida à luz de uma responsabilidade social”. Segundo ele, a pessoa jurídica atua com fins e objetivos diversos dos dos seus agentes e deve ser responsabilizada, sem, obviamente, prejuízo da responsabilização das pessoas físicas.

Também TIEDEMANN²⁹ sustenta a responsabilidade social da pessoa jurídica, de acordo com as conseqüências de suas atividades e as obrigações correspondentes aos direitos da empresa.

ROCHA³⁰ alega que a responsabilidade da pessoa jurídica deriva de conduta humana violadora do bem jurídico, mas, como a punibilidade pressupõe que o responsável pela atividade proibida tenha agido em nome e no interesse do ente moral, não é de se falar em responsabilidade por fato de outro.

Já ALVES³¹ defende a responsabilização da pessoa jurídica, devendo, para tanto, ser adotada a teoria (elaborada por Gierke) segundo a qual ela é uma realidade, diversa e com personalidade distinta das pessoas que a compõem. Para ele, a existência e personalidade da pessoa jurídica não podem ser confundidas com as das pessoas físicas que a integram, sendo necessário distinção jurídica no plano normativo, e aí a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser compreendida como bem diversa da dos seus membros. Se a pessoa jurídica existe realmente, logo tem capacidade penal, com vontade e consciência próprias, e tem condutas reprováveis, censuráveis, puníveis em termos de culpabilidade.

TIEDEMANN³² observa que, se uma pessoa moral pode celebrar um contrato, sendo sujeito das obrigações que dele se originarem, e ainda pode descumprir tais obrigações, por certo pode praticar ação antijurídica, e nada impede considerar as pessoas jurídicas como destinatárias de normas jurídicas revestidas de caráter ético e como entes em situação de violar estas normas.

Além disso, João Marcello de ARAÚJO JÚNIOR, citado por BUENO³³, defende que a pessoa jurídica, possuindo vontade, tem capacidade para agir criminosamente. E contra o

27. SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22

28. RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 758. p. 409/418

29. TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 21/35

30. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34

31. ALVES, Roque de Brito. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 748. p. 494/503

32. TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 21/35

33. BUENO, Carlos. Acórdão proferido em mandado de segurança nº 349.440/8, TACrim/SP, terceira câmara criminal

argumento de que os entes coletivos não seriam capazes de pena porque incapazes de sentir suas conseqüências, diz que esta estrutura de pensamento é arcaica, uma vez que hoje o direito penal não tem mais por finalidade realizar a todo custo o valor justiça, compensando a culpa com a pena, mas sim se destina a fazer funcionar a sociedade.

Também COSTA JÚNIOR³⁴ entende que *“há crimes que, por suas características, são praticados quase que exclusivamente por pessoas jurídicas e, sobretudo, no exclusivo interesse delas. São os crimes praticados mediante fraude, crimes ecológicos e diversas figuras culposas.”*

O juízo de reprovação social que integra a culpabilidade (representando, para a pessoa natural, o desvalor de conduta volitiva ou falta de cuidado objetivo), ao ser aplicado para a pessoa jurídica, deve ser entendido como a *“conduta da pessoa jurídica tendente à consecução de seus objetivos sociais”*, como diz FERREIRA FILHO³⁵, que continua observando que *“há de ser analisado o comportamento típico e o benefício natural que a conduta traz para ela, daí possibilitando a análise do juízo de reprovação social, centrando-se aí a sua culpabilidade”*.

No mesmo sentido leciona COSTA JÚNIOR³⁶:

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não pode ser definida a partir do conceito tradicional de culpabilidade. [...] A responsabilidade penal há de ser associada à responsabilidade social da pessoa jurídica, que tem como elementos a capacidade de atribuição e a exigibilidade”. [...] A responsabilidade social permite construir um juízo de reprovação sobre a conduta da pessoa jurídica. Não se trata de um fato psicológico, mas de um comportamento institucional.

O requisito necessário para imputar a responsabilidade da conduta lesiva à pessoa jurídica diz respeito à verificação de que ela foi realizada para consecução dos fins do ente coletivo e que foi ele quem teve benefício com o comportamento delituoso. Do contrário, a responsabilidade penal recairá sobre o dirigente que praticou a conduta.³⁷

Como bem observa FERREIRA FILHO³⁸, *“os argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas não encontram sustentáculo no direito penal, moderno, universal e brasileiro”*, embora seja evidente que as penas a serem aplicadas à pessoa coletiva devem ser compatíveis com sua natureza, tais como penas restritivas de direitos, pecuniária e de prestação de serviços à comunidade, afastando-se, por óbvio, as penas de reclusão e/ou detenção, pela total impropriedade de se pensar em prisão da entidade³⁹, mas nem por isso as sanções, como bem lembra ALVES⁴⁰, perdem seu caráter de reprimenda criminal.

34. Paulo José da Costa Júnior citados por FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

35. FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

36. Paulo José da Costa Júnior citados por FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

37. Ver, neste sentido, FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

38. FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

39. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 42/59; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34; FERREIRA FILHO, Edward. *As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

Para a dosimetria da pena em relação à pessoa jurídica, para aqueles que admitem sua responsabilização criminal, deve-se levar em consideração as conseqüências e a extensão dos danos causados ao meio ambiente.

Embora continue minoritária, é crescente a corrente que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, entendimento este que compartilhamos.

III - O ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

A Constituição Federal, em seu art. 225, § 3^o⁴¹, seguindo o modelo francês, estabeleceu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica nos delitos causados contra o meio ambiente. Inúmeros autores tentaram dar interpretação diversa ao supracitado dispositivo, negando que o constituinte tivesse acolhido a possibilidade do ente coletivo delinquir, sob o argumento de que estar-se-ia ferindo os princípios da individualização da pena, da responsabilidade pessoal e da culpabilidade, também assentes constitucionalmente.⁴²

Todavia, é fato que a Constituição brasileira, não obstante opiniões em contrário, consagrou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no plano ambiental.⁴³

Vale transcrever a lição de FIGUEIREDO E SILVA⁴⁴:

No âmbito da tutela dos bens ambientais, a inserção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui um avanço inegável na evolução do direito penal, estando plenamente amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica representa adotar meios

40. ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 748. p. 494/503

41. Art. 225, § 3^o, da Constituição Federal - "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

42. Neste sentido ver SÁ, Elida e outros. Comentários à lei de crimes ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 11. p. 57/68; BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da constituição federal. Artigo publicado no Boletim IBCCrim n° 65, edição especial, abril/1998; PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição. 1992, RT 684/278; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1995. n. 11. p. 184/207

43. ROTHENBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 9. p. 59/66; SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. Artigo publicado no Boletim IBCCrim n° 65, edição especial, abril/1998; FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25; ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34; ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 748. p. 494/503; RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1998. v. 758. p. 409/418; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 42/59

44. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 42/59

eficazes para proteger a sociedade e o meio ambiente. Representa também uma vontade do legislador brasileiro de reeducar os principais responsáveis pela degradação ambiental.

E no mesmo sentido SICOLI⁴⁵ aponta que “*trata-se de verdadeira revolução no Direito Penal pátrio, tradicionalmente edificado em torno da responsabilidade individual e no princípio da intranscendência*”.

Com a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a polêmica perdeu o sentido, já que houve regulamentação expressa neste sentido, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro, de *lege lata*, a viabilidade concreta de responsabilização criminal da pessoa jurídica⁴⁶, sempre que a infração seja cometida por decisão de seus membros no interesse ou benefício da entidade.

Nas palavras de ROCHA⁴⁷:

A responsabilidade da pessoa jurídica, no entanto, é sempre vinculada a uma conduta violadora da norma protetiva do bem jurídico que se verifica em nome e benefício do ente moral. [...] Assim, é necessário comprovar que a violação ao meio ambiente atendeu aos interesses da pessoa jurídica.

Mesmo assim, ainda há quem defenda que sobre as pessoas morais não pode recair juízo de culpabilidade⁴⁸, ou mesmo que, da forma como a responsabilidade penal das entidades foi instituída no Brasil, não pode ser aplicada, ante a falta de instrumentos hábeis e indispensáveis para tal propósito, pois não foram fornecidos elementos conformadores de um subsistema da responsabilidade penal da pessoa moral, com normas harmonizadoras, inclusive com a criação de regras processuais, como ocorreu na França.⁴⁹ Escreve L. R. PRADO⁵⁰:

O legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que *enunciar* a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, *instituí-la* completamente. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta e imediata, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato. Não há como, em termos lógico-jurídicos, romper princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade de pessoa natural, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microsistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias.

Mas a responsabilização criminal da pessoa jurídica, constitucionalmente respaldada, foi a maior inovação trazida pela Lei de Crimes Ambientais (ainda que com falhas que precisam,

45. SICOLI, José Carlos Meloni. *A tutela penal do meio ambiente na lei nº 9.605, de 13 de fevereiro de 1998*. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998.

46. Art. 3º da Lei nº 9.605/98 - “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único - A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

47. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 26/34

48. Ver MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente*. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998.

49. É o entendimento de PRADO, Luiz Regis. *Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica?*. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998.

50. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: RT, 1998. p. 15/35

de *lege ferenda*, ser sanadas), e demonstrou a preocupação do legislador em tutelar de maneira mais rigorosa o meio ambiente.

Hoje é fato que a pessoa jurídica que praticar ação lesiva contra o meio ambiente pode, de acordo com o sistema brasileiro, ser responsabilizada criminalmente, visto que há previsão expressa de lei, a despeito de todos os posicionamentos contrários existentes e das falhas legislativas constatadas.

É a lição de FERREIRA FILHO⁵¹:

Vê-se, pois, que o direito brasileiro positivamente abraçou e admite a possibilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, parecendo não haver dúvidas a esse respeito, vez que os obstáculos colocados por aqueles que entendem de forma contrária são facilmente transpostos e com argumentos construtivos sólidos na ciência sem esquecer-se da sua utilidade prática no vai e vem social.

Como aponta SHECAIRA⁵²:

O mundo jurídico aguardava ansiosamente a regulamentação ordinária do dispositivo constitucional da responsabilização penal das empresas. Lamentável é que tenha vindo de maneira tão deficiente e lacunosa.

Caberá aos operadores do direito dar efetividade à nova lei de crimes ambientais, como anota SÁ⁵³.

O Ministério Público, em todo o país, já deu início a denúncias oferecidas contra a pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, ainda pendentes de julgamento⁵⁴.

IV - Análise da jurisprudência pátria

O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, através da terceira câmara (autos de mandado de segurança nº 349.440/8), já teve a oportunidade de enfrentar a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em mandado de segurança interposto pela empresa Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás contra ato do juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos que recebeu denúncia, contra si oferecida pelo Ministério Público, pela suposta prática da infração prevista no artigo 54, parágrafo 1º, da Lei 9.605/98⁵⁵, incidindo a regra do artigo 3º da mencionada Lei de Crimes Ambientais (que institui a responsabilidade penal da pessoa jurídica), pugnando pela concessão da segurança a fim de ser trancada a ação penal.

51. FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 10. p. 21/25

52. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. Artigo publicado no Boletim IBCCrim nº 65, edição especial, abril/1998.

53. SÁ, Elida e outros. Comentários à lei de crimes ambientais. Artigo publicado na Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, 1998. v. 11. p. 57/68

54. Cita-se, apenas para exemplificar, denúncia oferecida na comarca de Jacareí/ SP pela Promotora de Justiça Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz contra a empresa Porto de Areia Itapeva Ltda. e também denúncia oferecida na comarca de São José dos Campos/ SP pelo Promotor de Justiça Laerte Fernando Levai contra a Prefeitura Municipal de São José dos Campos.

55. Art. 54 da Lei 9605/98 - "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora."

Versa a denúncia sobre um derramamento de aproximadamente um milhão de litros de óleo conduzidos em duto de propriedade da Petrobrás, que apresentou avaria corrosiva e vazamento, causando danos ao solo, vegetação e águas de um córrego, além de sérios prejuízos à flora e fauna existentes no local, bem como às populações circunvizinhas da área atingida.

Alegava a Petrobrás - *in casu* - que a denúncia não narrava fato típico, o que ensejaria sua inépcia, pois que a Lei 9.605/98, ao estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, exige que a infração seja cometida por decisão de representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade, a fim de estabelecer um vínculo entre conduta e resultado.

O juiz relator, Dr. Fábio Gouvea, em primeiro lugar acreditou, acompanhando posicionamento exposto por Miguel Reale Júnior e por ele transcrito em seu voto, que a Lei 9.605/98, em seu artigo 3º, é inconstitucional, porque a Constituição da República não previu a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas. Outrossim, aduziu que o direito brasileiro, ao contrário do que ocorreu na França, não disciplinou regras de adaptação penais e processuais penais para imputar responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. Manifestou-se pela declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais.

Tal entendimento restou vencido pelos votos dos juízes Ciro Campos e Carlos Bueno, para quem a regra que disciplinou a responsabilidade penal da pessoa jurídica é amparada pela ordem constitucional, até porque, como muito bem asseverou o juiz Ciro Campos, *“ora, o mundo e a vida não são estáticos. Ao contrário, são essencialmente dinâmicos e o direito deve seguir o mesmo padrão para acompanhar as alterações daqueles”*. E apontou o juiz Carlos Bueno:

A inserção dessa responsabilidade constitui avanço inegável na evolução do direito penal. Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica representa adotar meios eficazes para proteger a sociedade e o meio ambiente. Representa também uma vontade do legislador brasileiro de reeducar os principais responsáveis pela degradação ambiental. As pessoas jurídicas podem e devem participar dessas preservação e proteção, através da inserção de valores ambientais em seu próprio gerenciamento e da adoção de medidas preventivas.

Como foi possível observar, os juízes de Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em sintonia com o que ocorre com a doutrina brasileira, divergiram acerca da constitucionalidade da lei que disciplinou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, decidindo, por maioria (mas não unanimidade), que o dispositivo é constitucional.

Entretanto, a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo reconheceu a inépcia da denúncia, concedendo a segurança para o fim de ser trancada a ação penal interposta pelo Ministério Público contra a Petrobrás, uma vez que não ficou descrito na peça acusatória que a infração foi cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Argumentam os juízes que, nos crimes praticados por pessoas jurídicas, exige-se dolo específico, e a empresa só pode ser responsabilizada quando houver **decisão** do representante ou órgão colegiado no interesse da empresa (elemento subjetivo do injusto).

Observam os juízes que a denúncia imputa culpa à Petrobrás por falta de fiscalização no sistema operacional de transferência de óleo e pelo notório descuido da manutenção básica

do oleoduto, não se podendo, portanto, concluir que o delito foi cometido por decisão de representante legal ou contratual ou de órgão colegiado da empresa acusada, sendo que eventual decisão neste sentido não foi descrita na denúncia. A Lei 9.605/98, ao exigir uma decisão dos representantes da pessoa jurídica, excluiria a possibilidade legal de prática de crime culposo por ente coletivo, pois na culpa não há vontade por parte do autor de obter o resultado lesivo ao direito.

Em resumo, para os juízes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, é fundamental que a exordial acusatória descreva, minuciosamente, a existência de decisão de representante legal ou contratual ou órgão colegiado da entidade, em benefício do ente moral, e no que ela consistiu, para que só então se possa ver caracterizado crime cometido por pessoa jurídica.

V - Conclusão

Existe tendência moderna no direito penal de se responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, advinda do desenvolvimento da sociedade e da prática de se ocultar ou facilitar delitos atrás do ente coletivo. Busca-se, com a pena, maior reprovabilidade da conduta da pessoa jurídica e maior rigor na punição das ações lesivas por ela praticadas. O requisito básico para caracterizar a pessoa jurídica como criminosa é que a ação lesiva seja praticada através de decisão de representante legal ou contratual ou órgão colegiado da entidade com vantagem ou benefício para o ente coletivo; do contrário, ela deixa de ser o agente do crime e passa a ser meio para a realização da ação criminosa.

O Brasil, através do artigo 225 da Constituição Federal e, posteriormente, com a edição da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), acolheu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas nos delitos causados ao meio ambiente, sem, contudo, excluir a responsabilidade das pessoas físicas, o que consistiu inegável inovação. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos delitos causados ao meio ambiente foi um grande avanço no ordenamento jurídico nacional, e cabe ao Ministério Público dar efetividade à lei, oferecendo denúncias sempre que crimes forem praticados por pessoas jurídicas.

IV - Referências bibliográficas

ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1998. v. 748. p. 494-503.

BECHARA, Erika. Aspectos penais da lei da política nacional do meio ambiente. **Boletim IBCCrim**, n. 49, dezembro/1996.

BENETI, Sidnei. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: notas diante da primeira condenação na justiça francesa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1996. v. 731. p. 471-476.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1997. v. 735. p. 487-503

- _____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz da constituição federal. **Boletim IBCCrim**, n. 65, ed. esp., abril,1998.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. Meio Ambiente - O artigo 3º da Lei 9.506/98 cria o intolerável *bis in idem*. **Revista Jurídica**, São Paulo, 1998. v. 248. p. 37-38
- _____. Meio Ambiente - Responsabilidade penal da pessoa jurídica: outros aspectos. **Revista Jurídica**, São Paulo, 1999. v. 258. p. 64-66
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 1995. n. 11. p. 184-207
- FERNANDES, Antonio Scarance. A nova lei ambiental e a justiça consensual. **Boletim IBCCrim**. n. 65, ed. esp., abril,1998.
- FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/98. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v. 10. p. 21-25.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v. 10. p. 42-59.
- LITTMANN-MARTIN, M. J. A proteção penal do meio ambiente no direito francês. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1997. v. 740 p. 482-492.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. **Boletim IBCCrim**, n. 65, ed. esp., abril/1998.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. Pessoa jurídica delinqüente?. In: _____. **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v. 8. p. 173-175
- PIERANGELLI, José Henrique. **A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição**. São Paulo : Revista dos Tribunais, , 1992. v. 684 p. 278-285
- PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Proteção Penal do Meio Ambiente: necessidade de discussão. **Boletim IBCCrim**, n. 57, agosto, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. **Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica?**. **Boletim IBCCrim**. n. 65, ed. esp., abril, 1998.
- _____. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: RT, 1998. p. 15-35
- RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, 1998. v.758. p. 409/418
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v. 10. p. 26-34.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997. 231 p.
- _____. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova Lei de Infrações Ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v. 9. p. 59-66.
- RUDNICKI, Dani; CARVALHO, Salo de. Política de tutela ambiental: proposta de debate ao texto de Bechara. **Boletim IBCCrim**, n. 53, abril,1997.

SÁ, Elida e outros. Comentários à lei de crimes ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v. 11. p. 57-68.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Mandado de Segurança nº 349.440/8. Relator Juiz Fábio Gouvea. 1 fev. 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. **Boletim IBCCrim**. n. 65, ed. esp. I, abril,1998.

SICOLI, José Carlos Meloni. A tutela penal do meio ambiente na lei nº 9.605, de 13 de fevereiro de 1998. **Boletim IBCCrim**, n. 65, ed. esp., abril,1998.

_____. A tutela penal do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v.9, p. 59-66

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 21-26.

_____. Algumas considerações atinentes à tutela penal do meio ambiente. **Boletim IBCCrim**, n. 57, agosto/1997.

_____. Questões polêmicas sobre a responsabilidaed penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. **Boletim IBCCrim**, n. 65, ed. esp., abril, 1998.

SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 1998. v. 9. p. 137-144.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo**, 1995. n. 11. p. 21-35

TESE 48

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

César Dário Mariano da Silva
Promotor de Justiça - SP

Sumário

I. Introdução

II. Fundamentação

III. Conclusão

I - Introdução

Antes da promulgação da Constituição Federal era pacífico na doutrina que a pessoa jurídica, em nosso país, não podia ser responsabilizada criminalmente, por lhe faltar capacidade natural de ação e culpabilidade. Praticamente não havia discussão doutrinária sobre o assunto. Porém, a atual Carta Magna permitiu expressamente que um ente jurídico possa ser responsabilizado pessoalmente por um crime, o que motivou uma série de discussões jurídicas sobre o assunto. E são justamente esses posicionamentos que pretendemos abordar nesta tese, analisado algumas correntes doutrinárias sobre o assunto, mormente sob o enfoque do crime ambiental.

II - Fundamentação

Desde o advento da Constituição Federal de 1.988, já era possível em nosso ordenamento jurídico falar-se em responsabilidade penal de uma pessoa jurídica.

Dispõe o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Porém, o assunto só veio à baila com a publicação da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998, que instituiu a possibilidade de cometimento de crime ambiental por uma pessoa jurídica.

O artigo 3º, “caput” dessa Lei inovou a nossa legislação penal quando dispôs expressamente que uma pessoa jurídica poderia praticar crime, o que, até então, embora criticado por boa parte da doutrina, já era aceito pacificamente em países como Portugal, Holanda, França, Inglaterra e Estados Unidos.

Reza o artigo 3º, “caput”, da Lei Ambiental:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

São dois, portanto, os requisitos para a punição penal de uma pessoa jurídica:

1) o ato lesivo ao meio ambiente tenha sido decorrente de uma decisão do representante legal, contratual ou do órgão colegiado;

2) o ato tenha sido praticado no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Todavia, vários juristas não aceitam a idéia de que uma empresa possa praticar crime, o que já era de se esperar, devido à nossa formação jurídica.

Essa inadmissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica - *societas delinquere non potest* - remonta a Feuerbach e Savigny. Segundo esses autores, os principais argumentos para rechaçar a possibilidade de um ente abstrato cometer um delito são:

1) a falta de capacidade natural de ação;

2) carência de capacidade de culpabilidade.

Autores contemporâneos, como René Ariel Dotti, também já se manifestaram sobre o assunto, discorrendo que:

“No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos.”¹

Seguindo a mesma orientação, Jescheck, também não aceita a idéia de uma empresa, por exemplo, cometer um delito. Diz ele:

“As pessoas jurídicas e as associações sem personalidade somente podem atuar através de seus órgãos, razão pela qual elas próprias não podem ser punidas. Frente a elas carece, ademais, de sentido a desaprovação ético-social inerente à pena, visto que a reprovação de culpabilidade somente pode ser formulada a pessoas individualmente responsáveis, e não perante membros de uma sociedade que não participaram do fato nem perante uma massa patrimonial”².

Para entendermos se a pessoa jurídica efetivamente pode praticar crime, há a necessidade de enveredarmos no campo da teoria geral do crime.

1. René Ariel Dotti, A incapacidade criminal da pessoa jurídica, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, 11/201, 1.995.

2. H.H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1.981, p.300.

Não obstante existam divergências quanto à conceituação formal de delito, boa parte da doutrina aceita que o crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade o pressuposto de aplicação da pena, pois enseja um juízo normativo de reprovabilidade social da conduta praticada pelo agente.

O fato típico é composto dos seguintes elementos:

- 1) conduta humana dolosa ou culposa;
- 2) resultado (nos crimes que o exige);
- 3) nexa causal entre a conduta e o resultado;
- 4) tipicidade.

A conduta é um ato de vontade humano, doloso ou culposos, consciente e dirigido a uma finalidade, podendo ser exteriorizada através do fazer ou não fazer.

Ora, para aceitarmos que a pessoa jurídica possa praticar um delito, a teoria geral do crime deverá ser revista, pois uma empresa não é humana, mas dirigida por humanos, e também não tem vontade própria. Sua vontade é simplesmente externada por seus diretores ou empregados.

Como já mencionado, a culpabilidade é um juízo de valor, que encerra uma reprovabilidade social em face do agente que praticou o delito. Ela não contém o dolo, que faz parte da conduta. O dolo, que é a vontade de concretizar os elementos do tipo penal, não comporta a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade; o dolo é natural. Na culpabilidade, no lugar do dolo, está a possibilidade de se saber se a conduta praticada é ilícita.

De tal forma, são elementos da culpabilidade, segundo a teoria normativa pura:

- 1) imputabilidade;
- 2) inexigibilidade de conduta diversa e
- 3) potencial conhecimento da ilicitude.

Assim, para que a empresa seja culpada, além de ter praticado uma conduta humana, dolosa ou culposa, voltada para uma finalidade, teria de ter condições de conhecer a ilicitude de seu ato.

Ora, é muito difícil aceitar a idéia de que uma empresa seja culpada por algo, sem ligá-la à pessoa de seus dirigentes ou prepostos. Esses, sim, exteriorizando os atos praticados pela empresa, seriam os verdadeiros culpados, posto que a empresa não possui vontade própria.

E a Lei Ambiental dispôs em seu artigo 3º, parágrafo único, que as pessoas físicas responderão criminalmente independentemente da empresa, quando autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. É o chamado sistema da dupla imputação, que preconiza a punição independente da empresa e da pessoa física responsável pelo delito.

Alguns operadores do direito e juristas já estão se insurgindo contra esse artigo, entendendo que haveria, no caso, um "bis in idem".

Também é difícil visualizar o Direito Penal destituído de sua sanção maior, ou seja, a privativa de liberdade.

Com a Lei Ambiental, abriu-se espaço para a responsabilização criminal, não somente dos diretores das empresas, mas dela própria. Conseguindo-se provar a participação de pessoas ligadas à empresa, serão elas também processadas individualmente.

O que a sociedade não mais podia aceitar era a idéia da impunidade, que sempre existiu em crimes ambientais, já que não era possível apurar a responsabilidade pessoal dos diretores da empresa. Quando muito, alguns empregados eram processados. Todavia, os mandantes não eram punidos.

Essa nova lei veio de encontro aos anseios da sociedade e calou a boca de nações estrangeiras que sempre criticaram o Brasil por não possuir uma política de proteção ambiental.

Em suma, o maior crédito dessa nova lei e da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é o fator intimidativo, que já deu mostras de estar ocorrendo, visto que várias empresas têm procurado os Órgãos competentes do Ministério Público para consultas ou acordos.

Assim, se por um lado fica difícil aceitar a idéia de uma empresa praticando um crime, isso diante da nossa doutrina, de outro significou um avanço de nossa legislação, atendendo aos anseios da sociedade e se nivelando à doutrina moderna de vários países desenvolvidos.

De tal forma, já sendo essa responsabilidade penal um fato consumado, é necessário que seja revista a nossa doutrina penal para encampar o avanço da legislação.

Simplemente negar a possibilidade de se punir penalmente uma empresa é um retrocesso. O correto é a adequação da doutrina à atual legislação e aplicá-la da melhor maneira possível.

É certo que muitas dúvidas surgirão, mas nada que os Tribunais não possam solucionar na medida em que os casos concretos comecem a surgir.

Destarte, havendo a adequação da doutrina a essa nova possibilidade, é plenamente possível falar-se em responsabilidade penal de uma pessoa jurídica.

III - Conclusão

Com o advento da atual Constituição Federal e da Lei do Meio Ambiente não se faz mais possível negar a possibilidade de uma pessoa jurídica poder ser responsabilizada criminalmente. Porém, para tanto, faz-se necessária a modificação da teoria geral do crime.

Não obstante existam divergências quanto à conceituação formal de delito, boa parte da doutrina aceita que o crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade o pressuposto de aplicação da pena, pois enseja um juízo normativo de reprovabilidade social da conduta praticada pelo agente.

O fato típico é composto dos seguintes elementos:

- 1) conduta humana dolosa ou culposa;
- 2) resultado (nos crimes que o exige);
- 3) nexa causal entre a conduta e o resultado;
- 4) tipicidade.

A conduta é um ato de vontade humano, doloso ou culposos, consciente e dirigido a uma finalidade, podendo ser exteriorizada através do fazer ou não fazer.

Ora, para aceitarmos que a pessoa jurídica possa praticar um delito, a teoria geral do crime deverá ser revista, pois uma empresa não é humana, mas dirigida por humanos, e também não tem vontade própria. Sua vontade é simplesmente externada por seus diretores ou empregados.

Como já mencionado, a culpabilidade é um juízo de valor, que encerra uma reprovabilidade social em face do agente que praticou o delito. Ela não contém o dolo, que faz parte da conduta. O dolo, que é a vontade de concretizar os elementos do tipo penal, não comporta a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade; o dolo é natural. Na culpabilidade, no lugar do dolo, está a possibilidade de se saber se a conduta praticada é ilícita.

De tal forma, são elementos da culpabilidade, segundo a teoria normativa pura:

- 1) imputabilidade;
- 2) inexigibilidade de conduta diversa e
- 3) potencial conhecimento da ilicitude.

Assim, para que a empresa seja culpada, além de ter praticado uma conduta humana, dolosa ou culposa, voltada para uma finalidade, teria de ter condições de conhecer a ilicitude de seu ato.

Ora, é muito difícil aceitar a idéia de que uma empresa seja culpada por algo, sem ligá-la à pessoa de seus dirigentes ou prepostos. Esses, sim, exteriorizando os atos praticados pela empresa, seriam os verdadeiros culpados, posto que a empresa não possui vontade própria.

E a Lei Ambiental dispôs em seu artigo 3º, parágrafo único, que as pessoas físicas responderão criminalmente independentemente da empresa, quando autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. É o chamado sistema da dupla imputação, que preconiza a punição independente da empresa e da pessoa física responsável pelo delito.

Alguns operadores do direito e juristas já estão se insurgindo contra esse artigo, entendendo que haveria, no caso, um "bis in idem".

Também é difícil visualizar o Direito Penal destituído de sua sanção maior, ou seja, a privativa de liberdade.

A Lei Ambiental, no artigo 21, dispôs que serão aplicadas à pessoa jurídica as seguintes penas:

- 1) multa;
- 2) restritivas de direito
- 3) prestação de serviços à comunidade.

A multa é uma penalidade típica do direito administrativo. No campo penal, não paga a multa, o condenado seria executado, segundo procedimento próprio.

Por aí, não haveria vantagem alguma em apenar-se uma empresa com multa, mormente pela necessidade de serem observados os patamares previstos no Código Penal, que, para empresas de grande porte, em nada representariam.

Outra penalidade prevista é a restritiva de direitos. Na Lei Ambiental (art. 22) são previstas como penas restritivas de direitos:

- 1) suspensão parcial ou total de atividades;
- 2) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- 3) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Tal pena também poderia ser imposta administrativamente ou através de uma ação civil pública.

Igualmente, não há qualquer vantagem ou diferença substancial entre essa sanção penal e a imposta administrativa ou civilmente.

A última sanção penal prevista para a empresa é a prestação de serviços à comunidade. Para a Lei Ambiental são prestações de serviços à comunidade (art. 23):

- 1) custeios de programas e de projetos ambientais;
- 2) execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
- 3) manutenção de espaços públicos
- 4) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Ora, condenada a empresa a prestar serviços à comunidade, ela, nos itens 2 e 3, deverá valer-se de seus empregados ou terceiras pessoas para fazê-lo. De tal forma, não seria a empresa quem arcaria com a pena, mas seus empregados, ou, eventualmente, seus dirigentes.

A pena, "in casu", que é personalíssima, estaria sendo aplicada indiretamente a terceira pessoa, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XLV).

Na esfera penal, não cumprida as penas restritivas de direitos, poderiam ser elas convertidas em privativas de liberdade, o que é impossível no caso da condenada ser uma empresa.

Destarte, tudo o que pode ser aplicado na órbita penal também é possível fazê-lo no campo administrativo ou civil.

Daí porque o Prof. Oswaldo Henrique Duek Marques entende que as sanções previstas

na Lei Ambiental não têm cunho penal, mas administrativo ou civil, embora possam ser aplicadas no Juízo Criminal.³

Por outro lado, a Lei Penal avançou extraordinariamente, encampando a moderna doutrina estrangeira.

A teoria da realidade ou organicista estabelece que a pessoa jurídica é um ser real, que possui vontade própria, sendo seus atos distintos dos de seus diretores. Vale-se a pessoa jurídica de pessoas físicas ou grupo delas para expressar a sua vontade no mundo exterior. Assim, de acordo com essa teoria, somente existiria a responsabilidade penal do grupo.

Como assinala Aquiles Mestre:

“Esta vontade, atuando sobre as coisas, é o que constitui poder de grupo, poder que o Estado, às vezes, vem a limitar e a sancionar em nome do direito, como o reconhecimento da personalidade do grupo”.⁴

De tal forma, baseando-se na teoria da realidade e em Mestre, temos que haverá delito corporativo quando:

- 1) o delito for cometido por um órgão da pessoa jurídica;
- 2) o órgão deve ter atuado dentro de sua competência, segundo a lei ou estatutos;
- 3) o delito for doloso.

Entretanto, Mestre não concorda com parte da teoria da realidade, pois entende que as pessoas físicas também têm de ser responsabilizadas criminalmente, independentemente da empresa.

O Código Civil, em seu artigo 20, dispõe que a pessoa jurídica tem existência distinta das de seus membros, que, para Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, indica a possibilidade de se punir a pessoa jurídica e os seus membros com independência, fato este que já é previsto na Lei Ambiental.⁵

Está sendo criado pela doutrina o sistema da dupla imputação. Portanto, seriam punidos a empresa e a pessoa física que praticou o crime, de maneira independente. Teríamos, em consequência, duas vias de imputação: uma para a pessoa jurídica e outra para as pessoas físicas que a integram. Para as pessoas humanas, aplicar-se-ia a teoria do delito tradicional e, para as jurídicas, um novo sistema.

A sociedade sabe da dificuldade de individualizar a conduta em crimes praticados por dirigentes de empresas, como, por exemplo, no caso de desmatamento, poluição de rios, etc.

É extremamente difícil, senão raro, o caso de diretores de empresas que têm a sua conduta individual descrita na inicial acusatória, o que, enseja, em algumas oportunidades, a rejeição da denúncia ou a absolvição dos acusados.

3. Oswaldo Henrique Duek Marques, Boletim IBCCrim, abril/98, p.06.

4. Las personas morales y su responsabilidad penal, tradução espanhola de César Camargo y Marin, Editora Gongora, 1.930, pp 135-188.

5. Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, revista da APMP, p. 34/37, fev/98.

Com a Lei Ambiental, abriu-se espaço para a responsabilização criminal, não somente dos diretores das empresas, mas dela própria. Conseguindo-se provar a participação de pessoas ligadas à empresa, serão elas também processadas individualmente.

O que a sociedade não mais podia aceitar era a idéia da impunidade, que sempre existiu em crimes ambientais, já que não era possível apurar a responsabilidade pessoal dos diretores da empresa. Quando muito, alguns empregados eram processados. Todavia, os mandantes não eram punidos.

Essa nova lei veio de encontro aos anseios da sociedade e calou a boca de nações estrangeiras que sempre criticaram o Brasil por não possuir uma política de proteção ambiental.

Em suma, o maior crédito dessa nova lei e da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é o fator intimidativo, que já deu mostras de estar ocorrendo, visto que várias empresas têm procurado os Órgãos competentes do Ministério Público para consultas ou acordos.

Assim, se por um lado fica difícil aceitar a idéia de uma empresa praticando um crime, isso diante da nossa doutrina, de outro significou um avanço de nossa legislação, atendendo aos anseios da sociedade e se nivelando à doutrina moderna de vários países desenvolvidos.

De tal forma, já sendo essa responsabilidade penal um fato consumado, é necessário que seja revista a nossa doutrina penal para encampar o avanço da legislação.

Simplesmente negar a possibilidade de se punir penalmente uma empresa é um retrocesso. O correto é a adequação da doutrina à atual legislação e aplicá-la da melhor maneira possível.

É certo que muitas dúvidas surgirão, mas nada que os Tribunais não possam solucionar na medida em que os casos concretos comecem a surgir.

Destarte, havendo a adequação da doutrina a essa nova possibilidade, é plenamente possível falar-se em responsabilidade penal de uma pessoa jurídica.

III - Conclusão

Com o advento da atual Constituição Federal e da Lei do Meio Ambiente não se faz mais possível negar a possibilidade de uma pessoa jurídica poder ser responsabilizada criminalmente. Porém, para tanto, faz-se necessária a modificação da teoria geral do crime.

TESE 49

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Luis Dias Fernandes

Promotor de Justiça - SP

Societas delinquere non potest: a pessoa coletiva não pode delinquir. Este o adágio latino, que, por séculos, vem desafiando o direito. Entretanto, pensamos diferente: *societas delinquere potest*. Sim a pessoa jurídica pode delinquir.

I - A Responsabilidade Penal no Direito Estrangeiro

I.1. Inglaterra

O direito anglo-saxão, no princípio, influenciado pela doutrina da *ficção*, recusava a responsabilidade criminal das pessoas sociais. É famosa a decisão de 1701 na qual *Lord Holt* afirmou que *a corporação não é responsável, mas seus membros sim*. No entanto, com o advento da Revolução Industrial, os entes coletivos passaram a protagonizar um grande número de crimes, de maneira que a Jurisprudência de então começou a modificar seu posicionamento, mormente através do *Summary Jurisdiction Act* de 1879, quando se superou a exigência da presença pessoal do acusado para se fazer representar em juízo.

A primeira decisão sucedeu no caso *Reg. v. Birmingham and Gloucester Railway Co.*, em 1840, em que uma companhia férrea foi condenada por haver desobedecido à ordem judicial de demolição de uma ponte construída sobre uma rua, considerada causadora de danos (*nuisance*).¹ Depois, em 1948, o *Criminal Justice Act* estabeleceu a possibilidade de conversão das penas privativas de liberdade em penas pecuniárias.² Atualmente, as pessoas coletivas são punidas por infrações leves (*misdeemeanours*) e mais graves (*felonies*), excetuados os fatos, que por sua natureza, não possam ser por ela cometidos. As penas cominadas são pecuniárias, dissolução, apreensão e limitação de atividades.

1. LEIGH, Leonard H.. The criminal liability of corporations. In: *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*. Milano: Giuffrè, 1981, pág.377.

2. BRICOLA, Franco. Il costo Del principio *Societas deliquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XIII, pág.969, 1970.

I.2 - Estados Unidos

O direito norte-americano, a exemplo dos outros países do *Common Law* (Canadá, Austrália, Escócia etc), contempla, de forma mais ampla do que no inglês, a responsabilidade penal das pessoas morais. Lá as infrações culposas cometidas por um empregado no exercício de suas funções podem ser imputadas às empresas ainda que estas não tenham obtido proveito com o fato. Demais, estas são também responsáveis na hipótese de o empregado de nível médio haver agido com dolo.

Tudo começou em 1º de dezembro de 1882 com a promulgação do Código Penal de Nova York, cujo art.13 dispunha que *Em todos os casos em que uma corporação for condenada por uma ofensa que tenha sido cometida por uma pessoa natural, em que esta seja condenada a prisão, ou também por crime, esta corporação é punível com uma multa de não mais de 5 mil dólares.*³

Por sua vez, o Código Criminal Federal de 1988, nos parágrafos 1962 e 1963 estipula penas de multas aos entes coletivos que, ao lado dos individuais, participem direta ou indiretamente de atividades econômicas consideradas lesivas ao patrimônio público ou associadas ao crime organizado. As penas aplicáveis são de multa e de inabilitações.

I.3 - Portugal

O artigo 11 do novo Código Penal português, de 15.03.95, delega à legislação extravagante a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, ao dizer que, salvo disposição em contrário, apenas as pessoas singulares são passíveis de responsabilização criminal. Contudo, o Decreto-Lei 28/84 disciplina a matéria estatuidando três penas principais e onze acessórias para o caso. Doutra banda, a jurisprudência, acompanhando a mudança legislativa, admite plenamente a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, apenas a condicionando à necessidade de prévia cominação legal. A doutrina, de certa forma, faz coro com os tribunais.

I.4 - França

A Lei francesa admite expressa e amplamente a responsabilização penal da pessoa jurídica, excluindo-a tão-somente no que tange às infrações perpetradas por coletividades territoriais (comunas, departamentos, regiões quando desempenhantes de funções próprias do Poder Público) e o próprio Estado. O direito civil francês, encampando a tese de que a pessoa social possui existência e vontade distintas das dos seus instituidores⁴, alastra este posicionamento para o direito penal, de tal modo que o próprio código processual teve de incorporar modificações a fim de se adaptar ao penal. Duas são as condições para a

3. SALDAÑA, Quintiliano. *Capacidad criminal de las personas sociales*. Madrid: Editorial Reus, 1927, pág.117.

4. DELMAS-MARTY, Mireille. *Droit penal des affaires*. Paris: PUF, 1990, t.1.

responsabilização da pessoa jurídica: a infração há de ser praticada por um órgão ou representante da pessoa moral por sua conta e interesse.⁵

I.5 - Alemanha

Contrariando inicial tendência adotada, o direito alemão não mais concebe a responsabilização penal da pessoa jurídica, pelo que a elas somente se pode impor sanções de índole administrativa. Para o direito tedesco a inexistência de reprovação ético-social de uma coletividade impede a aplicação de sanções penais às empresas, às quais se aplicam apenas as medidas preventivas.

I.6 - Itália

Na Itália, onde o princípio da responsabilidade individual é previsto no artigo 27, I, da própria Constituição, a doutrina e a jurisprudência não admitem a responsabilização criminal da pessoa jurídica, mas tão-somente a possibilidade de se responsabilizá-la civil e subsidiariamente pelas penas pecuniárias suportadas pelos seus empregados ou diretores.

I.7 - Espanha

O direito espanhol, *id est*, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, também não acolhe a responsabilização penal da pessoa jurídica. O máximo de penalização do ente moral acontece com a imposição de medidas acessórias de segurança (suspensão de funcionamento, dissolução e privação de direitos e privilégios) às empresas, quando estas eventualmente auxiliem e disponibilizem os meios para a prática de um delito por uma pessoa física.⁶

II - A Responsabilidade Penal no Direito Constitucional Brasileiro

Principiemos então nossa análise pelo texto maior, fonte máxima de nosso direito. Dispõe o art.173, § 5º, que *a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.*

5. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, RT, SP, 1998, pág.57.

6. SOUSA, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado direito de mera ordenação social*. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1985, pág.44.

O dispositivo enfocado admite expressamente a responsabilização criminal do ente *virtual*.⁷ Realmente, por várias razões. *Primo*, não quisesse assim fazer, não teria explicitamente consignado a correlata responsabilização deste independentemente da dos seus dirigentes. Com efeito, até então inexistia no nosso ordenamento, inclusive, no Magno, disposição semelhante, do que exsurge clara a *intentio legislatoris* neste sentido.

A apenação meramente civil da pessoa jurídica separadamente da punição dos seus sócios desde há muito já existe no nosso direito. Não havia sentido para o texto falar novamente de tema já constante de nossos anais jurídicos. Se assim preconizou é porque falou de outra coisa: da responsabilidade criminal. E o fez explicitamente. Abordou-se legislativamente questão nova, nunca antes sistematizada. E não adianta ponderar que a expressão *sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza* retira do ente coletivo a aptidão para ser sujeito ativo de delito.

Vere, a toda obviedade, uma pessoa coletiva não pode ser algemada, privada de uma liberdade individual, que não possui. Entretanto, isto não lhe solapa o caráter de ente dotado de vontade própria distinta da dos seus sócios. Sim, a partir do seu legal nascimento, surge uma nova entidade, sujeita de direitos e obrigações, principalmente detentora de singular interesse societário, que lhe confere vida e existência diversa da dos seus instituidores.

De feito, enquanto pessoa, tem interesse, possui vontade. É todavia, um *ser* diferenciado, de acordo com o que há de ser responsabilizado conforme suas peculiaridades. Esta diferença existencial, contudo, porque possuidora a empresa de vontade distinta da de seus instituidores, não a torna indene à responsabilização penal. O louco, inimputável, *eg.*, também é pessoa peculiarmente diversa da dos demais imputáveis, em face do que recebe tratamento penal consentâneo com os seus característicos.

Não é punido com pena privativa de liberdade. Não é algemado, mas nem por isso passa despercebido pelo estatuto penal. Impõe-se-lhe medida de segurança, providência compatível com seu ser. O ente *social*, também, é pessoa diferenciada, pelo que, a exemplo do insano, deve, evidentemente, receber tratamento adequado à sua especificidade: merecerá apenação compatível com sua natureza. Em suma, a autonomia da vontade social impede que o ente *coletivo* permaneça fora do espectro criminal.

Ademais, conquanto estrutural do quadro sancionatório penal, a pena privativa de liberdade não é a única aplicável aos transgressores do texto penal. Há, outrossim, as punições de restrição de direito, multa, prestação de serviços à comunidade e pena pecuniária largamente cominadas e impostas aos infratores, lapidarmente ajustáveis aos entes sociais quando criminosamente agentes (art.21, I a III, da Lei nº 9.605/98).

De consequente, esta vontade mal-dirigida, afrontadora dos mais relevantes bens jurídicos, há de ser concretamente considerada para os efeitos penais. Assim, se uma empresa fabricante de automóveis, objetivando aumentar sua margem de lucro, importa ou adquire certas peças, pneus, *v.g.*, mais baratos e de reprovada qualidade, e os incorpora aos seus veículos, eventuais e futuros acidentes que venham a ocorrer em razão disto deverão ser imputados a esta, quando menos a título de dolo eventual, tendo em vista sua criminoso voracidade lucrativa.

7. Cf. Edmar Oliveira Andrade Filho a *Constituição federal prevê, no § 5º do art.173, que a lei pode vir a considerar a pessoa jurídica como sujeito ativo de crime.* (In *Direito Penal Tributário – Crimes contra a ordem tributária*. Atlas, SP, 1995, pág.66).

Os dirigentes deverão ser igualmente responsabilizados em co-autoria criminosa, na qualidade de materiais executores do delito coletivo. Isto porque o lucro visado pela empresa foi o fator impulsionador de sua atuação. E não se diga, para se infirmar o proposto, que os sócios também lucram. Sim, eles **também** lucram, mas o seu ganho é diverso do da empresa que tem o seu próprio, destinado a sustentá-la na sua existência e persecução dos seus objetivos. Basta considerar que a pessoa física, por ter renda própria, declara I.R. diverso do apresentado pelos seus sócios.

Com efeito, este desiderato coletivo mal-direcionado para o lucro, de que se beneficia destacadamente a empresa, não pode ficar impune, porquanto cometido fato típico e antijurídico, criminalmente merecedor da devida sanção. E por que não, neste particular, responsabilizar-se a *autônoma* pessoa jurídica? Por que não lhe aplicar a pena compatível com sua natureza? Por que não punir esta independente vontade criminosa, de que é primordial beneficiária?

Aliás, segundo pertinente colocação de **KLAUS TIEDEMANN** *os agrupamentos criam um ambiente, um clima que facilita e incita os autores físicos (ou materiais) a cometerem delitos em benefício dos agrupamentos. Daí a idéia de não sancionar somente a estes autores materiais (que podem ser mudados ou substituídos) mas também, e sobretudo, a própria empresa.*⁸

Exemplo típico do pensamento acima exposto tivemos na época do Plano Cruzado, em fevereiro de 1996, oportunidade em que inúmeros gerentes de uma rede de supermercados praticaram aumento de preços sem qualquer ordem formal da empresa. Ainda que somente a empresa se beneficiasse do delito, apenas os autores imediatos, os gerentes, foram penalmente responsabilizados, ficando aquela completamente impune no episódio.

Em ressunta, o nó górdio da questão para nós é: há um interesse que criminosamente se satisfaz, favorecendo-se alguém? Sim, o societário. Há como individualizá-lo? Sim. Esta vontade executada há de ficar impune? Não, porque o *beneficiário* deve pagar penalmente pelo que injustamente praticou, assim se privilegiando. Não se pode, pois, deixar de fora o ente *social*, de imputar-lhe uma responsabilização penal além da simplesmente civil. Há de ser apenado nas duas esferas. Numa porque lesou bem relevante penalmente protegido: o patrimônio, a integridade física alheios etc; noutra, porque causou prejuízo a outrem (art.159 do CC).

Outrossim, temos também o disposto no art.225, § 3º, da Constituição Federal que preceitua que *as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.* Aqui, inicialmente, podemos tecer iguais comentários aos exordialmente expostos relativamente ao art.173, § 5º.

Alguns autores, defensores da tese da não-responsabilização criminal da pessoa jurídica, a fim de sufragá-la com o teor deste artigo, sustentam que o termo *ou* tem a função jurídica-vernacular de atribuir apartada e consecutivamente as sanções penais e administrativas às pessoas físicas e jurídicas, *id est*, às primeiras as reprimendas criminais e às últimas as administrativas. Pensamos, no entanto, de modo adverso.

Fosse simplesmente adversativo o ideário da expressão *pessoas físicas ou jurídicas*, como querem alguns, o legislador maior teria incorrido em absurda atecnia legiferante, porquanto

8. TIEDMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas juridicas y empresas en el derecho comparado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 11, julho-setembro/95, pág.22.

já prevista na legislação a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas quando da causação de danos a outrem. O texto seria, inapropriadamente, rebarbativo. Pior, seria reverberante em local impróprio: na Constituição Federal, repositório de preceitos gerais e indicativos. Não se concebe uma Lei Maior pleonástica. Este não é o seu papel; no seu seio não se alberga tamanha erronia legislativa.

Não. O propósito do *ou* é conjuntivo, aditivo, significando que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas estão sujeitas às sanções quer criminais, quer administrativas, além das civis de reparação dos danos ocasionados. O texto quis, isto sim, inovar. Trouxe, portanto, temário novo: a responsabilização criminal das pessoas jurídicas que produzam danos ao meio ambiente. Tanto isto é verdade, que o art.3º e parágrafo único da Lei Ambiental estabeleceu que:

Art.3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo Único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

E o art.21 desta Lei, dando efetividade e concreção à previsão encimada, diz serem aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas as penas de multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade.

III - A questão nos nossos Tribunais

Tendo em vista a recenticidade do tema, ainda não houve tempo hábil para os nossos Tribunais se manifestarem. Em que pese a isto, temos, porém, a notícia de acordo realizado nos autos do processo-crime nº 248/98, que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Jacaré, no qual a Drª Ana Paula F. N. Cruz denunciou em 19.06.98 a empresa Porto de Areia Itapeva Ltda como incurso nas sanções do art.55 da Lei Ambiental pelo fato de esta haver executado a extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença do órgão competente.

A inicial retratou que a empresa, mediante prepostos, extraiu minerais na estrada da fazenda Conceição, imediações do rio Paraíba do Sul, pelo método de abertura de cavas e dragagem, sem possuir a necessária e imprescindível licença emitida pela CETESB. Houve composição entre as partes na modalidade de transação penal (art.76 da Lei nº 9.099/95), em função do que a pessoa jurídica comprometeu-se a recuperar a área degradada no prazo de 135 dias. Infelizmente, não foram denunciados os sócios-dirigentes da empresa em concurso necessário com esta.

IV - A culpa civil X o dolo e a culpa criminal

Mas, ainda assim, objetar-se-ia com a problemática do dolo. Sim, a pessoa jurídica não poderia cometer crimes porque incompatível com sua conduta o elemento subjetivo, somente suscetível de aplicação aos seus dirigentes. Ora, por outro lado, nada impede, segundo os que advogam esta tese⁹, que a pessoa jurídica responda civilmente por culpa, quando ocasione prejuízo a outrem. Aí sim é que não entendemos esta teoria.

Realmente. Quer dizer que a pessoa jurídica, quando atua com culpa civil, age por conta própria, mas quando age com dolo criminal, quem comete, na verdade, são os seus sócios, pessoas físicas. *Vere*, num e noutro caso, realística e materialmente falando, quem praticam as condutas são as pessoas físicas, os gestores da empresa. Então, porque distinguir que no caso de dolo o praticante é o ente físico e na hipótese de culpa o cometedor é o ente fictício? Não há sentido em se fazer tal diferenciação.

Sim, a culpa também pressupõe um ato de **vontade**. Diz o artigo 159 da Lei Civil que **aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano**. Assim, responsabilizar por culpa a conduta da pessoa jurídica é admitir a prática por ela de ação ou omissão **voluntária** lesiva ao direito de outrem: em suma, a capacidade para o cometimento de um ato ilícito.

Ou se admite que em ambos os casos quem age é a pessoa física, representante da jurídica, ou se concebe que quem o faz é a pessoa jurídica, e desta forma tanto uma como outra se encontram no mesmo patamar de imputação: civil e criminal. Por que sofismar? Isto sem falar que civilmente também se concebe a conduta dolosa do ente incorpóreo. E a idiossincrasia deste deturpado pensamento aparece mais agigantada, ao verificarmos as conseqüências jurídicas de um e outro ato.

Sim. Se por simples conduta culposa lesiva a outrem a pessoa jurídica responde com seu patrimônio, por qual motivo não deveria ser responsabilizada quando imbuída de dolo, circunstância em que mais evidenciada a sua culpabilidade? É, no mínimo, rematado absurdo deixa-la impune nestas condições. Destarte, ou sincera e cientificamente consideramos que a pessoa jurídica possa cometer crimes, ou então, se não, com a mesma seriedade, admitamos que ela também não pode cometer ato culposo.

Mas o raciocínio não pára por aqui. Ainda que fechássemos os olhos para essa inexorável verdade, restaria também para a pessoa jurídica a possibilidade de sua responsabilização criminal por delito culposo, já que civilmente admitida a sua capacidade também culposa. *In fine*, ou levamos a sério a idéia da *ficção* doutrinária e jurisprudencialmente construída e responsabilizamos a pessoa jurídica por culpa e dolo criminal e culpa civil, ou consideramos surreal este pensamento e não a responsabilizamos civil e criminalmente.

9. Cf. Rui Stoco in *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, SP, 1997, Vol 2, pág. 2.085; Manoel Pedro Pimentel in *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, SP, 1987, págs.171/172 e Antônio Cláudio Mariz de Oliveira in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, SP, ano 3, nº 11, julho-setembro/95, págs.97/98.

V - Requisitos para a responsabilização

De tudo quanto expandido acima, ressumbra como condições para a responsabilização penal da pessoa jurídica os seguintes: 1. *a infração há de ser praticada no interesse e em prol da pessoa coletiva* (daí se excluindo logicamente os atos cometidos em favor exclusivo do agente individual – sócio, gerente, mandatário, funcionário etc); 2. *a antijuridicidade deve ser perpetrada por alguém, com poder executório conferido pela pessoa pessoa moral* (o sistema americano fala do executivo de nível médio); 3. *o cometimento delituoso deve contar com o auxílio do poderio do ente social* (o ilícito penal moderno resulta mais de processos decisórios complexos do que propriamente de um desiderato individual).

VI - Finalidade da Pena Criminal

A derradeira objeção que se ergue contra a responsabilização penal da pessoa jurídica diz com os fins da pena. Os perfilhadores desta teoria anotam que uma das razões da pena é incutir no infrator o sentimento de intimidação. Pois bem, como pretender que um ente inanimado pense e reflita? Ora, basta tocar no seu patrimônio. É suficiente *mexer* no seu órgão mais sensível: o bolso. Esta a forma mais eficaz de *catequizar* um sentimento antijurídico.

A pessoa coletiva tem vontade própria, muitas vezes diversa da de alguns de seus membros (hipótese em que a deliberação não é unânime), daí sua individualidade. Se uma *empresa* vier a sofrer uma grave punição por algum ato criminoso que pratique, obviamente, da próxima vez, *refletirá* duas vezes antes de reincidir. A *deliberação* coarctada não será facilmente reimplementada. O *interesse social* afetado pela punição ver-se-á forçado a *repensar* sua atuação.¹⁰

VII - Conclusões

A moderna tendência jurídica mundial inclina-se insofismavelmente no sentido de considerar-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Recentemente, por ocasião do XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em setembro de 1994 no Rio de Janeiro, a comunidade jurídica internacional aprovou, por ampla maioria de votos, as seguintes recomendações:

10. *A pessoa coletiva é perfeitamente capaz de vontade, porquanto nasce e vive do encontro das vontades individuais dos seus membros. A vontade coletiva que a anima não é um mito e caracteriza-se, em cada etapa importante de sua vida, pela reunião, pela deliberação e pelo voto da assembléia geral dos seus membros ou dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes tanto quanto a vontade individual.* Cf. MERLE, Roger; VITU André. *Traité de droit criminel – problèmes généraux de la science criminelle: droit penal général*, Paris: Cujas, 1988, pág.778/9.

*** Responsabilidade criminal das empresas pelos delitos contra o meio ambiente:**

1. *A conduta que suscita a imposição de sanções penais pode proceder de entidades jurídicas e públicas, bem como de pessoas físicas;*

2. *Os sistemas penais nacionais devem, sempre que possível no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas adaptadas às entidades jurídicas e públicas;*

3. *onde uma entidade jurídica privada ou uma entidade pública participar de uma atividade que implique sério risco de dano ao meio ambiente, cumpre solicitar às autoridades responsáveis pela gerência e direção de tais entidades que exerçam a responsabilidade de supervisão de modo a evitar a ocorrência do dano, devendo ser as mesmas criminalmente responsabilizadas na hipótese de que sério dano venha a resultar em consequência de sua falta de cumprimento adequado de tal responsabilidade;*

4. *não obstante a exigência usual de responsabilidade pessoal por infrações delituosas, a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade;*

5. *onde uma entidade jurídica for responsável por sério dano ao meio ambiente, deveria ser possível a persecução dessa entidade por crimes contra o meio ambiente, mesmo que o dano causado resulte de um ato individual ou de omissão, ou ainda de atos cumulativos e/ou omissões cometidos ao longo do tempo;* 6. *A imposição de sanções penais contra entidades jurídicas privadas não deve exonerar de culpa os elementos humanos dessas entidades envolvidos na perpetração de delitos contra o meio ambiente.*

Relativamente às entidades públicas as recomendações também foram enfáticas: 9. *onde for possível, nos termos da lei básica de um país, responsabilizar as entidades públicas por delitos penais cometidos no curso do desempenho de funções públicas ou em outras circunstâncias, deveria ser possível a persecução dessas autoridades públicas por crimes contra o meio ambiente, ainda que a responsabilidade pelo delito não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade.*¹¹

No nosso país, conquanto ainda não disponhamos de uma construção legal no corpo do Código Penal, já estamos dando, com a Constituição Federal e a Lei ambiental, um ponderável passo na edificação normativa do instituto. Não obstante, necessitamos de uma sistematização específica do assunto na nossa lei eminentemente penal, a fim de consolidarmos juridicamente a irrefreável tendência agora paralelamente iniciada.

VIII - Bibliografia

Bricola, Franco. Il costo Del principio *Societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione Del fenômeno societario. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XIII, 1970.

Delmas-Marty, Mireille. *Droit penal des affaires*. Paris: PUF, 1990, t.1.

11. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, págs.45/46.

Filho, Edmar Oliveira Andrade. *Direito Penal Tributário – Crimes contra a ordem tributária.* Atlas, SP, 1995.

Leigh, Leonard H. The criminal liability of corporations. In: *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario.* Milano: Giuffrè, 1981.

Merle, Roger; VITU André. *Traité de droit criminel – problèmes généraux de la science criminelle: droit penal général,* Paris: Cujas, 1988.

Oliveira, Antônio Cláudio Mariz de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* RT, SP, ano 3, nº 11, julho-setembro/95.

Pimentel, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional.* RT, SP, 1987.

Saldaña, Quintiliano. *Capacidad Criminal de las personas sociales.* Madrid: Editorial Réus, 1927.

Shecaira, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.* RT, SP, 1998.

Sousa, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado direito de mera ordenação social.* Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1985.

Stoco, Rui. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial.* RT, SP, 1997.

Tiedmann, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado.* *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* 11, julho-setembro/95.

TESE 50

MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS

Laerte Fernando Levai

Promotor de Justiça de São José dos Campos/SP

I - O paradigma da crueldade

Desde que o *Homo sapiens* apareceu sobre a face da Terra, em tempos imemoriais, a idéia de domínio ultrapassou aquilo que seria apenas a luta pela própria sobrevivência.. Após a Idade da Pedra e o período Neolítico (por volta de 10.000 a C.), a civilização humana aprimorou suas técnicas de agricultura e de domesticar animais, além de permitir a organização social, a crença no sobrenatural, e, posteriormente, a formação do Estado. O uso de metais como o ferro e o cobre, a par disso, possibilitou ao homem dedicar-se às guerras de conquista, em época concomitante ao surgimento do comércio e da escrita. Assim, valendo-se de sua capacidade de raciocínio e discernimento, o homem foi alcançando a hegemonia do planeta, ainda que não compreendesse os fenômenos físicos, químicos e biológicos responsáveis pela existência. O temor ao desconhecido e o culto aos deuses tornaram-se freqüentes entre os civilizações primitivas, dada a impossibilidade de se conceber a origem e o destino dos seres vivos. A partir daí, quando o homem se curvou ao deuses do Olimpo e aos santos das Escrituras, a concepção de mundo reverteu aos mitos e à imagem e semelhança do Criador, de forma a privilegiar a espécie humana em detrimento às demais criaturas. Exceção feita ao antigo Egito e à Índia, onde alguns animais eram considerados sagrados – o boi, o gato, o crocodilo, o chacal e a vaca – o vida dos bichos, na antigüidade, era estigmatizada pelo martírio. Os animais, fossem eles selvagens, domésticos ou domesticados, serviam para a alimentação humana, para a diversão pública, para o transporte e para a labuta no campo. Uma postura que, a rigor, ganhou impulso com o advento da doutrina judaico-cristã, cujos reflexos fixaram raízes profundas em quase todos os recantos do mundo. Os hebreus, notabilizados por sua vocação religiosa, distinguiram-se bastante no direito, na literatura e na filosofia, tanto que o Antigo Testamento contribuiu decisivamente à formação de uma ética cristã . Verifica-se que o Eclesiastes trazia em seus fundamentos, dentre outros postulados, o mecanicismo da vida. Inegável que essa doutrina, pregando a submissão de todas as criaturas ao jugo do homem, influenciou a civilização ocidental sobretudo pelo cristianismo. A Bíblia, traduzida para mais de mil idiomas diferentes, prega em seus dogmas que os animais existem para servir ao homem. Partindo dessa premissa chega-se à conclusão de que Deus outorgou à humanidade o poder de subjugar, em prol de seus próprios interesses, as demais criaturas vivas. Daí porque a relação entre homens e animais – ao longo dos tempos - sempre esteve marcada pelo signo do poder e da exploração.

A cultura filosófica surgida na Grécia conduziu o homem, aos poucos, ao centro do universo, permitindo o surgimento do antropocentrismo. Esta doutrina há séculos incorporada na civilização ocidental vem servindo, ainda hoje, para justificar a postura racionalista e utilitária que proclama a superioridade humana sobre as demais criaturas. Sócrates, filósofo das essências e das definições, inaugurou essa nova fase do pensamento humano com a máxima “Conhece-te a ti mesmo”, frase que trazia em si o germe do individualismo. A teoria geocêntrica de Aristóteles, por sua vez, foi acolhida por teólogos medievais a ponto de ser incorporado à cultura da época e transmitida a inúmeras outras gerações de pensadores, até que o astrônomo Copérnico e o físico Galileu descobrissem que o Sol, e não a Terra, era o centro do universo. Reforçada mais tarde pelo método científico de Descartes, que no século XVII considerava os animais meros autômatos incapazes de raciocinar ou de sentir dor, essa corrente de pensamento tem sido a causa principal da crise de valores em que se vê inserida a humanidade. Ainda que seu contemporâneo Voltaire tenha feito a crítica à opressão, à intolerância e ao fanatismo vigentes em sua época, a ponto de afirmar que se trata de uma enorme pobreza de espírito dizer que os animais são máquinas privadas de sentimento, de se notar que a crueldade gratuita não raras vezes parece imanente à própria natureza humana. Que o digam as arenas e os templos dedicados ao martírio e à dor. Que o digam os sacrifícios de vida cometidos em nome da religião. Que o digam os genocídios praticados pela espécie que se pretende racional e inteligente. A antiga moral estoíca, de inspiração naturalista, partia do princípio de que o mundo não é governado por um Deus, e sim pela Natureza, mãe de todas as coisas. Mas essa mentalidade relacionada à existência de um direito natural comum a homens e animais, não foi aceita pelos juriconsultos romanos, os quais atribuíram a noção de direito apenas ao ser humano. Desse modo, o estoicismo – a exemplo da filosofia hindu – onde se busca a harmonia cósmica entre todas as criaturas, remanesce em um patamar quase inatingível ao *modus vivendi* ocidental. Incorrendo no erro de Descartes, notáveis pensadores dos tempos modernos passaram difundir o racionalismo na ciência, admitindo como legítima, assim, a manipulação da natureza pelo homem. O mais triste exemplo disso foi o desenvolvimento da vivissecção, onde animais vivos sofreram e ainda sofrem – na própria pele – terríveis padecimentos e dores atroz em prol daquela que se tornou a mais poderosa deusa de todos os tempos: a deusa-ciência.

A noção de ética, portanto, firmou-se com base nos próprios interesses humanos, e, no correr dos séculos, permitiu que centenas de espécies de animais – silvestres, domésticas, domesticadas, exóticas ou migratórias, do meio terrestre ou aquático – fossem aniquiladas ou subjugadas pela espécie dominante. Desde que os preceitos bíblicos apresentaram o homem como criatura moldada à imagem e semelhança de Deus (*Gênesis*, I, 27), os animais, tido como seres inferiores porque desprovidos de intelecto e livre arbítrio, têm sofrido, em larga escala, o estigma da servidão. Eternos escravos, caça ou alimento, máquinas de diversão ou de experimento, os bichos procuram sobreviver em um espaço cada vez mais ocupado pelo *homo sapiens*. Mas como conceber a ética fora da perspectiva unilateral em que ela se apresentou? Keith Thomas, professor de história na Universidade de Oxford, escreveu que o principal propósito dos pensadores do início do período moderno, ao estabelecer uma sólida linha divisória entre o homem e os animais, era o de justificar a caça, a domesticação, o hábito de comer carne, a vivissecção e o extermínio sistemático de animais tidos como nocivos ou predadores. O homem, que já foi classificado como *animal político* (Aristóteles), *animal que ri* (Thomas Willis), *animal que fabrica seus utensílios* (Benjamin Franklin), *animal religioso* (Edmundo Burke) e *animal que cozinha* (James Boswell, antecipando Lévi-Strauss), é, provavelmente, uma das poucas espécies que trazem em si uma natural propensão ao sadismo. E que em nome

desse sentimento desvirtuado vem exercendo, nos quatro cantos do mundo, condutas altamente reprováveis do ponto de vista moral. Não apenas nos tempos atuais, mas em todas as épocas a crueldade contra animais sempre se fez presente no espírito humano.

A tourada espanhola, por exemplo, legitimou a barbárie com base em argumentos sociológicos relacionados à tradição e aos costumes do povo ibérico. Também a caça, outrora muito apreciada pela nobreza – a pretexto de se constituir em entretenimento ou esporte – aliou diversão à crueldade, eis que exercida em flagrante desigualdade de forças e, não raras vezes, com métodos repugnantes. Igualmente abjeto o açulamento de ursos que, presos a uma corrente, eram atacados e dilacerados por cães ferozes. Na Inglaterra vitoriana havia, anualmente, corridas de touros onde o animal, com as orelhas cortadas, a cauda reduzida a um coto, o corpo lambuzado de sabão e o focinho inchado de tanta pimenta, era solto para se ver quem conseguia agarrá-lo em um vale-tudo de generalizado. Texugos, macacos, mulas e mesmo cavalos também podiam ser açulados. Havia até mesmo cartilhas de crueldade, como a *Gentleman's Recreation* (Recreação do Fidalgo, 1674), ao sugerir a captura de um cervo que, depois de ter decepada uma de suas patas, era solto para ser perseguido e devorado, ainda vivo, por pequenos sabujos. Já a pesca envolvia, muitas vezes, o emprego de iscas vivas, não apenas peixes pequenos como também rãs. Outro experimento comum era atravessar uma agulha na cabeça da galinha para verificar quanto tempo e ave sobreviveria à experiência. Práticas essas que, conforme asseverou aquele ilustre professor inglês, eram assimiladas pelos alunos ou, pior ainda, realizadas na própria escola, como no ritual público do apedrejamento de galos. E que refletiam os modelos do mundo adulto. Nas ruas, da mesma forma, as crianças se divertiam caçando esquilos, capturando passarinhos para arrancar-lhes os olhos, amarrando garrafas ou latas às caudas dos cães, derrubando gatos de grande altura para ver se aterrissavam em pé, cortando rabos de porcos como troféus e inflamando corpos de rãs vivas assoprando nelas com canudos de palha.

Durante o século XVIII, apogeu do Iluminismo, o homem impôs ainda mais sua supremacia sobre as demais criaturas do planeta. As atividades relacionadas à experimentação animal ganhavam vulto na Europa, incentivadas pelo rigor do mecanicismo científico ávido em buscar soluções imediatas para o mistério do corpo humano e a cura das doenças. O fisiologista francês Claude Bernard, a partir de 1865, difundiu a idéia da vivisseção – dissecação de animais vivos, anestesiados ou não, para estudos fisiológicos – como única forma confiável de fazer ciência. Realizando experiências cruentas em medievais aparelhos de contenção, Bernard submeteu centenas de animais a procedimentos macabros, sob a justificativa de simplesmente estudá-los. Dentre seus seguidores podemos relacionar o russo Ivan Pavlov, cujo clássico experimento consistia em seccionar o pescoço de um cachorro para que o alimento ingerido pelo animal não chegasse ao estômago, concluindo assim que a salivação, por si só, provocava a secreção de sucos gástricos. Outro vivissecutor, Ziegler, imobilizava macacos pata dissecá-los vivos, observando-lhes as funções cerebrais. Blalock, por sua vez, usava uma prensa para arrebentar os músculos dos cães sem o risco, contudo, de quebrar-lhes os ossos. Já Collison implantava canudos nos crânio escalpelado de gatos ou macacos, com eletrodos ligados ao cérebro, visando a realização de experiências neurológicas. A prática da experimentação animal não se restringiu à época de Claude Bernard, pelo contrário, atravessou o século XIX e avançou pela era contemporânea em progressão geométrica, realizando-se ora em laboratórios, ora na clandestinidade, de modo a provocar a cada ano - no altar científico – a morte de milhões de animais.

Em solo brasileiro, da mesma forma, a história dos animais não é menos triste. Costumava-se dizer que o Descobrimento, formalizado em 1500, representou o marco divisório que legitimou a barbárie contra a Natureza. Isso porque, a partir da colonização portuguesa e das investidas bandeirantes sertão adentro, cada vez mais foi sendo reduzido o espaço natural até então pertencente aos bichos. Em menos de quinhentos anos cerca de 92% da Mata Atlântica desapareceu, assim como as florestas naturais do interior do País e significativa parte da Amazônia. Isso contribuiu, certamente, para a destruição de *habitats* e de inúmeros ecossistemas sequer conhecidos pelo homem, de modo a submeter algumas dezenas de espécies animais ao drama da extinção. A respeito desse assunto observou Renato Guimarães Júnior, com peculiar brilhantismo, que a retrospectiva do Direito Ecológico, no Brasil, revela “uma impiedosa tragédia jurídico-legislativa do Homem contra a Natureza”. Tanto que, mesmo após a Independência, os diplomas legais do Império não tinham qualquer preocupação em zelar pelas aves, peixes e matas, ainda abundantes no território nacional. As espécies animais, segundo terminologia inserida nas Ordenações do Reino, foram reduzidas a uma única expressão: “*semoventes de qualquer valor*”. Essa concepção estritamente privatista, que desprezava as características biológicas dos seres vivos e negava-lhes qualquer tipo de compaixão, parece ter se incorporado à mentalidade do legislador pátrio. Tanto isso é verdade que, ainda hoje, nosso Código Civil considera os animais como “bens móveis suscetíveis de movimento próprio” (artigo 47), “coisas sem dono sujeitas à apropriação” (artigo 593) ou, simplesmente, “caça” (artigos 596 a 598). E, em termo penais, os bichos porventura lesionados não figuram como sujeitos passivos da ação humana, mas como objetos materiais do delito. Nessas hipóteses a vítima, segundo a dogmática penal brasileira, é a coletividade.

Evidente que, no contexto histórico tupiniquim, nossos animais passaram a despertar interesses econômicos múltiplos, como se pode constatar pela própria certidão de nascimento do Brasil, a famosa Carta de Caminha, autêntica crônica da morte anunciada: “*Esta terra, Senhor, me parece tamanha, toda cheia de grandes arvoredos. Nela até agora não pudemos saber se haja ouro, nem prata, nem nenhuma cousa de metal, de ferro; nem lho vimos. A terra, porém, é de muito bons ares. Águas são muitas, infindas. Mas o melhor fruto que se pode fazer me parece que será salvar esta gente*”. Na época colonial, aliás, era comum a captura de aves e macacos para “exportação”, assim como a caça de onça, cuja pele despertava cobiça no mercado europeu. As estradas e bandeiras, que permitiram o surgimento de nossos primeiros povoados e vilas ocasionaram, em contrapartida, o êxodo dos animais silvestres diante da expansão urbana ou, então, um maior contingente de animais domesticados. Curioso que o colonizador, quando não afugentava ou matava os bichos, decidia mantê-los sob seu jugo, ora para obter proveito próprio (animais domésticos destinados à alimentação ou ao trabalho no campo), ora para se comprazer, consciente ou inconscientemente, diante do sofrimento alheio (pássaros nativos presos em gaiolas). Em suma, uma triste realidade que pode ser sintetizada em apenas duas palavras: servidão e crueldade.

Difícil precisar a verdadeira dimensão dos tormentos infligidos, dentro e fora do Brasil, aos animais. Porque o homem – apesar de toda sua cultura e tecnologia – é o mais selvagem e perigoso habitante do planeta. O homem que derruba florestas e que leva centenas de espécies à extinção. O homem que, na febre das conquistas, devasta campos sem fim, condenando à morte os legítimos detentores da terra. Que, movido por interesses mercantilistas, reduz os animais à condição de escravos, objetos ou matéria-prima. O homem que captura baleias na ponta dos arpões. Que massacra a pauladas, no Ártico, filhotes de focas diante das próprias mães. Que prende feras em armadilhas apenas para exibi-las como troféus ou transformar suas

peles em casados. Que estimula a criação intensiva de vacas, porcos e galinhas, submetendo-os a uma vida miserável, para, depois do abate, consumir-lhes a carne. O homem que elegeu como esporte e diversão pública eventos eticamente censuráveis, como o tiro ao pombo, a briga de galo, as competições de pesca e a caça amadora, a farra do boi, os rodeios e as vaquejadas. Que, para produzir a macia carne de vitela, confina bezerras recém-nascidos em pequenos *boxes*, matando esses filhotes sem que eles tenham dado um único passo ou que tenham visto a luz do sol. O homem que submete cavalos e jumentos a trabalhos forçados. Que aprisiona animais silvestres em zoológicos, autênticas vitrines vivas. Que subverte a natureza dos animais utilizados em circos, adestrando-os com métodos rigorosos para que realizem um espetáculo deprimente. Que aprecia uma gastronomia perversa, onde peixes e moluscos são cozinhados vivos diante de olhares famintos, onde bois são esquartejados em câmaras mortuárias e onde gansos são alimentados mecanicamente, até a morte, para que produzam o requintado *paté de foie gras*. Que esmaga, dia após dia, cães e gatos no rubro asfalto de sua consciência. O homem que, tido como o mais inteligente das criaturas, é capaz de cometer inimagináveis atrocidades em detrimento da natureza e de seus próprios semelhantes.

Oportuno dizer que, na segunda metade do século XIX, veio a lume uma obra capaz de abalar as estruturas e convicções até então vigentes no pensamento científico. Trata-se de “A Origem das Espécies”, de Charles Darwin, livro que demonstrou a existência de um milenar processo biológico entre os seres vivos. O evolucionismo ali proposto e relacionado, diretamente, à tese da seleção natural, afrontava os dogmas cristãos referentes à criação do mundo. Em seu último trabalho técnico, “A expressão das emoções no homem e nos animais” (1872), Darwin comprova que também os animais têm emoções e sentimentos, manifestadas por meio de atitudes, gestos e expressões. Nesse aspecto permite concluir que homens e animais, do ponto de vista neuro-fisiológico, têm muito em comum, *v. g.*, a capacidade de sentir dor e de sofrer. Naquela época o Brasil ainda não se dera conta dessa mudança de mentalidade. As vicissitudes históricas de um País que há pouco tempo havia alcançado a Independência e que, sob regime monárquico, procurava firma-se como Nação no plano econômico, político, cultural e legislativo, não permitiam maiores reflexões acerca do drama vivido pela fauna da terra. Vozes isoladas começaram a se erguer em prol de uma causa justa, possibilitando – aos poucos – o convencimento popular de que os atentados contra os animais, quando gratuitos ou motivados pela ganância ou pelo sadismo, não mais poderiam ser tolerados. O jornalista José do Patrocínio, que se empenhou na luta pela abolição da escravatura e pela proclamação da República, foi uma dessas pessoas que se comoveram com o sofrimento dos bichos. Tanto que em seu último artigo, redigido instantes antes de morrer, protestara contra a brutalidade humana cometida contra um animal de tração... De fato, havia chegado o momento do País editar sua primeira lei de proteção aos animais.

II - Evolução histórico-legislativa

As iniciativas visando à tutela jurídica dos animais, no Brasil, sempre enfrentaram grandes interesses políticos e econômicos. Na época colonial praticamente não havia qualquer dispositivo de caráter preservacionista, até porque, na visão do colonizador, a selva era inimiga do homem. Durante os ciclos do pau-brasil, da cana-de-açúcar, do gado, do ouro e, mais recentemente, do café, a natureza sofreu grande devastação. Bandeirantes e tropeiros atentavam,

sem dó nem piedade, contra a flora e a fauna da terra, imbuídos de um atávico sentimento de hostilidade em relação às florestas e aos animais. A caça indiscriminada fez praticamente desaparecer, das matas do Curupira, veados, onças-pintadas, antas e jacutingas. Animais selvagens foram comercializados interna e externamente. Os domésticos, por sua vez, viviam em servidão: vacas para fornecer o leite e a carne; burros para transporte; bois para tração; cães para vigilância e caça; cavalos para viagens e combates. Já os pássaros, apanhados aos milhares, tinham como destino o cativeiro local ou a exportação. Era o momento de clamar contra o mar de insanidade que avançava, desde 1500, sobre o território brasileiro, até porque a Natureza – animais e florestas – já não conseguia resistir à avassaladora política mercantilista que se instalara no Brasil. A Coroa, interessada em manter o domínio da colônia, resistiu energicamente à eclosão dos movimentos de independência. Todavia, a emancipação política – consumada em 1822 – possibilitou ao Brasil organizar-se como Nação, elaborando, enfim, suas próprias leis. Não obstante a outorga da Constituição do Império (1824) e o surgimento do Código Criminal (1830), a situação dos animais praticamente não se alterou durante a Monarquia, exceção feita ao Código de Posturas do Município de São Paulo, de 6 de outubro de 1886, cujo artigo 220 trazia em seu bojo um pioneiro dispositivo legal referente aos bichos: *“É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água, etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicável aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração”*. Com o advento da República, em 1890, época em que a carroça era o principal veículo de transporte, muita gente já protestava contra os excessos e castigos impingidos aos animais de tração. O surgimento da União Internacional de Proteção aos Animais (UIPA), em São Paulo, permitiu uma mobilização em torno dessa causa humanitária. Foi nesse tempo, aliás, que também nasceu o Ministério Público, instituição voltada à defesa da sociedade e imprescindível à garantia do regime democrático. A evolução do *Parquet*, durante o século XX, não se limitou ao seu tradicional papel de órgão acusador público, mas ao resguardo dos interesses individuais indisponíveis e, mais tarde, dos chamados interesses difusos e coletivos da sociedade. A proteção jurídica dos animais, que não podia ficar excluído do rol de atribuições do Ministério Público, foi inserida em dois dispositivos do Decreto n. 24.645/34 (medidas tutelares aos animais), expedido no Governo Provisório: Artigo 1º – *“Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado”*. Artigo par. 3º – *“Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais”*. Esse antigo diploma legal, que tinha sido revogado pelo Decreto n. 11, de 18.01.91, ressuscitou por força do Decreto n. 761, de 19.2.93, em típico fenômeno de repriminção, servindo hoje como autêntica fonte do Direito.

O legislador brasileiro, antes da Carta de 1988, nunca teve qualquer intenção em proteger o ambiente como um todo, fazendo-o sempre de maneira dispersa e com objetivos, acima de tudo, econômicos. É o que se verifica das Constituições republicanas de 1934, 1937, 1946 e 1967, que, demonstrando pretensa preocupação com os “recursos naturais” do País, atribuíram competência à União para legislar sobre florestas, águas, riquezas do subsolo, caça e pesca. Uma postura mais patrimonial do que ecológica propriamente dita, posto que a natureza, nela incluída a fauna, era tratada como recuso natural ou bem suscetível de valor monetário. Nota-se, a propósito, que o primeiro diploma legislativo brasileiro referente aos animais silvestres foi o antigo Código de Caça (1943), cuja essência flagrantemente ofensiva aos bichos foi alterada, anos mais tarde, pela Lei de Proteção à Fauna (1967), o que esboçava uma mudança de postura do legislador – pelo menos no sentido terminológico – em relação aos animais. A

verdadeira preocupação com a causa ambiental, manifestada nos anos 60/70 em meio a um cenário mundial impregnado pelo fantasma da guerra nuclear, mobilizou os quatro cantos do planeta. Isso fez com que a ONU promovesse a célebre Conferência de Estocolmo, em 1973, proclamando a necessidade das Nações em somar esforços para atingir a um objetivo comum, a preservação da natureza, antes que fosse tarde demais. Até então, no Brasil, as matas eram derrubadas pela indústria e inúmeras espécies animais haviam sido condenadas à extinção. Sem qualquer critério ou planejamento urbano, vilarejos e cidades surgiam no lugar das florestas, rios se tornam depositários de poluentes, estradas riscavam o País sem prévio estudo de impacto ambiental, enquanto que os animais selvagens – perdendo seu *habitat* natural – quando não conseguiam migrar, eram mortos ou aprisionados. Fazia-se imperioso que o Ministério Público, como instituição autônoma, independente e vocacionada para a defesa dos interesses gerais da comunidade, assumisse a defesa da fauna brasileira.

Com a evolução de pensamento e dos costumes surgiram no Brasil, no decorrer do século XX, as leis protetivas de animais. Depois do pioneirismo do citado Decreto-federal 24.645/45, que relacionava, de modo casuístico, as hipóteses de maus tratos (artigo 3º, incisos I a XXXI), surgiu a Lei das Contravenções Penais, em cujo artigo 64 o legislador pátrio fez inserir um dispositivo intitulado “Crueldade Contra Animais” conduta essa transformada em crime pela Lei n. 9.605/98. Dentre as leis federais relacionadas, direta ou indiretamente, à tutela da fauna, podemos distinguir as seguintes: Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), Lei n. 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), Decreto n. 221/67 (Código de Pesca, complementado pela Lei 7.679/88), Lei n. 6.638/79 (Visissecção), lei n. 7.173/83 (Jardins Zoológicos), Lei n. 8.974/95 (Engenharia Genética), além, é claro, das importantíssimas Leis n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e 7.347/85 (Ação Civil Pública), que consagraram a vocação ambiental do Ministério Público face às significativas conquistas que obteve em prol da flora e da fauna brasileiras.

De fato, impossível esquecer dos avanços trazidos pela Lei 6.938/81 que, ao tratar da Política Nacional do Meio Ambiente, conferiu ao Ministério Público o papel de guardião da natureza (art. 14, § 1º), expectativa essa alcançada, em plenitude, com a edição da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), a qual forneceu à Instituição os instrumentos necessários ao exercício de seu nobre mister. Na Constituição de 1988, enfim, o Ministério Público passou a ser considerado “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. A partir da década de 80, portanto, nosso legislador deferiu ao MP estadual ou federal a capacidade de postular em defesa do meio ambiente, seja na esfera judicial mediante ação civil pública ou mesmo administrativa, com o procedimento do inquérito civil, além da possibilidade de celebrar acordos extrajudiciais em matéria ambiental, com força de título executivo, mediante Termos de Ajustamento de Conduta, ações essas de cunho processual, preventivo, pedagógico e/ou social. Não se pode desvincular o *Parquet* do caráter social de sua atuação, até porque a tutela do ambiente é assunto de interesse de toda a coletividade.

Ao Ministério Público, “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF), o legislador constitucional conferiu, por excelência, a defesa do meio ambiente. A ação civil pública – que normalmente visa a uma obrigação de fazer ou não fazer, ou, então, a uma condenação pecuniária ou indenizatória – não é exclusiva do Ministério Público, podendo ser intentada pelos órgãos ambientais e pelas

entidades de defesa do meio ambiente, desde que legalmente constituídas. Na hipótese de ações que se relacionam à fauna, uma vez julgadas procedentes, o pagamento de eventual indenização reverterá em prol de um fundo específico para a recuperação de bens lesados. Em sede processual civil a pretensão imediata pode ser obtida através de medida cautelar – normalmente em sede de liminar – sempre que houver *fumus bonis juris e periculum in mora*. À disposição do cidadão, para que se possa pleitear a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao meio ambiente, existe a Ação Popular (Lei n. 4.717/65). Trata-se de instrumento igualmente hábil à tutela da fauna, embora pouco utilizado na prática. Em sendo ajuizada ação popular o Ministério Público será interveniente obrigatório (*custos legis*), com legitimidade para assumir a titularidade da demanda na hipótese de desistência do autor-cidadão.

Sabe-se que no âmbito penal, mais precisamente nas modalidades típicas contempladas na Lei dos Crimes Ambientais, o titular exclusivo da ação é o Ministério Público. As ocorrências envolvendo animais silvestres nativos (aqueles que vivem livres em seu meio natural, como a arara, a onça, o mico-leão-dourado, o boto, o tucano, etc) e/ou exóticos (originários de outros países, como o leão, o elefante, o tigre, a iguana, etc). mormente vítimas de caça ou de contrabando, assim como as fiscalizações sobre circos, zoológicos e criadouros, competem ao Ibama e à Polícia Florestal, sendo em regra apreciadas pela Justiça Federal (onde atua a Procuradoria da República). Na hipótese de práticas cruéis (maus-tratos ou abuso) contra os animais, independente de sua condição ou origem, o destinatário da *notitia criminis* será o Ministério Público Estadual. Em se tratando de atentados contra animais domésticos (aqueles que vivem na dependência do homem), cabe ao Promotor, após analisar o Termo Circunstanciado, a representação do denunciante ou então as pelas de informação, formar sua *opinio delicti*. A Polícia, no entanto, deve agir sempre que solicitada para atender ocorrências envolvendo crimes ambientais, mesmo aqueles referentes a animais silvestres, domésticos ou migratórios, porque a fauna é hoje considerada bem ambiental de uso comum do povo (art. 225 *caput* da CF).

Dispõe o artigo 225 § 1º, VII, da Constituição federal de 1988, que ao Poder Público incumbe “*proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam animais à crueldade*”. A lei federal n. 9.605/98, inspirada nesse primoroso princípio constitucional, estendeu seu alcance protecionista à fauna em si, sem distinções, abrangendo os animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos, exóticos ou migratórios, preocupando-se também com a incolumidade dos ovos, larvas e dos ninhos ou criadouros naturais das espécies. No capítulo referente aos Crimes Contra a Fauna, inserido na Lei Ambiental, podemos distinguir o artigo 29 (“Matar perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécies da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida), o artigo 32 (“Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos), o artigo 33 (“Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécies da fauna aquática existente em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras) e o artigo 35 (“Pescar, mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzem efeito semelhante; substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente”). Os cetáceos (baleias, botos e golfinhos), propositadamente, não foram incluídos no referido diploma ecológico face à vigência da Lei federal n. 7.643/87, que trata do assunto e estabelece sanções penais bem mais rigorosas àqueles que molestarem ou pescarem esses mamíferos aquáticos.

Ressalte-se, aliás, a existência de inúmeros tratados e convenções internacionais visando à proteção da fauna, vários deles subscritos pelo Brasil. Dentre esses compromissos ambientais em vigor podemos distinguir: Convenção Internacional para proteção dos Pássaros (Paris, 18/10/50), Convenção Internacional da Pesca da Baleia (Washington, 2/10/46), Convenção Sobre as Zonas Úmidas de Importância Internacional para proteção dos Animais e Pássaros Aquáticos e Terrestres (Ramsar, 2/2/71), Convenção Sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e da Fauna Selvagem em Perigo de Extinção (Washington, 3/3/73), Declaração Universal dos Direitos dos Animais (Bruxelas, 27/1/79), Convenção sobre Conservação das Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem (Bonn, 23/6/79) e a célebre Convenção sobre a Biodiversidade (Rio de Janeiro, 5/6/92), onde 156 países participantes do “Encontro da Terra” subscreveram a “Convenção sobre a Diversidade Biológica”, reconhecendo a importância da biodiversidade para a evolução e manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera, em benefício de um mundo melhor. A possibilidade de cooperação internacional para a preservação do meio ambiente, aliás, foi habilmente inserida no capítulo VII da Lei Ambiental, o que permite ao Brasil viabilizar a consecução de seus fins ecológicos e garantir reciprocidade no intercâmbio com outros países. Isso facilitou a ação da Interpol brasileira no Exterior, posto que, nos últimos anos, foi possível a apreensão de diversos papagaios, araras, águas e tucanos levados por traficantes ao mercado estrangeiro, onde o comércio espúrio de animais silvestres movimentava, anualmente, a espantosa cifra de US\$ 10 bilhões. Apesar de tudo cerca de 200 animais, no Brasil, ainda correm perigo de extinção. Dentre os bichos assim classificados pelo Ibama (Portaria n. 1.522/89), podemos mencionar, a título exemplificativo, os seguintes: mico-leão-dourado, jaguatirica, suçuarana, lontra, ariranha, tatu-canastra, peixe-boi, baleia jubarte, veado-campeiro, macuco, pato-mergulhão, gavião-real, jacutinga, papagaio-da-serra, sabiá-pimenta, anambezinho, tartaruga-verde, jacaré-do-papo-amarelo, etc. Já no Estado de São Paulo as espécies em risco estão relacionadas no Decreto n. 42.838, de 4.2.98, que inclui em seu bojo 191 aves, 66 mamíferos, 66 répteis, 26 peixes de água-doce e 33 borboletas.

De rigor, a propósito do tema, uma breve análise da questão relacionada à atribuição e competência das autoridades nas hipótese de atentados contra a fauna. Segundo proclamava a Súmula 91 do Superior Tribunal de Justiça, “compete à Justiça federal processar e julgar os crimes contra a fauna”. O artigo 1º da Lei 5.197/67, de sua parte, considera os animais silvestres como propriedade da União federal. Todavia, o espírito no nosso moderno ordenamento jurídico ambiental sugere que a competência para o processo e para julgamento dos crimes contra a fauna fique afeita, em inúmeras hipóteses, à Justiça Estadual. Isso porque a tutela dos animais é exercida com maior facilidade no *forum rei sitae* – seja na colheita de provas, seja no próprio ajuizamento das ações penais – pelo promotor de Justiça que atua junto à comarca atingida pelo dano. Não foi por acaso que o legislador ambiental inseriu as condutas delituosas envolvendo a fauna no capítulo dos Crimes Contra o Meio Ambiente, cuja defesa é do interesse do Estado-membro, inclusive. Ora, a fauna silvestre não se encontra textualmente inserida dentre os bens da União relacionados no artigo 20 da CF. Ainda que assim não fosse, a competência para proteger o meio ambiente e preservar a fauna é comum à três esferas de poder – União, estados e Municípios (art. 23, VI e VII da CF) – afastado o estigma centralizador que, nas Constituições pretéritas, conferia exclusividade à União para legislar sobre caça e pesca, com intuito outro, certamente, que não o ecológico.

Tanto isso era notório que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, cancelou – por unanimidade – a Súmula n. 91, de outubro de 1993, que estabelecia ser da competência da Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna, uma vez que a Lei n.

9.605/98 possibilita à Justiça estadual o julgamento dos crimes lesivos à natureza. Na esteira desse raciocínio, a competência da Justiça federal remanesce em situações específicas de atentados contra a fauna, a saber: a) quando o crime envolver espécies silvestres ameaçadas de extinção, assim oficialmente reconhecidas, eis que o Brasil é signatário da Cites; b) quando a conduta delituosa extravasar os limites de um único Estado-membro ou, ainda, as fronteiras do País; c) quando envolver atos de contrabando de animais silvestres, peles e couros de anfíbios ou répteis, para o Exterior; d) quando, em sentido inverso, ocorrer introdução ilegal de espécie exótica no País; e) quando se referir à pesca predatória em mar territorial brasileiro ou o molestamento intencional de cetáceos; f) quando o dano faunístico se consumir em parques ecológicos, reservas florestais ou áreas sujeitas ao domínio eminente da Nação. Nas demais hipóteses, a competência para julgamento de crimes contra a fauna é, em regra, afeita à Justiça estadual. No tocante aos animais domésticos ou domesticados submetidos a atos de crueldade (abusos, maus-tratos, lesões ou mutilações), essa polêmica inexistente. A competência, nesse casos, é da Justiça Estadual, eis que o objeto jurídico tutelado abrange a moral pública e o sentimento de compaixão que se deve nutrir, indistintamente, pelas criaturas vivas. Com a vigência da Lei n.9.605/98, que conferiu proteção a todos os animais, sem distinções por espécies ou categorias, reforçou-se a tese de que os bichos silvestres não pertencem única e exclusivamente à União, e sim ao Poder Público de todas as esferas. Daí porque, com o devido respeito às opiniões contrárias, a Súmula 91 do STJ estava em flagrante desconformidade à nova ordem jurídica instaurada pela atual legislação do meio ambiente, que trata a fauna sob a perspectiva de “bem ambiental da coletividade”.

Para que se possa facilitar a aplicação da lei sem esbarrar em questões de natureza processual, como na discussão acerca da competência nos crimes contra a fauna, melhor seria a atuação conjunta entre os dois órgãos do Ministério Público, o federal e o estadual. Estudando esse tema não apenas do ponto-de-vista criminal, propôs Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, com o brilhantismo que lhe é peculiar, fosse atribuída legitimidade concorrente ao *Parquet*, de sorte que tanto ao MP federal como ao estadual haveria a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro. Assim, segundo ele, “a intervenção simultânea de dois órgãos atende à necessidade de *somar* forças em defesa do meio ambiente e seria sob todos os aspectos proveitosa: a conjugação de esforços aumentaria em muito a eficiência da ação do Ministério Público”. Embora o sistema federativo brasileiro discipline a forma de distribuição de competências entre os três entes políticos e o Ministério Público esteja dividido em um órgão federal e outro estadual, com atribuições predeterminadas, não se pode ignorar que, na prática, eventual falta de entrosamento do poder público – em havendo ocorrência criminosa contra a fauna – somente prejudicaria o bom andamento da Justiça. Afinal, o Direito está ao lado de quem o realiza e, nessa linha de raciocínio, melhor – ao primeiro momento - a conjugação de esforços entre o Ministério Público, as entidades públicas ligadas ao setor, as associações ambientalistas e a população em geral. Até porque, como bem anotou aquele ilustre Procurador de Justiça, “a preservação do meio ambiente interessa mais de perto a toda a coletividade do que apenas às entidades políticas”.

III - O papel do ministério público

Humilhada e ofendida durante mais de quatrocentos anos, a fauna brasileira – em que pese a vigência dos diplomas ecológicos ora referendados pela Lei 9.605/98 – ainda enfrenta situações paradoxais. A grande extensão geográfica do País com seus diferentes fatores sócio-culturais dificultam, por vezes, a atividade fiscalizatória ambiental, ensejando a impunidade dos infratores. Fatos tidos como corriqueiros em inúmeras regiões do Brasil – comércio de animais silvestres, pássaros nativos confinados em gaiolas, castigos imoderados em animais de tração, maus tratos em bichos domésticos, experimentação cruel nos laboratórios, pescarias com substâncias tóxicas, brigas de galo, farra do boi, etc – constituem tristes amostras de uma realidade que ainda perdura entre nós. É preciso que o *Parquet*, no âmbito de suas atribuições, faça valer as funções institucionais que lhe foram deferidas pela própria Constituição Federal, em benefício da sociedade que representa.

Ao atribuir ao Ministério Público ampla legitimação para a tutela dos interesses difusos e coletivos – nos quais se insere a fauna – o legislador constituinte de 1988 confiou-lhe, em assuntos ecológicos, o nobre posto de ‘guardião do meio ambiente’ (art. 129, III, CF). Essa escolha, na verdade, veio em reconhecimento ao trabalho que a Instituição já fazia, com êxito, desde a edição das Leis 6.938/81 e 7.347/85. Embora a lei dos interesses difusos confira, para a propositura da ação civil pública, legitimidade concorrente a outras pessoas jurídicas (União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações), foi o Ministério Público, certamente, seu destinatário por excelência. O caráter social dessa atuação, traduzindo os anseios da coletividade e seus valores mais relevantes, fez do *Parquet* “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 1º, LOMP).

Para exercer, a contento, a tutela jurídica da fauna, assim considerada bem difuso de natureza ambiental, o Ministério Público tem ao seu alcance dois poderosos instrumentos de defesa ecológica: o inquérito civil e a ação civil pública. Ambos constituem meios eficazes para prevenir ou remediar a ocorrência de um dano à fauna, tanto no plano preservacionista como no plano moral, consoante se vê das ementas abaixo transcritas:

Maus tratos a animais de circo – Ação cautelar de busca e apreensão – Requerimento da Promotoria da Comarca de Sumaré em favor de um hipopótamo e um chimpanzé vítimas de maus tratos – Instalações inadequadas para os animais – Envio desses bichos para o Parque Ecológico Municipal de Americana (proc. n. 1445/93, 3ª Vara Cível de Sumaré).

Mortandade de peixes – Ação civil pública proposta pela Promotoria de Sorocaba contra indústria local – Redução do oxigênio da água provocada pela diminuição da vazão nas barragens de usina hidrelétrica de responsabilidade da requerida – Indenização pleiteada em vista da conseqüente mortandade de peixes do rio Sorocaba (proc. n. 2110/93, 5ª Vara Cível de Sorocaba).

TV Animal – Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra rede emissora de televisão que exibia imagens de maus tratos a animais, dentre as quais luta livre entre caranguejos – A requerida, abstendo-se de fazê-lo – passou a veicular campanhas ecológicas – Acordo homologado - (proc. n. 89/00377540/7, da 19ª Vara da Justiça Federal).

Abate cruel – Matadouro municipal que vinha abatendo gado a marretadas, método

esse vedado por lei em razão do sofrimento imposto ao animal – Ação civil pública proposta na comarca de São Bento do Sapucaí – Municipalidade condenada a adequar o matadouro às especificações modernas e a substituir o sistema arcaico de abate pelo método científico-humanitário (proc. n. 284/92, Comarca de São Bento do Sapucaí).

Aprensão de navio – Inquérito civil instaurado pela Promotoria de São Sebastião contra navio estrangeiro que derramou 20.000 litros de óleo nas águas litorâneas brasileiras, ocasionando sérios riscos à fauna ictiológica – Medida cautelar de Produção Antecipada de Provas para permitir imediato exame pericial na embarcação – Navio retido no porto até a prestação de caução no valor de US\$ 10 milhões, para garantir a indenização dos danos ambientais sofridos (proc. n. 429/91, Comarca de São Sebastião).

Fechamento de zoológico – Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Estadual em favor de 30 animais da fauna silvestre aprisionados em condições cruéis – Estabelecimento particular montado em desconformidade à lei – Ofensa ao decreto n. 24.645/34 – pedido de fechamento do zôo com a reintegração dos bichos, na medida do possível, ao seu *habitat* natural (proc. n. 218/88, Comarca de Aparecida).

Crueldade em rodeio – Ação civil pública ajuizada pela Promotoria de Cravinhos a fim de impedir rodeio – Festa regional que envolve maus tratos e crueldade – Utilização de instrumentos e métodos que causam sofrimento aos animais – Concedida liminar para que os responsáveis pelo evento abstenham-se de usar sedém, esporas de formato pontiagudo ou cortantes e de sinos no pescoço dos animais, porque se constituem em dolorosos meios de instigação à ira do bicho (proc. n. 937/95, Comarca de Cravinhos).

Passarinhada – Danos ao meio ambiente causados em “churrasco de confraternização” no município de Embu - Captura e matança indevida de aproximadamente 5.000 aves da fauna nacional, incluindo rolinhas, sabiás e tico-ticos, assadas em espetos – Ação de Responsabilidade Civil ajuizada pelo Ministério Público - Comprovação efetiva do dano ecológico, que causou o extermínio dos pássaros – Réu condenado a indenizar o Estado (Apelação Cível n. 70.393-1, 5ª Câmara do Tribunal de Justiça).

Matança em canil – Sacrifício de cães apreendidos nas ruas – Utilização de método cruel consistente em choques elétricos de 220 volts após os animais serem molhados – Ação interposta pela Promotoria de Três Corações/MG com o apoio do Sociedade Tricordiana Protetora dos Animais – Termo de ajustamento de conduta aceito pela Municipalidade, que se conscientizou do erro (proc. n. 10216/95, 1ª Vara da Comarca de Três Corações).

Trio elétrico - Ação civil pública, com pedido de liminar, movida pela Promotoria de Justiça da comarca de Porto Seguro/BA, em face da exploração comercial e perversa de animais (jêgues) para o divertimento humano - Bloco carnavalesco cujo carro do trio elétrico era puxado, dia e noite, por jumento extasiado - Hipótese típica de abuso em animal de tração (proc. n. 535549/99, Vara Cível da comarca de Porto Seguro).

Verifica-se, diante desses casos concretos, que a efetiva atuação da promotoria de Justiça pode, por via oblíqua, evitar, interromper ou minimizar o sofrimento dos animais submetidos ao jugo humano. Mesmo aquelas espécies da fauna doméstica que se destinam ao abate, como vacas, porcos ou galinhas, merecem tratamento condigno, nos termos da Lei n. 7.705/92. Não se permite mais, nos matadouros do Estado de São Paulo, sacrificar animais a marretadas, tampouco retalhá-los antes da completa insensibilização científica. A inobservância dos preceitos

legais pode perfeitamente levar os infratores ao banco dos réus, por infração ao artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais, sem prejuízo das medidas de ordem civil e administrativa. É o que ocorre, também, na hipótese de crueldade em animal de zoológico ou de circo. O proprietário pode ser processado na esfera criminal (por delito de maus tratos) e responder, no âmbito cível, a ação ambiental (visando a obrigação de fazer, de não fazer e/ou reparatória). Pode também, em sede administrativa, sofrer busca e apreensão, multa e ter seu estabelecimento interditado. Já aquele que se utiliza de animais em trabalhos excessivos ou superiores às suas forças, mediante castigos imoderados, é passível de enquadramento penal por abuso ou maus tratos. Dentre essas situações podemos relacionar o mau costume de alguns carroceiros em chicotear, sadicamente, animais de carga ou, então, daqueles profissionais de canis que exorbitam na prática do adestramento.

Ainda na esfera da justiça comum há a questão envolvendo os chamados ‘rodeios’, onde cavalos e touros de montaria costumam ser submetidos a sevícias. Dentre os subterfúgios utilizados para que esses animais saltem pela arena como se bravios fossem, podemos relacionar o *sedém* (cinta de couro ou corda de crina que, comprimida ao abdômen do animal, faz com que ele pule e escoeie em desespero) e as *esporas* (instrumentos metálicos, de formato circular ou pontiagudo, colocados na bota dos peões para estocar a montaria durante o espetáculo). E pensar que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais garante ao animal o direito de “não ser usado para divertimento do homem”, prescrevendo que “a exibição em espetáculos é incompatível à dignidade do animal” (artigo 10); da mesma forma a Carta da Terra, nascida na ECO-92, ao dizer que devemos tratar todas as criaturas decentemente, protegendo-as da crueldade, do sofrimento e da matança desnecessária (artigo 14). E o Brasil, vale repetir aqui, subscreveu esses diplomas morais-ecológicos ao lado das principais Nações do mundo.

Não há como negar que os animais utilizados nas arenas dos rodeios experimentam sensações de angústia, medo, tormento e dor, sob as esporas dos montadores e em razão da forte compressão abdominal ocasionada pelo *sedém*. Trata-se, na realidade, de uma reação de causa e efeito, que faz o animal pular e escoeiear na tentativa de livrar-se daquilo que lhe agride. Pouco importa seja esse instrumento confeccionado em couro ou com material macio, eis que causa, de uma forma ou de outra, intensa dor ao animal, traduzindo-se em crueldade. Diga-se o mesmo com relação às provas de laço e derrubada do boi, assim como a Vaquejada do nordeste, onde os animais destinados ao entretenimento humano muito padecem nas mãos de seus algozes, sofrendo na queda lesões que, às vezes, lhe acarretam a própria morte.

O aparente conflito de interesses difusos, na questão dos animais submetidos a espetáculos públicos, surgiu em decorrência da tradicional conotação antropocêntrica do direito brasileiro, que se funda em equivocada premissa. Dizer que a fauna pode ser utilizada para finalidade cultural, esportiva ou recreativa, como na farrá do boi, na caça amadorista ou nos rodeios, soa um contrasenso, até porque a própria Constituição Federal mostra-se contrária a práticas que submetam animais a crueldade (art. 225 § 1º, VII). Ora, a defesa do meio ambiente (nele incluído os animais), longe de significar apenas a garantia de saudável qualidade de vida, é também princípio geral da atividade econômica (art. 170, VI, da CF), o que, segundo o magistério do festejado José Afonso da Silva, possibilita a compreensão de que o capitalismo concebido há de *humanizar-se*. De fato, não se pode aceitar a tortura institucionalizada de animais com base na supremacia do poder econômico, nos costumes desvirtuados ou no argumento de que sua prática se justifica em prol do divertimento público ou então para minimizar o problema do desemprego. Esse ilustre constitucionalista, aliás, na edição mais recente de

seu consagrado “Curso de Direito Constitucional Positivo”, já admite o surgimento de uma corrente doutrinária que permite reconhecer a existência do chamado direito dos animais.

Outro assunto polêmico já enfrentado pelos juristas diz respeito às famigeradas rinhas de galo, onde apostadores inescrupulosos promovem, para deleite próprio ou alheio, um espetáculo mortal. Os galistas argumentam que essa prática, de origem milenar, nada mais é do que um esporte já incorporado aos costumes brasileiros, no qual os animais combatentes agem por instintos atávicos. Esquecem, contudo, que os galos são provocados – indiretamente – pelo próprio homem, que os coloca na rinha para uma luta de vida ou morte. Trata-se, sim, de crime de maus tratos, porque envolve atos de extrema violência contra os animais. Vale dizer que os galos de briga, que desde cedo experimentam a dor física – suas orelhas, cristas e barbelas são cortadas sem emprego de anestesia – têm o bico e as esporas reforçadas com aço inoxidável, de modo que a luta não termina enquanto um deles não tombar mortalmente ferido.

A Justiça estadual já foi acionada, inúmeras vezes, para julgar atentados contra animais domésticos. Pode-se conferir, na jurisprudência que se segue, hipóteses em que houve a condenação dos réus:

Crueldade contra animal – Envenenamento de cão – Caracteriza a contravenção do artigo 64 da competente lei, ministrar substância venenosa a animal inofensivo, causando-lhe sofrimento e morte (Julgados do TACrim, 55/126).

Crueldade contra animal – Indivíduos que, a golpes de enxada, quebram a perna de equino, abandonando-o sem socorro – Protege a lei os animais não só por sentimento de piedade como também para educar o espírito humano, a fim de evitar que a prática de atos de crueldade possa transformar os homens em seres insensíveis ao sofrimento alheio, tornando-os também cruéis para com os semelhantes (RT 295/343).

Crueldade contra animal – Morte de gato por queimaduras – Pratica a contravenção do artigo 64 da Lei das Contravenções Penais o agente que, após jogar querosene em um gato, atea-lhe fogo, causando grande sofrimento ao animal (RJD TACrim, 2/74).

Briga de pássaros – A exploração de jogo de azar, sob a forma de ‘briga de pássaros’, constitui – também – crueldade contra animais (RT 500/339).

Crueldade contra animal - Abate de cachorro a tiros – Pratica ato contrário aos sentimentos de humanidade aquele que provoca sofrimentos desnecessários e injustificáveis a um cão, fisingando-o por intermédio de um anzol para, em seguida, abatê-lo a tiros (RT 176/94).

Crueldade – Caracterização – Para que se configure a hipótese do artigo 64 da Lei das Contravenções Penais não há necessidade da reiteração de atos de crueldade quando se trata de sevícia contra animal, bastando um só ato (RT 591/358).

Crueldade contra animal - Espancamento de égua desobediente – Agente que espanca cruelmente uma égua em face do comportamento anômalo do animal – Utilizando-se de um rebenque, o acusado provocou sérias lesões na cabeça, na barriga e nas ancas do equino, causando-lhe grande sofrimento (TACrim, Apelação 941.013-2, Lins).

Briga de galo – A briga de galos, embora para os galistas constitua um esporte, é evidentemente um ato de crueldade para com os animais, isto porque essas aves, quando levadas às rinhas, enfrentam-se em duelo mortal, sangrando-se, cegando-se e brigando até que uma delas caia prostrada ao chão e mortalmente ferida (RT 302/448).

Embora protegidos por legislação um pouco mais rigorosa, os animais selvagens enfrentam dramas ainda maiores. Caçadores, coureiros, contrabandistas e receptadores já levaram, no Brasil, algumas espécies nativas ao rol dos bichos ameaçados e extinção. Ninguém ignora que, apesar de proibido, o tráfico de animais da fauna nacional ocorre com relativa facilidade em certas regiões brasileiras. Tartarugas, araras e até macacos, por exemplo, costumam ser oferecidos ostensivamente às margens da rodovia Rio-Bahia e nos *mercadoes* do Nordeste. No pantanal matogrossense, apesar do policiamento, os caçadores de jacaré continuam destemidos. Pior quando o animal recém-capturado é remetido ao Exterior, via aérea, seja por rotas alternativas (envolvendo determinados países sul-americanos não adeptos da Cites, da qual o Brasil faz parte), seja em vôos comerciais (onde a maioria dos bichos despachados como mercadorias, em encomendas camufladas, chega sem vida ao destino).

Oportuno lembrar, destarte, que a única modalidade de caça proibida no Brasil é a profissional, conforme disposição contida no artigo 2º da Lei n. 5.197/67. Permite-se a caça de controle (destruição de animais considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública), a caça de subsistência (perpetrada pelo agente em estado de necessidade, para saciar a fome) e a caça científica (mediante licença especial concedida a cientistas e pesquisadores). Já a caça esportiva ou amadorista está regulamentada apenas no Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da Portaria 35/N, de 3.4.92, do Ibama, soando paradoxal que sua pretensa finalidade recreativa possa prevalecer diante do sofrimento e da morte dos animais perseguidos.

A mais grave dentre elas, sem dúvida, é a caça profissional, que movimentava em nosso País US\$ 1,5 bilhão ao ano. A mera existência de lei penal repressiva não implica, necessariamente, no fim do tráfico de animais silvestres. Talvez a melhor solução para o problema seja combater o mal pela raiz. Algo muito simples. A partir do momento em que as pessoas não mais adquirirem animais exóticos ou oriundos da selva, o ciclo do contrabando será interrompido. É a famosa lei da oferta e da procura: uma não sobrevive sem a outra.

A jurisprudência federal pode ilustrar melhor o assunto:

Contrabando de animais silvestres – Agente estrangeiro surpreendido tentando embarcar 39 espécies da fauna silvestre brasileira, adquiridos em feira – Tratando-se de crime inafiançável e praticado por alienígena que pretende ausentar-se do País, descabe a concessão de ordem de habeas-corpus para relaxar a prisão (Habeas-Corpus 0201562, Tribunal Regional Federal).

Incêndio em ilha oceânica, criadouro natural de aves – Destruição de 95% da flora e da fauna existentes – Palito de fósforo atirado à mata – Condenação por crime culposo – Efetivo dano ao patrimônio da União (Apelação 0412086, TRF).

Caça e abate de tatus – Crime contra a fauna – A caça de tatu, animal nativo, constitui crime contra a fauna, pois a proibição tem sido divulgada há anos em todo o território nacional (Ap. 0408104, TRF).

Caça profissional – Crime contra a fauna – Comprovado que o apelante havia contratado mão-de-obra para abater jacarés no Pantanal, bem como fornecido apetrechos para esse fim – Apreensão de grande quantidade de couro de jacaré destinada ao comércio – Recurso improvido (Ap. 03039055, TRF).

Apreensão de peles de animais silvestres – Crime contra a fauna – A apreensão, em poder do acusado, de 4.490 peles de diferentes animais da fauna silvestre brasileira denota,

presumivelmente, finalidade comercial – Condenação do réu (Ap. 0111736, TRF).

Quanto à fauna alada, a captura e o aprisionamento de pássaros canoros pode caracterizar crime ambiental, proteção essa que se estende, atualmente, às aves em rota migratória (importante salientar que, conforme as estatísticas oficiais, das 9.700 aves catalogadas no mundo, 1.600 sobrevoam o território brasileiro). Os criadouros regulamentados e a origem estrangeira da maioria dos pássaros destinados ao comércio acabam se tornando, na prática, a forma legal para se decretar a prisão perpétua dessas frágeis criaturas aladas, as quais padecem – quase sempre em minúsculo cárcere – por um crime que não cometeram.

As aves que aqui gorjeiam têm sido, também, objeto de apreciação judicial:

Crime contra a fauna – Infringe o art. 3º da Lei de Proteção à Fauna aquele que mantém em cativeiro, para o fim de comércio, centenas de pássaros canoros nacionais (RT 542/370).

Crime contra a fauna – Comercialização de pássaros silvestres – Comprovado que o agente conduzia, em seu veículo, grande quantidade de pássaros da fauna brasileira, em extinção, com finalidade comercial (Apelação 0213472, Tribunal Regional Federal).

Crime contra a fauna – Caracterização – O ato de oferecer à venda pássaros que não são provenientes de criadouro legalizado constitui infração à Lei de Proteção à Fauna (Ap. 0414666, TRF).

Crime contra a fauna – Apreensão de canários-da-terra mantidos em gaiola – Destinação comercial não comprovada – Indispensável para caracterizar o crime a finalidade comercial das aves apreendidas, o que não restou demonstrado nos autos – Recurso ministerial improvido (Ap. 0134252, TRF).

Crime contra a fauna – Apreensão de pássaros – Configura crime a captura de pássaros da fauna silvestre mediante utilização de visgo (massa gelatinosa que se passa nos galhos das árvores e prende os passarinhos) – Hipótese de condenação (Ap. 0131946, TRF).

Crime contra a fauna – Tráfico de aves consistente na apanha e venda de pássaros de nossa fauna silvestre – O apelante, por trazer pássaros (canários-chapinha) dentro de um caixote com fundo falso e escondido num saco, demonstrou sua consciência do ilícito penal – Crime caracterizado (Ap. 0105870, TRF).

IV - Dialética da compaixão

É certo que o pensamento dos sofistas e dos filósofos de Atenas, correlato à concepção bíblica de mundo, incorporou-se à educação européia da Idade Média até meados do século XVIII, repercutindo sob diversas formas no curso da história. Se de um lado essa influência permitiu o surgimento do positivismo jurídico no “Contrato Social”, de Thomas Hobbes, na visão privatista da “Teoria do Governo”, de John Locke, no paradigma da dominação de Francis Bacon e no mecanicismo científico de René Descartes, outros notáveis pensadores – em contrapartida - assumiram postura diferenciada na sondagem da condição humana e seu relacionamento com os demais seres vivos. Na antigüidade grega Pitágoras, vegetariano, já

acreditava na unidade do universo e, portanto, na interdependência de todas as criaturas do planeta. São Francisco de Assis, autor do belíssimo “Cântico das Criaturas”, atingiu tamanho grau de humildade e despojamento a ponto de associar-se em fraternal comunhão aos animais. O filósofo Montaigne, em um de seus ensaios críticos, escreveu que “aos homens devemos justiça, mas aos animais devemos solicitude e benevolência”. Fê-lo por acreditar que os bichos possuem leis naturais porque estão unidos pelo sentimento ao passo que os seres humanos possuem leis positivas porque unidos pelo apenas conhecimento. Vocábulo este, contudo, que não se confunde com sabedoria. Outro filósofo que trilhou nesse caminho foi Jean-Jacques Rousseau, ao atribuir à sociedade a origem de todos os males. Em sua derradeira obra, “Devaneios de um Caminhante Solitário”, Rousseau – acreditando que a sociedade corrompe o homem – entrega-se a uma atitude bucólica e contemplativa ao fundir-se, misticamente, com a natureza, em longos passeios pela solidão do campo.

Interessante ressaltar que a subjetividade é sempre o ponto de partida, tanto no racionalismo cartesiano, como no pensamento de Rousseau. Em oposição à ética mecanicista de Descartes, onde a razão se lança na aventura do conhecimento científico, a interioridade de Rousseau se traduz no próprio sentir. E esse volver a si mesmo, medida da interioridade do homem, é o que se pode chamar de legítima natureza. Algo que se opõe à visão enciclopedista e mecânica e fria daqueles que enxergavam a essência das coisas pelos olhos da ciência, como produto de uma cultura dominante. Em uma das pungentes passagens daquele livro, Rousseau lamenta a corriqueira prática da experimentação animal : *“Como observar, dissecar, estudar, conhecer os pássaros no ar, os peixes na água, os quadrúpedes mais leves que o vento, mais fortes que o homem e que não estão mais dispostos a se oferecer às minhas pesquisas do que eu a correr atrás deles para submetê-los pela força?... Não possuo nem o gosto nem os meios de mantê-los cativos, nem a agilidade necessária para segui-los em seu andar, quando em liberdade. Será, portanto, necessário estudá-los mortos, rasgá-los, desossá-los, escavar à vontade suas entranhas palpitantes?”*. Essa reflexão acerca da crueldade cometida em nome da ciência e o desejo de se lançar ao infinito permitiu ao autor um mergulho profundo na própria interioridade humana e descobrir, assim, sua verdade submersa.

Há que se questionar, portanto, se no campo do discurso filosófico existe aquilo que se pode chamar “ética dos animais” ou mesmo “direito dos animais”, haja vista a clássica concepção de que apenas o ser humano – capaz de assumir direitos e obrigações – pode figurar como sujeito do direitos. Esse entendimento, na realidade, pressupõe a existência de uma diferença qualitativa entre o homem e o animal, de modo a autorizar a preponderância daquele pelo poder, pela força e, sobretudo, pela capacidade maior de raciocínio. Tudo leva a crer quem embora alguns conceituados juristas já admitam a existência de um direito especial de proteção aos animais, a idéia de que não apenas o homem podem ser sujeitos de direitos vem ganhando força em vista do paradigma ambiental, de natureza holística. A idéia de considerar o animal não apenas bem móvel ou coisa, mas ser sensível, foi objeto de um original ensaio jurídico publicados por René Demogue, na França, em 1909. Na Itália, também no início do século passado, merecem distinção a obra de Piero Martinetti (“Piedade pelos animais”, de 1904), que contesta de maneira sublime as teorias que negam alma, sentimento, sensibilidade e inteligência aos animais, e, pouco mais tarde, a de Cesare Goretta (“O animal como sujeito de direito”, de 1928), que assim se pronunciou sobre o tema: *“Quem maltrata um animal desconhece a dor universal que há em cada ser vivente; ofende um direito que existe ainda que o animal não tenha os meios de fazê-lo valer. O exercício do direito não é portanto uma condição essencial para sua existência. Se pensarmos que existe uma psicologia animal, se pensarmos*

que o animal é um ser vivente capaz de sofrer e de pelo menos relacionar a causa ao efeito; que é dotado de uma natureza que, somente por grau, e não pela essência, difere da nossa, veremos que é evidente que tanto ao senso moral quanto à razão repugnam a idéia do animal como simples objeto”. Idéias essas que remontam, por afinidade, à filosofia de Arthur Shopenhauer, que, ao colocar a compaixão como fundamento da moral, fez o elogio do amor universal à natureza e aos animais.

A essência ética relacionada à tese de que os animais podem ser sujeitos de direitos não se restringe à capacidade de pensar ou de falar, mas à capacidade de sofrer. Tema esse brilhantemente desenvolvido pelo professor australiano Peter Singer, autor do polêmico livro “Animal Liberation” (Libertação Animal), que propôs – para tanto – a expansão dos horizontes morais do homem: “*Hábito. Esta é a barreira final que o movimento de libertação animal enfrenta. Hábitos não só de alimentação mas também de pensamento e linguagem devem ser desafiados e modificados. Hábitos de pensamento nos levam a considerar descrições de crueldade contra animais como algo emocional, ou então consideram o problema tão banal em comparação com os problemas dos seres humanos, que nenhuma pessoa sensata poderia gastar seu tempo e atenção com ele. Isso também é um preconceito – como poderá alguém saber que um problema é banal enquanto não empregar seu tempo para avaliar sua extensão?*”. Inegável, entretanto, que a obra de Singer representou um divisor de águas na causa protetiva dos animais, ao permitir a reflexão mais aprofundada do tema, revelando o que existe por trás das atitudes e comportamentos humanos em relação às criaturas subjugadas. Expôs, ainda, a face oculta da experimentação animal, denunciando a autêntica tortura praticada entre quatro paredes, sob os auspícios da deusa-ciência. E teve a coragem de dizer que, cessando de criar e matar animais para consumo, o homem poderia cultivar tanto alimento que, devidamente distribuído, acabaria com a fome do planeta. Porque Libertação Animal, concluiu o filósofo, significa Libertação Humana também.

Mas, voltando à atual realidade brasileira, apesar da promulgação do texto legislativo da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei federal n. 9.795/99) - carta essa que, somada à Lei Ambiental e respectiva regulamentação, traz renovadas esperanças para a defesa dos animais - ainda há muito que se fazer para mudar a mentalidade daqueles que se esquecem que a natureza é um *todo vivo* e não um mero conjunto de *recursos*. Ou daqueles que propagam a necessidade da preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras – homens, evidentemente – com inegável interesse utilitarista. Do mesmo modo, há que se questionar a própria expressão “desenvolvimento sustentável” diante de sua manifesta ambigüidade, eis que pode perfeitamente servir a objetivos contraditórios ou mesmo espúrios. O cenário em que se projeta nossa fauna – como um todo – é extremamente desolador, porque comprometido com interesses outros que não aqueles verdadeiramente relacionados ao respeito ou à preservação. Apesar da existência, atualmente, de tantas leis proibitivas de comportamentos cruéis, os bichos continuam padecendo nas arenas públicas, nas fazendas industriais, nas matas cada vez menores, nas águas poluídas dos rios, nos grilhões e engradados, nas mesas dos laboratórios, nos galpões mortuários ou nos cubículos insalubres em que vivem confinados, como se a compaixão pelos animais – diante da realidade brasileira - soasse pueril e supérflua. Já as leis permissivas de comportamentos cruéis, em contrapartida, funcionam como salvo-conduto às práticas imorais e antiéticas que incentivam, como se pode constatar nas leis que autorizam os rodeios e a jugulação cruenta, ambas de São Paulo, ou, então, na lei estadual catarinense que admite a prática da farra do boi em locais cercados (*mangueirões*). Ainda que se saiba da necessidade da lei como instrumento hábil a recriminar e/ou coibir condutas

moralmente reprováveis, difícil negar que a força coercitiva nem sempre é capaz de modificar as ações humanas. Nesse ponto surge o papel da educação: fomentar a mudança de posturas. Vânia Rall Daró, refletindo sobre esse tema, ponderou que “as leis podem inibir certos comportamentos; no entanto, elas não modificam necessariamente mentalidades, e é por isso que o equilíbrio social obtido por meio delas é frágil. Em outras palavras: a verdadeira modificação de comportamentos e de mentalidades decorre da educação, e não da força da lei. Mudanças essas que começam nas estantes das livrarias, e não nas publicações de leis nos diários oficiais”. Na impossibilidade, entretanto, de se alcançar a sociedade perfeita onde a harmonia entre os homens e o respeito aos animais fosse uma coisa natural – algo que não se vê nem mesmo na “Utopia” de Thomas Morus - há que se recorrer às leis e, sem prejuízo delas, a um novo modelo educacional.. Cabe aqui indagar, portanto, que tipo de educação ambiental interessa ao Brasil, aquela voltada à política conservacionista para a garantia dos chamados *recursos naturais* ou a outra, menos retórica, que ensine o homem a respeitar o caráter sagrado da vida.

Cabe ao Ministério Público da União e dos Estados, seja na propositura de ações penais, seja na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, exercer, em sua plenitude, a tutela jurídica da fauna. E contribuir, com os frutos desse trabalho, à educação ambiental que o País tanto necessita. Quanto mais pessoas se conscientizarem de que os bichos domésticos, as aves, os répteis, os peixes, os moluscos, as feras e os insetos fazem parte de um único e fascinante ecossistema e que possuem o direito a viver sem sofrimentos, cada vez mais nos aproximaremos do tão decantado mundo melhor. Nestes tempos de perplexidade, onde a engenharia genética começa a produzir *clones* de seres vivos, faz-se de rigor uma atitude ética perante a natureza. É aquilo que costuma dizer a ambientalista Edna Cardozo Dias, ao enfatizar que a harmonia social plena somente será alcançada com a comunhão entre homens, plantas e bichos. Essa interação cósmica do homem com tudo que lhe cerca, permitindo a ele aprender, com humildade, que cada criatura viva é apenas uma pequena peça na mágica engrenagem do Universo, parece ser o melhor caminho para o nascimento de uma sociedade pacífica, mais livre e menos injusta.

V - Conclusões articuladas:

1. A relação homem-animal, caracterizada invariavelmente pelo signo da crueldade, traz em si um sangrento histórico de domínio e de subjugação. Isso decorre, em parte, da dogmática judaico-cristã e do mecanicismo científico que inspirou o modelo antropocêntrico no mundo ocidental, onde os animais são considerados “recursos”, “coisas”, “semoventes” ou, simplesmente, criaturas destinadas a servir ao homem.

2. Embora surgidas apenas no último século, as leis brasileiras de proteção aos animais permitem a efetiva aplicabilidade daquilo a que se propõem. Com o cancelamento da Súmula 91 do STJ a competência nos crimes contra a fauna passou a ser, em regra, da Justiça Estadual. O que não impede o conjugação de esforços entre o MP federal e estadual na busca de um objetivo comum.

3. O Ministério Público se firmou como órgão mais capacitado à defesa ambiental no País, o que se comprova por seu avanço institucional ocorrido nos últimos vinte anos e consagrado na própria Constituição Federal. A desoladora situação da fauna brasileira, tantas vezes

submetida a atentados, abusos e maus-tratos, pode ser revertida se o MP incluir a tutela dos animais em seus planos de atuação.

4. Quinhentos anos passados desde o Descobrimento, muitos brasileiros ainda não se deram conta de que a proteção aos animais não representa apenas uma atitude sentimental, mas de respeito à vida e à própria sociedade. A verdadeira educação ambiental implica em uma mudança de mentalidade e de valores, permitindo ao homem refletir, sem preconceitos, sobre o caráter sagrado da vida.

VI - Bibliografia

Camargo Ferraz, Antonio Augusto Mello de - “Ministério Público e Afirmação da Cidadania”, edição do autor, SP, 1997.

Benjamin, Antônio Herman (organizador) – “Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente”, Imesp, SP, 1999.

Milaré, Édís – “Direito do Ambiente” – Ed. RT, SP, 2000.

Mazzilli, Hugo Nigro – “Manual do Promotor de Justiça” – Ed. Saraiva, SP, 1987.

Dias, Edna Cardozo – “A tutela jurídica dos animais” – Ed. Mandamentos, MG, 2000.

Becker, Idel – “Pequena História da Civilização Ocidental” – Companhia Editora Nacional, SP, 1972.

Prada, Irvênia – “A alma dos animais” – Ed. Mantiqueira, Campos do Jordão, 1997.

Barboza, Jair – “Schopenhauer – a decifração do enigma do mundo” – Ed. Moderna, SP, 1997.

Thomas, Keith – “O homem e o mundo natural” – Companhia das Letras, SP, 1998.

Singer, Peter – “Animal Liberation” – New York, Avon Books, 1990.

Darwin, Charles – “A expressão das emoções no homem e nos animais” – Companhia das Letras, SP, 2000.

Voltaire- “Dicionário Filosófico” – coleção Universidade – Ed. Tecnoprint, RJ, 1980.

Guimarães Júnior, Renato – artigo “O futuro do Ministério Público como guardião do meio ambiente e a história do direito ecológico” – Revista Justitia 143-150, SP, abr./jun 1981.

Dean, Warren – “A ferro e fogo” – Companhia das letras – SP, 1996.

Brügger, Paula – artigo “Visões estreitas na educação ambiental” – Rev. Ciência Hoje, n. 141, 1998.

Campos Batalha, Wilson de Souza – “A filosofia e a crise do homem” – Ed. RT, SP, 1968.

Da Silva, José Afonso – “Curso de Direito Constitucional Positivo” – ed. RT, SP, 2000.

Daró, Vânia Rall – carta a Laerte Fernando Levai, datada de 23 de abril de 2000.

Levai, Laerte Fernando – “Direito dos Animais”, Ed. Mantiqueira, Campos do Jordão, 1998

TESE 51

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 61 DA LEI 9099/95, E SEUS EFEITOS, NOS CRIMES PRATICADOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Marcellus de Albuquerque Ugiette

Promotor de Justiça - PE*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação específica que substituiu o Código de Menores, inspirado na Constituição Federal, inovou a concepção sobre a qual as normas anteriores foram edificadas (Código de Menores – Constituição Federal de 1934, 1937 e 1946), e inseriu a doutrina da proteção integral, objetivando que a criança seja vista como cidadã, sujeito de direito, destinando-a PROTEÇÕES DEFINIDAS E PRIORITÁRIAS, por se achar em fase de desenvolvimento.

A Declaração de Direitos das Crianças, assinada em Nova York em 1989, já concebia a espécie da proteção integral, e a frase tema já exportava “*A humanidade deve dar a criança o melhor que lhe pode dar*”.

O ensejo era para que a criança gozasse de proteção especial, dispondo de oportunidades de serviços indicados pela Lei e outros meios, possibilitando-a saudável desenvolvimento físico, mental, espiritual e social. A sociedade mobilizada, emendou e definiu o texto do artigo 227, oferecendo-nos novos horizontes e levando-nos a debruçar sobre o tema.

Justamente no contexto dessa nova doutrina ditada pela carta maior e posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é que as questões referentes à criança e ao adolescente tomaram um rumo diferenciado e a proteção ao adolescente, sem paternalismo, passou a ter gerência de atendimento com diretrizes descentralizadas, clamando pela participação popular, comunitária, por meio das entidades e organizações representativas, para formulação e controle de políticas e ações – vide art. 204 CF.

I - Fundamentação

Evidentemente que, na medida em que o ECA, no rastro da Constituição Federal, inovou na política de ação e proteção à criança e ao adolescente, se dispôs também a apresentar – e apresentar -, uma justiça de menores, esta de todo modo diferenciada, e com rótulos, ritos e contornos peculiares.

*Promotor de Justiça da 2ª Vara das Execuções Penais/PE e professor de Direito Penal e Processo Penal da APC/PE

Vários são os aspectos que podem ser enfocados em um estudo acerca dos atos infracionais praticados pelas crianças e adolescentes, e de modo intenso, aqueles praticados contra as crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança, apesar de ser legislação bem anterior à Lei que criou e definiu os crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9099/95, contempla apenas dois tipos penais que, em princípio, se enquadram na recente Legislação dos Juizados Especiais Criminais, mesmo assim quando a conduta se apresentar como culposa.

Vejamos:

“Art. 228 – Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de dar atenção à saúde de gestante e manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato

Pena - Detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo Único: Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de dois a seis meses, ou multa”.

“Art. 299 - “Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento, de dar atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único – Se o crime é culposo:

Pena – detenção de dois a seis meses ou multa”

As outras hipóteses contempladas como crimes pelo *ECA*, tem sanções que variam de 06 meses a 02 anos, ficando a margem da definição de delitos de menor potencial ofensivo.

A propósito do tema, os chamados crimes de menor potencial ofensivo, são aqueles a que a lei determina procedimento especial, a exemplo dos crimes contra a propriedade imaterial, crimes contra a honra, crimes falimentares, crimes de responsabilidade de funcionário público, infrações conexas ou continentes a outras não sujeitas ao rito da Lei 9099/95 e, quando a complexidade ou circunstância do caso não permitirem a formulação da Denúncia. Vale frisar ainda, que se o menor de 21 anos e maior de 18 anos pode oferecer queixa crime (art. 34 do CPP), também pode exercer o direito de representação, hipótese vislumbrada na citada Lei dos Juizados Especiais, o que jamais pode se cogitar em favor da criança e do adolescente.

Sem o objetivo de efetivar igualdade entre as personagens, em casos inseridos na Lei 9099/95, em sendo o autor do fato portador de deficiência mental, o que leva a indagação quanto a sua inimputabilidade, a competência para conhecimento do feito se desloca para as varas comuns. Ora, como se pode então cogitar de se dispor da vontade, interesse ou objetivo da criança e do adolescente.

O crime praticado contra a criança e o adolescente, em sua essência e pela sua natureza, jamais pode ser considerado de menor potencial ofensivo, tampouco inserir-se nos benefícios da Lei 9099/95.

Feitas tais divagações, apenas por amor ao debate, percebe-se então, que apenas nos dois artigos 228 e 299 do *ECA*, poder-se-ia cogitar, como tem ocorrido, de inserir-se os casos no rol daqueles apreciados pelos Juizados Especiais Criminais, o que entendo como uma posição incorreta e equivocada, tanto do ponto de vista da filosofia adotada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto do ponto de vista da interpretação das legislações em debate e ainda em face das dificuldades práticas, todas de fácil percepção.

O conceito jurídico de criança e de adolescente, até o presente momento é variável e o próprio Código Penal não define tal conceito, deixando-o a mercê do bom arbítrio e da lógica na utilização do bom direito.

Ora, por tal entendimento já alhures salientado pela doutrina, não há como se olvidar da incidência, nos casos acima apontados, da agravante descrita no art. 61, inciso II, alínea h do Código Penal, incluindo-se outros delitos previstos na mesma legislação substantiva penal.

O *ECA* definiu no seu artigo 2º, que criança é a pessoa que ainda não completou 12 (doze) anos e adolescente aquela que tem entre 12 (doze) a 18 (dezoito) anos.

Com o advento da Lei 9099/95, cresceu de importância a figura da vítima - sujeito passivo do crime - que, efetivamente tem papel de destaque no que concerne à aplicação da Lei Penal, uma vez que a sua vontade passou a ter relevância, distintamente do entendimento anterior, que não privilegiava os seus interesses e objetivos.

Com tal análise, se cogita da aplicabilidade ou não do dispositivo da novíssima Lei 9099/95, precisamente o Art. 61 do dito Diploma Legal enfocado, de modo especial nos dois casos que se cogita inseridos no contexto do referido art. 61, os delitos tipificados no art. 228 e 299 do *ECA*.

Nesse estudo, é de relevância se entender que o *ECA* é, em boa parte, uma Lei Penal, não de aspecto proibitivo, mas a exemplo do Código Penal, de caráter definidor, tipificador. A orientação procedimental nos impõe que para o elenco de crimes previstos na Lei Especial da Criança e do Adolescente, a ação penal pública incondicionada (Art. 227 da Lei 8.069/90), determinando que aos delitos definidos a partir do Art. 228, sejam aplicadas as normas gerais da parte geral do Código Penal e no que se refere ao processo, o procedimento normativo da legislação adjetiva penal - vide art. 226 do *ECA* .

II - Conclusão

Sendo a criança e o adolescente, no entendimento essencial do *ECA*, seres humanos em processo de desenvolvimento e diante da evidência de que a Constituição Federal os trata como questão de prioridade absoluta, fica claro que os crimes praticados contra as crianças e os adolescentes não devem se inserir nos benefícios trazidos pela Lei 9099/95, aplicáveis a quem pratica delitos de menor potencial ofensivo.

A rigor, o conceito de crime de menor potencial ofensivo é subjetivo, e diria mesmo que é relativo, e em tratando-se de delito praticado contra criança e adolescentes, na filosofia ditada pelo *ECA* e pela *CF*, jamais poder-se-ia entender como de menor potencial ofensivo, uma vez que a figura da vítima em tais casos, tem tratamento especial.

Afora tal argumento, existem fundadas dificuldades práticas, tanto no que se refere a composição civil quanto no que se refere a transação, institutos tratados na Lei 9099/95, mesmo pela necessidade de representação e assistência, o que no caso da composição civil não traria nada de positivo à pessoa da vítima-criança e adolescente. No caso da transação é mais grave ainda a sua admissão, uma vez que fere os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da Ação Penal. Em síntese, não seria a vontade da criança vítima ou adolescente, o ponto chave e efetivo na composição civil, ou transação.

Fica então por demais evidente, da impossibilidade jurídica e fática, do disposto no art. 61 e seguintes da Lei 9099/95, nos casos de delitos praticados contra a criança e o adolescente, sendo tal entendimento sustentado pelo texto do art. 77 da mesma Lei 9099/95, e, mesmo nas hipóteses cuja pena máxima não seja superior a um ano, o fato ou evento deve ser de competência do juízo comum, dispensando-se a cogitada inserção nos juzizados especiais criminais.

Assim, é inaplicável a regra básica do art. 61 e seguintes da Lei 9099/95 aos crimes praticados contra criança e adolescente, mesmo nas hipóteses dos Arts. 228 e 299, em face da importância da figura da vítima, da própria filosofia emprestada pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela própria impossibilidade prática de aplicação do mencionado texto .

Fontes:

Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal,

Trabalho das Dr^{as} Maristela de O Simonin e Janeide O Lima, e Palestra do Dr. Marcellus Ugietto no Seminário de Erradicação do Trabalho Infanto-Juvenil e Crimes Contra a Criança e

O Adolescente – Macéio/AL., 1996, e o Livro o Direito do Menor (Wilson Barreira e Paulo R. G. Brazil).

TESE 52

A NECESSIDADE DE LAUDO PSICOLÓGICO COMPROBATÓRIO DO DISPOSTO NO ART.83 PARÁGRAFO ÚNICO DO CPB PARA OS CONDENADOS PELA PRÁTICA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Rosemary Souto Maior de Almeida*

Promotora de Justiça de Itambé- PE

O instituto do Livramento condicional é um benefício a ser concedido aos condenados, desde que sejam observados os requisitos objetivos e subjetivos disciplinados no art.83 do Código Penal Brasileiro.

MIRABETE em seu Código Penal comentado, assinala que o livramento condicional” *última etapa do sistema penitenciário progressivo, constitui na concessão, pelo juiz, da liberdade antecipada ao condenado, quando preenchidos os requisitos legais, ficando sujeito a determinadas exigências legais ou fixadas pelo magistrado durante o restante da pena que deveria cumprir preso. É um direito do sentenciado que preencha os pressupostos objetivos e subjetivos previstos em lei, devendo ser concedido pelo juiz.*”¹

O livramento condicional é forma de execução da pena privativa de liberdade .Mecanismo mais branda de cumprimento da sanção penal imposta, na verdade constitui direito subjetivo público do agente (RT 705/367). Por outro lado, o Juiz da execução penal ouvirá o Conselho Penitenciário para decidir sobre a concessão ou não da medida, nos termos da LEP, arts.70 Inciso I e 131.

A violência doméstica , manifestada na forma de violência sexual, assume nuances que imprimem uma característica própria de crueldade e periculosidade por diversas razões. Primeiro porque quando o acusado ou acusada é finalmente processado e ao final condenado, significa dizer na prática , que se rompeu a lei do silêncio , imperativo na maioria dos casos. Em segundo , a constatação de um dado complicador: os criminosos voltam ao cenário familiar do crime, evidenciado o que **GUERRA, V.N.A** denominou *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada.*² A propósito da reiteração da violência sexual perpetrada no seio familiar, por “pessoas” que aviltam a cidadania infanto - juvenil, reduzindo a criança e o adolescente a objeto de prazer e concupiscência, onde a obrigação dessas “pessoas” seria cuidar, proteger, educar esses seres humanos em desenvolvimento sob a sua custódia.

*Representante do Ministério Público Estadual no Conselho Penitenciário

1. **Júlio Frabini Mirabete**, *Código Penal Interpretado* , São Paulo, Atlas ,1999 , p. 460

2. **Viviane, Nogueira Azevedo Guerra**, *Violência de pais contra filhos : a tragédia revisitada*, São Paulo, Editora Cortez ,1988.

Os monstros humanos, conhecidos pela alcunha de pais, mães, padrastos, madrastas, autores dos crimes sexuais contra criança ou adolescente, ao cometerem seus delírios sexuais, movidos por instinto sexual sem fronteiras, atingem a dignidade de suas vítimas, traumatizando-as para o resto da vida. Condenados pela violência sexual empregada no lar, após cumprimento do lapso temporal, comportamento satisfatório onde se encontra recolhido, devem, simplesmente retornar ao convívio familiar sem qualquer tratamento? Fatalmente voltarão a molestar suas vítimas indefesas, presas fáceis e sempre disponíveis.

O que fazer para acompanhar a mudança da personalidade desses condenados rumo a liberdade antecipada? Sentenciados com perfil psicológico específico, crimes sexuais cuja natureza e circunstâncias presumirão que eles voltaram a delinquir (art.83, Parágrafo único do CPB). Como colocá-los em liberdade antecipada sem qualquer verificação e condenar por antecipação vítimas inocentes, que por si não reagirão aos instintos bestiais, pelo contrário são impedidas de se esquivar da fúria desses algozes, por força determinante das circunstâncias familiares, sócio-econômicas e até culturais.

O desafio que colocamos em questão é como conciliar essa realidade cruel e fatalista com a liberdade individual de um sentenciado frio, calculista e monstruoso.

Nos crimes dolosos, praticados **com violência ou grave ameaça** à pessoa, além dos requisitos objetivos e subjetivos já aludidos, é imprescindível um requisito específico: **constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir** (art;83, Parágrafo único do CPB).

DELMANTO em sua obra, diz expressamente: “**Eufemisticamente, o que aqui se pede é a velha presunção de não-periculosidade, que a reforma penal de 84 tanto combateu, em nome da culpabilidade. Assim, deve o Juiz, pela apreciação da personalidade do condenado, inferir a probabilidade de que ele torne ou não a delinquir**”³.

No projeto da Lei n.º7.209/84, a *perícia* seria o meio para se aferir se o condenado preencheu ou não tal condição. Com a emenda foi abolida a obrigatoriedade da *perícia* Ficou a critério do Juiz da execução fazer a constatação, por meio do próprio procedimento da execução, podendo para tanto, se assim entender, no caso concreto, pesquisar o processo original de que resultou a condenação ou fazer outras consultas. Entre elas, sugerimos a inclusão de avaliação psicológica na forma de Laudo Pericial, nos casos em comento.

A não obrigatoriedade de exame psiquiátrico ou perícia do liberado, não tem o condão de proibir que o juiz assim determine, se é necessário ao seu convencimento (STF RT 604/468; RT 603/451; TRF da 4ªR.,AgEx 20.201,mv -DJU 21.12.90,p.31543) onde se constata que se dispensa o exame, mas não o proíbe.

O art.83 Parágrafo único do CPB é compatível com a Constituição de 1988(STF,RTJ 151/890).

Nos casos dos crimes sexuais resultantes do emprego de violência doméstica, face os indicativos em foi praticado, impõe por si uma avaliação mais criteriosa pelo Juiz da execução penal. Uma avaliação psicológica específica, ou seja, mediante laudo circunstanciado ,obtido através de acompanhamento psicológico obrigatório, onde se condicionaria um tratamento compatível com o paciente condenado, para no curso do procedimento concluir ao final,

3. Celso, Delmanto, *Código Penal Comentado*, Atualizado e ampliado por Roberto Delmanto, 3ª edição - Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1991, p.135.

objetivamente se ele preencheria a exigência do art.83 Parágrafo único do CPB. Caso contrário, mesmo observados os demais requisitos genéricos (objetivos e subjetivos) não faria *jus* ao benefício. O Juiz das execuções pelo critério proposto, teria maiores condições de avaliar o grau de periculosidade do condenado , e, acima de tudo, agir preventivamente, evitando a reiteração da prática delitiva.

As seqüelas produzidas nas vítimas são marcas indelévels , complexas e com reflexos na vida adulta. Crianças e adolescentes , vítimas em potencial carecem da atuação preventiva do estado, no combate mais agressivo da violência familiar sexual revisitada. A cidadania infantil e juvenil agradecerá pelo cuidado, dedicação e atenção com o seu futuro ,**prioridade absoluta**, garantida na Lei maior de 1988.

O condenado não apto a reintegração na sociedade com arrimo na constatação de que facilmente voltará a delinquir , não deve ser colocado em liberdade. Afinal de contas, o instituto do livramento condicional é na verdade uma liberdade mediante certas condições , quando as exigências legais não são observadas acarretarão o cumprimento integral da pena. Maior espaço de tempo para tratamento do custodiado, que, ainda , não é portador de conduta satisfatória para voltar ao convívio da família.

A violência familiar sexual é uma constatação. A maioria dos casos ficam impunes. As vítimas carregam consigo durante toda a sua existência um fardo enorme, um misto de culpa e desprezo , precisam de ajuda para superar os traumas profundos, pois na verdade as violências são repetidas, indefinidamente , até que o ciclo seja interrompido. A auto estima dos seres humanos vítimas são aniquiladas. A alegria de viver, típica da idade, afoga-se. A melancolia, depressão, angústia, são as palavras de ordem que consomem e destroem o amor, alegria e esperança no futuro. Registra-se um número considerável de suicídios como consequência nefasta da ação criminoso consumada. Pessoas que ,na maioria das vezes, não são levadas a sério, o adulto, o senhor dominador, ainda, é o detentor da vida e morte das crianças e adultos , abusados sexualmente, na maioria das vezes , totalmente impunes.

Jurisprudência sobre a matéria: a) *Constitucionalidade da exigência dos requisitos* - “ O instituto do livramento condicional é regido pela legislação ordinária. Esta , no que prevê a necessidade de o condenado atender a requisitos objetivos - cumprimento de mais da metade da pena - e subjetivos - exame sob o ângulo social e psicológico , compreendidos no gênero ‘ exame criminológico não conflita com a Constituição Federal de 1988. A regra é o cumprimento da pena imposta , consubstanciando exceção a liberdade antes do termo final” (DJU de 18/09/92,p.15.409) ; b) Necessidade de aptidão psicológica - TACRSP : “ Para a concessão do livramento condicional , deve haver a certeza de estar o sentenciado em condições de obtê-lo, para que se desenvolva normalmente o processo de reintegração social, não bastando apenas o tempo de pena cumprido e o bom comportamento carcerário , fazendo-se mister a devida aptidão psicológica, com adequação temperamental e senso de responsabilidade” (RJDTACRIM 31/42); c) *TJRS*: “Para conceder o livramento condicional necessário o exame criminológico previsto no art. 83, parágrafo único, do CP, pois o Juiz da Execução pratica a justiça da própria justiça ao devolver ao convívio social o cidadão que foi condenado por estupro contra a própria filha menor de idade” (RJTJERGS 153/53); d)*TJRS* :” O livramento condicional não tem como pressupostos aspectos apenas de natureza temporal, mas requer, para sua obtenção, demonstração de que o liberado não mais ofereça, em face de sua plena recuperação, riscos à sociedade “(RJTJERGS 147/78); e) *TJSP*:” Além do mais, a concessão do benefício

a condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa fica subordinada à constatação das condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir “(RT 638/ 284); f) *TACRSP* :” A liberdade antecipada de criminosos, facultada pela lei , somente pode ser concretizada se houver razoável certeza, apoiada em pareceres técnicos, de que os mesmos não voltarão a delinquir , vez que , entre o direito, em tese, que um sentenciado de alta periculosidade e inadaptado à vida social possui de ser colocado em liberdade , antes do prazo fixado na sentença , e o direito concreto que tem a sociedade de viver em segurança , a opção indiscutivelmente deve favorecer a última “(RJDACRIM 20/36); g) *TJRS*: “Embora não seja obrigatório o exame criminológico, para fins de concessão do benefício, podendo o magistrado apurar por outros meios as condições postas no art. 83, parágrafo único, do CP, este laudo impõe-se quando os autos fornecem elementos sobre tais condições, especialmente quando exame anterior não recomendava o benefício e o crime pelo qual o cumprimento da pena se deveu a desvio sexual , vitimado o marido, com co-participação de lésbicas , desajuste ainda não resolvido e vida futura projetada na companhia de pessoa do mesmo sexo” (RJTJERGS 161/68).No mesmo sentido, STF: RT 604/468; TJRS: RJTJERGS 114/89.

CONCLUSÃO : Diante dos argumentos aludidos, constatamos a necessidade imperiosa de se exigir exame pericial (psicológico) aos condenados por crimes de violência doméstica sexual, contra crianças e adolescentes para verificação da exigência legal do parágrafo único do art. 83 do Código Penal Brasileiro.

TESE 53

PRESSUPOSTOS NORTEADORES DO NÃO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FATAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Rosemary Souto Maior de Almeida

Promotora de Justiça de Itambé - PE

A violência fatal contra crianças e adolescentes é uma realidade que exige uma reflexão sobre o conceito de violência familiar, suas conseqüências no mundo Jurídico e uma tomada de posição dos operadores do Direito a luz de uma *Cultura Cidadã* para a Infância e Juventude, exigência determinante do século XXI, principalmente para os membros do Ministério Público, guardiões da cidadania do povo brasileiro.

Repudiar todas as formas de violência doméstica: a negligência, a violência psicológica, a violência física, sexual praticados contra seres humanos de 0 até 18 anos. Manifestações concomitantes ou diversas no tempo e no espaço em cadeia crescente, de meras palmadas até a fatalidade. Vistos, ainda, por muitos, como pessoas de segunda categoria, subjugados pelos adultos, executores de todo o poder de mando sobre eles, justificados pela **Pedagogia Violenta**, disciplinadores do direito de vida e morte de inúmeros cidadãos brasileiros, considerados mirins até no seu direito a integridade física, que segundo ditames Constitucionais e Legais, são pessoas em desenvolvimento e merecedoras do direito de proteção **à vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência**.¹

Viver de maneira sadia, harmoniosa e sobretudo com dignidade implica viver sem castigos físicos.

Os Promotores de Justiça da Infância e Juventude e os Promotores Criminais tem o dever funcional de agir sempre em defesa da prevenção e repressão dos crimes desta natureza. O direito de viver de inúmeras crianças e adolescentes estão sendo negados por quem tem o dever de protegê-los. O Ministério Público por determinação Constitucional é uma dos órgãos legitimados em garantir as políticas públicas que proporcionarão o exercício pleno da cidadania Infante-Juvenil. Os Conselhos Tutelares e uma sociedade civil organizada são grandes aliados nesta tarefa.

A maioria das ocorrências que registram a morte de crianças, principalmente menores de sete anos de idade, são simplesmente **ARQUIVADAS** por iniciativa da Promotoria de Justiça com base em fundamentos que somente corroboram o caráter de vítimas desprestigiadas,

1. art.7º da Lei n.º8069/90, de 13/07/90

ou seja, cidadãos de segunda classe, que o único mal que portavam em vida eram os de ter nascido. Os Magistrados, por sua vez, por comodidade ou omissão acatam sem qualquer indagação as propostas de arquivamento pugnadas pelo Ministério Público, olvidando o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.²

É pertinente ressaltar que o Inquérito Policial como simples *informatio delicti*, não pode o Juiz determinar o arquivamento de ofício, em razão de ser peça que interessa precisamente ao órgão de acusação (RT- 464/401). No mesmo sentido: RT 174/79, 349/529, 403/ 100.

A propósito da obra de Azevedo e Guerra, expoentes na matéria Violência Doméstica no Brasil, após pesquisarem no Estado de São Paulo detectaram dentre outros, os seguintes argumentos utilizados pelos membros do MP, para arquivarem as peças informativas e que causaram espécie e provocação institucional na signatária do presente. Selecionamos os casos: a) "porque o fato fugia à esfera da previsibilidade humana, não se pode falar em culpa, pois os pais, vencidos pelo cansaço, tornam a dormir após acordarem reiteradas vezes durante a noite para dar assistência a criança" - **Criança de 11 meses, morte por afogamento. O Juiz reconhece o Acidente imprevisível (arquivado);** b) "pois o resultado fatal não pode ser imputado aos genitores, porque o comportamento imprudente das crianças pode criar situações imprevisíveis de perigo, escapando à previsibilidade de pais mais diligentes" - **Criança de 02 anos, morte em consequência de queda de tanque. O Juiz reconhece acidente imprevisível por imprudência da vítima (arquivado);** c) "alegando não ser o fato previsível, pois as crianças estavam a cem metros de distância da piscina e os genitores não podiam imaginar que a vítima percorreria distância em tão pouco tempo" - **Criança de 18 meses, morte por afogamento - O juiz adotou a manifestação do MP (arquivado);** d) "pois não se apurou qualquer ilícito penal" - **Criança de 19 meses de idade, morte em decorrência de queda da cama. O juiz aceitou o pedido do MP (arquivado);** e) "pois o fato revestiu-se de verdadeiro caso fortuito" - **Criança de 01 ano, morte por queda de beliche - O juiz acolheu o pedido de arquivamento;** f) "Trata-se de inquérito policial instaurado com a finalidade de apurar crime de agressão e maus-tratos, tendo como vítima criança de dois anos de idade. Segundo o apurado, a criança fora encaminhada ao PS, quando ali se constatou existência de lesões que poderiam ser oriundas de maus - tratos. A vítima esteve internada por alguns dias e acabou falecendo. A genitora da menor e seu companheiro foram indiciados. É o sucinto relatório. Pelas provas constantes dos autos, entendemos que o inquérito deva ser arquivado. De feito inexistem provas de que os indicados tenham agredido ou seviciado a menor, de forma a causar-lhe lesões corporais ou morte. De feito ambos negaram qualquer agressão e as testemunhas inquiridas confirmaram que a criança era bem tratada pelos indicados e nunca souberam do uso de violência nos meios de correção ou disciplina. Outrossim informaram os indicados que as queimaduras das mãos da criança ocorreram por ela ter segurado uma panela quente que estava no fogão e que as lesões em seu corpo ocorreram em razão de uma queda da escada que existia na casa, fato comprovado pelo laudo de local. Assim, impossível o oferecimento da denúncia baseada em suposições e notícia anônima, sem qualquer amparo em prova ou indícios. DO EXPOSTO, por entender não caracterizada a infração penal e faltando elementos a formar a "opinio delicti" ensejadora de "persecutio criminis", requieiro o ARQUIVAMENTO dos autos, ressalvada a hipótese do artigo

2. art.28 do CPB - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar impropriedades as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

28, do Código Penal. Criança de 02 anos, morte em consequência de lesões corporais. O juiz acolheu o parecer de arquivamento do MP; g) "Os parentes da vítima foram ouvidos e todos afirmaram que a mesma sofreu na verdade um acidente ao manusear uma arma que estava guardada no interior de um armário sob um fundo falso". Adolescente de 12 anos, morte por acidente imprevisível. O Juiz arquivou o feito; h) "por ausência de elementos convincentes da culpabilidade da genitora da vítima". Criança de 18 meses, morte por afogamento. O juiz deferiu o requerimento do MP.

Diante das conclusões obtidas no citado livro, as trágicas ocorrências de mortes resultantes de violência familiar fatal contra crianças e adolescentes não podem e não devem ser arquivadas com base em critérios meramente subjetivos, reticências psicológicas, exigências absurdas como por exemplo: condicionar a denúncia dos pais ou responsáveis mediante provas cabais, tais como: perícias impossíveis de se obter porque a lei do silêncio ainda impera quando a criança ou adolescente é castigado fisicamente, reiteradas vezes até o dia fatídico. É impossível no âmbito familiar, ou seja, locais denominados de "lares", residência ou coisa que o valha, onde somente os adultos detêm o poder absoluto dessas criaturas, submetidas a toda a sorte de violência. A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento nos termos do art.6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela da cidadania desses seres humanos impõe um tratamento igualitário com relação ao crimes em que os adultos são vítimas fatais. Critérios objetivos que garantam a propositura da Ação Penal Pública pelo Ministério Público, o devido processo legal, contraditório, enfim toda a instrução criminal que certamente terá maiores esclarecimentos e ao mesmo tempo, proporcionará menores índices de impunidade, que segundo Pedro Demo em sua obra **Pobreza Política** conclui que " *O estado de impunidade caracteriza-se pela capacidade de produzir a fraude sem ser molestado pela vítima, porque a esta se nega o direito de reagir. É, certamente, a situação mais drástica de prepotência política, porque é concebida e exercida de modo ilimitado. O poder impune necessariamente se corrompe, pois a impunidade é a forma máxima de corrupção. Aquilo que seria uma tendência natural, ou seja, o poder aproveitar-se do poder, torna-se compulsoriedade, dentro da regra de jogo sem jogo e sem regra, que é prepotência típica e rasteira. A fraude, de infração, vira norma.*"⁴

Um novo e reparador olhar sobre a infância é inevitável, vislumbrá-la em toda sua plenitude. Crianças pessoas que carecem de proteção até a idade adulta, muito cuidado, carinho, orientação, ao invés de compreendidas como algozes de si mesmo, vítimas provocadoras, responsáveis pela própria fatalidade, uma concepção totalmente equivocada e absurda em pleno século XXI.

Nossa proposta consiste em adotar como paradigmas os seguintes pressupostos:

a) Crianças e Adolescentes vítimas de violência domésticas são cidadãos e assim devem ser tratadas como tal, sujeitos de direito e não objeto de direitos. A desigualdade ontológica existente, dominada pela relação de poder do adulto, não pode ficar adstrita a meros subjetivismo, pois a cultura adultocêntrica deve ser substituída pelo paradigma da cultura cidadã

3. **Infância e Violência Fatal em Família**, Maria Amélia Azevedo, Viviane Nogueira de Azevedo Guerra - São Paulo, Iglu, 1998, p.114/135.

4. **Pobreza Política**, Pedro Demo - 5ª edição, Campinas - SP. Ed. Associados, 1996, p.30

b) Como vítimas fatais as crianças e os adolescentes são sempre vítimas até provas contundentes em contrário, sem quaisquer dúvidas;

c) Em caso de dúvida, não se pode olvidar a **prioridade absoluta**, garantida na Constituição Federal de 1988, da idêntica interpretação de que quando há dúvidas em relação ao adulto a decisão de pronunciar vincula-se em prol da sociedade, quando a dúvida for em relação a “ **condição peculiar de pessoa em desenvolvimento**”, propomos que ao invés de arquivar simplesmente, legitimando o processo de vitimização da **Violência Doméstica fatal**, predomine o novo olhar onde o Promotor de Justiça possa inverter o princípio aludido, substituindo-o pelo “*In dubio pro infante juvenil*”;

Quando os responsáveis pelo crime tiverem filhos (crianças e adolescentes) em sua guarda, avaliar sempre se é caso ou não de requerer a custódia preventiva de um dos dois ou de ambos, por ocasião da denúncia, sempre após uma avaliação multidisciplinar sobre o caso.

CONCLUSÃO: Em face dos argumentos ventilados, propomos como pressupostos os norteadores **a, b, e c**, para o não arquivamento das peças informativas nos casos de violência doméstica fatal contra crianças e adolescentes, como forma de enfrentamento da questão, evitando a impunidade e rompendo a lei do silêncio, na busca de novos paradigmas em defesa da cidadania das crianças e dos adolescentes.

TESE 54

APROVEITAMENTO DE PROVAS ILÍCITAS EM CASOS EXCEPCIONAIS E GRAVES

César Dário Mariano da Silva
8º P.J. do II Tribunal do Júri de São Paulo

Sumário

- I. Introdução
- II. Fundamentação
- III. Conclusão
- IV. Bibliografia

I - Introdução

O tema enfocado nesta tese é, sem dúvida, um dos mais interessantes e controvertidos no âmbito do direito processual penal.

Preocupou-nos a interpretação extremamente garantista que vem sendo dada pelos Tribunais e doutrina a respeito das provas obtidas por meio ilícito. Enquanto a criminalidade organizada começa a se instalar no Brasil, nossos legisladores abrandam penas e descriminalizam condutas, a pretexto de modernizarem o ordenamento jurídico pátrio, esquecendo-se que a sociedade exige punições mais rigorosas para crimes violentos ou que atentem contra o patrimônio público.

No âmbito do Direito Processual Penal, tudo o que favorece o réu é adotado por alguns juristas, que, igualmente, esquecem-se que a sociedade também tem de ser protegida e que valores constitucionais, que não são absolutos, têm de ser sopesados a fim de saber qual deles deverá prevalecer em determinado caso concreto.

A abordagem que pretendemos fazer sobre o assunto, longe de possuímos a pretensão de esgotá-lo, é justamente quanto a possibilidade do aproveitamento de provas ilicitamente obtidas em determinados casos excepcionais e graves, em que direitos e garantias da sociedade como um todo e de alguma pessoa do povo estejam em litígio.

II - Fundamentação

O direito à prova, embora esteja assegurado na Constituição Federal através dos direitos de ação, defesa e contraditório, não é absoluto. Em qualquer democracia, a ordem constitucional e legal deverá ser obedecida, mormente quando da postulação em Juízo, um dos momentos culminantes do Estado Democrático de Direito. De tal forma, embora a busca da verdade real seja o objetivo principal do processo penal, certos limites deverão ser obedecidos quando da produção probatória. São exemplos desses limites a proibição de exibição ou leitura de documentos no plenário do Júri, se não for dada ciência da existência deles à parte contrária no prazo de três dias antecedentes ao julgamento (art. 475, CPP); a proibição de depor a determinadas pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar sigilo (art. 207, CPP), etc.

É que os homens, embora possuam direitos de índole constitucional à produção da prova (direito de ação, ampla defesa e contraditório), tais direitos têm de conviver harmonicamente com outros direitos também de ordem constitucional, de modo que nenhum deles seja irregularmente exercido e venha a colocar em risco a ordem pública e direitos de outrem. Assim, havendo dois direitos de cânone constitucional conflitantes, deverá preponderar aquele de maior valia e que não seja pernicioso à sociedade.

O processo, como o meio pelo qual o Estado exerce a jurisdição, tem de ser pautado pela estrita legalidade. Essa legalidade nada mais é do que a observância dos mandamentos constitucionais e legais que regem tanto o processo civil quanto o penal. É uma garantia das partes, que vêm no Estado o mecanismo para a solução de seus conflitos de interesses. Assim, há a necessidade da perfeição do ato judicial para que ele possa produzir seus efeitos, sob pena dele ser declarado inválido ou ineficaz. Em brilhante conclusão sobre o assunto, discorreu Gomes Filho, diferenciando a inadmissibilidade da nulidade:¹

“Mas, enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consume. Como anota Julio Maier, la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) ao proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento”.

Antes de enveredarmos no campo da prova ilícita propriamente dita, urge conceituarmos e diferenciarmos as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Diz, sobre o assunto, Mirabete:²

“Pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual penal, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”.

Todavia, para efeito de invalidade, pouco importa se a violação é de ordem material ou processual. Dizem Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:³

1. *Direito à prova no processo penal*, p. 94.

2. *Código de processo penal interpretado*, p. 218.

3. *As nulidades no processo penal*, p. 113.

“... ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material”.

É importante ressaltar que não há unanimidade entre os doutrinadores sobre a exata definição do que seja prova ilícita ou obtida por meio ilícito. Alguns autores utilizam-se das expressões “prova proibida”, “prova ilegal”, “prova ilegalmente obtida”, “prova ilícita”, “prova ilicitamente obtida”, etc. Quiroga, em uma feliz síntese, analisando o tema, disse:⁴

“A terminologia utilizada não é uniforme. Assim, alguns autores se referem a prova proibida, outros a ilegal, outros a ilegalmente obtida, outros a ilícitas, outros a ilicitamente obtida, outros a ilegitimamente admitida, e, enfim, outros a proibições probatórias. E certamente existem matizes e razões que podem avaliar estas diferenças terminológicas: uma prova pode, não obstante ser lícita em outro caso, haver sido, sem embargo, ilicitamente obtida na hipótese concreta de que se trata; por outra parte, uma prova pode ser por si mesma em qualquer caso sempre ilícita por previsão legal que proíba sua realização, com independência do procedimento seguido para sua obtenção”.

Assim, por exemplo, a interceptação telefônica é prova processualmente legítima; porém, se obtida com inobservância da Lei nº 9.296/96, não poderá ser utilizada, como regra, em um processo penal, por ser obtida através de meio ilícito. Por outro lado, nunca poderá haver a realização da reconstituição de um crime de estupro, que, em tese, seria outro crime contra os costumes, sendo tal prova materialmente ilícita, por violar norma de direito penal, além de imoral, por atentar contra a intimidade da pessoa. Dessa forma, sempre que houver violação a normas de direito constitucional ou penal, a prova será ilícita.⁵

Destarte, sendo a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, não poderá ser utilizada no processo. Quanto a essa não utilização, há exceções.

A proibição da utilização de prova obtida por meio ilícito é uma garantia do particular contra o Estado. Daí, partindo-se desse pressuposto, a prova obtida por meio ilícito só não poderia ser utilizada pelo Estado em desfavor do acusado.

Depois da vida, a liberdade é o bem mais importante que o homem possui. A liberdade é protegida pela Constituição Federal através de vários dispositivos. Podemos destacar, dentre outros, o do princípio do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o da legalidade, o Habeas Corpus, etc. De tal forma, fica claro e evidente que esses princípios e remédios constitucionais se sobrepõem à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita, caso esta seja usada em favor do acusado.

4. *Las escuchas telefonicas e la prueba ilegalmente obtenida*, p. 82.

5. “Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (Art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.” Ada Pellegrini Grinover e outros, *As nulidades no processo penal*, p. 109.

A autorização para a utilização da prova obtida por meio ilícito em favor do acusado encontra eco na denominada “teoria da proporcionalidade ou razoabilidade”, desenvolvida na Alemanha Federal, segundo a qual os interesses em litígio são sopesados a fim de ser verificado qual deles deve preponderar.⁶

A propósito desse tema, a Corte Constitucional Alemã, em decisão proferida em 16/03/71, devidamente traduzida, dispôs:⁷

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.

Sobre o assunto também se posicionou Grinover:⁸

“A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”.

Além desses argumentos jurídicos, outro motivo lógico é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal quando é possível demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente.

Porém, quando se trata de aplicar a teoria da proporcionalidade em favor da sociedade, ou seja, contra o acusado, a doutrina dominante se insurge, dizendo que os direitos e garantias individuais deste último têm de ser respeitados.

Ora, hoje é pacífico que os direitos e garantias individuais elencados na Constituição Federal não são absolutos, encontrando seus limites nos demais direitos e garantias igualmente consagrados na Magna Carta (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).⁹

A vedação da utilização da prova ilícita no processo é um direito de índole constitucional. Contudo, outros direitos e garantias individuais existem e tiveram origem no mesmo poder constituinte originário. Assim é que a Constituição também consagra o direito à vida, segurança, tranquilidade, intimidade, saúde, etc. Perguntamos, quais desses direitos são mais importantes? Será que o direito à intimidade de um perigoso sequestrador homicida é mais valioso que o direito à vida, saúde e propriedade do sequestrado? Será que o direito da sociedade de viver em paz é menos importante que o direito à intimidade de um sequestrador ou de um traficante?

6. Cf.: Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 39.

7. BverfGE, 30, 316. Apud: Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de teoria constitucional*, p. 75.

8. Ricardo Rabonese, *Provas obtidas por meios ilícitos*, p. 22. Apud: Ada Pellegrini Grinover e outros, *As nulidades no processo penal*, p. 115.

9. Cf.: Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 58.

Camargo Aranha, que propôs uma nova denominação para a teoria da proporcionalidade, em brilhante conclusão sobre o assunto, assim se manifestou:¹⁰

“Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

A única prova obtida contra um sanguinário seqüestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando a sociedade?”.

Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anterior à Lei nº 9.296/96, que regulamentou a interceptação telefônica, bem demonstra a crescente orientação dos Tribunais acolhendo o princípio da proporcionalidade. Diz a ementa:¹¹

“Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade”.

No mesmo sentido recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça acatando a teoria da proporcionalidade, deixando claro que a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo penal não tem caráter absoluto:¹²

“Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “Razoabilidade” (Reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada”.

10. Da prova no processo penal, p. 56.

11. ApCrim nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz - 30/10/95 - v.u.

12. Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.

RABONESE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Edesco e Italini*. Milano: Giuffrè, 1974.

Camargo Aranha, que propôs uma nova denominação para a teoria da proporcionalidade, em brilhante conclusão sobre o assunto, assim se manifestou:¹⁰

“Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

A única prova obtida contra um sanguinário seqüestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se, preservando-se um princípio constitucional, ou condena-se, preservando a sociedade?”.

Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anterior à Lei nº 9.296/96, que regulamentou a interceptação telefônica, bem demonstra a crescente orientação dos Tribunais acolhendo o princípio da proporcionalidade. Diz a ementa:¹¹

“Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade”.

No mesmo sentido recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça acatando a teoria da proporcionalidade, deixando claro que a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo penal não tem caráter absoluto:¹²

“Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “Razoabilidade” (Reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada”.

10. *Da prova no processo penal*, p. 56.

11. ApCrim nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz - 30/10/95 - v.u.

12. Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.

Salienta Marco Antonio de Barros, também entendendo pela relatividade das garantias constitucionais e sobre a possibilidade de aplicação da teoria da proporcionalidade, dependendo da análise do caso concreto:¹³

“Destarte, a prudência recomendada ao juiz no âmbito do direito material se repete no direito processual. A ele compete, no enfoque do caso concreto, examinar o cabimento da aplicação da teoria da proporcionalidade ou razoabilidade para temperar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, mesmo porque, pelo sistema constitucional vigente, não há falar-se em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que se deva a outras garantias de igual ou superior relevância”.

No sistema inglês, inclusive, a regra prevalente é a utilização de provas ilegalmente obtidas. Lá, tem-se entendido que seria temerária à administração da Justiça a não-utilização de provas ilegalmente obtidas, sob o fundamento de que o Tribunal deve verificar como os fatos criminosos ocorreram e não como a prova foi obtida pela polícia. Contudo, essas provas podem ser excluídas pelo Juiz discricionariamente, não constituindo tal atitude uma regra geral.¹⁴

É claro que aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa. Uma coisa é a utilização dessa prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção.

Adotada a teoria da proporcionalidade, que sopesa valores constitucionais em conflito, torna-se perfeitamente possível a utilização de uma prova ilícita ou de sua derivação em casos excepcionais e graves, haja vista a relatividade das normas constitucionais e o fato de estas não poderem salvaguardar práticas ilícitas.

III - Conclusão

As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, em regra, no Direito Processual Penal. Porém, a teoria da proporcionalidade, que sopesa interesses em litígio, permite a utilização de provas ilicitamente obtidas em casos excepcionais e graves, tanto em favor quanto em desfavor do réu, uma vez que nenhuma norma Constitucional tem caráter absoluto.

IV - Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

13. *Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas*, Justitia, v. 175, p. 26.

14. Cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 101.

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas, Intercaptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BARROS, Marco Antônio. *Justitia*. Vol. 175. São Paulo: 1996.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T.. *Da Prova no Processo Penal*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Agressões à Intimidade*. 1^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DAMÁSIO, Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Código Penal Anotado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1.988*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Intercaptação Telefônica “de ofício”: Inconstitucionalidade*. “Revista Jurídica”, 242/31, dez/97.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Intercaptação Telefônica*. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Regime Brasileiro das Intercaptações Telefônicas*. In: RBDCRIM, 17/115.
- _____. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol. I. Conan, tradução da 3^a edição, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- _____. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- MITTERMAIER, C. J. A.. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Bookseller, s/d.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *A Constitucionalidade do Parágrafo Único do art. 1º da Lei 9.296/96* (interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática). In: Boletim Informativo do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de São Paulo, nº 04.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Las Escuchas Telefônicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida*. Madrid, Espanha: Ediciones Akal AS, 1989.

RABONESE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Edesco e Italini*. Milano: Giuffrè, 1974.

TESE 55

OFERECIMENTO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL NA LEI 9.099/95: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO JUIZ E DO ADVOGADO

Leonardo Vilhena

Resumo: para que sejam preservados os direitos do autor do fato (lei 9.099/95), a despeito do princípio da informalidade, há necessidade de ser observado um determinado procedimento, inclusive quando do ato de proposta de transação penal. Este trabalho visa a determinar o papel do ministério público, do advogado e do juiz, no que diz respeito estritamente à proposta de transação penal, independentemente do posicionamento que se adote com relação à natureza jurídica desse instituto.

Sumário: I- introdução; II- análise prévia do agente do Ministério Público na proposta de transação penal e o papel do Advogado; III- o controle judicial no oferecimento da proposta de transação; IV- a hipótese do artigo 77, parágrafo 2º; V - conclusões.

I - Introdução

Dentre as novidades ofertadas pela Lei 9.099/95 a que, sem dúvida alguma, representou maior inovação e que atraiu e atrai a atenção de muitos juristas e operadores do direito pátrios é a transação penal, prevista, em síntese, no artigo 76 do referido diploma.

Inúmeras questões controvertidas advieram de referido Instituto e até hoje representam séria controvérsia na Jurisprudência e Doutrinas pátrias. Tais questões dizem respeito a diversos pontos, sendo que, dentre eles, o mais polêmico é a questão da natureza jurídica da transação penal, se direito subjetivo do réu ou faculdade do órgão encarregado da persecução criminal¹, no caso, o Ministério Público.

Adotando-se um ou outro posicionamento são inúmeras as conseqüências na prática, principalmente no que diz respeito à participação do Magistrado no oferecimento da proposta e os limites do Ministério Público no que diz respeito à oportunidade e conveniência da proposta de transação.

A matéria que pretendemos abordar diz com tal natureza jurídica desse Instituto, mas partimos de um ponto diverso daquele que costumeiramente tem sido observado pelos doutrinadores.

1. Moraes, Alexandre de, "Direito Constitucional", São Paulo, Editora Atlas, 1997, 1ª edição.

O que se pretende, como já se expôs no título, é a análise da proposta de transação, ou seja, do **momento do oferecimento da transação** penal, analisando a atuação do órgão do Ministério Público, do Advogado e do Juiz em relação a tal ato.

II- A análise prévia do agente do Ministério Público na proposta de transação penal e o papel do advogado

Diz textualmente o artigo 76 da Lei 9.099/95:

“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Perceba-se que o artigo é claro em mencionar que “não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá ...”. Assim sendo, necessário que se estabeleça exame acerca do caso ser ou não de arquivamento. Conforme referido dispositivo, não sendo caso de arquivamento, poderá o órgão ministerial propor aplicação de multa ou pena restritiva de direitos.

A palavra “poderá”, inserida no dispositivo legal supramencionado, tem sido objeto de análise para aqueles que pretendem estudar a natureza jurídica da transação penal^{2 3}, mas, no momento, não abordaremos tal questão.

Interessa-nos, neste momento, a questão do arquivamento, ou, na letra da lei “caso de arquivamento”.

Primeiramente deve-se ter em vista que, no dia a dia forense, muitos advogados têm se insurgido diante da inexistência de uma análise prévia de alguns agentes ministeriais acerca de eventual possibilidade de arquivamento do feito, ofertando-se, de imediato, sem análise do caso e das provas indicadas ou colhidas, a proposta de transação. Ao que nos parece, na prática, tal análise é essencial sob pena de, descumprindo-se mandamento legal, cometer-se diversas injustiças.

A existência de um mínimo de prova, ou, ao menos, a indicação de tais provas no Termo Circunstanciado é essencial para que se possa ter análise dos fatos. Nesse sentido,

2. Nesse sentido é que lecionam Ada Pellegrine Grinover e outros: “A primeira leitura do artigo, em sua interpretação meramente literal, sugere tratar-se de pura faculdade do acusador, que poderá preferir não transacionar, ainda que presentes as condições do parágrafo 2º do dispositivo ... Essa leitura se coadunaria com a linha de pensamento que vê a discricionariedade regulada como forma de prestigiar a autonomia das vontades e o consenso nas infrações penais de menor potencial ofensivo ... No entanto permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese da presença dos requisitos do parágrafo 2º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia ...” - Grinover, Ada Pellegrini e outros, “Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95, de 26/09/95”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, 1ª edição, p. 124.

3. Como mostra Félix Fischer e outros, há fortes posicionamentos para ambos os lados - Fischer, Félix, “Lei dos Juizados Especiais Criminais”, Curitiba, Editora Jurua, 1997, 2ª edição, p. 42.

entendemos que o disposto na parte final do artigo 77 da Lei 9.099/95 deve ser levado em consideração não apenas no momento em que se oferta a denúncia, mas previamente, no momento em que se analisa a questão da proposta de transação.

Diz o mencionado artigo 77, “in fine” que:

“O Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis” (grifamos).

Mas, tal disposição legal, ao que nos parece, deveria ter sido inserida já no “caput” do artigo 76, uma vez que, havendo necessidade de diligências imprescindíveis o Ministério Público não poderia, sequer, propor transação penal ou requerer o arquivamento.

Entendemos que, em conformidade com a Constituição da República, todos os atos do agente ministerial devem ser fundamentados, ainda que se entenda ser algum deles discricionário⁴. Não há como haver fundamentação para o arquivamento ou para o oferecimento da proposta de transação, em caso de ausência de elementos “imprescindíveis” (produto ou objetivo das “diligências imprescindíveis” mencionadas no dispositivo legal).

Perceba-se que a afirmação acima não guarda relação com a natureza jurídica do Instituto da Transação ser direito público subjetivo do infrator ou faculdade ministerial, pois, o que se propõe é que, para o oferecimento de proposta, devem estar presentes elementos suficientes para a denúncia, mas não se afirmou que, presentes tais elementos, necessariamente deve-se dar a proposta. Essa natureza, todavia, é uma questão que não será abordada neste momento, pois, como dissemos, trata-se de assunto que será abordado em outra oportunidade.

Assim, caso o Promotor de Justiça, ao interpretar o Termo Circunstanciado, entenda que, em caso de recusa de aceitação da proposta de transação, não haveria elementos suficientes para o oferecimento de uma denúncia em face do infrator, deverá necessariamente requisitar novas diligências antes de propor a transação e nunca ofertar proposta de transação penal⁵.

Por outro lado, entendemos que a análise da existência ou não destes elementos probatórios essenciais cumpre apenas ao Ministério Público, órgão encarregado da oferta da proposta de transação penal⁶.

Em caso da defesa entender que não há provas essenciais no Termo Circunstanciado e que tal ausência de provas não levaria sequer ao oferecimento de proposta de transação penal, deverá recusá-la (a proposta) e exigir o oferecimento da denúncia no ato.

4. Trata-se tal posicionamento de tendência moderna, como explica Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.” - Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, “Direito Administrativo”, São Paulo, Editora Atlas, 1996, 6ª edição, p.175.

5. É nesse sentido a conclusão de Grinover, Ada Pellegrini e outros, Op. cit., p. 123.

6. Admite, em parte, esse raciocínio boa parte da Doutrina, colocando, porém, como solução para o não oferecimento de proposta pelo agente ministerial, com a discordância do magistrado, a aplicação, por analogia, do artigo 28 do CPP. Figueira Júnior e Ribeiro Lopes assim escrevem ao se referirem a essa situação: “Não tenho dúvidas de que está o Juiz autorizado a assim proceder. Não pode, contudo, aplicar *ex officio* pena não privativa de liberdade, devendo submeter sua desconformidade, por analogia ao disposto no artigo 28 do CPP, ao Procurador-Geral de Justiça.” - Figueira Júnior, Joel Dias e Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 2ª edição, p. 499.

Uma vez não aceita a proposta de transação penal, entendemos que o Promotor de Justiça deverá propor denúncia e não deverá requisitar diligências (isso é consequência do raciocínio acima formulado, de que somente deverá ser efetuada proposta de transação se for caso de denúncia).

Se o Promotor de Justiça, diante da recusa da defesa em aceitar a proposta de transação, requisitar novas diligências, entendemos que o infrator tem direito a nova audiência preliminar, na qual poderá ser proposta transação, assim que forem cumpridas as diligências requisitadas.

Mas, obviamente, nesta segunda audiência preliminar não é fundamental que seja efetuada a proposta: para aqueles que entendem ser a proposta de transação penal direito público subjetivo do réu, o órgão ministerial deverá fundamentar o não oferecimento de proposta analisando a inexistência do direito, e para os que entendem tratar-se de faculdade ministerial, deverá haver fundamentação com base em critérios de oportunidade e conveniência. Na prática tudo se dá como se fosse a primeira audiência preliminar do Termo Circunstanciado em questão.

Em resumo, o que não se pode fazer é oferecer a proposta de transação penal sem que se examine, anteriormente, se é caso de arquivamento ou de denúncia, pois, caso isso seja feito, e não houver elementos suficientes para a denúncia, requisitando o órgão ministerial novas diligências, o Termo Circunstanciado deverá, novamente, ser colocado em pauta para audiência preliminar, mas nunca ir diretamente ao Gabinete do Promotor de Justiça para oferecimento de denúncia.

III - O controle judicial no oferecimento da proposta de transação

Observe-se que o controle judicial acerca da obediência a princípios constitucionais fundamentais, como, p.e., o do estado de inocência, será feito no recebimento da denúncia, principalmente através de conceito adotado pela doutrina e que se tem consolidado em nossa Jurisprudência de “justa causa”⁷.

Em outras palavras, entendemos que o Magistrado, em caso de não aceitação da proposta de transação pela defesa (que pressupõe seu oferecimento pelo agente do Ministério Público) deverá examinar o andamento que dará ao feito o Promotor. Caso seja oferecida a denúncia, após a defesa se pronunciar (já em outra audiência) a denúncia será ou não recebida. Entendendo o Juiz que a denúncia deve ser aceita significa que há “fundada razão” para que se dê início à persecução penal “in judicio”. Entendendo que a denúncia não deve ser recebida (no caso em questão, por ausência de elementos probatórios mínimos), estará exercendo o controle judicial sobre o princípio do estado de inocência, impedindo que alguém se veja processado sem justa causa.

Por outro lado, se o Promotor requisita outras diligências que entenda imprescindíveis, o Juiz deverá encaminhar o processo para outra audiência preliminar, mesmo que o Ministério Público já tenha efetuado a proposta de transação penal (observe-se que, para que isso aconteça,

7. Tal conceito, aliás, é estudado com ênfase em matéria de Teoria Geral do Processo, como se pode notar de trecho extraído do livro de Araújo Cintra e outros: “No processo penal, o exemplo da falta de interesse de agir, na doutrina predominantemente brasileira, é dado pela ausência de “justa causa”, ou seja, de aparência do direito alegado (*fumus boni iuris*) - Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, Dinamarco, Cândido Rangel, “Teoria Geral do Processo”, São Paulo, Editora Malheiros, 1993, p. 218.

há necessidade de que a defesa rejeite a proposta). Isso porque, como dissemos, se não estão presentes elementos essenciais, como poderia o Ministério Público ter um juízo de convicção acerca da autoria e materialidade?

É importante notar-se que aqui não se cogita acerca do parágrafo 3º do artigo 76⁸, uma vez que tal dispositivo legal, apesar de constituir forma de controle judicial, tem razão de ser após o oferecimento da proposta de transação e, ainda, após a aceitação da proposta pelo autor da infração penal.

Assim sendo, tem-se que o controle judicial em relação ao oferecimento da proposta de transação penal, sem elementos imprescindíveis no Termo Circunstanciado, é diferido, ou seja, é exercido a posteriori, quando do oferecimento da denúncia, no caso de inexistência de justa causa, ou no momento do parágrafo 3º do artigo 76, no caso de aceitação da proposta de transação penal pelo autor do fato.

IV - A hipótese do artigo 77, parágrafo 2º

Lembramos, também, que diversa é a hipótese prevista no parágrafo 2º do artigo 77 da Lei 9.099/95, que tem a seguinte redação:

“Se a complexidade ou circunstância do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta Lei”.

Para nós esse dispositivo legal aplica-se tão somente em caso de “complexidade” (a expressão “circunstância do caso” expressa no mencionado dispositivo legal indica uma complexidade ou maior complicação no caso, portanto estaria abrangida pela primeira expressão)⁹.

Na prática, porém, é comum encontrar-se Termos Circunstanciados que não contêm complexidade alguma, mas que estão incompletos pelas mais diversas razões, quer seja porque quem lavrou o termo (policia civil ou militar) esqueceu de ouvir alguma testemunha importante, ou realizar diligência simples, mas imprescindível, ou porque algum depoimento estava incompleto, faltou a juntada de um laudo, etc.

E é exatamente nestes Termos Circunstanciados que entendemos que deve haver uma atuação ministerial da forma acima narrada pois, como dissemos, é a única forma de se evitar injustiças absurdas, deixando pessoas em situações constrangedoras de ter que aceitar uma transação sabendo-se inocente (e sabendo que bastaria o Promotor analisar um pouco mais detidamente o caso para entender também dessa forma) e para evitar o “strepitus iudice”, ou seja, o constrangimento decorrente do simples fato de se ver processado criminalmente.

Justamente por esse motivo não podemos concordar com o posicionamento dos renomados professores Ada, Antônio Magalhães, Antônio Scarance e Luís Flávio, quando dizem, ao comentar o “caput” do artigo 77, em sua parte final, que: “É claro o dispositivo comentado

8. Artigo 76, parágrafo 3º: “*Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz*”.

9. Como exemplos de casos dos quais se poderia extrair complexidade, vide Fischer, Felix e outros, Op. cit., p. 55.

sobre a incompatibilidade entre o procedimento sumaríssimo e a necessidade de obtenção de outros elementos para a formulação da denúncia, mesmo que se trate de infração incluída na competência dos Juizados. Se o promotor não dispõe de todos os dados para oferecer desde logo a denúncia oral, deverá requerer a devolução à polícia para a realização de inquérito, ou mesmo pedir diretamente a peça faltante, mas, em qualquer caso, o rito procedimental passará a ser o comum, perante o juízo competente¹⁰.

Isso porque, como explanamos logo acima, a questão das “diligências imprescindíveis” não guardam qualquer relação com a “complexidade do caso”, como ensinam os mencionados doutrinadores, referindo-se a situações totalmente diversas.

Assim sendo, e baseando-se no texto legal, mais precisamente no dispositivo em comentário (parágrafo 2º ao artigo 77), apenas será remetido ao Juízo Comum se o caso for “complexo”, mas não somente porque haveria necessidade de diligências imprescindíveis (já se comentou quais seriam tais diligências).

Pensar de modo diverso é ir de encontro ao espírito da Lei, que entende que casos de menor complexidade devem ser apurados no Juizado Especial e não no Juízo Comum, ainda que necessitem de alguma diligência imprescindível que não tenha sido realizada.

V - Conclusões

1- Concluindo, entendemos que, para oferecer a proposta de transação penal, o Promotor de Justiça já deve ter, previamente, efetuado análise sobre ser o Termo Circunstanciado hipótese de denúncia, ou seja, se não há necessidade de novas diligências pois, não sendo aceita a transação, deverá ser oferecida denúncia imediatamente, sem requisição de diligências.

2- Cumpre ao advogado recusar a proposta de transação penal (ou assim aconselhar seu cliente) se entender que não há elementos essenciais para o oferecimento da denúncia.

3- Em caso de requisição de diligências pelo agente ministerial deve o feito, ao retornar da Delegacia de Polícia, novamente ir em pauta para audiência preliminar, ainda que tenha havido oferecimento de proposta de transação penal (nesse caso logicamente teria que ocorrer a recusa, pela defesa, da proposta) e não ser remetido ao Ministério Público para oferecimento de denúncia ou arquivamento.

4- A expressão **se não houver necessidade de diligências imprescindíveis**, utilizada no artigo 77 “in fine”, deve ser entendida como componente do artigo 76 “caput”.

5- Em caso de oferecimento de denúncia, o controle judicial acerca da “justa causa” para a persecução penal é diferido em relação ao momento de transação penal, e efetuado no recebimento ou rejeição da denúncia.

6- Em caso de aceitação da proposta de transação penal, o controle judicial também é diferido em relação ao momento do oferecimento da proposta de transação, realizado na hipótese do artigo 76, parágrafo 3º da Lei 9.099/95.

10. Grinover, Ada Pellegrini e outros, op.cit. p. 141

7- A hipótese do artigo 77, parágrafo 2º do referido diploma legal não guarda uma necessária relação com hipótese de ausência de elementos imprescindíveis.

VI - Referências bibliográficas

1- Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, Dinamarco, Cândido Rangel, “Teoria Geral do Processo”, São Paulo, Editora Malheiros, 1993, 6ª. edição.

2- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, “Direito Administrativo”, São Paulo, Editora Atlas, 1996, 6ª edição.

3- Figueira Júnior, Joel Dias e Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, 2ª edição.

4- Fischer, Félix, “Lei dos Juizados Especiais Criminais”, Curitiba, Editora Juruá, 1997, 2ª edição.

5- Grinover, Ada Pellegrini e outros, “Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95, de 26/09/95”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, 1ª edição.

6- Moraes, Alexandre de, “Direito Constitucional”, São Paulo, Editora Atlas, 1997, 1ª edição.

7- Tucci, José Rogério Cruz e, e Tucci, Rogério Lauria, “Constituição de 1988 e Processo - Regramentos e garantias constitucionais do processo”, São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

TESE 56

TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E OUTROS

José Antônio Correa Trevisan

Promotor de Justiça – Taquaral de Goiás - GO

I - Introdução:

A lei 9.099/95, na esfera criminal, estabeleceu regra básica de identificação das infrações de menor potencial ofensivo existentes no ordenamento penal pátrio. Há situações, contudo, em que a aplicação daquela fórmula prescrita, sustentada numa interpretação eminentemente literal do texto, acaba por maquilar princípios constitucionais e a correta *mens legis* de alguns tipos penais com previsão de alternatividade entre pena privativa de liberdade e multa.

Objetiva o presente trabalho demonstrar o cabimento e a obrigatoriedade da concessão dos benefícios do art. 76, da Lei 9.099/95 aos delitos que, em seus preceitos secundários, facultam ao interprete da lei infligir ao réu pena privativa de liberdade ou multa.

Os tipos penais acima aludidos são encontrados no Código Penal, especificamente nos artigos: 155, § 2º, 168, 169, 171, § 1º, 175 § 2º, 180, § 5º (última parte). É nesse ambiente que se pretende desenvolver todo raciocínio ao fim que aqui se propõe.

II - Nova Concepção do Direito Penal

Há muito o arcaico sistema penal de 1940 desatende aos anseios da Nação na busca da pacificação social, que vem sendo de certa forma amparada pela dinâmica das interpretações jurisprudenciais hodiernas fulcradas na Constituição Federal de 1988 que, consentânea aos interesses do povo brasileiro, estruturou uma nova concepção jurídica, até mesmo permitindo a transação nas infrações de menor potencial ofensivo, assim definidas em lei, *ex vi* art. 98, I, da Lei 9.099/95.

Em seu âmbito de incidência, a Lei 9.099/95 definiu no art. 61 infrações de menor potencial ofensivo, *in verbis*:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. [grifo nosso]

Quanto ao crime, em uma interpretação literal do texto, adotou-se o critério da intensidade da pena privativa de liberdade, detenção ou reclusão, não superior a um ano para caracterização da potencialidade ofensiva. Nesse ínterim surge a dúvida: nos crime em que o preceito secundário estabelece pena privativa de liberdade **ou** multa, deve-se levar em consideração apenas aquela, para fins de avaliação da potencialidade ofensiva?

A Lei 9.099/95 manteve-se silente a esse respeito. Apenas disse que crime de menor potencial ofensivo é aquele cuja *pena máxima não é superior a um ano*, portanto, na determinação da potencialidade ofensiva de um crime, a lei não excluiu de plano a possibilidade de se considerar somente a pena de multa quando alternativa a de liberdade.

É temerário confiar exclusivamente na interpretação literal para avaliar a matéria. O socorro ao estudo lógico mostra-se imprescindível, na busca de se esgotar todo alcance da norma dentro do princípio da proporcionalidade na relação: sanção penal prevista e a conduta típica.

Incontestes que o legislador ao utilizar-se, em questões de fixação de pena, da conjunção alternativa “**ou**” quer dar caráter de exclusão, *i.e.*: dentre duas ou mais opções, adotando-se uma delas excluir-se-ão as demais.

No ordenamento jurídico repressivo **pena privativa de liberdade e pena de multa são classes distintas disciplinadas cada uma per si dentro de limites máximo e mínimo**, haja vista os artigos: 32 e 49 do Código Penal. Assim, se um texto de lei diz que a pena é privativa de liberdade **ou** multa, apenas uma dessas duas poderá ser adotada (somente uma) *a priori* pelo aplicador do direito para fins de fixação da pena.

Em relação à gravidade da pena, decerto a privativa de liberdade é mais aflictiva ao agente que a de multa. Se estipulada esta como única sanção ou alternativa àquela é forçoso admitir que a *mens legis* é dar à infração correspondente caráter de menor lesividade ao meio social.

Ora, se os crimes com pena máxima não superior a um ano são de menor potencial ofensivo, *a fortiori* os crimes apenados, somente ou alternativamente, com multa. Há, desta forma, uma perfeita subsunção aos ditames do art. 61, da Lei 9.099/95 os casos em que a pena de multa é alternativa a de liberdade. Nesse sentido, a professora Ada Pellegrini Grinover¹ pondera:

Quando houver previsão alternativa de pena privativa ou de multa, deve-se levar em conta a pena pecuniária para a caracterização da infração como de menor potencial ofensivo, podendo ser assim considerada ainda quando a pena privativa seja superior a um ano. Leva-se em conta o fato de que a previsão da multa, mesmo de forma alternativa, indica não ser intenção do legislador punir o crime com privação da liberdade, não o estimando como delito a ensejar maior reprovação social.

O aplicador do direito ao optar entre pena privativa de liberdade ou multa, obrigatoriamente garantirá ao réu a mais benéfica ou justificará a recusa, em atenção aos princípios constitucionais da motivação do ato administrativo, implícito no art. 37, e da motivação

1. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Juizados Especiais Criminais, 3ª ed.. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 70/71.

das decisões judiciais, art. 93, IX. Feito isso, seguirá verificando quais os dispositivos legais pertinentes à questão, que sendo multa reclamará o beneplácito da transação penal.

Resta claro, então, que toda vez que o tipo penal cominar pena de multa isolada ou alternativa a privativa de liberdade, e lógico não se tratando de ocorrência que a lei estabeleça procedimento especial, há de se considerar, em princípio, que a infração correspondente é de menor potencial ofensivo e merece guarida do art. 76, da Lei 9.099/95.

III – A Transação Penal no art. 155, § 2º, CP

Dentro dessa perspectiva, irrefutável é a obrigatoriedade de se admitir como crime de menor potencial ofensivo o do art. 155, § 2º, do Código Penal, que diz:

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

§ 1º (...) omissis

§ 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, **ou aplicar somente multa.** [grifo nosso]

Flagra-se, aqui, a verdadeira intenção da lei em caracterizar o furto privilegiado como de menor gravidade ao dar alternatividade entre privativa de liberdade e multa. Como consequência natural: em o agente preenchendo os requisitos objetivos da primariedade e do pequeno valor da *res furtiva*, o procedimento legal a ser adotado será o do art. 69 e seguintes, da Lei 9.099/95, com o oferecimento da proposta de transação penal.

Cumprido ao representante do Ministério Público ofertar ao réu o favor legal da transação penal em questões dessa natureza, a contrário senso, necessariamente, haverá de justificar a recusa em face do princípio constitucional da motivação do ato administrativo, implícito no art. 37, da Constituição Federal, bem como por força do art. 129, VIII, CF, e art.43, III, da Lei 8.625/93², bem como do magistrado ao decidir a querela (art. 93, IX).

Aplicando-se a regra debatida nos termos propostos, não só as tipificações dos artigos 168, 169, 171, § 1º, 175 § 2º, 180, § 5º (última parte) merecem o mesmo tratamento jurídico já que remetem ao preceito do § 2º do art. 155, do Código Penal, mas também as infrações que conveniem pena de multa alternativa à privativa de liberdade, desde que não se trate procedimento especial.

Convém destacar em sede de infração de menor potencial ofensivo a autoridade policial, imperiosamente, para garantir ao réu o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), lavrará o TCO – Termo Circunstanciado de Ocorrência - com as formalidades inerentes - considerando as vantagens legais, que dentre as principais inscrevem-se: a da não prisão em flagrante e não exigência de fiança, a teor do art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95.

2. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, ob. cit. p. 142

Por fim, como decorrência natural da menor potencialidade ofensiva dos casos ora ventilados, está a mudança de competência do juízo comum para o juizado especial criminal, conforme instrução do art. 60, e o processamento de acordo com os artigos 62 e seguintes, todos da Lei 9.099/95.

IV – Conclusão

Nos delitos do art. 155, § 2º, 168, 169, 171, § 1, 175 § 2º, 180, § 5º (última parte) e quando o preceito secundário de um dado crime determinar pena de multa como sanção alternativa à pena privativa de liberdade, o tipo penal correspondente deverá ser considerado de menor potencial ofensivo, exigindo a aplicação do instituto da Transação Penal do art. 76, da Lei 9.099/95, com a devida reserva dos casos em que a lei fixe procedimentos especiais, por ser medida garantidora dos ditames constitucionais e legais em vigor.

TESE 57

INADIMPLEMENTO DA AVENÇA NA TRANSAÇÃO PENAL SEGUNDO O MODELO ADOTADO PELO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL*

Celso Jerônimo de Souza**

Promotor de Justiça - AC

I – Introdução.

II – Fundamentação.

III – Natureza jurídica da sentença homologatória.

IV – Conclusões.

V – Bibliografia.

I - Introdução

Não se pode negar que o Juizado Especial Criminal surgiu como proposta não só para desafogar as varas criminais abarrotadas de processos instaurados, mas, também, acompanhar tendência internacional de descriminalização de condutas, associada à idéia da instauração do direito penal mínimo. Este novo fórum de debate, tornou-se um poderoso instrumento de combate à criminalidade miúda, com inegáveis resultados positivos, sem o anacronismo característico da justiça comum, muito embora já experimente algumas críticas, pela contaminação da indesejada morosidade, causada pela demanda aquecida, que resulta, em grande parte, do desequilíbrio social cada vez mais latente na sociedade brasileira.

A urgência em disponibilizar à sociedade um instrumento ágil, acabou por deixar sem resposta algumas situações, cuja omissão pode fomentar o descrédito na justiça.

Parece-nos, entretanto, não haver dissidência quanto à necessidade de facultar ao autor do fato, quando preenche os requisitos, a oportunidade de transacionar a ação penal, mediante

* Aprovada no I Congresso do Ministério Público do Estado do Acre realizado em maio/junho/2001 com a retirada do parágrafo 4º da conclusão.

** Promotor de Justiça, titular da 2ª Promotoria Cível de Rio Branco-AC e Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça.

a aplicação imediata de pena alternativa que afaste a segregação, sem discutir, se houve ou não a prática de crime ou contravenção penal, bem como quem foi o seu autor.

Como é de cediço conhecimento, feita a proposta pelo órgão ministerial, se o autor do fato anuir, a avença será levada ao Estado-Juiz para ser homologada, judicializando a questão. Para uma corrente essa homologação tem cunho jurisdicional, por entender que, se a sentença não experimentar recurso, ou não sendo acolhido o que houver sido agitado, ocorrerá coisa julgada formal e material, com todas as conseqüências que elas produzem, importando título executivo judicial, porquanto decisão de natureza condenatória.

Na concepção dessa mesma corrente, considerando que a decisão que homologa a transação penal, tem cariz condenatório com eficácia de coisa julgada formal e material, o seu descumprimento não implica instauração da instância penal, devendo, pois, o título ser executado. Se as premissas são verdadeiras, há que se considerar como certa a possibilidade da pena restritiva converter em privativa de liberdade, posto que se não entendido assim, estaremos, então, diante de sentença condenatória penal, cujo descumprimento não resulta em qualquer sanção, o que se configura absurdo e, a toda evidência, estímulo à impunidade.

Dependendo da pena alternativa transacionada, o seu descumprimento comportará desdobramentos distintos. Exemplo: o inadimplemento da pena pecuniária ajustada poderá resultar na sua inscrição em dívida ativa da União e, com isso, afastada a conversão em pena privativa de liberdade, isto por força da interpretação dada à Lei 9.268/96. No entanto, já no tocante à execução da pena alternativa de prestação de serviço à comunidade ou outra restritiva qualquer, poderá resultar em prisão¹.

Se consideramos que na transação penal não se instaura a ação penal, nem se discute culpabilidade, em sendo avençado que o autor do fato deve, v.g., cumprir pena alternativa de prestação de serviço à comunidade, descumprindo o acordo, importará conversão para prisão. Muito bem. Todavia, no acordo celebrado, a sua liberdade não foi objeto de transação. Indaga-se: não obstante a decisão homologatória ter para alguns natureza condenatória, como vimos alhures, é legal substituir pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem o devido processo legal?

II - Fundamentação

Separamos dois julgados da Quinta Turma do Augusto Superior Tribunal de Justiça proferidos em Recurso Especial manejado pelo brioso Ministério Público paulista, o qual

1. A LEP, estabelece no seu art 147 o seguinte: "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direito, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar quando necessário, a colaboração de entidade públicas ou solicitá-la a particulares."

Artigo 181, foi assim redigido: "A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal. § 1º A pena de prestação de serviço à comunidade será convertida quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime a pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa." O destaque é nosso.

pretendia agitar ação penal em razão do descumprimento do acordo firmado pelo autor do fato em transação penal levada a efeito no Juizado Especial Criminal.

Vejamo-los:

RECURSO ESPECIAL N.º 205.671 – SÃO PAULO (1999/0018070-4)

RELATOR: O EXMO. SR. MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

RECTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO: EMERSON RAMALHO ARNALDO

ADVOGADO: FRANCISCO SÉRGIO CARDACCI E CÔNJUGE.

E M E N T A

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.

A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

Precedentes desta Corte.

Recurso não conhecido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros FELIX FISCHER, GILSON DIPP e JORGE SCARTEZZINI. Ausente, ocasionalmente, o Ministro EDSON VIDIGAL.

Brasília-DF, 13 de junho de 2000 (data de julgamento).

MINISTRO José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator:

RECURSO ESPECIAL 205.739 – SP (1999/0018214-6)

RELATOR: MIN. GILSON DIPP

RECTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO: PAULO ROGÉRIO FAUSTINO

ADVOGADA: MARIA TELMA DA SILVA ALMEIDA

E M E N T A

CRIMINAL. RESP. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E

HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA, IMPOSSIBILIDADE, SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL, RECURSO DESPROVIDO.

I. A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado.

II. No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei 9.099/95 e o art. 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei n.º 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. .

III. Recuso conhecido e desprovido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer e Edson Vidigal. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Min. José Arnaldo e, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 22 de agosto de 2000. (data do julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

PRESIDENTE

MINISTRO GILSON DIPP

RELATOR

Alvitre-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça através de um dos seus órgãos fracionários, entendeu que uma vez homologada a transação penal, com decisão definitiva, não pode mais o Ministério Público iniciar a ação penal, caso o acordo não seja cumprido pelo autor do fato, *ad argumentandum* que a decisão homologatória tem natureza condenatória consagrando título judicial que desafia execução.

Pois bem. No que tange a pena alternativa de multa, nos parece não haver mais controvérsia depois da edição da Lei n.º 9.268/96, que sepultou de vez a possibilidade da sua conversão em prisão, consoante previa o artigo 85 da Lei n.º 9.099/95. Agora, o débito deverá ser inscrito em dívida pública da União para fins de execução.

Difícil fica a solução para as penas alternativas de restrição a direitos, porquanto o descumprimento, se imaginarmos a solução dada pelo STJ, necessariamente, ter-se-á que admitir de duas uma: ou aquele Sodalício está acatando a possibilidade de conversão em prisão após esgotado os meios de execução, já que não autoriza a deflagração da ação penal; ou, se entender que não pode haver a conversão, está defendendo a impunidade, o que se constitui em desmesurado absurdo.

Estamos diante de um impasse. Afinal, não tem como prosperar o entendimento de substituir pena alternativa aplicada por ocasião da transação penal, em prisão, porquanto não se discutiu a culpabilidade do autor do fato. Logo, privar a liberdade sem o devido processo

legal, viola os princípios mais comezinhos contemplados na Lei Fundamental. Não bastasse isso, a conversão é antipática à Lei do Juizado, uma vez que esta tem por condão exatamente despenalizar condutas, prestigiando a aplicação de pena diversa à da prisão.

Uma coisa é certa. Não há que se empregar o regime do Código Penal ao Juizado Especial, porquanto naquele as penas restritivas de direito e/ou multa são *substitutadas*, posto que, primeiro o Réu² é condenado à pena privativa de liberdade, num passo seguinte há a substituição para uma ou mais restritivas de direito ou multa, justificando-se a conversão em prisão, exceto na pena de multa. Diferente é o tratamento dispensado ao Juizado, que consagra a transação penal, com aplicação de pena alternativa imediata, que são sempre *autônomas*. De sorte que defender a conversão, por exemplo, da pena restritiva em prisão, a luz do sistema adotado pela lei especial, representa manifesto abuso, contrariando às tendências do direito penal moderno.

Pior que isso, configura verdadeira injustiça. Injusto porque se o autor do fato aceita pena alternativa pecuniária, o descumprimento do acordo não significa mais segregação, resulta tão-somente, inscrição em dívida ativa. Ao passo que aquele que não tem condições financeiras para transacionar multa, ser-lhe-á proposta pena restritiva de direito, com possibilidade de converter-se em prisão, caso descumpra o ajuste. Assim, estar-se-ia prestigiando o calote em detrimento do miserável punido duplamente: pela “sorte” e pela justiça.

Há que se acrescentar, por fim, que qualquer interpretação analógica que implica penalização deve ser descartada, visto que do contrário, estar-se-á ofendendo o preceito contido na 2ª parte do artigo 1º da Lei Penal³.

Qual será então a melhor solução? Continuamos a defender a pertinência da deflagração da ação penal, contrariando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Oportuno lembrar ainda, que a Lei n.º 9.099/95 tem natureza jurídica híbrida, vale dizer, possui normas de direito material e processual. Anote-se que esta última, não previu a natureza jurídica da decisão que homologa a transação. Razão disso, se nos afigura muito agressivo ao texto legal pretender atribuir à citada decisão cunho condenatório. Simples. Mesmo porque tal conclusão, implica conseqüências não albergadas pela lei especial. Dentre elas, *a possibilidade de se converter pena restritiva de direito em prisão, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, confisco e até mesmo, lançamento do nome do réu no rol dos culpados*. Tudo isso, sem a garantia do *due process law*.

Ainda que considerada como condenatória imprópria, nela não se discute culpabilidade, razão disso não pode produzir coisa julgada material. Quando muito coisa julgada formal, com possibilidade de instauração de instância, caso a avença não seja cumprida. Demais disso, a inauguração da ação penal, ocorrerá em outro processo. Se é que podemos entender como outro processo, posto que na homologação nem houve processo, mas apenas um procedimento. Se a

2. Aqui é réu mesmo, uma vez que, o Estado-Acusação fez disparar a ação penal, com a garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Na transação penal anunciada pelo artigo 76 da Lei nº 9.099/95, não há lugar para a figura do réu ou denunciado, mas, apenas autor do fato, já que não existe processo, nem se afere sua culpabilidade. Mas se adotada a sistemática do STJ o autor do fato após a decisão homologatória, passará à condição de condenado, com as conseqüências dela decorrentes.

3. “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” O grifo é nosso.

coisa julgada formal impede a rediscussão da matéria no mesmo processo, não obsta, logicamente, que seja feita em outro, se ocorrer fato novo ou novas provas.

É razoável reconhecer que a inadimplência do autor do fato é o bastante, para autorizar o início da ação penal, quando então aquele vai integrar o polo passivo da relação processual, já agora na condição de réu, com a garantia do devido processo legal e, nesta inserida, a mais ampla defesa e o contraditório.

Não convence o argumento segundo o qual a ação penal só será deflagrada, acaso *não houver aplicação da pena*, segundo uma interpretação dada ao artigo 77 da Lei 9.099/95. Nos parece muito claro que o legislador quis apenas se referir ao exercício *sem detença* da ação penal. Corolário lógico, a aceitação da proposta ministerial prejudica a instauração *imediatamente* da instância. Não vedou seu exercício posterior, acaso ocorra um fato novo, daí porque entendemos que, havendo transação, a ação penal é diferida. Basta o autor do fato resistir imotivadamente ao cumprimento da avença para servir como pressuposto para a inflamação da ação penal.

Importante anotar a lição do Prof. Damásio Evangelista de Jesus⁴ quando assevera que o não cumprido o objeto da transação penal pelo autor do fato (art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais), não se converte a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade em face de ausência de previsão específica, iniciando-se a ação penal, se assim entender a acusação.

III - Natureza jurídica da sentença homologatória

Insistimos em afirmar que garantias constitucionais **não podem** ser transigidas. Ora, se *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal*, nenhuma norma infraconstitucional poderá fazê-lo. De sorte que se condenatória é a natureza da decisão que homologa, com eficácia de coisa julgada formal e material, ter-se-á que admitir, como corolário, que dentre os efeitos que ela irradia, está a de conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, o que importa rematada inconstitucionalidade.

A questão do descumprimento do objeto transacionado é polêmica, e continuará assim até que o legislador venha modificar a Lei Especial, a começar pela natureza jurídica da decisão homologatória.

Encontra-se a mais variadas definições para a natureza jurídica da decisão que homologa o ajuste. Uma corrente, ora encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, defende que a sentença tem natureza jurídica condenatória, outra por sua vez, sustenta que a decisão é declaratória contemplando a cláusula *rebus sic stantibus*, para autorizar o manejo da ação penal, em caso de inadimplência; outra assevera que a sentença tem natureza meramente homologatória, não havendo nem condenação nem absolvição, mas tão-somente homologação de um acordo; por fim, uma última que vê na decisão homologatória a natureza jurídica de mera “aplicação de pena”.

4. Phoenix, outubro/98, nº 30 – Descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal.

Com efeito, já para a corrente a qual se filia o STJ, a decisão homologatória tem natureza condenatória, com eficácia de coisa julgada formal e material, com título judicial desafiando execução. Rechaça, como corolário, a idéia de instauração da ação penal, quando a avença não é cumprida pelo autor do fato. Insiste no fato de que a transação deve ser executada, não esclarece como solucionar a eventual resistência do autor do fato em cumpri-la. Se a ação não pode ser iniciada, está admitindo, então, de duas uma das alternativas a seguir expendidas: *a)*- conversão da pena restritiva em prisão, ou então *b)*- se rebater essa hipótese, está abrindo uma porta enorme para a impunidade. Ora, se não pode converter, nenhuma consequência advirá ao autor do fato e a justiça ficará totalmente desmoralizada.

Outro núcleo se divide na discussão da possibilidade ou não da conversão de pena restritiva em privativa de liberdade. A posição mais cômoda é aquela que defende a conversão, como forma de não haver desmoralização do Poder Judiciário. Resta saber se ela não viola garantias constitucionais. Alguns advogam que não ocorre vilipêndio, porquanto a própria Constituição estabeleceu no artigo 98, I, o instituto da transação e nesta, incluída a liberdade do indivíduo. Ocorre que a perda da liberdade só pode se dar mediante o devido processo legal, constituindo, assim, garantia fundamental do cidadão e nenhuma outra norma, ainda que da própria Carta Política, pode prevalecer. Há até os que sustentam haver na transação o devido processo legal, porquanto, há uma proposta pelo Estado-Administração formulada ao autor do fato, que assistido por um advogado aceita ou rejeita a proposta, que por sua vez será homologada ou não pelo Estado-Juiz. Esta corrente consegue identificar nessa cena o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, se admitida a conversão, estar-se-á, diante do surreal, posto que, a liberdade individual passa ser um direito disponível. Com o que, definitivamente não concordamos.

Veja-se o seguinte raciocínio: na audiência preliminar, o Ministério Público propõe a aplicação imediata de pena alternativa, o autor do fato orientado pelo seu advogado não aceita a proposta. O *Parquet* diante dos elementos que dispõe, oferece denúncia instaurando a ação penal pelo crime de lesões corporais, considerando que o réu também não aceite o *sursis processual*, ao final é julgada procedente, sendo o réu condenado a seis meses de detenção, substituída por uma pena restritiva de direito. A pena será executada segundo o artigo 147 e seguintes da LEP. Ocorrendo o descumprimento injustificado, a pena substituta, pode ser convertida em prisão.

É inexorável raciocinar, como se justifica a conversão em prisão, em “processo” onde o autor do fato transigiu a aplicação imediata de pena alternativa sem analisar ou discutir fato típico, antijurídico e culpável? E mais. Como compatibilizar a premissa segundo a qual, nada mais cabe ao Ministério Público senão executar a pena transacionada, quando houver resistência imotivada para o seu cumprimento? Se não pode converter em prisão, nem inaugurar a ação penal, significa engessar o *Parquet*, que passivo terá de assistir o autor do fato transitar livremente sem qualquer punição afetando a credibilidade da justiça.

A defesa pura e simples da conversão de pena restritiva em prisão não é tão elementar, quanto pode parecer aos incautos, basta indagar-se, qual seria o regime prisional a ser adotado? Fechado? Semi-aberto? Aberto? Cuidaria de prisão simples, detenção ou reclusão? Qual seria o quantum da pena privativa de liberdade a ser cumprida?

Voltando ao tema natureza jurídica da sentença, é preciso assinalar que filiamos à corrente que define a natureza jurídica da sentença na transação penal como sendo meramente homologatória, não condenando, nem absolvendo o autor do fato, com eficácia de coisa julgada formal, cuja resistência injustificada ao seu cumprimento, potencializa a instauração de instância, mas sem olvidar as garantias fundamentais do cidadão albergadas na Lei Maior, tais como presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Qualquer interpretação que resulte em negação destes postulados deve ser prontamente repelida.

Em arremate é preciso perscrutar: em havendo injustificável descumprimento do acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, qual será a melhor alternativa?

A nosso modesto pensar, abre-se duas opções: uma paliativa e outra definitiva que sepultaria de vez as antinomias assinaladas, a saber:

1)- como paliativo à situação atual, restar-se-á o exercício da ação penal se tiver elementos bastante para tal, ou adotar providência para a instrução sumária;

2)- para por fim à dissensão, só mesmo a modificação legislativa do artigo 77 da lei 9.099/95, que será proposta nas conclusões deste estudo.

IV - Conclusão

IV.1. A resistência injustificada no cumprimento do avençado na transação penal, não importa em prisão do autor do fato, mas tão-somente a instauração da instância com o oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial se houver elementos e, na falta destes, a baixa dos documentos à delegacia para a instauração de inquérito.

IV.2. Como forma de dirimir de uma vez por todas as controvérsias existentes, propõe-se a alteração do artigo 77 da Lei n.º 9.099/95, cuja redação deverá ficar da seguinte forma:

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, pela não ocorrência das hipóteses prevista no art. 76 desta Lei, ou *pelo descumprimento injustificado do avençada na transação penal*, o Ministério Público oferecerá ao Juiz denúncia oral ou *escrita*, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 4º. No caso da ação penal ter início em razão do descumprimento imotivado do ajuste firmado na transação penal, o autor do fato não terá direito à suspensão do processo prevista no artigo 89 desta Lei.

V - Bibliografia

1- GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão.

2- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099/95.

- 3- JESUS, Damásio E. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada.
- 4- REVISTADOS JUIZADOS ESPECIAIS – Doutrina-Jurisprudência, abril 1997 – Porto Alegre;
- 5- REVISTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS – Fiuza Editores.
- 6- REVISTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS – Poder Judiciário do DF e Territórios, volumes 03, 04 e 5, jan/jun/2000.

TESE 58**ARTIGO 89 DA LEI Nº 9.099/95 - ATO PRIVATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Ricardo de Oliveira Silva
Promotor de Justiça - RS
Luiz Achyllez Petiz Bardou
Procurador de Justiça - RS

I - Das razões do pedido de reforma**a - da negativa de vigência ao art. 89 “caput” e seu § 1º da Lei nº 9.099/95**

A Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu, em exame preliminar, por manter a sentença de 1º grau da Comarca de Iraí/RS, que suspendeu a eficácia do **decisum**, para ensejar a realização de audiência de proposta de suspensão condicional do processo, pelas seguintes razões de direito:

Primeiro, quanto ao momento oportuno para a suspensão do processo, declarou que estava a magistrada autorizada a invocar os preceitos da Lei nº 9.099/95, referente à suspensão processual, mesmo após prolatar a sentença, eis tratar-se de hipótese de desclassificação, sendo que somente depois de operada esta é que se poderia oportunizar tal ato ao réu, considerando-se que sua decisão não transitara em julgado.

No tocante à alegação referente a ser o Ministério Público o titular exclusivo da proposta de suspensão do processo, posicionou-se no sentido de não ser questão pacífica, citando para isso Damásio de Jesus, o qual diz que o juiz pode propor a suspensão, desde que a defesa requeira.

Do exposto, com a devida vênia, o **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** não se faz presente nessa posição, nos termos do recurso ministerial do Exmo. Sr. Promotor de Justiça, Dr. David Medina da Silva, ratificado em parecer de 2º grau.

Primeiro, porque desimporta o argumento da desclassificação operada no presente feito. Tal operação jurídica não tem relação com a finalidade do instituto da suspensão do processo, que destina-se a evitar o constrangimento gerado pelo processo.

Ora, o feito já terminara pela sentença, não havendo mais processo, por óbvio, a suspender, sendo que, mesmo com a desclassificação, houve uma decisão condenatória, com fixação da respectiva pena.

E o § 1º do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais dispõe que “*Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submentendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: ...*”

Ou seja, em princípio, antes de iniciada a instrução (após o recebimento da denúncia) é que o Ministério Público, como **dominus litis**, pode oferecer tal procedimento, mesmo admitindo-se, como afirmam os tratadistas, ser possível a proposta de suspensão processual em qualquer momento posterior à peça acusatória, porém sempre **antes da sentença**.

O argumento de que não houve o trânsito em julgado da sentença, se revela inoportuno e até mesmo contraditório, pelo fato de que o representante do **Parquet** recorreu da decisão, impedindo de fato a suspensão.

Outrossim, essa discussão estaria prejudicada em razão da questão de fundo do art. 89 da lei 9.099/95, qual seja, a titularidade para propor a suspensão condicional do processo, que o **Parquet** gaúcho entende ser uma faculdade exclusiva do Ministério Público. O dispositivo em debate é cristalino:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois ou quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (Grifo nosso)

O artigo supra afirma expressamente que é do Ministério Público a titularidade da proposta (**poderá propor a suspensão do processo**), mercê da exclusividade da ação penal pública, e, com efeito, tem faculdade de avaliar ou não da possibilidade de exercitá-la em plenitude, até final sentença solucionadora da lide penal.

Neste sentido, repete-se as razões do parecer ministerial, de fls. 267-268:

“... ”

Percebe-se que o entendimento da julgadora, embora, repita-se, em momento impróprio já que encerrada e prolatada a sentença, é de que o instituto da suspensão é um direito subjetivo do réu.

A título de esclarecimento, cito posicionamento totalmente diferente, embora tenha conhecimento de que existe uma corrente a alicerçar o posicionamento da magistrada, mas não no momento em que foi aplicada.

É certo que a Comissão Nacional criada pela Escola Superior da Magistratura de São Paulo, ao fazer as interpretações do referido texto legal, concluiu que: se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o Juiz fazê-lo.

Contudo, tal conclusão já está sendo revista pelos próprios componentes daquela Comissão.

A questão se prende a concessão da suspensão do processo, nos termos do art. 89, da Lei que criou os juizados criminais de pequenas causas (Lei nº 9.099/95).

Estabelece o referido artigo

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a uma ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público (grifei), ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime (grifei), presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Desta forma, não há qualquer possibilidade do magistrado proceder de ofício, porquanto o dispositivo acima citado é claro ao estabelecer ao titular da ação, a possibilidade de ofertar o benefício em questão.

A professora Ada Peligrini Grinover, uma das ilustres componentes da mencionada Comissão Nacional, fez a sua posição assim se manifestando:

Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitrada pode parecer sedutora, mas faz tábula rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador.

Na hipótese do art. 76, foi corretamente afastada porquanto configuraria, por certo, atribuição ao juiz de poderes equivalentes aos da ação penal (art. 129, I, da CF) e banida pela própria Lei nº 9.099/95, que quis revogar expressamente a Lei nº 4.611/65.

Com efeito, não se pode desconhecer que a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional e não se pode negar que, nesse caso, teríamos exercício de jurisdição sem ação.

Mas, mesmo para a transação posterior ao oferecimento da denúncia permitir que o juiz homologue uma transação, que elimina ou suspende o processo, contra a vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais. Mesmo porque o direito de ação não se esgota no impulso inicial, mas compreende o exercício de todos os direitos, poderes, faculdades e ônus assegurados às partes ao longo de todo o processo. ...”

O renomado Mirabete também apoia o entendimento do **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**:

*“O Ministério Público é o titular, privativo, da ação penal pública, afastada a possibilidade de iniciativa e, portanto, de disponibilidade por parte do juiz (art. 129, I, da Constituição Federal). Não pode, portanto, a lei, e muito menos uma interpretação extensiva dela, retirar-lhe o direito de pedir a prestação jurisdicional quando entende que deva exercê-la. Consagrado pela Constituição Federal o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, não pode um usurpar a atribuição e competência do outro. Por consequência, ao titular do **jus perseguendi** pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade”.*

“(…) A concessão do benefício sem a concordância do Ministério Público desnatura a relação própria dessa espécie de transação admitida pela Constituição Federal. Consenso é ato bilateral, acordo, livre adesão de vontades e, onde há obrigatoriedade ou imposição a uma das partes, não se pode falar em transação ou consenso.”(Júlio Fabbrini Mirabete, Juizados Especiais Criminais, Atlas, p. 153; Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Juizados Especiais Criminais - Comentários, Aide, 2ª tiragem, p. 110).

Finalmente, transcreve-se razões de voto de julgado do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo:

*“Portanto, como se vê, o **probation** é algo mais sério e rigoroso do que a nossa insólida ‘suspensão do processo’, que nada diz, nem traz grandes gravames ao réu a não ser continuidade de um feito do qual não sabe se será condenado.*

Cabendo ao Ministério Público exclusiva promoção da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, e mencionando o art. 89 da Lei 9.099/95 que ‘o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo’. É certo que a interpretação mais consentânea é de que se trata de faculdade do órgão da Justiça Pública, não podendo o juiz agir de ofício.

*Não se trata de **sursis**, onde já terminada a ação penal exsurge direito subjetivo do réu à suspensão da pena, onde tem o juiz o dever, presentes os requisitos legais, de concedê-la.*

*No caso da suspensão do processo não se tem sequer condenação, não podendo, pois, o Juiz agir **ex officio**, fazendo as vezes do órgão titular da ação penal.*

*Impera no Processo Penal o princípio da Obrigatoriedade de propositura da ação penal, vigendo, em face da denúncia, o princípio **in dubio pro societates**.*

Assim, não pode o Juiz imiscuir-se indevidamente na ação em curso para, passando sobre a manifestação ministerial, conceder a suspensão do processo.

Caso pretendesse que tal benefício fosse direito público subjetivo, tal fato viria descrito no texto legal e não se usaria a palavra poderá dirigida ao Órgão Ministerial.

*Também o texto legal não mencionou que o juiz poderia agir **ex officio** para concessão deste benefício.*

Assim, o que a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo...” (TACRIM-SP - AC 1.036.147/9 - Rel. Damião Cogan)

Desse modo, resta demonstrado o porquê de o **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** entender que a Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou vigência ao art. 89 “caput” e seu § 1º, da Lei nº 9.099/95.

b - Da interpretação divergente proferida por outro Tribunal:

Outros tribunais, em especial as mais Altas Cortes de Justiça do país, apoiam a tese defendida pelo **Parquet** gaúcho, em contraposição ao que sustenta a Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Senão vejamos decisão proferida no **HC 75.343-MG**, publicada no DJU de 20/11/97, rel. originário Min. Octávio Gallotti e rel para o acórdão. Min. Sepúlveda Pertence, o qual encontra-se pendente de ser lavrado, conforme demonstra o relatório de andamento processual anexado. **(doc.1)**

HABEAS CORPUS nº 75343-4 - MG

Relator: Min. Octávio Gallotti

Relator p/Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence

Pacte: Juarez Quintão Hosken Filho

Impte: Bady Elias Curi Neto

Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

“... O Tribunal, por maioria de votos, decidiu que a iniciativa para propor a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 (‘Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que ...’) é uma faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I), não podendo o juiz da causa substituir-se a este. Prevaleceu, neste ponto, o voto do Min. Octávio Gallotti, relator, no sentido do indeferimento do pedido ao argumento de que não cabe ao magistrado, ante recusa fundamentada do Ministério Público a requerimento de suspensão condicional do processo, o exercício de tal faculdade, visto que não se trata de direito subjetivo do réu, mas de ato discricionário do **parquet**. Vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia integralmente a ordem sob o entendimento de que, uma vez presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, surgiria um direito subjetivo do réu ao benefício, e de que, na hipótese de o Ministério Público recusar-se a propô-la, caberia ao juiz examinar desde logo o enquadramento ou não da hipótese no referido art. 89.

...

Prosseguindo no julgamento do **habeas corpus** acima mencionado, considerando-se que o art. 89 da Lei 9.099/95 alude ao ‘Ministério Público’ na qualidade de instituição, o Tribunal, por maioria, acolhendo o voto do Min. Sepúlveda Pertence, construiu interpretação no sentido de que, na hipótese de o promotor de justiça recusar-se a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta. Firmou-se, assim, o entendimento de que, tendo o referido artigo a finalidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal, impõe-se o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para a orientação de tal política (CF, art. 127, §1º), não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada promotor. Vencidos, neste ponto os Ministros Octávio Gallotti, relator; Néri da Silveira e Moreira Alves, sob o entendimento de que a Lei 9.099/95 não autorizaria tal procedimento administrativo. **Habeas Corpus** deferido em parte. HC 75.343-MG, rel. originário Min. Octávio Gallotti, rel. para o acórdão, Min. Sepúlveda Pertence, 12.11.97.

(Informativo STF nº 92, de 10 a 14 de novembro de 1997)

Também é essa a orientação do Egrégio **Superior Tribunal de Justiça** no REsp nº 136.834 - SP, 5ª Turma, Min. José Arnaldo, publicado no DJU nº 232, pg. 62783, de 1/12/97:

RECURSO ESPECIAL Nº 136.834 - SP

(REG. nº 97.0042103-1)

RELATOR : O EXMO SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO

RECORRENTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO(S) : ERNESTO BERNARDES DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : DRS. ROBERTO ROCHA BARROS
JOSÉ GUILHERME PEDRONI

EMENTA

- RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DETERMINAÇÃO NOS AUTOS DA APELAÇÃO, COM SUA BAIXA À VARA DE ORIGEM PARA FORMALIZAÇÃO. NEGATIVA DO PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PROPOR A TRANSAÇÃO. ILEGALIDADE.

- Descabia ao v. acórdão, ao mandar baixar os autos da apelação em diligência, reconhecer de logo ao condenado o direito à suspensão do processo, por satisfeitos os requisitos da Lei 9.099/95, sem antes abrir ensanchas ao Ministério Público para formular a proposta, dada a sua titularidade do poder de propor a medida preconizada no art. 89, desse diploma legal.

- Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido.

Também no RHC nº 5720-SP, da 6ª Turma do Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**, Min. Anselmo Santiago, publicado no DJU nº 122, pg. 31080, de 2/6/97, percebe-se o posicionamento adotado pelo **Parquet** gaúcho no presente recurso:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 5720 - SP - (REG: 96/0040134-9)

RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO

RECORRENTE : FRANCISCO ADEMAR DOS SANTOS

ADVOGADOS : DR. FÁBIO HENRIQUE PRADO DE TOLEDO

RECORRIDO : TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: FRANCISCO ADEMAR DOS SANTOS

EMENTA

RECURSO DE HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO TENTADO - APLICAÇÃO DO ART. 89, DA LEI Nº 9.099/95 - DIMINUIÇÃO APLICÁVEL - PROVIMENTO DO APELO.

1. Tratando-se de norma benéfica, deve-se considerar, nos casos de tentativa, a redução máxima de 2/3, sobre o mínimo da pena cominada ao delito.

2. Em tal circunstância, será possível a suspensão do processo, na forma do art. 89, da Lei nº 9.099/95, às hipóteses de tentativa de furto qualificado.

3. Recurso provido, devendo os autos retornar ao primeiro grau, para se provocar a manifestação do Parquet sobre as demais condições para tanto.

4. No caso de recusa, aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP, é de se colher a palavra definitiva da Chefia da Instituição, que, discordando de seu representante, deverá nomear outro membro para a iniciativa da proposta.

Por fim, no mesmo sentido, decisão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, no EI 295063598, rel. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, a qual se anexa o respectivo acórdão autenticado. **(doc. 2)**

Abaixo as razões de voto do eminente relator sobre o tema:

“... Os arts. 76 e 89 da lei nova não se constituem um direito público subjetivo do réu, mas apenas mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotarem o princípio da conveniência ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. As propostas previstas na lei são de exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o dominus litis, não podendo sequer ser substituído pelo magistrado, em tais encaminhamentos. ...”

Como se percebe, o **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** tem motivos para entender que a respeitável decisão adotada pelo Tribunal local equivocou-se em manter a sentença de 1º grau da Comarca de Iraí/RS, que suspendeu a eficácia do **decisum**, para ensejar a realização de audiência de proposta de suspensão condicional do processo

II - Do pedido

Pelo exposto, restando demonstrado à saciedade que a respeitável decisão hostilizada negou vigência ao art. 89 e seu § 1º da Lei nº 9.099/95, como também restou controvertida com decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme o aresto paragonado, trazido à colação, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, propugna seja admitido o presente **Recurso Especial** e, afinal, seja integralmente provido nessa Superior Instância, aos efeitos de reforma do respeitável **decisum** proferido pela Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para o fim de que seja cassada a suspensão do processo de fls. 220.

TESE 59

O ARQUIVAMENTO OU NÃO DA DENÚNCIA COM A OCORRÊNCIA DO ACORDO APOS SEU RECEBIMENTO NOS PROCEDIMENTOS DA LEI 9.099/95

Cezar Augusto dos Santos Motta
Promotor de Justiça - PA

A Constituição Federal de 1988; em seu artigo 129, I expressa que é função institucional do Ministério Público, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; remetendo o assunto ao Código de Processo Penal; que em seu artigo 41 determina quais deverão ser os termos essenciais da denúncia, sob pena de o Juízo de Direito, considerá-la inepta e o artigo 42 do mesmo diploma legal dispõe que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal,

Qual deverá ser a conduta do Promotor de Justiça quando no procedimento da Lei nº 9.099/95; após a realização de audiência preliminar sem êxito na fase do acordo entre as partes e na transação penal e sendo oferecida e recebida a Denúncia; o acordo for proposto em fase posterior a Denúncia ?

A Denúncia é um instituto do direito penal tão importante que através dela o Ministério Público dá início a ação penal; devendo, ainda, ser recebida expressamente pelo Juízo de Direito (embora a Lei nº 9.099/95; não declare expressamente); e o seu recebimento; é fator preponderante para se verificar a ocorrência de prescrição antes do trânsito em julgado da sentença, de acordo com a regra do artigo 109 do Código Penal Brasileiro.

Através da lei nº 9.099/95; dentro de um princípio de política criminal, desejaria-se resolver a solução das lotações em penitenciárias e delegacias, e por isso, trouxe-nos como uma das regras, a informalidade.

O Objetivo da lei é buscar sempre a conciliação ou a transação penal.

Como a lei nº 9.099/95 prevê expressamente esse objetivo; nosso entendimento é de que, mesmo após o recebimento da Denúncia deve o processo ser encerrado com homologação do acordo ou realização de transação penal caso seja do interesse da(s) parte(s) interessada(s), devendo ser realizado até o início da produção de prova testemunhal, se houver.

A Prática processual permite ao defensor do acusado num primeiro instante recusar a possibilidade de acordo entre as partes, bem como, a transação penal e ao final do procedimento; ao verificar que as suas provas foram insuficientes no sentido de provar a inocência do autor; realizar um acordo ou transação penal com a intenção principal de fugir de uma provável condenação.

A Lei nº 9.099/95; por melhor que seja a sua aplicação no sentido de dar celeridade a ações criminais considerada de menor importância; permitiu que a vítima; já fragilizada pela conduta criminosa do autor, fique em situação de desvantagem já que a transação penal realizada entre o Ministério Público e o autor não lhe beneficia diretamente; bem como, tem um caráter punitivo, em geral, mais brando que um possível acordo entre autor e vítima.

Mesmo o objetivo da lei sendo a conciliação ou a transação penal; deverá ser incluído no texto legal a possibilidade de a homologação do acordo ou a efetivação da transação penal ser aplicada até o momento anterior a produção de prova testemunhal em juízo.

Não sendo dessa forma, o processo que em seu início é célere passa a ter a aplicação do rito ordinário e como todos os demais abarrotam o Judiciário e as pautas de audiência e, as causas que deveriam ser julgadas de forma rápida passam a durar mais de um ano para chegar ao final em razão da quantidade de audiências a serem realizadas

E Pôr que condicionar o acordo ou a transação penal em relação ao início de produção da prova testemunhal ? Porque as provas documentais em geral acompanham o processo desde o seu início.

Outro fator relevante para se modificar a lei é que a abrangência da Lei nº 9.099/95; se limita as infrações consideradas de menor potencial ofensivo (art. 60); e a própria legislação denomina como infração dessa natureza, os crimes a que a lei determina pena máxima não superior a um ano; excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial (art. 62).

A Prescrição dos delitos que tem pena máxima de um ano ocorrem no período de quatro anos e esse tempo não tem sido bastante para se evitar que todas as ações que tramitam nos cartórios dos Juizados Especiais fiquem livres da prescrição em função do grande movimento processual.

Outro fato a ser considerado é que em grande parte dos procedimentos encaminhados aos Juizados Especiais são levantados incidentes processuais como alegação de incompetência do Juízo em razão da matéria; insanidade mental do autor que não suspendem o prazo prescricional e que ao chegarem ao final após decisão de recursos; se dão com o delito já prescrito.

São distorções da lei que ao mesmo tempo que não distribuem a justiça, ainda faz gerar de forma oficial a impunidade.

A Limitação do prazo para aceitação do acordo por parte do autor diretamente ou através de seu defensor vem tornar mais real o verdadeiro objetivo da legislação já que só seguirá adiante os procedimentos onde o autor fará questão de realmente deixar evidenciada a sua inocência; fazendo com que a maioria dos termos circunstanciados de ocorrência terminassem em acordo ou transação penal.

Conclusão:

a) Deverá ser incluída no texto da Lei nº 9.099/95; através de um inciso ao artigo 81; a permissão para o autor ou defensor deste, aceitar a homologação de um acordo ou a transação

penal até o início da produção testemunhal, sob pena de preclusão, que poderá ser nos seguintes termos:

I – O Autor ou o defensor deverá manifestar aceitação ao acordo com a vítima ou em relação a Transação Penal até o início da audiência de Instrução e Julgamento, sob pena de preclusão.

TESE 60

O MOMENTO PRÓPRIO PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E O § 1º DO ARTIGO 89 DA LEI N.º 9.099/95.

José Carlos de Oliveira Sampaio
Promotor de Justiça – SP

I - Introdução

Com a edição da Lei n.º 9.099/95 várias foram as inovações introduzidas no Direito Processual Penal pátrio. Muitas delas vieram flexibilizar a forma de entender princípios antes tidos como intocáveis, tais como o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O presente estudo pretende analisar a inovação trazida a lume pelo artigo 89 da referida lei, ao prever a possibilidade da propositura da suspensão do processo ao acusado, quando do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, mais especificamente no aspecto relativo ao momento próprio para que o magistrado profira o despacho de conteúdo positivo, recebendo a denúncia. Para tanto, alguns princípios do processo contidos na Constituição Federal serão analisados, como também outros dispositivos correlatos do próprio Código de Processo Penal e do Código Penal.

Ao final será proposta uma forma de compatibilização do texto da lei, para dele afastar a inconstitucionalidade decorrente da observância do procedimento processual baseado na interpretação literal do parágrafo primeiro, do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95.

II - Princípios Processuais Constitucionais

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, ao receber a denúncia, poderá suspender o processo e submeter o acusado a período de prova (artigo 89 § 1º, da Lei n.º 9.099/95).

Tem-se entendido que, nos termos da Lei n.º 9.099, o recebimento da denúncia somente pode ocorrer após realizada a audiência de conciliação, em que o acusado se manifestará acerca da proposta que lhe foi oferecida pelo Ministério Público, como se tal manifestação de vontade do acusado se constituísse numa condição de procedibilidade condicionante da instauração da relação jurídica processual. Isto é, leva-se a crer que se deva observar o seguinte *iter*: denúncia,

proposta, audiência de conciliação, manifestação do acusado, celebração da transação e despacho judicial de recebimento da denúncia.

Neste sentido, ressalta Júlio Fabbrini Mirabete que, “como expressamente prevê a lei, momento próprio para a proposta de suspensão condicional do processo é aquele do oferecimento da denúncia. Delimitada a imputação para crime cuja pena mínima não supera um ano, e preenchidos os requisitos legais, o representante do Ministério Público oferecerá a proposta de suspensão do processo para que o juiz decida sobre ela ao receber o requisitório público inicial. É necessário, portanto, que, ao ser intimado do oferecimento da inicial e da data designada para a audiência, seja o denunciado cientificado da proposta em todos os seus termos, dando-se-lhe a oportunidade de considerá-la com antecedência. Não se logrando a intimação pessoal e tratando-se de processo de competência do Juízo Comum, a intimação deve ser efetuada por edital, que deve conter também os termos da proposição. Neste caso, o não comparecimento do denunciado na data designada equivale a recusa, devendo o juiz apreciar a denúncia a fim de recebê-la ou rejeitá-la”.¹

Através da análise do sistema legal, será demonstrado que a manifestação judicial sobre a viabilidade da acusação se dará no momento seguinte ao do oferecimento da denúncia, e não ao final, conforme proposto acima.

Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal). Com essa redação o princípio do devido processo legal nos é apresentado pelo texto constitucional.

“Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção do *due process clause*”.² Isto é, todos os esforços devem ser envidados para que as pessoas possam ter acesso à justiça, deduzam suas pretensões e defendam-se da forma mais ampla o possível.

No sentido processual, o princípio do devido processo legal vem sendo empregado com o fim de propiciar ao litigante: “a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado *com base em provas ilegalmente obtidas*; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação”.³

Para nós, será de extrema utilidade a análise do direito ao conhecimento do teor da acusação e o direito à assistência judiciária. Contudo, antes disso, faz-se necessário o estudo de um outro princípio constitucional do processo, igualmente relevante, que é o princípio do contraditório, que se constitui em manifestação do *devido processo legal*.

“O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do

1. Grifamos. Juizados especiais criminais”, pág. 156, Atlas. 1997.

2. Nery Júnior, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, página 30. Revista dos Tribunais. 1995.

3. Nery Júnior, Nelson. Princípios, cit., páginas 37 e 38.

direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestação do princípio do contraditório.” (...)

“Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.” (...)

“O princípio, para o processo penal, significa contraditório *efetivo, real, substancial*. Tanto que exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261, CPP), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional”.⁴

III - O artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 e os princípios constitucionais

Pois bem. O parágrafo primeiro do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 refere-se à aceitação da proposta, o que pressupõe que ao acusado se tenha dado ciência da acusação (devido processo legal), do fato típico cuja prática lhe está sendo atribuída. E mais, torna obrigatória a manifestação de vontade do acusado quanto à aceitação ou recusa da proposta mediante a orientação de um advogado (contraditório). Ora, os princípios do devido processo legal (em sentido processual – *procedural due process*) e do contraditório somente devem ser observados após a instauração do processo.

Da mesma forma, para que se possa dar ciência da acusação ao autor do fato (acusado), faz-se necessário que, em instante anterior, o magistrado já tenha analisado a viabilidade desta acusação; sob pena de se estar submetendo uma pessoa a verdadeiro constrangimento ilegal, ao lhe propiciar a possibilidade de manifestação sobre eventual aceitação de proposta de suspensão de processo cuja ação penal não tem a menor possibilidade de vingar, seja porque a denúncia não preenche os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, seja porque se faz presente uma das hipóteses do artigo 43 do mesmo diploma legal.

“O juiz, diz o texto legal, “recebendo a denúncia”, poderá suspender o processo. Isso significa o seguinte: **o juiz, desde que tenha recebido a denúncia, poderá suspender o processo.**”⁵

“Lendo-se atentamente o disposto no art. 89, § 1º, da Lei 9.099/95, chega-se à inequívoca conclusão de que o recebimento da denúncia é pressuposto da suspensão condicional do processo. O juiz, diz o texto legal, “recebendo e denúncia”, poderá suspender o processo. Pela ordem legal, primeiro marca-se a audiência de conciliação, ouve-se o acusado, celebra-se a transação, para depois o juiz examinar a viabilidade da denúncia. Com a devida *venia*, o juízo de admissibilidade da denúncia, exigido pela lei, deve anteceder à designação da audiência de conciliação.”⁶

4. Nery Júnior, Nelson. Princípios, cit., páginas 122, 123 e 124.

5. Pellegrini Grinover, Ada e outros. Juizados especiais criminais, página 222. Revista dos Trinunais. 1996.

6. Flávio Gomes, Luiz. Suspensão condicional do processo legal, página 177. Revista dos Tribunais. 1995.

Dáí que, a cientificação que se faz ao acusado acerca dos termos de uma denúncia ainda não recebida ofende os princípios do devido processo legal e do contraditório, haja vista que, sem o recebimento da denúncia, não há início de relação jurídica processual, mesmo que ainda não aperfeiçoada.

IV - O início da relação processual

Urge, então, estabelecer o momento em que se pode afirmar que passou a existir um processo.

O processo nada mais é que uma série de atos derivados do exercício da atividade jurisdicional, que são praticados de forma sucessiva e visam possibilitar a solução de um conflito de interesses. À forma como esses atos são praticados denomina-se de procedimento.

Hoje, é o Estado o titular da atividade jurisdicional. Porém, o autor e o réu inserem-se nesta atividade, como titulares de direitos e obrigações. Isto é, estabelece-se entre eles uma relação, que por se desenvolver no âmbito de um processo é denominada de relação processual.

No que concerne ao processo penal, de início vai se estabelecer uma relação entre o autor (titular da ação penal) e o Estado (jurisdição). Esta relação somente será completada, ou melhor, aperfeiçoada, a partir do momento em que o réu tomar conhecimento da acusação, através da citação (defesa).

Destarte, o processo, entendido como relação processual, inicia-se no momento em que o Estado-Jurisdição decide discutir a acusação, a pertinência da notícia formal de um fato previsto na lei como infração penal, e cuja prática é atribuída a uma pessoa.

“O processo penal condenatório tem, nos atos da fase postulatória, o seu momento inicial”. (...)

“Na fase postulatória, dois momentos se delineiam perfeitamente caracterizados: o da constituição da relação processual e o da defesa do réu”.⁷

Assim, oferecida a ação penal, deve o magistrado verificar, de pronto, se os requisitos dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal estão presentes. Certificando-se disso, o juiz deve manifestar-se positivamente, recebendo a denúncia. Caso contrário, muito embora já se possa afirmar que a ação penal foi iniciada - pois que para tanto basta o mero oferecimento da denúncia - não será correto dizer da existência de uma relação processual, uma vez que para que uma relação se estabeleça faz-se necessária, no mínimo, a atuação de duas pessoas, no caso, Estado-Acusação e Estado-Jurisdição.

“O ajuizamento da denúncia processa-se por meio do *despacho* com que o juiz a recebe para que se dê início ao procedimento penal contra o acusado”.⁸

7. Frederico Marques, José. Elementos de direito processual penal, página 143, volume II. Bookseller. 1997.

8. Frederico Marques, José. Elementos, cit., página 158.

V - O artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 e a relação processual

O artigo 89, da Lei n.º 9.099/95 prevê a suspensão do processo, logo, da relação processual. Por isso, quando em seu *caput* se previu que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, deve (o verbo poder deve ser entendido como uma verdadeira obrigação imposta ao Promotor, pois a suspensão do processo constitui-se em direito subjetivo do acusado) propor a suspensão do processo, se presentes os requisitos legais autorizadores dessa medida, ele apenas cria uma *condição de procedibilidade* a ser observada pelo órgão do Ministério Público, quando da provocação do órgão judicial, se constituindo em condição *sine qua non* para a análise da peça inicial da acusação.

Portanto, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei n.º 9.099/95, antes de emitir o despacho liminar de conteúdo positivo, ao receber a denúncia, o juiz deverá observar se estão presentes os requisitos dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal, além da proposta de suspensão do processo.

O requisito de procedibilidade é imposto a quem propõe, ao titular da ação penal, isto é, ao Ministério Público. Ao magistrado confere-se apenas o poder de velar pela observância desse requisito, não se admite, em hipótese alguma, que ele se substitua ao órgão da acusação, a fim de ele próprio realizar a proposta de suspensão, pois que a jurisdição deve ser provocada.

Aqueles que admitem que o magistrado realize a proposta de suspensão em lugar do órgão do Ministério Público, devem reconhecer nele não somente o órgão imparcial, responsável único pela aplicação da lei penal ao caso concreto, mas também um órgão de repressão estatal, que acusa e decide, como outrora agia um inquisidor, o que não é concebível.

A ausência de proposta de transação ou de manifestação fundamentada sobre os motivos do seu não oferecimento deve dar ensejo à rejeição da denúncia, caso tal falta não seja suprida, após determinação judicial.

Porém, caso a denúncia preencha todos os requisitos legais, o magistrado deverá recebê-la, a fim de instaurar a relação processual, nada impedindo que, na mesma oportunidade, ao reconhecer a admissibilidade da suspensão, ele designe data para a audiência do acusado e possibilite, assim, que ele se manifeste sobre os termos da proposta apresentada pelo Ministério Público, uma vez que somente se concebe a suspensão de algo que já teve o seu início.

Se nessa oportunidade o magistrado já tem que ter realizado seu juízo de admissibilidade da acusação, ele deve manifestar-se, positivamente ou negativamente, exarando o despacho liminar. Não se pode extrair da mera decisão que determina a intimação do acusado da data da realização da audiência preliminar qualquer conteúdo decisório, até porque todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (artigo 93, IX, CF). Tal manifestação de vontade, embora realizada por um juiz de direito, terá a natureza de um simples ato administrativo, e nada mais. As decisões propriamente judiciais, na esfera processual penal, encontram-se previstas no artigo 800 e incisos, do Código de Processo Penal.

Há outros exemplos em nosso sistema processual penal em que o réu é cientificado da acusação antes mesmo de ser citado, como ocorre nos processos de competência originária dos Tribunais (artigos 558 a 560 do CPP). Porém, tal informação prévia que se faz ao réu somente ocorre após o recebimento da denúncia (artigo 558 do CPP).

A exigência da realização da proposta de suspensão do processo funciona como uma condicionante do exercício do direito de ação, e não da instauração da relação jurídica. Tanto é verdade que, no parágrafo sétimo do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, o legislador deixou claro que se o acusado não aceitar a proposta o processo **prosseguirá** em seus ulteriores termos; donde se conclui, forçosamente, que o processo já deve ter sido iniciado, quando desta manifestação do acusado. Os ulteriores termos, aos quais se faz referência, correspondem ao despacho que determina a citação do réu, (aperfeiçoando, desta forma, a relação jurídica processual) e designa a data para seu interrogatório.

VI - Efeitos do recebimento da denúncia

Algumas vezes, quando do oferecimento da denúncia, o prazo de prescrição de uma infração penal já se avizinha.

O recebimento da denúncia constitui-se em causa de interrupção da prescrição (artigo 117, I, do CP).

Assim, nas hipóteses contempladas pelo artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, e em seu parágrafo primeiro, caso a denúncia não venha a ser recebida de imediato, poderá ocorrer que, no momento em que o seja, a punibilidade já se encontre extinta pela prescrição.

As inovações contidas na Lei n.º 9.099/95 visaram incentivar a autodisciplina do acusado, e não abrir as portas para o emprego de estratégias que venham a servir exclusivamente como meio de burlar a lei, como, por exemplo, o de se evitar a intimação sobre a data da audiência preliminar até que se esgote o prazo prescricional.

Pode-se cogitar, ainda, da hipótese de o acusado residir em Comarca diversa daquela onde se firmou a competência. Nesse caso, a realização da audiência preliminar terá que ser deprecada. Duas podem ser as conseqüências deste ato:

a) No caso de o acusado aceitar a proposta de suspensão, caso a denúncia não tenha sido recebida, o juízo deprecado terá que devolver a carta precatória ao juízo deprecante, para que ele a receba ou a rejeite. Em recebendo a denúncia, o juiz da causa terá que determinar a expedição de nova carta precatória buscando a cooperação do juízo deprecado na fiscalização do cumprimento das condições impostas;

b) No caso de o acusado recusar a proposta, o juízo deprecado terá que devolver a carta precatória ao juízo deprecante, para que ele receba ou rejeite a denúncia. Caso a denúncia seja recebida, de igual modo, nova carta precatória terá que ser expedida a fim de possibilitar a citação e o interrogatório do réu.

Sabendo-se que foi intenção do legislador simplificar o procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo, não se pode imaginar que a burocratização acima prevista, determinada pela falta do recebimento da denúncia antes da realização da audiência preliminar, tenha sido por ele pretendida.

Os atos judiciais de natureza decisória, previstos no artigo 800, I, do Código de Processo Penal, não podem ser deprecados. Somente se deprecam atos de instrução e de documentação do processo.

Por isso, o prévio recebimento da denúncia se impõe, para que seja possível deprecar a realização da audiência preliminar e a fiscalização das condições, em caso de aceitação da proposta pelo acusado; ou para que na seqüência da própria audiência preliminar o juiz cite o réu da acusação e proceda ao seu interrogatório, caso ele venha a recusar a proposta de suspensão do processo, através da expedição de uma única carta precatória.

VII - O parágrafo primeiro do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 e o sistema processual

Buscando adequar o parágrafo primeiro do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 ao sistema jurídico processual, para que nele não se aponte qualquer inconstitucionalidade, deve-se entendê-lo da seguinte forma: o juiz, *caso receba a denúncia*, poderá suspender o processo, ou o juiz, *em havendo recebido a denúncia*, ou, ainda, o juiz, *caso tenha recebido a denúncia*, além de outras formas possíveis; isto porque, a aceitação ou a recusa da proposta de suspensão pelo acusado pouco importa para a constituição da relação jurídica, já que, se ele aceitá-la, o processo, já iniciado, será suspenso, ao passo que, se recusá-la, o processo prosseguirá normalmente. A condição de procedibilidade consiste na realização da proposta, e não na manifestação de vontade do acusado. Em razão disso, se tal manifestação não possui o condão de interferir na análise do juízo de admissibilidade da denúncia, não há porque estabelecer momento diverso para que o magistrado profira o seu despacho liminar, sem o qual não se constitui a relação jurídica.

Em resumo, no sentido processual, o princípio do devido processo legal possui, dentre outras características, aquela de propiciar ao acusado o conhecimento do teor da acusação e o direito à assistência judiciária. A garantia da assistência judiciária encontra-se intimamente ligada à defesa técnica substancial do réu, isto é, ao princípio do contraditório. Destarte, o parágrafo primeiro do artigo 89, da Lei n.º 9.099/95, ao prever que o acusado será previamente cientificado do teor da acusação e dos termos da proposta de suspensão do processo, e que sua manifestação de vontade quanto à sua aceitação ou recusa deve se dar mediante a orientação de um defensor, impõe, de forma evidente, a necessidade da constituição da relação jurídica processual, pois que esta é requisito básico para que se possa cogitar da aplicação destes dois princípios, que são princípios do processo acusatório. Insta salientar que a presença do defensor não se dá somente para que o acusado seja esclarecido sobre as conseqüências decorrentes da aceitação ou da recusa da proposta, mas também para que ele tome ciência do teor e da viabilidade acusação; o que somente se concebe caso sua discussão já tenha sido admitida judicialmente, através do recebimento da denúncia, sob pena de se submeter o acusado a um constrangimento.

Da mesma forma, embora seja a denúncia que dê início à ação, provocando a atuação jurisdicional, é o despacho liminar, de conteúdo positivo ou negativo, que dá início ao processo. Portanto, não há como se falar em suspensão do processo sem o prévio recebimento da denúncia.

VIII - Conclusão

1 - Na hipótese do artigo 89, parágrafo primeiro, da Lei n.º 9.099/95, o recebimento da denúncia deve preceder ao ato pelo qual se propicia ao acusado o conhecimento do teor da acusação, sob pena de ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório;

- 2 - A relação jurídica somente se inicia com o despacho liminar do juiz;
- 3 - A suspensão do processo pressupõe a prévia instauração da relação jurídica.

IX - Bibliografia

1. FLÁVIO GOMES, LUIZ. *Suspensão condicional do processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
2. FREDERICO MARQUES, JOSÉ. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997.
3. MIRABETE, JÚLIO FABBRINI. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
4. NERY JÚNIOR, NELSON. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
5. PELLEGRINI GRINOVER, ADA et. al. *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TESE 61

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – FIXAÇÃO EM CONCRETO

Mário José Corrêa de Paula

6º Promotor de Justiça de São Carlos - SP

I - Exposição de motivos

É indiscutível que uma das causas da violência e da criminalidade é a impunidade, e esta se verifica por duas formas: a ausência da persecução criminal e a ausência de uma reprimenda suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Abordaremos neste trabalho o segundo caso.

As penas cominadas abstratamente no direito penal pátrio são severas comparadas às previstas em legislações alienígenas, porém raramente as penas em concreto são fixadas acima no mínimo legal, independentemente das circunstâncias e gravidade do crime. Isto ocorre pela aplicação incorreta ou pela ausência de aplicação do artigo 59 do Código Penal. A prática tem se baseado para a fixação da pena somente nos antecedentes do agente, e não sendo o mesmo reincidente a pena é fixada no mínimo. Aliado a isto, e anoto desde já que não é nossa intenção discutir a execução da pena, mas é um dado relevante que temos que ter em mente, a regra é que a maior parte da pena privativa de liberdade é cumprida em regime aberto, geralmente mais brando que o próprio *sursis*, visto a ausência de casas de albergado e condições materiais de acompanhamento do sentenciado neste regime, excetuando-se, é claro, os crimes hediondos. Esta situação gera no criminoso a sensação de impunidade, pois sabe que a pena de real privação da liberdade será pequena em relação a um crime mais grave cometido, perdendo-se aqui o caráter preventivo da reprimenda.

Além disto, ao ser ignorado o disposto no artigo 59 do Código Penal, nega-se vigência à norma constitucional, visto que a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, prevê a individualização da pena.

Infelizmente, este tema é pouco tratado a nível constitucional, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O mestre Marcelo Fortes Barbosa, docente da cadeira de Direito Penal na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo), em sua obra “Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988” (Malheiros Editores, São Paulo, 1.993, pág. 70) nos diz que *o inciso XLVI do art. 5º da CF trata da individualização da pena. Vinculados a ele, estão os artigos 59 e 68 do Código Penal, que estipulam o “arbitrium regulatum” do juiz.*

Já José Afonso da Silva, no seu “Curso de Direito Constitucional Positivo” (Malheiros Editores, São Paulo, 17ª edição, 2.000, pág. 439/440) dedica ao tema somente um parágrafo: *Segurança em matéria penal. Constitui-se de garantias que visam tutelar a liberdade pessoal. Figura ela no art. 5º, XXXVII a XLVII, mais a hipótese do inc. LXXXV, sem falar no habeas corpus, incluído entre os remédios constitucionais. Essas garantias penais ou criminais protegem o indivíduo contra atuações arbitrárias, e podem ser consideradas nos grupos seguintes: (...) (3) garantias relativas à aplicação da pena: (a) individualização da pena (inc. XLVI), ou seja, a aplicação da pena deve ajustar-se à situação de cada imputado.* Porém, o renomado mestre trata na mesma obra, com o brilhantismo de sempre, do direito à igualdade previsto na Constituição. Este princípio, aliado à garantia da individualização da pena, nos impõe a análise de todas as circunstâncias do fato, da personalidade do agente e da conduta da vítima, para a fixação da pena. Caso contrário, como vem ocorrendo na prática, que fixa para todos os não reincidentes a pena no mínimo legal, independente dos demais elementos a serem analisados, passamos a tratar igualmente os desiguais, e a tratar fatos diversos como se fossem o mesmo, contrariando o princípio já referido.

Será que ao concordarmos com que a pena seja fixada igualmente no mínimo legal a dois roubos qualificados pelo emprego de arma para dois agentes não reincidentes, sendo que no primeiro o autor dos fatos subtraiu uma carteira com o emprego de ameaça exercida com a mera apresentação de um canivete e no segundo o agente, armado com uma pistola de grande calibre, aterroriza a vítima, afirmando a todo o momento que vai matá-la, e subtrai vultuosa quantia, causando enorme prejuízo à vítima, estaríamos de acordo com as normas constitucionais? Será que um homicídio simples seria igual a outro somente pelo fato do agente ser primário? Creio que não. Na verdade, estaríamos tratando igualmente os desiguais e esquecendo da individualização da pena, e com isto, nos casos mais graves, gerando uma impunidade disfarçada, pois deixaríamos de aplicar uma pena suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Até mais do que isto, pois se agente tiver a consciência de que, qualquer que seja a sua conduta dentro do tipo penal, a reprimenda será igual, nada o obstará de aumentar a periculosidade de sua ação.

Júlio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 16ª edição, Editora Atlas, São Paulo, pág. 292/295) nos ensina, quanto à correta aplicação do artigo 59 do Código Penal, afirmando que:

Trata o art. 59 das chamadas circunstâncias judiciais, que fornecem ao julgador os critérios necessários à fixação de uma “pena base” entre os limites da sanção fixados abstratamente na lei penal.

O dispositivo denuncia os fins da pena, determinando que seja ela estabelecida conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sendo a culpa do agente a base fundamental para a individualização da sanção a ser aplicada.

Nos termos do dispositivo em estudo, o juiz deve levar em conta, de um lado, a “culpabilidade”, os “antecedentes”, a “conduta social” e “a personalidade do agente”, e, de outro, as circunstâncias referentes ao contexto do próprio fato criminoso, como os “motivos”, as “circunstâncias” e “consequências do crime”, bem como o “comportamento da vítima”. Diante desses elementos, que reproduzem a biografia moral do condenado de um lado, e as particularidades que envolvem o fato criminoso de outro, o juiz deve escolher a modalidade e a quantidade da sanção cabível, segundo o que lhe parecer necessário e suficiente para atender aos fins da pena.

Menciona-se no art. 59, em primeiro lugar, a culpabilidade do agente, tida na reforma penal como o fundamento e a medida da responsabilidade penal. Substitui-se na lei as expressões “intensidade do dolo” e “grau de culpa”, com a justificativa de que “graduável é a censura cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade de pena” (exposição de motivos da Lei nº 7.209, item 50).

A expressão agora utilizada, porém, não afasta a consideração do elemento subjetivo do delito na fixação da pena. Um dolo mais intenso ou uma culpa mais grave são índices precisos de que a conduta é mais censurável (RT 628/370, JSTJ 22/223, RSTJ 17/472-3). A intensidade do dolo refere-se à pertinácia ou, ao contrário, a pouca disposição em perseguir a intenção criminosa; o dolo direto, por exemplo, é mais intenso que o dolo eventual, e a premeditação indica uma conduta mais reprovável do que aquela desencadeada por dolo de ímpeto. O grau da culpa (grave, leve ou levíssimo) funda-se na maior ou menor previsibilidade do resultado do lesivo e nos cuidados objetivos exigíveis do agente, denunciando, por conseguinte, a maior ou menor censurabilidade da conduta culposa.

Além disso, a utilização na lei da palavra “culpabilidade”, que tem caráter de juízo de reprovação, deve levar o julgador a atentar para as circunstâncias pessoais e fáticas, no contexto em que se realizou a ação, conduzindo-o a uma análise da consciência ou do potencial conhecimento do ilícito e, em especial, da exigibilidade de conduta diversa, como parâmetros do justo grau de censura atribuível ao autor do crime. Deve o juiz buscar, assim, a medida da justa reprovação em uma diagnose embebida de significado valorativo (Cf. REALE Júnior; Miguel. No mesmo sentido; ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. RT 707/276-288).

Deve o julgador observar, também, os antecedentes (bons ou maus) do agente. Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (art. 6º, incisos VIII e IX, do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico.

Refere-se ainda a lei à conduta social do agente, ou seja, a sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar etc.

Quanto à personalidade, registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento.

Destacam-se no art. 59 também as circunstâncias referentes ao contexto do fato criminoso.

Os motivos do crime, ressaltados na pregação positiva, realçam a necessidade de efetuar um perfil psíquico do delinqüente e da causação do crime para uma correta imposição de pena. O crime deve ser punido em razão de motivos que podem levar a uma substancial alteração da pena, aproximando-se do mínimo quando derivam de sentimentos de nobreza moral ou elevando-se quando indicam um substrato anti-social. Há diferença sensível entre uma agressão praticada para salvaguardar a honra de uma filha e aquela derivada de sentimentos de inveja. E menos censurável o crime praticado em decorrência do amor, da honra, da fé, do patriotismo, da piedade, do que os cometidos por ódio vingança, cupidez, libidinagem, malevolência etc. Nesses termos, segundo os positivistas, devem ser consideradas as paixões sociais e anti-sociais.

A referência às circunstâncias e consequências do crime é de caráter geral, incluindo-se nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos. As primeiras podem referir-se à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso; ao local do crime, indicador, por vezes, de maior periculosidade do agente; à atitude durante ou após a conduta criminosa (insensibilidade e indiferença ou arrependimento) etc. As demais se referem à gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime, inclusive aquelas derivadas indiretamente do delito. Maiores consequências existem, por exemplo, na cegueira ou paralisia da vítima no crime de lesões corporais, na penúria da família atingida pelo homicídio do pater familias, no extraordinário desfalque patrimonial produzido pelo roubo etc.

Por fim, inovou a lei ao fixar como uma das circunstâncias judiciais o comportamento da vítima, “erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes” (Cf. Exposição de motivos da Lei nº 7.209, item 50).

Damásio E. de Jesus, em sua obra “Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral” (Editora Saraiva, São Paulo, 23ª edição, 1999, pág. 586), é muito mais sintético, mas também expõe a necessidade da aferição de todos os elementos previstos no artigo 59 do Código Penal para a individualização da pena:

O novo sistema penal prevê duas fases na aplicação da pena.

Num primeiro momento, com fundamento no princípio da pena retributiva, fixa sua qualidade e quantidade, elaborando um juízo sobre o passado (juízo de culpabilidade), atendendo à gravidade objetiva do delito, antecedentes e personalidade do agente, sua conduta social anterior; motivos determinantes do fato e suas conseqüências (art. 59, I e II). Depois, num segundo momento, atendendo ao princípio preventivo da pena, faz um juízo sobre o futuro, levando em conta a finalidade preventiva da sanção penal, considerando a personalidade do agente, sua conduta posterior ao fato etc., fixando o regime inicial de cumprimento e, se for o caso, aplicando o sistema das penas substitutivas.

No mesmo sentido José Paulo da Costa Júnior, em “Direito Penal Objetivo” (1ª edição, 1989, Forense Universitária, Rio de Janeiro, pág. 110/114), sendo que o festejado autor descreve elemento por elemento que deve ser analisado, conforme determina o artigo 59, e coloca uma ressalva aos operadores do direito que merece ser transcrita:

O art. 59 reconheceu ao juiz larga margem de discricionariedade na aplicação da pena. Para não atentar contra o princípio da legalidade, a discricionariedade não pode ser livre, mas vinculada. Discricionariedade não é arbítrio.

Limitações são impostas ao arbitrium judicis, na fixação da pena. Deverá fazê-lo dentro das balizas estabelecidas pelas margens do tipo. E haverá que motivar a sentença, de forma exaustiva. É esta a melhor forma de que se dispõe para controlar o complexo processo da pena, ensejando a descoberta de eventuais falhas e possíveis erros. Não basta enumerar os critérios que levam o magistrado a fixar o quantum sancionatório. Nem serão suficientes aquelas fórmulas rituais e preguiçosas: “entende-se equânime a pena”, “adequada ao fato e à personalidade do réu”, “levando-se em conta os elementos do art. 59” etc. A adoção de tais fórmulas significa o arbítrio, jamais a discricionariedade.

Como se viu, para a individualização da pena é essencial à correta aplicação do artigo 59 do Código Penal. Mais visível é esta necessidade quando estão presentes atenuantes.

As atenuantes são circunstâncias que devem, obrigatoriamente, reduzir o *quantum* da pena aplicada, porém não é permitida a redução abaixo do mínimo legal. Assim, se o Magistrado fixa a pena base no mínimo em virtude da ausência de antecedentes do agente, mesmo reconhecida a existência de atenuantes a pena não pode ser minorada.

Convido o leitor a uma reflexão de um ponto já abordado, mas mais evidente agora: Em dois casos semelhantes, onde ambos os agentes incidiram no mesmo tipo penal e não são reincidentes. A fixação das penas no mínimo legal aparentemente seria equânime. Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitrada pode parecer sedutora, mas faz *tabula rasa* do princípio da igualdade e da norma que prevê a individualização da pena. E se um dos agentes tivesse a seu favor a existência de atenuantes, como por exemplo, a confissão espontânea, a menoridade e ter reparado o dano antes do julgamento, enquanto o outro agente não confessou, tudo fazendo para não ser condenado, não reparou o dano, apesar de poder fazê-lo, e é maior de vinte e um anos? Seria justa a aplicação de idêntica pena a ambos? Haveria neste caso individualização da pena? Acredito que há um contra-senso na posição hoje majoritária, pois a lei prevê benefícios em caso de existência de circunstâncias atenuantes, visto que estas indicam uma menor periculosidade do agente ou uma condição especial que demonstre maior probabilidade de regeneração, mas no momento da aplicação da pena em concreto isto é desprezado. Assim fica a questão: qual o benefício para aquele que demonstra que se arrependeu e aprendeu com seu erro, e tenta repará-lo? Nenhum, no caso de agentes não reincidentes, desprezando-se o princípio da igualdade e a individualização da pena, e assim estimulando uma criminalidade mais acentuada, pois o agente que comete um crime com mais gravidade, e que deveria ser apenado mais severamente, é privilegiado.

Assim, visando um combate a criminalidade mais acentuada, e o respeito ao princípio constitucional da igualdade e a cláusula *petrea* que prevê a individualização da pena, devemos lutar pela correta aplicação da pena, o que não é uma tarefa fácil, pois terá que se modificar uma mentalidade equivocada, mas já arraigada em nossa jurisprudência. Formas de atuação para tal são várias, e devem ser utilizadas combinadas para um resultado adequado, ou seja, desde de o inquérito policial é necessário que seja cobrado da autoridade policial o levantamento de informações que possam ajudar na análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal. Na fase das alegações finais, deve ser discutida pelo órgão de execução do Ministério Público a questão da fixação da pena, com análise de todos os elementos, e caso não surta efeito esta atuação, interpor recurso da sentença, visando à modificação gradual da jurisprudência. Uma outra forma, muito mais prática, seria uma mudança na legislação, acrescentando-se no artigo 59 do Código Penal que para o cálculo da pena base o magistrado deveria partir da média aritmética existente entre a pena mínima e a máxima prevista abstratamente, o que obrigaria a análise dos elementos de individualização da pena. Se totalmente favoráveis ao agente, a pena iria para o mínimo, e se neutros, a pena ficaria próxima a média já referida. Sabemos que a idéia da modificação na legislação é ainda somente um embrião, mas ousamos trazê-la ao Congresso para que possa ser analisada, discutida, modificada se for o caso, e no futuro gerar frutos.

II - Conclusões

a) na fase do inquérito policial, caso a autoridade policial não tenha colhido informações quanto aos elementos do artigo 59 do Código Penal, deve o Promotor de Justiça oficiante requisitá-las em diligências complementares, e na fase instrutória deve atentar para a produção de prova neste sentido;

b) nas alegações finais, manifestar-se quanto à fixação da pena, analisando todos os elementos do artigo 59 do Código Penal, a luz do princípio constitucional da igualdade e da norma que prevê a individualização da pena; e quando da análise da sentença recorrível, caso verificado que não foi observado o disposto no artigo 59 do Código Penal, o Promotor de Justiça oficiante deverá recorrer para corrigir tal falha;

c) propor como mudança na legislação a inclusão de um parágrafo único no artigo 59 do Código Penal, nos seguintes termos: Parágrafo único. Para o cálculo da pena base, o juiz deve tomar como ponto inicial a média aritmética entre o mínimo e o máximo na pena prevista em abstrato, alterando-a para mais ou para menos conforme a análise dos elementos previstos no *caput* deste artigo.

TESE 62

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO RESSOCIALIZADOR: A NECESSIDADE DA ADEQUADA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS DO AUTOR DO DELITO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA¹

Rudi Rigo Bürkle²
Promotor de Justiça

I - Justificativa

Muito se tem discutido sobre a fase de execução penal e vários já são os defensores de sistemas mais humanos de cumprimento da pena privativa de liberdade, ou mesmo, da substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas, e são acertados esses posicionamentos no sentido de que buscam efetivamente estabelecer como objetivo principal da pena a recuperação do autor da infração penal, ou melhor, sua reinserção social.

No entanto, não tem sido fácil estabelecer avanços significativos nessa área, face o contexto social em que são cumpridas as penas aplicadas nas ações penais, a primeira resistência encontra-se no próprio meio jurídico, no qual, juristas insistem num direito penal meramente retributivo ou acomodam-se frente a dificuldade de implantação de novos sistemas penais e carcerários; mas com muito mais força a resistência vem do meios social e político, por um lado, em razão da cobrança feita pela sociedade que deseja o encarceramento de autores de delitos porque está sentido-se desprotegida, amedrontada e tem se visto enclausurada dentro das próprias residências; por outro, dos políticos, que na ânsia do voto, ignoram a realidade penal e interessados tão-só em responder aos reclamos populares e agradar para conquistá-los, criam leis que em nada ou muito pouco melhoram o panorama e, pior, omitem-se na construção do sistema penal e carcerário adequado, desconsiderando a condição subumana dos presídios.

1. Semelhante tese fora apresentada pelo autor no Congresso do Ministério Público do Estado do Paraná – Ano 2001, realizado de 30 de agosto a 1º de setembro na cidade de Londrina – PR, com o título “A periculosidade do autor da infração penal como critério de dosimetria de pena”, sendo aprovada por maioria de votos. O autor, em razão de sugestão apresentadas no congresso e após uma reavaliação da tese, procedeu a alteração de algumas de suas partes, retirando de todo o texto o termo periculosidade do autor da infração, pois com o mesmo, face sua expressão de negatividade, numa leitura apressada do texto, parecia salientar apenas as circunstâncias subjetivas negativas do autor do delito, o que se chocava diretamente com o objetivo pretendido pelo autor do tese que é de estabelecer maior igualdade e justiça na individualização da pena.

2. O autor da tese é Promotor de Justiça na comarca de entrância intermediária de Pato Branco/PR, tendo atuação nas áreas de família e infância e juventude; além de ser professor de Direito Penal - Criminologia e Processo Penal na Faculdade de Direito Mater Dei – Pato Branco/PR e aluno do Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – Mestrado Acadêmico, área de concentração em Fundamentos do Direito Positivo, UNIVALI – Itajaí/SC.

Nesse quadro, o aumento da violência, o atraso processual, a desproteção de vítimas, a situação carcerária, a ineficiência da pena, que não são de responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público, é que, justamente, têm lhes estabelecido o descrédito, pois ignoram proposadamente os incautos que, na área penal, o Poder Judiciário e o Ministério Público lutam sem os instrumentos necessários e contra um poder que lhes tem mais força – o contexto social desfavorável, completamente disfuncional; mas o mais grave, é a falta de consciência de cidadãos, de juristas e de políticos que têm traçado o destino de vários infortunados, os quais têm o desprazer e o azar de se verem processados criminalmente, condenados, estigmatizados por uma pena quase sempre injusta e propriamente inicializados e perpetrados na criminalidade durante o cumprimento dessa pena.

As mudanças do sistema de execução penal devem persistir e é obrigação de todo jurista fazer com que isso aconteça, mas principalmente do Promotor de Justiça, porque a esse, em especial, está entregue a proteção de todos os direitos fundamentais do cidadão e da sociedade, dentre os quais a própria vida, a liberdade, a honra, a personalidade; portanto, a ele está atribuída com primazia a incumbência de garantir uma sociedade justa, igualitária, democrática, uma sociedade que seja efetivamente mais humana, em que cidadãos possam desfrutar de condições mínimas e dignas de vida.

No entanto, verifica-se que esse processo de mudança não poderá ter sucesso se não dermos os passos certos, se não se iniciar a fazer efetivamente justiça durando todo o processo penal, e isso vai significar, desde a estruturação das polícias civis e militares, para que seja eficiente o combate da criminalidade e a investigação criminal, a garantia efetiva do contraditório e ampla defesa durante a instrução criminal, com destaque à disponibilização de uma dedicada e efetiva defesa aos réus, até a adequação e justiça da sentença penal condenatória, com a aplicação correta da pena ao condenado e adequação da pena aplicada, para aí, então, se poder efetivar o satisfatório cumprimento da pena durante a fase de execução.

Depois dessa breve explanação pode-se já informar que o ponto que se quer efetivamente chegar é de que não está havendo adequação da pena aplicada ao condenado e, portanto, por mais justo que seja o cumprimento da pena que se lhe impinge nos atuais moldes, jamais se conseguirá um resultado satisfatório, qual seja, ressocialização do autor de delito e redução da violência social.

No atual sistema legal a fixação da pena vem regulamentada basicamente do artigo 32 a 95 do Código Penal, apenas com algumas alterações estabelecidas para determinados crimes em leis especiais, sendo que quase todas regulamentando regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade ou restringindo os benefícios do condenado.

Primeiramente, sobre o ponto que interessa analisar, se verifica estar estabelecido no artigo 68 do Código Penal que as fases de fixação da pena são três: a primeira que considera as circunstâncias judiciais de dosimetria da pena, estabelecida no artigo 59 do Código Penal, fase na qual existe a maior liberdade do juiz na dosimetria da pena, uma vez que os critérios estabelecidos são amplos; a segunda, na qual devem ser consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, artigo 61, 62 e 65 do Código Penal, fase na qual existe uma limitação do juiz pela enumeração taxativa das hipóteses atenuantes e agravantes, restando apenas discricionariedade de ponderação do *quantum* a fixar; e a terceira, na qual serão consideradas as causas de aumento, majorantes, ou de diminuição, minorantes, de pena, previstas na parte geral ou especial do Código Penal ou leis esparsas, nesta fase da fixação da pena o juiz está adstrito a reconhecer ou

não a circunstância majorante ou minorante e, a reconhecendo, estabelecer dentro do parâmetro prefixado o aumento da pena, pode-se considerar, dentro do sistema aplicado, a mais importante por ser a que mais influência tem no quantum de pena, a que, por se definida em frações (1/3, 2/3, 1/2, 1/6), maior possibilidade de aumento ou redução da pena possui. Sem prejuízo do estabelecido pela lei, pode-se definir uma quarta fase de fixação da pena, não mais do *quantum*, mas da espécie de pena que se aplicará ao condenado.

Em todas essas fases de fixação de pena observa-se uma grande preocupação do legislador com as circunstâncias do delito, principalmente circunstâncias objetivas, e o quase esquecimento, relegando a segundo plano, dos aspectos subjetivos ligados ao seu autor. Ou seja, tecnicamente relatando, na lei descreve-se um determinado fato para identificar o tipo penal e se lhe estabelece uma pena, com mínimo e máximo fixos, no entanto, para os critérios legais de dosimetria de pena também faz-se uso das circunstâncias delitivas, tornando essas parâmetro, portanto, para o tipo penal e para a pena.

Não bastasse essa tendência do nosso direito penal, os juristas, de um modo geral, e mais especialmente os juízes, responsáveis pela prolação da sentença, dão muito maior consideração aos aspectos objetivos do delito do que aos elementos subjetivos do seu autor, quase desconsiderando o próprio réu, senão como acusado, contra quem se profere a sentença condenatória, ou considerando os elementos de personalidade apenas para fins de agravamento da pena, sendo que muitos acabam por reutilizar as circunstâncias do delito para justificar o aumento de pena, define-se como reutilizar porque as circunstâncias são as normais do tipo penal e, portanto, compõe o desenvolvimento do ato e como tal possibilitam a identificação da tipicidade e após são tomadas são tomadas como circunstâncias para fixar pena, o que por certo é um contra-senso; um exemplo disso seria a ponderação de que se deve agravar a pena base do réu acusado pela prática de um crime de homicídio porque as conseqüências do crime foram graves, houve a perda de uma vida, como se isso não fosse conseqüência normal do delito e já não servisse como motivador da pena mínima e máxima prevista ao tipo penal.

Quem trabalha visualizando o aspecto ressocializador da pena e acredita nisso, jamais pode admitir que os principais elementos para fixação da pena sejam outros que não as circunstâncias pessoais do autor do crime, pois se o objetivo é recuperar para reinserir à sociedade, tem-se de saber exatamente qual a extensão do desvio de conduta, e uma pena justa é exatamente uma pena que vem a se adequar em tempo e em modo à necessidade de orientação ressocializadora do autor do delito. Quando se atribui o caráter de ressocializador à pena, se o faz em contraposição ao caráter meramente retributivo, já referido, e pelo qual não há qualquer preocupação com aquele quem sofrerá a imposição da pena, mas tão somente com o sistema legal, qual seja, efetivar a resposta, pena prevista em lei, e se a contrapõe justamente porque essa forma de pena não ressocializa, não possui qualquer capacidade recuperadora do apenado.

Assim, faz-se necessário buscar a modificação normativa para redefinir as fases de fixação de pena, alterando-se vários critérios, principalmente a importância que os atuais critérios possuem na dosimetria do apenamento, considerando os elementos do crime tão somente para definição da figura típica e orientando a fixação da pena com base na personalidade do acusado, sua conduta social, seu grau de instrução, seus antecedentes, seus motivos para prática do crime, conseqüências do crime sobre o seu autor, situação emocional antes, durante e após a prática do delito, efeitos de cada um dos tipos de pena sobre o condenado, enfim, todas aquelas circunstâncias que são necessárias se conhecer e ponderar para formulação de uma pena individualizada que vise a readaptação social do condenado.

No entanto, não se pode perder de vista e nem se deseja afastar o aspecto social lesivo do delito e o interesse social retributivo da pena que é o estabelecimento de um certo receio da sanção, o qual também serve efetivamente como meio coibidor da delinquência; assim como que deve ser mantido a definição do mínimo e máximo de pena para o tipo penal, até para que se respeite a garantia fundamental estabelecida no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Mas a alteração normativa não se mostra indispensável para que se passem a considerar as circunstâncias pessoais do autor do delito como elementos de importância na fixação da pena, pois o artigo 59 do Código Penal, principalmente, já abre as portas para esse reconhecimento quando prevê uma série dessas circunstâncias, tais como: culpabilidade, antecedentes, conduta social e motivos.

O que se precisa mesmo, já no primeiro momento e no atual sistema, é que essas circunstâncias pessoais do autor do delito sejam objeto também da prova do processo, que tenham a mesma importância, senão mais, do que os elementos probatórios do ilícito, pois são elas que podem conduzir a fixação de uma pena adequada e, portanto, eficiente, e que haja uma melhor identificação concreta das circunstâncias, o que se dará, certamente, com o reconhecimento da importância das mesmas na fixação da pena pelos integrantes da ação penal, partes e magistrado, redefinindo o que seja cada uma dessas circunstâncias e as ponderando de forma individualizada e fundamentada.

No que se refere a forma de trazer ao conhecimento do julgador essas circunstâncias, portanto, ao processo, dentre muitas outras, de pronto já se poderia indicar a realização de um estudo psicossocial do acusado.

Outro detalhe a se ressaltar é que os elementos pessoais sempre deveriam, de fato, ter importância na individualização da pena e não somente quando prejudiciais, e isso é o que realmente ocorre no sistema penal brasileiro, pois, por exemplo, aquele que tiver um equilíbrio entre os elementos pessoais favoráveis e contrários a si deve, nos moldes atuais, receber a mesma pena daquele que possui todas as circunstâncias pessoais favoráveis, afinal é pacífico na doutrina e na jurisprudência, em interpretação ao inciso II do artigo 59 do Código Penal, que a pena não pode ser reduzida abaixo do mínimo legal com base na condições judiciais estabelecidas nesse dispositivo legal, e, então, ambos cidadãos, tanto o que possui todas as circunstâncias pessoais favoráveis, quanto o que não as possui totalmente favoráveis, mas que as possui em quantidade suficiente para compensar as desfavoráveis, receberiam o apenamento mínimo, estabelecido no próprio tipo penal. O que se está a afirmar é que se tem dispensado o mesmo tratamento na dosimetria da pena para cidadãos com circunstâncias pessoais diversas, principalmente pelo fato de que a fixação da pena parte de um patamar mínimo e que as circunstâncias judiciais favoráveis não são capazes de possibilitar sua alteração, razão pela qual se estabelece uma injustiça ao tratar desiguais de forma absolutamente igual.

Para quem considera que o direito penal tem o cunho meramente retributivo, nos moldes já tratados, tem-se um longo caminho a percorrer até que se compreenda o contexto do delito, a origem da conduta delituosa, fatores da delinquência e, portanto, se tenha uma clara e correta noção de qual seja mesmo o objetivo do sistema penal, mas afinal, esse caminho jamais será percorrido porque o interesse desses é a aplicação objetiva da norma, não possuindo importância o apenado e o contexto social.

No entanto, aqueles que afirmam ser a pena meio ressocializador do indivíduo, tem-se é que cobrar que não só afirmem essa posição, mas a materializem, tem-se de exigir que

repensem a instrução do processo, os elementos de dosimetria de pena, a pena mínima definida no tipo penal.

De nada adianta alterar apenas os tipos de pena ou condições de seu cumprimento, como se tem feito, criando novas penas alternativas ou maquiando sistemas carcerários, o que se precisa primeiro é conhecer a exigência da pena, mal comparando, não adianta ministrar muito remédio no paciente para se curar uma doença, isso pode intoxicá-lo, de nada adianta pouco remédio, esse não terá potencial para produzir o efeito necessário, e muito menos adiantará se ter qualquer remédio, o que cura é o remédio com o princípio ativo específico.

Assim é necessário muito mais do que o fato para se definir o *quantum* e o tipo de pena, é necessário se conhecer o paciente, verificar especificamente qual a “doença” que se está a tratar. O direito penal ressocializador é um direito penal humano que vê, não um crime e um criminoso, mas um crime e um cidadão que errou, descumpriu um preceito legal e está a necessitar de orientação dos órgãos públicos para se reorganizar, para superar dificuldades, suprir carências, realinhar princípios morais e éticos, ter recuperada sua autoestima e crença na sociedade.

Deve-se saber o porquê, deve-se conhecer a personalidade do condenado, o que a formou, qual as influências que recebeu, deve-se reconhecer que ele é fruto social e que, portanto, amoldou-se no seio social, que sobre si influenciaram a família, o ambiente, a escola, a situação econômica, os meios de comunicação, etc., pois a partir daí é que se dá uma intervenção ressocializadora positiva, portanto, numa linha inversamente oposta à seguida pelos defensores da redução da imputabilidade penal, os quais, por certo, demonstram desconhecer a origem da criminalidade, ignoram que o ser humano nasce delinqüente, melhor explicando, que quando do nascimento se desconhece qualquer regra de conduta e, portanto, a tendência é a transgressão e que isso só não ocorre porque as relações sociais, com mais ou menos eficiência, alinham a personalidade do cidadão e permitem o conhecimento da necessidade de tolerâncias e sujeições para possibilitar o convívio social.

É justamente pautado no interesse social que não se pode admitir outro caráter à pena que não o ressocializador, pois o retributivo se iguala à vingança individual, lei de talião, e que justamente foi afastado pelo Estado quando estabeleceu a si o *jus puniendi*.

Assim se pode ousar a afirmar que os princípios que deveriam passar a pautar o sistema de pena seriam os mesmos previstos na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ou seja, deveria se pensar na pena como medida sócio-educativa, de ressocialização pela reeducação e não se reeduca sem o conhecimento da disfunção ou se não houver atuação da forma certa na medida necessária, se a pena não corresponder ao autor do delito, mas tão-só ao próprio delito.

Pelo até aqui exposto e partindo-se da premissa de que o sistema penal tem objetivo ressocializador, pois do contrário a discussão estabelecida perderia qualquer sentido, uma vez que o ponto central da abordagem está em alcançar a maior efetividade do direito penal, portanto, um direito penal direcionado e aplicado com o fim de impedir a reincidência, pode-se sustentar com tranqüilidade que deve haver uma completa reestruturação das linhas que norteiam a lei penal e seu aplicador.

Verifica-se a necessidade de uma urgente reforma legal do sistema penal, devendo-se adequá-lo como um todo para garantia efetiva do devido processo legal, da ampla defesa, do

contraditório, enfim, tem-se de materializar na lei e no dia-a-dia as garantias fundamentais do cidadão, pois só assim se pode ter uma sentença justa, mas também é necessário se introduzirem modificações legais no modo de fixação e meios de cumprimento da pena; naquele, alterando-se os critérios determinadores da pena estabelecida no tipo penal, mínima e máxima, sendo que para isso se poderia utilizar as circunstâncias do delito e a lesividade social da conduta, e os critérios de dosimetria de pena, estabelecendo-se como circunstâncias a serem consideradas as diretamente ligadas ao autor do delito; e nesta, criando-se novas espécies de pena, tal como as medidas sócio-educativas previstas na Lei n.º 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, encaminhamento para tratamento psicológico, toxicológico, do vício do álcool, obrigação de matrícula e frequência escolar, curso profissionalizantes, etc.

Mas não é necessário que se aguarde uma reforma legal para dar início à implementação de um sistema mais justo, até porque apenas propor e aguardar reforma legal na atual conjuntura política seria próximo, senão o mesmo, que apresentar uma reformulação inócua, isso demonstrado pelos anos já decorridos desde a apresentação dos primeiros projetos de reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal. Pode-se, dentro do próprio sistema legal vigente, mudar a realidade das fases de investigação penal, da ação penal e da execução penal.

Desde já, pode-se e deve-se passar a utilizar as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, como principais critérios individualizadores da pena, pois que realmente possibilitam a fixação da pena ao autor da infração penal e não ao crime para apenas ser cumprida por seu autor, eis que, em relação as circunstâncias do crime, a pena já vem estabelecida no tipo penal; bem como dar maior importância às atenuantes, agravantes, majorantes e minorantes que tenham relação direta com o processado.

Portanto, verifica-se como necessário para materialização do ideal ressocializador do direito penal, mais especificamente da pena, que esta guarde adequação com o autor do delito e que, portanto, a sua individualização, dosimetria e definição de espécie, tenha como principais critérios as circunstâncias subjetivas deste.

II - Conclusões

1. No atual sistema legal, não ocorre adequada individualização da pena em *quantum* e espécie;
2. A impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal com base no artigo 59 do Código Penal é desigualitária e injusta;
3. Não se pode cumprir com o fim ressocializador da pena sem que a mesma tenha como parâmetros as circunstâncias pessoais do autor do delito;
4. É necessária uma reforma legal para modificação do atual sistema de fixação de pena criminal, na qual devem se utilizar as circunstâncias do fato que se pretende tipificar para descrição do tipo penal, bem como para fixação do mínimo e do máximo de pena, e as circunstâncias subjetivas do autor da infração penal como critérios para individualização da pena;
5. É possível, além de necessário, de, com base no artigo 59 do Código Penal, revalorar-se as circunstâncias subjetivas do autor do delito na fixação do *quantum* e espécie de penas.

6. As circunstâncias subjetivas do autor do delito, mesmo no atual sistema, devem, necessariamente, ser objeto de prova na ação penal

TESE 63

O LIVRAMENTO CONDICIONAL - DA TEORIA À PRÁTICA

Rubens Rodrigues

Procurador de Justiça - SP

Definição. Segundo Edgard Magalhães Noronha, o livramento condicional é a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos, e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena, que deveria cumprir preso.

É um direito do sentenciado estreitamente ligado à sua liberdade; direito de não cumprir o total da pena imposta pelo preenchimento de requisitos legais”. (Direito Penal, vol. I, Saraiva, ed. 1979, pág. 308.

Origem. Segundo o saudoso mestre, ainda na mesma obra, página, 309, não se tem muita certeza quanto as origens do instituto. Atribui-se geralmente sua concepção a Bonneville de Marsangy, autor do livro *Les Diverses Institutions Complementaires du Systeme Penitentiaire*, quando então já lhe fazia referências. Todavia, observa Garraud que “desde 1832, uma circular ministerial de 3 de dezembro recomendava seu emprego a jovens presos. Alguns anos mais tarde, era ele aplicado a menores de dezesseis anos, encerrados na prisão celular de La Roquette”. Acrescenta que a experiência teve lugar em Paris; portanto, em condições bastante desfavoráveis, mas logrou inteiro sucesso, sendo mais tarde aplicado em outros lugares, notadamente em Lion.

Daí se difundiu para Europa, cabendo à Inglaterra a aplicação em larga escala.

Em nosso País foi o instituto previsto pelo Código de 1890 arts. 50 a 52), embora somente em 06 de novembro de 1924, pelo Decreto 16.665, tenha recebido regulamentação, incorporado à Consolidação das Leis Penais. Podia ser concedido a todos os condenados a penas restritivas de liberdade, por tempo não menor de quatro anos de prisão de qualquer natureza, desde que se verificassem as condições seguintes: a) cumprimento de mais da metade da pena; b) bom comportamento durante o tempo na prisão; c) cumprimento, pelo menos, de uma quarta parte da pena, em penitenciária agrícola ou em serviços externos de utilidade pública. O atual Código deu feição mais definida ao instituto, conforme se verifica no item 31 da Exposição de Motivos, são para ele características: a) integrar um sistema penitenciário progressivo; b) não ser um benefício, porém medida finalística de um plano de política criminal; c) pressupor a existência de indivíduo que se revelou desajustado à ordem social, mas cuja periculosidade já cessou; d) ser antecipação da liberdade à título precário, ficando o sentenciado sujeito a condições e sob fiscalização; e) não se admiti-lo na pena igual ou inferior a três anos”.

Vale a pena ressaltar que o contido na letra “c”, embora já constasse no Código de 1890, com a regulamentação feita pelo Dec. nº16.665, de 06.11.1924, tem encontrado na atualidade, uma forte corrente no E. Conselho Penitenciário de São Paulo, do qual sou

Conselheiro, uma forte adesão no sentido de que, estando o postulante ao livramento condicional, ainda no regime fechado, deve ele primeiro experimentar o regime semi-aberto, exceção feita ao condenado por crime hediondo, pois, nesta condição, não tem direito à progressão. Tal raciocínio se justifica, pois, sendo este regime, muito mais liberal que o fechado, nele o condenado poderá provar através das saídas temporárias, trabalhos externos etc., que sua saída de forma gradativa melhor se amoldará à liberdade ampla, do que repentinamente, saindo do regime fechado para o livramento condicional.

É merecedor de registro o fato de que alguns estudiosos do direito, querem, sob a alegação da prática de injustiça, achar que mesmo o condenado tendo praticado crime hediondo, pode ele, vencidos os 2/3 e 01 dia, postular e ser agraciado com progressão de regime. Alegam os defensores dessa teoria, que se vencidos os 2/3 e 01, pode o condenado ganhar o mais que é a liberdade condicional, porque não pode o menos, que é a progressão ao regime semi-aberto? Tal tese não vinga, porque não se pode confundir benefício com progressão. Aos membros do Ministério Público cabe, em princípio, observar sua função principal que é a de **fiscal da lei**. Não podem eles, sob o pretexto da justiça ou injustiça, deixar de querer aplicá-la tal como ela é. O mesmo cabe o Juiz, a quem não cabe discutir a lei, se justa ou injusta. Sua função é aplicar a lei. Uma lei injusta ou não, enquanto vigente há de ser aplicada, cabendo ao Poder Legislativo, revogá-la ou editar outra que a substitua. O que não se admite é tornar o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, letra morta, para permitir-se que, a pretexto de já ter o condenado tempo para a obtenção do livramento condicional, galgue o regime semi-aberto. Com efeito, sobre a distinção entre o benefício do livramento condicional e a progressão, basta que se diga que o livramento é condicional. No gozo deste benefício, se o liberado vier a delinquir e, se por isso for condenado, terá o benefício revogado, não poderá obtê-lo novamente e, não terá computado a seu favor o tempo que esteve em liberdade. Todavia, se promovido fosse ao regime semi-aberto e neste regime viesse a delinquir, mesmo que condenado, o máximo que poderia lhe acontecer era regredir no regime, e cumprir a pena do novo crime. Todavia, é inegável que todo o tempo que esteve no regime semi-aberto, será computado em seu favor, chegando-se ao cúmulo, de ter que ser considerado como pena cumprida, até o momento em que ele estava delinquindo. É que, porque preso, não há como, legalmente, descontar-se, as horas ou os momentos da prática do ato criminoso, face a regra do art. 11, do Código Penal. Tal injustiça também ocorre quando o condenado encontra-se em regime aberto. Se nesse regime, o condenado demorar uma semana, empenhado em praticar um crime, a exemplo do que ocorre com os grandes assaltos ou até mesmo seqüestro, descoberta essa prática, o máximo que se pode fazer, por falta de nossa legislação é condená-lo pela prática do novo crime e regredi-lo ao regime ao regime fechado. Nesse particular há que ser ressaltado que já houveram vozes discordantes, preconizando que se estiver o condenado no regime aberto, revogado este, deve o condenado voltar ao regime anterior, no caso o semi-aberto. Tal teoria estriba-se na assertiva de que se progressão não se pode fazer por saltos, ou seja do fechado para o aberto, tal como tem recomendado a jurisprudência, também, para o caso de regressão deveria ser obedecido o mesmo princípio. Essa tese não resiste ao menor ataque, pois, a regressão a outro regime, tem regra definida no artigo 118, da Lei de Execução Penal - Lei 7.910 de 11.07.1984, que assim dispõe: “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para **qualquer dos regimes mais rigorosos**, quando o condenado: I _ quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II _ sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada, ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).” Os negritos

são de nossa responsabilidade. Ora, nota-se que o artigo retro mencionado emprega o termo **“qualquer dos regimes mais rigorosos”**, logo, não há como fala-se em obrigatoriedade de regressão sempre ao regime semi-aberto.

Restou claro que, quando o saudoso mestre, Edgard de Magalhães Noronha, referiu-se ao Atual Código, em razão data da edição da sua obra, o fez com relação ao Código Penal de 1940, uma vez que hoje está em vigor as alterações impostas à parte Geral, pela Lei 7.209 de 11.07.84. A partir da vigência dessa lei, o livramento condicional passou a ser mais liberal, pois, permitiu-se a concessão desse benefício à penas superiores a dois anos desde que cumprido mais de 1/3 se primário e mais da ½ se reincidente. Quanto ao comportamento, basta hoje, que o mesmo tenha sido satisfatório. Neste particular aumentou-se a liberalidade, pois o termo satisfatório difere do adjetivo “bom”. O Código de 1924, com regulamentação imposta pelo Dec. 16.665 de 06.11.1924, exigia o **bom comportamento** durante o cumprimento da pena.

I - O livramento condicional no código atual (1984)

O atual Código Penal dedica o Capítulo V, do Título I, ao livramento condicional. Com início no art. 83, estendendo-se até o 90, onde trata da extinção da pena privativa de liberdade. O artigo 83, traz as condições a serem exigidas para a concessão do benefício.

Cabe de início observar que o próprio “caput” do artigo traz o verbo “poderá” e não a obrigatoriedade ditada, normalmente, em normas cogentes, pelo verbo “deverá”. A partir desta faculdade e não obrigatoriedade, estou mais convicto de que estamos mais próximos de um benefício e bem distantes de um direito no exato termo da palavra. Tratasse de um direito líquido e certo, preenchidos os requisitos, não se poderia contestá-lo a exemplo do ocorre com a chamada matéria de direito publico. Esta, deve ser reconhecida de plano, por quem primeiro dela tomar conhecimento. Como exemplo desta, podemos citar o caso de cumprimento da pena. Ocorrendo este, ou a prescrição, deve esta ser reconhecida, pela instância que dela primeiro tomar conhecimento, evitando-se, com isso, o constrangimento ilegal. O mesmo não ocorre com livramento condicional que comporta discussões quanto a sua concessão.

É forçoso notar, então, que o verbo poderá não está condicionado tão-somente ao preenchimento das condições que o mesmo artigo a seguir passa a enumerar. Há que ser entendido, também, que mesmo estando preenchidas as exigências contidas nos incisos de I a V, e parágrafo único, ainda assim, havendo fundadas dúvidas de que o benefício se tornará inoportuno, poderá o Juiz, de forma fundamentada, não concedê-lo. É que, tratando-se de um benefício, a ser concedido na fase de execução da pena, a dúvida deverá militar em favor da sociedade. A propósito já há precedentes jurisprudenciais assim afirmando: “Sem dúvida tem razão o Dr. Promotor da Vara das Execuções ao salientar que, no processo de execução da pena, não mais incide a regra da presunção em prol do acusado (art. 5º, LVII, da CF), valendo, naturalmente, a visão contrária, “in dubio pro societate”(in Agr. em Exec. n.º 661.563/6 - 11ª C do TACRIM-SP - vu - j.10-06-91 - Rel. Sidnei Beneti).

Podemos sobre o tema nos socorrermos das lições de Hermenêutica, expostas por Carlos Maximiliano – Hermenêutica e Aplicação do Direito – Revista Forense – ed. 1999 – pág. 169: “O Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou consciente possa espalhar”. E prossegue o autor, na mesma obra, página 172: “A equidade judiciária compele os juízes, “no silêncio,

dúvida ou obscuridade das leis escritas a submeterem-se por um modo esclarecido à vontade suprema da lei, para não cometerem em nome dela injustiças que não desonram senão os seus executores”.

II - Alterações impostas pela Lei 8072 de 25.07.90 com relação ao livramento condicional.

Com o advento da Lei 8.072/90, o art. 83, do Código Penal passou a ter o inciso V, com os seguintes dizeres: “ V – cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o condenado não for reincidente **específico** em crime dessa natureza”. A partir de então, mesmo que de forma indireta, ressuscitou-se dos códigos antigos a chamada reincidência específica e, por consequência a genérica. É que criando a específica para os crimes hediondos, para distingui-la da outra, já existente, teremos que forçosamente denominar a residual de genérica.

Esta ressurreição das reincidências, obriga-nos a outro raciocínio relacionado aos condenados, que antes da Lei 8072/90, poderiam ser classificados apenas como primários, reincidentes e “tecnicamente primários”. Estes últimos resultam da extinção da reincidência, na forma imposta pelo artigo 64, I, do CP. Todavia, com a inovação da citada lei, passamos a ter duas espécies de reincidentes, ou seja, o específico e o genérico. Dito isso, podemos individualizar os hoje condenados da seguinte forma:

Primários: condenados que sofreram apenas uma condenação. **Tecnicamente primários:** condenados que sofreram mais de uma condenação, podendo, dentre elas, estar incluída uma ou mais condenações, pela prática de crime hediondo, todavia, em razão do que consta no art. 64, I, do CP, voltam à condição de primariedade. Esta distinção, com relação aos primários, só tem efeito didático e, no momento de se aferir os requisitos subjetivos. Já com relação ao requisito objetivo, estes têm, em comparação aos primários apenas a obrigação de cumprir, para efeito de livramento condicional, maior tempo de pena (não maior fração), desde que a soma das penas individualmente impostas, assim o exijam. Com efeito, tendo em visto aos requisitos subjetivos, não se poderá dispensar igual tratamento, para um indivíduo que apenas cometeu um crime e outro que se tornou profissional na arte de delinquir.

Reincidentes específicos: condenados por mais de um crime hediondo, obedecidas as regras dos artigos 63, 64 e 83, V, todos do Código Penal.

Reincidentes genéricos: condenados por crimes diversos, podendo, dentre eles estar incluído até mesmo um crime hediondo, obedecidas as regras dos artigos 63 e 64, do Código Penal.

Para se analisar a situação dos condenados tendo em vista a concessão ou não do livramento condicional teremos que, inicialmente, enquadrá-los dentro de uma das situações já mencionadas. Nunca, sem antes de tal exercício lembrar que, para a aplicação do bom Direito, temos que ter sempre presente o princípio, no sentido de que, jamais podemos tratar os desiguais com igualdade, e os iguais com desigualdade, mas, sim tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, sob pena de se assim não agirmos, tornarmos a Justiça injusta. É curial que se saiba que, toda lei há de trazer sempre o mínimo de Justiça, daí porque haveremos de sempre dizer que se o fato é legal, é porque este, concretamente, amoldado a lei, exala justiça.

Partindo desses raciocínios ao defrontarmos com os pedidos de livramento condicional, poderemos, de modo mais racional, dar a cada um o que ele faz por merecer.

Antes de partirmos para os exemplos práticos, os quais ajudarão, de forma mais clara, a entender a matéria, uma explicação se faz necessária. Embora pareça óbvio, as vezes, por falta de prática e dos conhecimentos mínimos da matemática, o cálculo das penas acaba sendo uma problema para o intérprete. Digo isso, com conhecimento de causa, pois, quando laborei, por quase oito anos, nas Promotorias das Execuções Criminais da Capital, a partir de novembro de 1984, tive a oportunidade de encontrar grandes erros, nos cálculo das penas, não só por parte dos cartórios, mas também por profissionais, que claudicavam quando tinham que enfrentar a soma, divisão ou até mesmo subtração de números complexos, envolvendo dias, meses e anos. Bem por isso, vale uma simples explicação.

Antes de qualquer operação o profissional terá que ter em mente os ditames do art. 11, do Código Penal que diz o seguinte: “Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direito, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.” Pois bem, essa regra não é só aplicável pelo Juiz, no momento da imposição da pena, mas, também, nos momentos da verificação do requisito objetivo, por ocasião da análise de pedidos de progressão, livramento condicional, indulto total ou parcial (comutação). Com efeito, se tivermos que somar uma pena de <02> anos, <10> meses e <20> dias a outra pena de <05> anos e <04> meses, basta que coloquemos os anos sob os anos, meses sob meses e dias sob dias, no caso teríamos:

$$\begin{array}{r} 02a \quad 10m \quad 20d \\ 05a \quad 04m \quad 00d \quad + \\ \hline \text{Total: } 08a \quad 02m \quad 20d \end{array}$$

Há que ser observado que no exemplo dado, quando somarmos os meses, teremos 14 meses, todavia como 14 meses equivale a <01> ano e <02> meses, nós transportamos o ano para a casa dos anos e deixamos a sobra <02> meses na casa dos meses. O Mesmo poderia ter ocorrido com a soma dos dias, se na soma obtivéssemos um número superior a <30> . Suponhamos que ao invés de termos, como no exemplo anterior, uma pena de <05> anos e <04> meses, tivéssemos uma pena de <05> anos, <04> meses e <20> dias, daí nossa operação ficaria assim:

$$\begin{array}{r} 02a \quad 10m \quad 20d \\ 05a \quad 04m \quad 20d \quad + \\ \hline \text{Total: } 08a \quad 03m \quad 10d \end{array}$$

Nesse caso, a operação, começa sempre pelos dias, passando-se para os meses e posteriormente aos anos, pudemos verificar que ao somarmos <20> dias, mais <20> dias, encontramos <40> dias, o excedente de trinta, equivalente a um mês, foi transportado para a casa dos meses, no caso <01> passando então a casa dos meses a ficar com o resto, no caso <10> dias e os meses agora com <15> meses. Desse total, subtraímos <12> meses o equivalente a <01> ano. Deixamos a sobra de <12> no caso <03> na casa dos meses e levamos <01> ano para a casa dos anos, daí o resultado final de <08> anos, <03> meses e <10> dias.

No caso de subtração a montagem da operação se dá, inicialmente, com a colocação de forma que do maior irá se extrair o menor. Tomemos como exemplo as seguintes penas, dos <05> anos, <04> meses e <10> dias, nós queremos subtrair <02> anos, <10> meses e <29> dias. Montemos a nossa operação. Antes, porém, teremos que efetuar, para a sua montagem,

Pois bem, achamos que metade de <11> anos, <11> meses e <11> dias equivale a <05> anos, <11> meses e <20> dias, como o art. 83, II, do CP fala em mais da metade, basta que somemos ao numero encontrado mais 01 dia, ficando então, <05> anos, <11> meses e <21> dias. Para se descobrir se Tibúrcio já cumpriu o requisito objetivo, isto é, aquele requisito que decorre da lei, no caso o art. 83, II, do CP, basta tomarmos a data da prisão e somarmos a ele os <05> anos, <11> meses e <21> dias, o que resultaria em:

1995a,	02m,	09d	
<u>0005a,</u>	<u>11m,</u>	<u>21d</u>	+
2001a,	01m,	30d	

Verifica-se que no dia 30.01.2001, Tibúrcio completou o requisito podendo, pois postular o livramento condicional.

Feitas tais explicações, embora primárias, todavia necessárias, pois, um simples erro de cálculo poderá custar a liberdade de um indivíduo, o a soltura do mesmo indevidamente, tomemos agora, por exemplo, cinco indivíduos diferentes os quais, para efeitos didáticos, chamaremos de “A”, “B”, “C”, “D” e “F”.

“A”, primário, condenado uma única vez pela prática de crime hediondo. Diz a Lei, art. 83, V, que este só poderá obter o livramento condicional após cumprir mais de 2/3 da pena, com conduta razoável. Assim sendo, cumpridos 2/3 e <01> dia, terá ele direito a postular o benefício.

“B”, primário, condenado uma única vez pela prática de crime comum. Diz a Lei, art. 83, I, que este só poderá obter o livramento condicional após cumprir mais de 1/3 da pena, com conduta razoável. Assim sendo, cumprido 1/3 e <01> dia, terá ele direito a postular o benefício.

“C”, reincidente específico, isto é aquele indivíduo que tendo sido condenado, mais de uma vez, pela pratica de **crime hediondo**, observadas as regras dos artigos 63 e 64, do Código Penal, se vier a postular o livramento condicional, não poderá sua pretensão ser acolhida, face a vedação legal, contida no art. 83, V, do Código Penal.

“D”, reincidente genérico, isto é aquele indivíduo que já tendo praticado um delito comum, ou hediondo, e, sido condenado, obedecidas as regras do art. 63, do Código Penal, vem a praticar outro delito. Cabe ressaltar que se o crime anterior for **hediondo, o subsequente só poderá ser** comum, caso contrário incidirá a regra da reincidência específica. Estando com a situação processual definida, isto é, sem pendência processual, vindo a postular o livramento condicional, deverá sujeitar-se às seguintes regras: 1- Cumprir mais de 2/3, da pena do crime hediondo (art. 83, V, do CP), para descontaminar essa pena. A sobra dessa pena deverá ser adicionada a pena do delito comum, para que desse total (resto do hediondo + pena do crime comum), cumpra mais da metade (art. 83, II, do CP), para que só assim se possa dar por cumprido o requisito objetivo. Exemplifiquemos: Pedro foi condenado a dois anos de reclusão pela prática de um furto. Tendo sido beneficiado com o sursis, no gozo de desse benefício foi preso em flagrante, processado, julgado e condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, a uma pena de <03> anos de reclusão, com a obrigação de resgatá-la, integralmente, no regime fechado. Nesse caso, verifica-se que Pedro é reincidente genérico, pois, já havia sido condenado por furto quando veio a praticar novo delito, art. 63, do CP. Não há vedação legal, para a obtenção do benefício do livramento condicional, todavia, para que possa obter o livramento condicional, deverá cumprir da pena do crime hediondo mais de 2/3

que é igual a <02> anos e <01> dia. Resta dessa pena, <11> meses e <29> dias. Somando-se esta com a pena do furto, que é igual a <02> anos, teremos <02> anos, <11> meses e <29> dias. Mais da metade dessa pena resulta em $\frac{1}{2}$, mais <01> dia, que é igual a <01> ano, <05> meses e <30> dias ou ainda <01> ano e <06> meses. Logo, Pedro terá que cumprir <02> anos e <01> dia, mais <01> ano, <06> meses, que resulta em <03> anos, <06> meses e <01> dia, para preencher o requisito objetivo. Para se chegar a data do cumprimento do requisito objetivo, basta somar esta pena à data do início do cumprimento da pena.

Já houve quem entendesse que cumpridos mais de 2/3, da pena do crime hediondo, o restante dessa pena não haveria de ser somado a pena do crime comum. Por outro lado, também já houve quem entendesse que o requisito objetivo só seria alcançado quando o sentenciado cumprisse mais de 2/3, do total das penas impostas. Tais raciocínios, data vênha, além de constituírem uma injustiça, tecnicamente se tornam-se inviáveis. Constitui uma injustiça na medida em que se observa que desprezando-se o restante da pena do crime hediondo, seria considerá-lo como inexistente ou suspenso. Ora, se tal raciocínio não vinga para quem não praticou crime hediondo, também, reincidentes genéricos, porque vingar, para quem praticou crime mais grave? Se tal fosse correto, deveríamos admitir que os demais reincidentes pudessem desprezar ou considerar, para efeito de cálculo, parte de suas penas. Como tal não é possível para eles - reincidentes genéricos apenas em crimes comuns - com maior razão, não poderá tal desprezo ocorrer, em benefício do criminoso hediondo. Por outro lado, mesmo que assim não fosse, tal raciocínio encontra óbice na prática, daí porque dizer que tecnicamente ele é inviável. É que a Lei de Execução Penal - Lei 7.910/84, em seu artigo 112, assim preconiza: ***“A pena privativa e liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”***. Não haveria como entender ser possível diante da regra da progressividade, se pudesse determinar o início do cumprimento de uma pena, que haveria de ser cumprida integralmente no regime fechado (L. 8072/90), para que cumpridos dois terços e um dia desta, fosse a mesma interrompida, ficando seu resto suspenso. Após o que, determinar-se-ia o início do cumprimento de outra pena, menos rigorosa, para que uma vez cumprido mais da metade desta, pudesse o condenado ser beneficiado com o livramento condicional. Feito tudo isso, em liberdade, aí sim, retomaria o cumprimento do resto da pena do crime hediondo, para que ao término desta, pudesse iniciar o cumprimento do restante da pena do crime comum. Vê-se, pois, que na prática seria impossível admitir tal raciocínio. Há que ser esclarecido, ainda, que na prática, as penas até por uma ordem lógica, vencida a regra da natureza da gravidade, devem ser cumpridas, obedecendo à antiguidade da imposição, ou seja, da mais antiga, para a mais nova e assim sucessivamente. De notar-se, pois, que até com relação a essa última regra prática, não seria viável, menosprezar-se o restante da pena do crime hediondo, para buscar o cumprimento, antecipado, da pena do(s) crime(s) comum(ns).

Injusto seria, também, no caso de reincidente genérico que no rol das condenações conta com uma pena imposta pela prática de crime hediondo, exigir-se o cumprimento de mais de 2/3, da soma de todas as penas. É que agindo assim, estaríamos tratando, de forma igual, crimes de naturezas desiguais. Estaríamos exigindo do crime comum a mesma fração que se exigiria do crime hediondo, sendo certo que, na prática, mesmo depois de cumprida, na íntegra a pena do crime hediondo, ainda assim, estaríamos a exigir o cumprimento de uma fração de pena do crime comum, como se hediondo fosse. Exemplifico: Beraldo restou condenado a uma pena de <03> anos de reclusão, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes e a <05>

anos e <04> meses pela prática do crime de roubo duplamente qualificado, totalizando suas penas em <08> anos e <04> meses. Mais de 2/3, dessa pena equivale a <05> anos, <06> meses e <21> dias. Retirando desse total a pena do crime hediondo vamos verificar que, mesmo vencida esta, entrará o condenado na pena do crime de roubo, devendo cumprir muito mais da metade, ou seja <02> anos, <06> meses e um dia, para que só assim possa postular o livramento condicional. Tal cálculo nos parece rigoroso demais e sem suporte legal.

É bom que se diga que o instituto do livramento condicional, não faz, a exemplo dos Decretos de Indulto, já editados, referência à pessoa do condenado. Nestes, ao contrário do livramento condicional, ao referir-se ao condenado, indica-o como contaminado pela hediondez, ou crime cuja aplicação é vedada. Com efeito, vale para o indulto total ou parcial afirmar que o condenado que tenha sofrido uma condenação por crime hediondo, não tem, mesmo com relação aos demais crimes, direito a tal benefício. Logo, é de fácil conclusão que a mesma regra torna-se inaplicável, para ambos os benefícios.

Para se ter uma idéia de Justiça é melhor que estabeleçamos uma comparação entre dois indivíduos, aplicando-se a regra por nós preconizada. Um que seja reincidente genérico, sem que haja praticado crime hediondo, e outro também reincidente genérico, mas que haja praticado um crime hediondo, porém, com o mesmo total de penas. Jorge, condenado por dois crimes comuns, cuja soma das penas seja igual a <06> anos de reclusão e Gaspar condenado ao mesmo total pena sendo uma delas de <03> anos pela prática do crime de tráfico de entorpecente. Pois, bem no caso em questão deve-se exigir de Gaspar, pois, embora tenha o mesmo número de anos - 06 - a cumprir, praticou ele crime de natureza mais grave. Já Jorge, merecerá um pouco mais de consideração. Dito isso, vamos verificar que de Gaspar exigiríamos o cumprimento de <04> anos e <09> meses e <01> dia. Quanto a Jorge exigiríamos o cumprimento de <03> anos e <01> dia. Logo, é de fácil entendimento que dentro dos ditames legais buscamos equacionar um problema não explicitado, claramente pela lei, sem que com isso iremos aplicá-la de foram injusta.

Outra regra há de ser observada para os reincidentes genéricos, isto é, aquele condenado que embora reincidente haja praticado **apenas crimes comuns**. Estes, para obterem o livramento condicional, deverão, para efeitos do requisito objetivo, resgatarem, no mínimo, **metade mais um dia**, do total das penas impostas. Exemplo: Aristóteles já tendo sido condenado pela prática de um crime de roubo, vem a ser novamente condenado pela prática de outro roubo, cujas penas somadas atingem o montante de <10> anos e <08> meses. Verificadas as circunstâncias do art. 63 e 64, do Código Penal, constata-se sua condição de reincidente genérico. Tendo postulado o benefício do livramento condicional, alegando que já cumpriu mais da metade das penas, para verificar-se o preenchimento do requisito objetivo basta tomar a data da prisão, composta por dia, mês e ano e adicionar a esta a quantidade de dias, meses e anos. No caso do exemplo, no mínimo <05> anos, <04> meses e <01> dia.

“D”, tecnicamente primário, tendo sido condenado por dois ou mais crimes, ausente do rol das penas, pena imposta pela prática de crime hediondo, desde que obedecida a regra do artigo 64, do CP, há de merecer o sentenciado o mesmo critério adotado para o condenado primário. Somam-se as suas penas, do total extrai-se 1/3 e 1 dia, (art. 83, I, do CP), cumprido tal lapso, presente encontra-se o requisito objetivo.

Quanto aos primários e tecnicamente primários, cabe algumas ressalvas, quando se tem a existência de uma pena imposta pela prática do crime hediondo. Se primário e, presente apenas a pena do crime hediondo, aplica-se como dito anteriormente a regra do inciso V, do art.

83, do CP. Se ausente a pena do crime hediondo, aplica-se a regra do art. 83, I, do CP. Todavia se tecnicamente primário, porém, presentes penas impostas por crimes comuns e hediondos, a conjugação dos incisos I e V, do art. 83, do CP, se faz necessária, sob pena de não a fazendo, tratarmos com mais veemência os **desiguais com igualdade**. É que não se pode dispensar o mesmo tratamento, face a natureza dos crimes, para sentenciados que tenham praticado só crimes comuns, como para aqueles que além dos crimes comuns, tenha praticado também crime hediondo. Assim sendo, merece um condenado que tenha praticado, mesmo que num único contexto fático, por exemplo um crime de tráfico de entorpecentes e um porte ilegal de arma, ser tratado de forma diversa de um outro que só tenha praticado um só tráfico ou um só porte. Logo, para o que praticou os dois delitos, há que exigir-se o cumprimento de mais de 2/3, da pena do crime de tráfico, e, mais o cumprimento de mais de 1/3, do restante da pena do crime de tráfico somado à pena do crime de porte ilegal de arma.

III - Remição e detração – reflexos no livramento condicional.

REMIÇÃO:

O artigo 126 da Lei de Execução Penal - Lei 7.910 de 11.07.1984, dispõe que: “O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”. Já o seu §1º, diz que: “a contagem do tempo par o fim deste artigo será feita à razão de um dia de pena por três dias de trabalho”. Por seu turno o art. 127 da mesma lei, diz quando ocorrerá a perda. Já o art. 128, diz que o tempo remido será comutado para a concessão do livramento condicional e indulto.

IV - Remição - reflexos no livramento condicional

Diz o art. 128, da Lei de Execução Penal - Lei 7.910 de 11.07.1984 que: “*O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e indulto*”. Pois bem o tempo remido abatido da pena, torna-a menor, logo, a fração exigível dependendo das circunstâncias (art. 83, incisos I e II - 1/3 ou 1/2), se tornará obviamente menor. Logo, todo rigor no critério de abatimento da pena se faz necessário. O art. 127, da Lei de Execução Penal - Lei 7.910 de 11.07.1984, embora, não diga expressamente, mas, na prática tem se observado que toda remição há de ser efetuada da pena ainda por cumprir, salvo se, tiver o condenado pena única. É que se tivesse o condenado mais de uma pena à cumprir e, o período a ser remido fosse sempre abatido da pena em cumprimento, uma vez vencida esta, mesmo que viesse o condenado a praticar falta grave, não poderia mais tornar-se sem efeito a remição. Logo, tornaríamos letra morta o artigo 127, da LEP. Assim sendo, a remição, havendo mais de uma pena a cumprir incide sempre na última pena a ser cumprida. Dito isso, tendo o condenado pena a cumprir por crime hediondo e não hediondo, tendo em vista que a pena do crime hediondo, por ser mais grave há de ser cumprida primeiro, não pode esta sofrer abatimento por remição (repite-se, desde haja outra), com o intuito de diminui-la, para que a fração de 2/3 e 1 dia seja menor.

Neste particular, cabe uma digressão, para uma breve reflexão sobre a perda dos dias remidos caso venha o reeducando a praticar falta grave. Vozes isoladas, têm entendido que o artigo art. 127, da Lei de Execução Penal - Lei 7.910 de 11.07.1984, é inconstitucional. Dizem tais defensores que tal dispositivo fere o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada material, porque, uma vez transitada em julgado a sentença concessiva da remição esta não mais poderá ser alterada. Esquecem tais defensores da finalidade da remição e que a

sentença concessiva, tal como as demais na área de execução penal que concedem benefícios estão sujeitas à clausula “*rebus sic stantibus*”, isto é, estão condicionadas a certas ocorrências futuras e incertas. No caso remição a condição exigível é que reeducando não pratique crime ou falta grave. Se assim não fosse, a remição que um mero benefício condicional, que serve como um freio inibidor e auxiliar para a disciplina nos presídios, perderia sua razão de ser. Com efeito o instituto da remição, trouxe para o presidiário um direito nunca visto pelo cidadão comum. É que para o sentenciado que trabalha um dia tem 32 (trinta e duas) horas. Explico: para o cidadão comum um dia tem apenas 24 (vinte e quatro horas) já para o sentenciado que está trabalhando, trabalhado o primeiro dia, o calendário marca um dia, todavia, ela já passa a ter direito a mais <08> horas de um dia ainda não alcançado no calendário. Trabalhado o segundo dia, no calendário passaram-se apenas <02> dias, todavia, par ao preso já se passaram <02> dias e <16> horas de um dia ainda não alcançado pelo calendário. Quando tal. Indivíduo completa o terceiro dia de trabalho, no calendário só se passaram três dias, todavia, em razão da remição ele pode abater um dia da pena, como já cumpriu três acaba na realidade dizendo que já cumpriu quatro. Não bastasse isso, referido artigo tem um verbo como núcleo que não admite um pensamento facultativo. Assim diz o artigo 127 da LEP: “O condenado que for punido por falta grave **perderá** o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Ora, não há como interpretar de forma diversa, uma lei clara precisa e concisa. Ademais tal questionamento levado aos nossos Tribunais mereceu a seguinte resposta:

STF: “O artigo 127 das Lei de Execução Penal prevê a cassação do benefício da remição, caso o apenado venha a ser punido por falta grave iniciando o novo período a partir da infração disciplinar. Não tem procedência o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, para conceder habeas, no sentido de que não existe possibilidade da referida perda, sob pena de afronta ao princípio constitucional do direito adquirido. Procedente da Corte. Recurso Extraordinário conhecido e provido” (STF – 1ª T – RE nº242.454-4/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU nº184, de 24.09.99). No mesmo sentido: 2ª T. do STF – RHC 77.863 SP – julgado em 27.10.98 e HC 77.593 – SP -, Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 03.11.98.

E:

STJ: “Execução Penal. Recurso ordinário. Remição. Falta grave. O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade, perde ex vi art. 127 da Lei de Execução Penal, o direito à remição do período de trabalho ao cometer a falta grave. Recurso desprovido” (RHC n.º 8417 - SP (99/15340-5) - STJ - 5ª. T - Rel. Min. Felix Fischer - j. em 25.03. 99)

E:

TJESP: “Ora, dispõe o art. 127 da Lei 7.210/84 que “o condenado que for punido por falta grave, perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. E não há falar em direito adquirido, pois a lei o subordina à condição específica, qual seja, a de não praticar o beneficiário falta grave, sob pena de perda do favor legal.”(Agravo n.º 91.853-3, 6ª C Crim. do TJESP - Rel. Des. Nelson Fonseca).

Claro restou que a remição, está sujeita a condições futuras e insertas, visto que não passa de mero benefício e que para não perdê-la basta que o seu beneficiário cumpra com sua obrigação de manter-se dentro da ordem e da disciplina a ele impostas.

V - Detração reflexos no livramento condicional

Diz o art. 42 do CP: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”. Pois bem, como a lei é silente quanto ao tempo de prisão provisória, se pelo mesmo feito ou feitos diversos, cuidou a jurisprudência de aclarar a situação, donde surgiram duas correntes. A mais exigente dizendo que o tempo de prisão provisória que pode ser abatido da pena definitiva só pode ser aquele que corresponda ao mesmo feito. Precedentes jurisprudenciais: “A prisão computável na duração da pena deve relacionar-se com o fato que é objeto da condenação”. (TACRIM-SP – HC – Rel. Prestes Barra – RT 444/341). No mesmo sentido RT 399/275. A outra corrente, a mais branda, exige apenas que o tempo da prisão seja posterior a data do fato pelo qual este venha a ser condenado em definitivo. Este entendimento baseia-se no pressuposto de que a prisão embora tenha sido por outro feito, poderia, porque possível, também ser pelo próprio feito, porque posterior ao fato delituoso. Precedentes jurisprudenciais existem neste sentido: “A detração do período de prisão a que se seguiu a absolvição do réu pode ser concedida se se trata de pena por outro crime anteriormente cometido. Não, porém, em relação à pena por crime posterior à absolvição”. (STF – HC – Rel. Aliomar Baleeiro - RTJ 70/324) . No mesmo sentido RJTJSP 472/290.

Esta, diferentemente, da remição que atinge a última pena a ser cumprida, deve a tinger, exclusivamente, a pena do mesmo processo ou no máximo a do processo, cujo crime, tenha sido praticado antes da prisão. Neste caso, o período a ser detraído pode e deve, até mesmo, ser da pena do crime hediondo. Todavia, esta regra há de ser rigorosamente observada.

VI - Reincidência

Algumas considerações necessárias. É de se notar que os artigos 63 e 64, trazem para este instituto uma grande benesse para os delinquentes habituais. O art. 63, permite que um indivíduo pratique quantos crimes quiser, sem se tornar reincidente. Basta, para tanto, que não haja sido condenado anteriormente. Nota-se que as vezes um recurso interposto, mesmo que se tenha recorrido por recorrer, face a demora para seu julgamento, acaba por premiar o recorrente. É que, mesmo que não obtenha o êxito com sua pretensão, consegue prorrogar o tempo, evitando-se o trânsito em julgado da sentença pelo crime anterior. Feito isso, pode com a prática de novo crime, face a condenação anterior, em definitivo, mantê-lo na condição de primário. A nossa legislação, por ser muito falha, permite que o condenado de forma indireta, consiga através de um recurso, mesmo que absurdo, um efeito que o mesmo jamais poderia ter, que é o de evitar a reincidência ou buscar a prescrição. Não bastasse isso, da mesma forma, se os crimes forem sendo praticados <05> anos e <01> dia após cumprimento ou extinção da pena anterior, permanecerá, o delinqüente, adjetivado como primário. É de fácil conclusão que para ser reincidente no Brasil, precisa o delinqüente ser muito descuidado, ou esforçar-se para conseguir essa pecha.

Bem por isso, que o intérprete, ao defrontar-se com um pedido de livramento condicional deve tomar muito cuidado com a reincidência, pois ela, traz para o condenado a exigência de cumprir parcela maior de pena, nos caso de crimes não hediondos ou seja : 1/2 - 1/3 (art. 83, I e II, do CP) = 1/6 a mais de pena. Tal fração, nos caso de penas altas são bastante significativas, por exemplo em <30> anos significa <05> anos. Vale ressaltar que sabedores da importância

da reincidência, grande parte dos presidiários ao instruírem seus pedidos omitem a condição de reincidente. É que, um numero significativo dos presídios, do nosso Estado, por falta de funcionários, socorre-se do trabalho dos presos, para executar a tarefa de pesquisar e prestar informações sobre os prontuários. Tal afirmação há que ser feita porque, a exemplo dos pedidos de indulto, tal como ocorria por ocasião do Dec. 3226/99, que vedava o benefício para o caso de roubo qualificado, com emprego de arma, art. 157, § 2º, I, do Código Penal, as informações, quando prestadas, omitiam os inciso I, do art. 157. Cabia ao Conselheiro, se diligente buscar a verdadeira informação.

VII - Conclusão

O presente trabalho não foi elaborado com a pretensão de ensinar os grandes mestres da área de execução penal, tampouco para esgotar a matéria, mesmo porque foi elaborado por um simples aprendiz. Longe de nós tal pretensão. Todavia, se o mesmo servir de luz, mesmo que para um principiante na área de execução penal, nós já nos sentiremos por demais recompensados. Somos sabedores do quanto é importante a execução penal, tanto para o Ministério Público como para a sociedade.

Ao longo dos anos nunca me cansei de dizer que o Promotor de Justiça, que atua com correção, na área de Execução Penal, é o verdadeiro guarda metas do crime. Se ele falhar, não adianta todo esquadrão de combate ao crime (Promotorias Criminais), conseguir grandes condenações. Basta que se lance uma cota "NQO" (Nada que opor), para que trabalhos maravilhosos, júris espetaculares, investigações fantásticas etc., sejam jogados por terra. Unificações, indultos, livramentos condicionais, progressões etc., serão concedidas de formas absurdas. Vale ressaltar que o(a) Promotor(a) de Justiça, trabalha sozinho e contra o mundo. Todos querem ser bonzinhos, o condenado, sua família, o seu defensor, os integrantes da CDH, os responsáveis pelos presídios, os filósofos do direito, os políticos etc. Do outro lado sobra o(a) Promotor(a) de Justiça, muitas vezes incompreendido, até mesmo por alguns colegas que nunca militaram na área, ou até mesmo porque desconhecem sua verdadeira obrigação de atuar como o único fiscal da lei.

Tabela de anos com respostas em D= Dia, M= Mês e A= Ano

ANOS	1/6	1/5	1/6	1/3	1/2	2/3
01	2M	2M12D	3M	4M	6M	8M
02	4M	4M24D	6M	8M	1A	1A4M
03	6M	7M6D	9M	1A	1A6M	2A
04	8M	9M18D	1A	1A4M	2A	2A8M
05	10M	1A	1A3M	1A8M	2A6M	3A4M
06	1A	1A2M12D	1A6M	2A	3A	4A
07	1A2M	1A6M24D	1A9M	2A4M	3A6M	4A8M
08	1A4M	1A7M6D	2A	2A8M	4A	5A4M
09	1A6M	1A9M16D	2A3M	3A	4A6M	6A
10	1A8M	2A	2A6M	3A	5A	6A8M
11	1A10M	2A3M6D	2A9M	3A8M	5A6M	7A4M
12	2A	2A5M	3A	4A	6A	8A

A presente tabela visa facilitar o cálculo de penas inclusive para tempo superiores em anos ao número doze. Exemplo quanto equivale 1/5 de 120 anos, 11 meses e 29 dias. Procedimento: 1- Na tabela dos anos, procura-se o equivalente 1/5 de 12 anos. Encontraremos: **2A5M**. Como 120 anos equivale a 10 X 12 anos, a fração encontrada também deverá ser multiplicada por 10 que resultará em 10X2A5M que é igual a **20A50M**. Feito isso, vamos buscar na tabela dos meses o que significa 1/5 de 11 meses que é igual a **66D**. Por último vamos na tabela dos dias, para verificar quanto equivale é 1/5 de 29 dias, e vamos encontrar o número 5. Vencidas tais etapas, vamos efetuar a soma de números complexos (DIAS, MESES E ANOS) tendo a cautela de colocar ano sob ano, mês sob mês e dia sob dia. No caso ficará com a seguinte indicação: 20A , 50m 00D

00A	00M	66D
00A	00M	05D
20 ^A	50M	71D

Este número ainda não representa uma resposta correta, pois, temos ainda temos meses que excedem a 11, logo superior a 01 ano e que precisa ser levado para seu respectivo lugar. Da mesma forma temos dias que excedem a mês ou meses e que precisa(m), de forma correta ser levado(s) para seu(s) respectivo(s) lugar(es). Podemos na medida em que vámos somando, já fazendo a conversão. Para isso, começamos

da reincidência, grande parte dos presidiários ao instruírem seus pedidos omitem a condição de reincidente. É que, um numero significativo dos presídios, do nosso Estado, por falta de funcionários, socorre-se do trabalho dos presos, para executar a tarefa de pesquisar e prestar informações sobre os prontuários. Tal afirmação há que ser feita porque, a exemplo dos pedidos de indulto, tal como ocorria por ocasião do Dec. 3226/99, que vedava o benefício para os caso de roubo qualificado, com emprego de arma, art. 157, § 2º, I, do Código Penal, as informações, quando prestadas, omitiam os inciso I, do art. 157. Cabia ao Conselheiro, se diligente buscar a verdadeira informação.

VII - Conclusão

O presente trabalho não foi elaborado com a pretensão de ensinar os grandes mestres da área de execução penal, tampouco para esgotar a matéria, mesmo porque foi elaborado por um simples aprendiz. Longe de nós tal pretensão. Todavia, se o mesmo servir de luz, mesmo que para um principiante na área de execução penal, nós já nos sentiremos por demais recompensados. Somos sabedores do quanto é importante a execução penal, tanto para o Ministério Público como para a sociedade.

Ao longo dos anos nunca me cansei de dizer que o Promotor de Justiça, que atua com correção, na área de Execução Penal, é o verdadeiro guarda metas do crime. Se ele falhar, não adianta todo esquadrão de combate ao crime (Promotorias Criminais), conseguir grandes condenações. Basta que se lance uma cota “NQO” (Nada que opor), para que trabalhos maravilhosos, júris espetaculares, investigações fantásticas etc., sejam jogados por terra. Unificações, indultos, livramentos condicionais, progressões etc., serão concedidas de formas absurdas. Vale ressaltar que o(a) Promotor(a) de Justiça, trabalha sozinho e contra o mundo. Todos querem ser bonzinhos, o condenado, sua família, o seu defensor, os integrantes da CDH, os responsáveis pelos presídios, os filósofos do direito, os políticos etc. Do outro lado sobra o(a) Promotor(a) de Justiça, muitas vezes incompreendido, até mesmo por alguns colegas que nunca militaram na área, ou até mesmo porque desconhecem sua verdadeira obrigação de atuar como o único fiscal da lei.

VIII - Anexos

DIAS	1/6	1/5	1/4	1/3	1/2	2/3
01	0	0	0	0	0	0
02	0	0	0	0	1	0
03	0	0	0	1	1	2
04	0	0	1	1	2	2
05	0	1	1	1	2	2
06	1	1	1	2	3	4
07	1	1	1	2	3	4
08	1	1	2	2	4	4
09	1	1	2	3	4	6
10	1	2	2	3	5	6
11	1	2	2	3	5	6
12	2	2	3	4	6	8
13	2	2	3	4	6	8
14	2	2	3	4	7	8
15	2	3	3	5	7	10
16	2	3	4	5	8	10
17	2	3	4	5	8	10
18	3	3	4	6	9	12
19	3	3	4	6	9	12
20	3	4	5	6	10	12
21	3	4	5	7	10	14
22	3	4	5	7	11	14
23	3	4	5	7	11	14
24	4	4	6	8	12	16
25	4	5	6	8	12	16
26	4	5	6	8	13	16
27	4	5	6	9	13	18
28	4	5	7	9	14	18
29	4	5	7	9	14	18
30	5	6	7	10	15	20

Tabela de meses com resposta em dias

<u>MESES</u>	<u>1/6</u>	<u>1/5</u>	<u>1/4</u>	<u>1/3</u>	<u>1/2</u>	<u>2/3</u>
01	5	6	7	10	15	20
02	10	12	15	20	30	40
03	15	18	22	30	45	60
04	20	24	30	40	60	80
05	25	30	37	50	75	100
06	30	36	45	60	90	120
07	35	42	52	70	105	140
08	40	48	60	80	120	160
09	45	54	67	90	135	180
10	50	60	75	100	150	200
11	55	66	82	110	165	220
12	60	72	90	120	180	240

Tabela de anos com respostas em D= Dia, M= Mês e A= Ano

ANOS	1/6	1/5	1/6	1/3	1/2	2/3
01	2M	2M12D	3M	4M	6M	8M
02	4M	4M24D	6M	8M	1A	1A4M
03	6M	7M6D	9M	1A	1A6M	2A
04	8M	9M18D	1A	1A4M	2A	2A8M
05	10M	1A	1A3M	1A8M	2A6M	3A4M
06	1A	1A2M12D	1A6M	2A	3A	4A
07	1A2M	1A6M24D	1A9M	2A4M	3A6M	4A8M
08	1A4M	1A7M6D	2A	2A8M	4A	5A4M
09	1A6M	1A9M16D	2A3M	3A	4A6M	6A
10	1A8M	2A	2A6M	3A	5A	6A8M
11	1A10M	2A3M6D	2A9M	3A8M	5A6M	7A4M
12	2A	2A5M	3A	4A	6A	8A

A presente tabela visa facilitar o cálculo de penas inclusive para tempo superiores em anos ao número doze. Exemplo quanto equivale 1/5 de 120 anos, 11 meses e 29 dias. Procedimento: 1- Na tabela dos anos, procura-se o equivalente 1/5 de 12 anos. *Encontraremos: 2A5M. Como 120 anos equivale a 10 X 12 anos, a fração encontrada também deverá ser multiplicada por 10 que resultará em 10X2A5M que é igual a 20A50M. Feito isso, vamos buscar na tabela dos meses o que significa 1/5 de 11 meses que é igual a 66D. Por último vamos na tabela dos dias, para verificar quanto equivale é 1/5 de 29 dias, e vamos encontrar o número 5. Vencidas tais etapas, vamos efetuar a soma de números complexos (DIAS, MESES E ANOS) tendo a cautela de colocar ano sob ano, mês sob mês e dia sob dia. No caso ficará com a seguinte indicação: 20A , 50m 00D*

00A	00M	66D
00A	00M	05D
20 ^A	50M	71D

Este número ainda não representa uma resposta correta, pois, temos ainda temos meses que excedem a 11, logo superior a 01 ano e que precisa ser levado para seu respectivo lugar. Da mesma forma temos dias que excedem a mês ou meses e que precisa(m), de forma correta ser levado(s) para seu(s) respectivo(s) lugar(es). Podemos na medida em que vamos somando, já fazendo a conversão. Para isso, começamos

pelos, de tal forma que o excedente de 30 ou seus múltiplos, fica na casa dos dias. Já os 30 ou seus múltiplos, vão para casa dos meses. No caso em questão temos na casa dos dias o número 71, que dividido por 30 é igual a 02 e sobrando 11, que ficará na casa dos dias. Logo o 02 vai para a casa dos meses. Ficando no caso do exemplo 52. Este número dividido por 12 meses, que igual a um ano, corresponderá a 04, restando 02. Este último fica na casa dos meses e o 04 vai para a casa dos anos. Ao final temos que 1/5 de 120 anos, 11, meses e 29 dias é igual a 24A, 02M e 11D. Poder-se-ia, a primeira vista, dizer que a conta estaria errada, pois, multiplicando 24A, 02m e 11D, por 5 vamos encontrar 120a, 11M e 55D que equivale a 120A, 11M e 25D. Sucede que na divisão, ou seja, 120A, 11M e 29D, por 5, nós vamos encontrar 24A, 11M e 25D, sobrando 04 dias. Esta sobra final, há que ser desprezada de acordo com o art. 11, do Código Penal que diz o seguinte: Desprezam-se, nas penas privativas, de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro (atual real). Logo para se tirara prova teríamos que somar ao número final, ou seja 120A, 11M e 25D mais 04, aí sim chegaríamos ao resultado final de 12A, 11M e 29D.

TESE 64

O LIVRAMENTO CONDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE APLICAÇÃO EFETIVA DO ART. 18 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Ruy Antonio Vieira de Carvalho
Promotor de Justiça – Alcântara/MA

I - Introdução

O presente trabalho, que se constitui em tese a ser apresentada no XIV Congresso Nacional do Ministério Público, insere-se no tema “Reforma do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Princípios Constitucionais”. Tem por finalidade contribuir de forma singela para o aprimoramento das condições da execução penal, visando minimizar o problema da criminalidade, particularmente no tocante à reincidência.

Historicamente, a administração carcerária em nosso país sempre foi uma atribuição dos órgãos ligados à segurança pública, via de regra a polícia. O sistema penal brasileiro, que já havia entrado em colapso em sua fase derradeira, a execução penal, hodiernamente atravessa uma de suas piores crises, pois, o organismo que via de regra mantém o primeiro contato com a delinquência, a polícia, quase que de forma generalizada insurgiu-se contra o Estado por meio de movimentos grevistas, parcialmente legítimos, tornando muito mais árdua a tarefa de tratar o fenômeno da criminalidade sob a ótica do efetivo cumprimento da legislação penal, e com maior preocupação, sob o enfoque do preâmbulo constitucional e observância do fundamento inserido no art. 1º, III, da Constituição Federal.

A repercussão negativa da situação carcerária brasileira em organismos internacionais, especialmente aqueles ligados à ONU e com atuação na área de preservação dos direitos humanos, levaram as autoridades brasileiras a uma preocupação constante acerca dessa problemática. Este é um dos efeitos benéficos da globalização, sem que nos esqueçamos do caráter político e econômico embutido neste tipo de repercussão.

O Art. 1º, da Constituição Federal, assim dispõe: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

 III – a dignidade da pessoa humana;

"

Se o povo brasileiro, através de legítimos representantes, elegeu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em um Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana”, este direito fundamental há que ser assegurado por todo e qualquer estatuto jurídico, posto que a legislação de um país, deve necessariamente encontrar seu fundamento de validade na “LEX MATER”.

Se a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, a realização individual deste direito está intrinsecamente ligada à realidade social. Significa que, para a efetividade deste direito fundamental, há necessidade da participação do Estado e da coletividade em consonância com o preceito constitucional.

Como se sabe, as normas-princípios constitucionais, ainda que programáticas devem ter efetividade, por conseguinte as normas infraconstitucionais que reproduzem o mesmo sentido e alcance desses princípios tornam-se obrigatoriamente efetivas.

Durante a execução penal, ante à realidade carcerária do país, é impossível conciliar o tratamento efetivamente dispensado aos reclusos a esse fundamento de sustentação de nossa República Federativa.

O Estado tem sido incapaz de enfrentar a questão carcerária, as medidas adotadas pelos “planos de ocasião”, quase nunca obtêm o resultado esperado. O que é pior, os condenados são duplamente punidos. Punidos com uma pena privativa de liberdade e punidos com o tratamento que lhes é dispensado nos estabelecimentos carcerários.

A idéia externada pela legislação não passa de retórica do “faz de conta”. A bem da verdade, a privação de liberdade é a “melhor forma” de que dispõe o Estado para se livrar de indivíduos problemáticos que possam causar instabilidade social.

Dentro desse contexto de omissão estatal, identifica-se também a inobservância da seção V, do capítulo II, da Lei de Execução Penal, relativa à Assistência Educacional, particularmente no que diz respeito à efetividade dos Arts. 17 e 18, deste diploma legal.

II - A obrigatoriedade do estado em dar efetividade ao art. 18 da LEP

Diz o Art. 18 da LEP: “ O ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa ”.

O Brasil, como país signatário da ONU, segue as diretrizes estabelecidas nesta Organização Internacional, entre elas, as que se encontram fixadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em outras Resoluções ou Tratados Internacionais, como por exemplo, as que se encontram dispostas nas Regras Mínimas da ONU.

As Regras Mínimas da ONU (nº 77.1) estabelecem que compete ao Estado adotar as providências necessárias para melhorar a instrução de todos os presos que necessitem de aprimoramento educacional. Sob esta ótica, o Art. 17 da LEP determina que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

A Constituição Federal estabelece que a “ educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho ” (art. 205), garantindo ainda o “ ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso na idade própria ” (art. 208, I), conceituado este como “ direito público subjetivo ” (art. 208, § 1º). Isto quer dizer que não só a instrução, que é um dos elementos da educação, mas também esta é um direito de todos, sem qualquer limitação de idade. Assim, pois, qualquer pessoa, não importa a idade e tampouco a sua condição ou *status* jurídico, tem o direito de receber educação desde que, evidentemente, seja dela carente qualitativa ou quantitativamente. De vez que a cada direito corresponde um dever, é a própria constituição que esclarece ser este do Estado, que deverá prover a educação aos presos e internados se não o tiver feito convenientemente no lar e na escola.

A legislação brasileira que regula a execução penal (art. 18, da LEP), a exemplo das Regras Mínimas da ONU (nº 77.1, segunda parte), assegura aos reclusos analfabetos a obrigatoriedade de instrução escolar, sob a orientação de que a ação educativa deverá integrar-se, quanto possível, com o sistema de instrução pública, possibilitando aos presos maior proximidade com a sociedade.

Assim, os sentenciados presos, sem instrução básica e elementar têm o direito de recebê-la através do Estado.

Não é preciso ser especialista na matéria para saber que isso não ocorre e, que a exigência contida no art. 18 da LEP nunca foi implementada.

Estatísticas recentes, demonstram que aproximadamente 85 % (oitenta e cinco por cento) da população carcerária do país é constituída de analfabetos ou semi-alfabetizados. Mais uma vez, fica evidente que a retórica existente na letra da lei, nunca sai do papel.

O dever do Estado, consubstanciado na obrigatoriedade de prestar assistência educacional aos apenados, além de garantir um direito fundamental da pessoa humana, proporciona uma diminuição nos altos índices de reincidência e prepara o recluso para uma reintegração gradual ao convívio social.

III - O art. 18 da LEP e o livramento condicional

A vontade, e principalmente a necessidade, de operar mudanças no sistema penal brasileiro tem sido preocupação constante de toda a sociedade, tanto que estão tramitando no Congresso Nacional alguns projetos de reforma do Código de Processo Penal, Código Penal e Lei de Execução Penal.

Os poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, têm conjugado esforços no sentido de aprovar projetos de lei que visem a solução do problema carcerário do país, ou que pelo menos, proporcionem a melhoria na qualidade de vida dos detentos.

Nesse sentido, várias propostas têm sido apresentadas e, o presente trabalho se propõe a apresentar mais uma: **a obrigatoriedade do estudo como condição a ser cumprida durante o período de livramento condicional.**

Dispõe o art. 132 da Lei de Execução Penal:

Art. 132. Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;*
- b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação;*
- c) não mudar do território da Comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.*

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;*
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;*
- c) não freqüentar determinados lugares.*

Há algum tempo, vem se consolidando nos meios jurídicos a equiparação do estudo ao trabalho para efeito de remição de pena. Isto porque, chegou-se à conclusão de que o estudo proporciona o desenvolvimento intelectual do apenado, trazendo resultados benéficos para a ressocialização do indivíduo.

Seguindo este mesmo raciocínio, consolidado pela doutrina e jurisprudência, entendemos que a obrigatoriedade do estudo durante o período de livramento condicional, pode ser equiparada à condição estabelecida na letra "a", do § 1º, do Art. 132 da LEP.

Note-se que a condição de obter ocupação lícita a que fica subordinado o beneficiário, só pode ser exigida se ele for dotado de aptidão para o trabalho, o que não ocorre com a obrigatoriedade relativa à instrução escolar. Neste caso, não há qualquer exigência, procura-se preencher uma lacuna decorrente da omissão estatal, tendo como destinatário o beneficiário que não tenha concluído o ensino fundamental. A proposta apresentada não impede que se atinja níveis mais elevados de ensino, contudo, deve necessariamente adequar-se ao disposto no Art. 18 da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, torna-se muito mais fácil o acompanhamento do cumprimento dessa condição por parte dos órgãos ligados à execução penal.

O indivíduo com formação escolar, ainda que mínima, tem outra visão do mundo; reflete mais detidamente acerca das condutas que pretende realizar; avalia melhor a consequência de seus atos e certamente, estará mais suscetível a reconhecer a impropriedade e ilegalidade de uma ação ilícita.

Através do estudo, é perfeitamente possível alcançar um resultado mais satisfatório para o caráter de prevenção especial da pena.

O estudo, a exemplo do trabalho, é o melhor instrumento para conseguir o propósito reabilitador da pena. Assim como o trabalho, tem a propriedade de diminuir a repugnância e o mal-estar dos presidiários, inspirando-lhes sobretudo, amor próprio, valorização pessoal e uma autoconsciência construtiva.

Registre-se ainda, que a condição estabelecida no § 1º, letra “a”, do art. 132 da LEP, impõe a obrigação de obter “ocupação lícita”, não necessariamente emprego. Fazendo referência posterior à aptidão “para o trabalho”, referindo-se logicamente à atividade que será desenvolvida, que pode perfeitamente ser o estudo.

Na visão da doutrina e da jurisprudência a questão é pacífica, “*tollitur quæstio*”, pois, a “ocupação lícita” não corresponde necessariamente a atividade laboral, podendo o estudo ser entendido como tal.

A nossa proposta não contraria esse entendimento, pelo contrário só vem a reforçá-lo, ou seja, que a obrigatoriedade do estudo passe a integrar expressamente o texto legal, como condição a ser imposta aos apenados que não tenham concluído o ensino fundamental, durante o período do benefício.

Poder-se-ia argumentar, por que restringir a obrigatoriedade do estudo ao livramento condicional, se poderíamos dar efetividade ao art. 18 da LEP, através de outros institutos que permitem a liberdade de um apenado ?

A resposta a esta indagação, é de cunho lógico-jurídico, já que as outras hipóteses passíveis de aplicação do modelo, seriam a suspensão condicional da pena e a aplicação de pena alternativa. Em relação à primeira, entendemos ser desnecessária a imposição desta condição, em virtude da inocorrência de ingresso do condenado no sistema carcerário e, em relação à segunda hipótese, não podemos reconhecer nesta obrigatoriedade o caráter de pena.

Por fim, como é evidente, devem permanecer em vigor todas as regras já existentes para tornar efetiva a aplicação do art. 18 da Lei de Execução Penal.

IV - Conclusões

Se a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental do indivíduo, e não podemos excluir os apenados da condição de sujeitos de direitos subjetivos, a efetividade deste direito exige a participação do Estado e da coletividade, em consonância com o fundamento constitucional. O Estado deve fornecer os instrumentos necessários à implementação deste direito, mas, a sociedade deve integrar-se às políticas públicas para que se alcance os objetivos desejados.

A obtenção de resultados satisfatórios com a regular e gradual reintegração social dos presidiários, só será alcançada mediante uma ação solidária envolvendo poder público e a coletividade, para que numa conjugação de esforços possamos garantir dignidade ao egresso do sistema penal.

Está cientificamente demonstrado, que a solução dos problemas sociais brasileiros, passa necessariamente pela mobilização popular. Neste diapasão, evidencia-se a necessidade de participação da coletividade no processo de reintegração social dos apenados.

É preciso buscar um novo paradigma para a solução do problema. Não basta esperar que o Estado assuma isoladamente essa tarefa, só com mobilização popular; com mudança de consciência, com a formação de uma autoconsciência construtiva nos reclusos; com tratamento humanitário no interior dos presídios e principalmente com a possibilidade de formar no recluso um sentimento de utilidade para a sociedade, o que se consegue através dos instrumentos que estamos propondo, instrução escolar a essa enorme parcela de excluídos; é que poderemos racionalizar o problema e minimizar os altos índices de reincidência criminal.

Não se diga que a operacionalização da obrigatoriedade proposta, pode onerar o Estado. Ao contrário, o tratamento humanitário dispensado ao condenado, associado ao fomento de sua auto-estima e valorização, diminuem os índices de criminalidade, proporcionando uma economia significativa para o Estado. Michel Foucault, em sua célebre obra “VIGIAR E PUNIR”, demonstra muito bem este fenômeno.

A ação penitenciária, para ser eficiente, há que se adequar ao aspecto humanitário; o tratamento rigoroso aplicado aos detentos no interior dos presídios, deve converter-se numa relação fundada em sentimentos de confiança e estímulo capazes de influir eficazmente no espírito dos reclusos, através de instrumentos que possibilitem a reforma moral do indivíduo, com vistas à formação de uma autoconsciência definitivamente construtiva, devendo ocorrer o mesmo fora dos estabelecimentos prisionais.

A relação de poder, caracterizada pelo rigor dos castigos aplicados àqueles que já se encontram privados da liberdade, há que dar lugar a uma crescente valorização do ser humano, visando a obtenção de resultados satisfatórios na reintegração social do apenado.

Não há dúvida, que a obrigatoriedade do estudo durante o período de livramento condicional, para os apenados que não tenham concluído o ensino fundamental, contribui para a valorização do indivíduo; diminui os índices de criminalidade, particularmente no que se refere à reincidência; forma uma mentalidade construtiva no apenado; estabelece novos padrões de comportamento e conduta; assegura o exercício da cidadania; satisfaz parcialmente o fundamento da República Federativa do Brasil, inserto no art. 1º, III da Constituição Federal e finalmente, possibilita a efetivação do Art. 18, da Lei de Execução Penal.

V - Bibliografia consultada.

Constituição da República federativa do Brasil.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão-Causas e Alternativas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito Constitucional, 8ª ed, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, 23ª ed, Ed. Vozes, Petrópolis, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas, Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 1, revista dos Tribunais, São Paulo.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal, Comentários à Lei nº 7.210, de 11/07/84, Ed. Atlas, São Paulo.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais-Teoria Geral, 3ª ed, Ed. Atlas, São Paulo, 2000.

TESE 65

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EXECUÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Mônica Louise de Azevedo
Promotora de Justiça - PR

I - Introdução

A experiência histórica demonstra que a pena privativa de liberdade não é o único nem o melhor instrumento na repressão do crime e prevenção da violência. A sua falência é revelada não apenas pelo grande índice de reincidência¹ daqueles submetidos a esta modalidade de resposta penal, decorrente, entre outras causas, da incapacidade crônica do Estado em promover a efetiva inserção social do indivíduo egresso do sistema penitenciário na comunidade, mas também pelas condições indignas a que são submetidas as pessoas privadas de liberdade, especialmente em países periféricos e com economias instáveis como o Brasil². O encarceramento corrompe, estigmatiza e isola o indivíduo da sociedade, mas ainda é o controle social mais utilizado no combate à criminalidade violenta ou de grande repercussão social³. Sua única função é a de “depósito de indivíduos isolados do resto da sociedade e, portanto, neutralizados em seu potencial de periculosidade em relação à mesma.”⁴. A pena de prisão, qualquer que seja a sua duração, ao invés de proporcionar instrumentos que capacitem o indivíduo punido pela prática de um delito a retomar a vida em liberdade, corrigindo as condições de exclusão da sociedade, o torna ainda mais marginal e vulnerável⁵ do que quando do seu ingresso no sistema.

1. Conforme pesquisa realizada pelo ILANUD, o índice de reincidência médio no Brasil é de 85% daqueles que cumprem pena de prisão.

2. Isto apesar do altíssimo custo econômico *per capita* nas penitenciárias, que em média é de R\$415,00 mensais, de acordo dados divulgados pelo com o censo penitenciário de 1995, do Ministério da Justiça. Este custo individual explica mas não justifica a manutenção de presos nas cadeias públicas, sob responsabilidade da polícia judiciária e sem qualquer assistência material, médica ou jurídica, e portanto com custo praticamente zero ao sistema penitenciário. Pode-se inclusive afirmar que os presos das cadeias públicas são os excluídos do sistema penitenciário, triplamente marginalizados: por sua condição de presos, fora do sistema penitenciário e sem qualquer assistência pelo Estado.

3. BITTENCOURT, César R. *O objetivo ressocializador na visão da rriminologia Crítica in RT 662., p.252.*

4. BARATTA, Alessandro. “Cárcere e Estado Social: por um conceito de ‘reintegração social’ do condenado. *in Problema de Legitimación em el Estado social.* Madrid, Trotta, 1991. Tradução por Rodrigo de Abreu Fudoli, do grupo de pesquisas da Faculdade de Direito a UFMG, coord. Por Sérgio Luiz Araújo de Souza, em março 1997.

5. Na arguta observação de Zaffaroni, a operatividade do sistema penal somente é útil para aumentar a estigmatização de um grupo de pessoas dos setores mais necessitados da sociedade, que são tomados como verdadeiros ‘bodes expiatórios’ pela ideologia da segurança nacional, considerados quase como *enfermos incuráveis* e utilizados como *veículo das frustrações* proporcionadas pela capacidade de consumo perdida ou limitada de nossas economias instáveis, contra os quais não resta outro recurso senão eliminá-los como forma de ‘preservar a ordem’ e o ‘normal desenvolvimento social’. ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Criminologia: aproximación desde un margen.* Editorial Temis, Bogotá, Colômbia, 1988, p. 230/231.

Neste contexto, a punição dos delitos de pequena e média gravidade com a aplicação da pena de prisão viola os princípios da proporcionalidade e da mínima lesividade que compõe, na esfera penal, os limites constitucionais do direito de punir. Portanto, longe de ser a panacéia para a superlotação carcerária ou solução para todos os tipos de delito, as alternativas penais devem ser consideradas como instrumentos mais adequados à punição dos delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, dentro de um programa de política criminal mais humanitário, que reduza a estigmatização quase irreversível que sofre o condenado dentro da sociedade, e possibilite a sua reinserção social.

No Brasil existe um sistema de alternativas à pena de prisão. Se este sistema ainda não é utilizado de maneira plena, por falta de segurança quanto ao efetivo cumprimento da pena ou medida imposta em sede condenatória, algumas experiências demonstram que respostas penais ao ilícito diversas da prisão, além de serem retributivas, podem ter caráter preventivo e favorecer a socialização do indivíduo, desde que adequadamente executadas e fiscalizadas⁶.

E no âmbito específico da atuação do Ministério Público na esfera criminal, especialmente nas oportunidades de aplicação e fiscalização das alternativas penais, faz-se imprescindível racionalizar, articular e adequar o exercício do *jus puniendi* com as funções constitucionais de guardião da dignidade humana e de promoção da justiça social.

Com esta proposta de trabalho, o tema aqui exposto pretende inscrever-se como uma contribuição ao debate em torno da execução de penas e medidas alternativas e ao papel do Ministério Público nesta seara, apresentando algumas diretrizes que construímos a partir da experiência em desenvolvimento na Central de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Curitiba⁷.

O debate desta temática neste Congresso Nacional do Ministério Público reveste-se de grande importância, eis que a instituição encarregada de provocar o *jus puniendi* do Estado e fiscalizar a aplicação e execução das conseqüências jurídicas do delito não pode alienar-se dos desdobramentos e evolução do sistema penal e dentro de uma política de desenvolvimento e consolidação das penas e medidas alternativas à prisão com instâncias de reintegração social.

II - O sistema penal alternativo brasileiro e a central nacional de apoio e acompanhamento das penas alternativas - CENAPA

Preocupada com os sérios problemas verificados na execução das penas privativas de liberdade, a Organização das Nações Unidas aprovou em 1955, Regras Mínimas para o tratamento dos presos e na década de 70 passou a recomendar a adoção de formas de pena não privativas de liberdade, a serem cumpridas na comunidade. Em 14.12.90, reunida em Assembléia Geral, a ONU aprovou a Resolução 45/110 que estabeleceu as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, a partir de então conhecidas como “Regras de Tóquio”.

Tal orientação já tinha sido observada pelo Brasil na Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 e na Lei de Execuções Penais, onde estabeleceram-se alternativas à pena de privação de liberdade como forma de política criminal, buscando restringir a prisão aos casos de reconhecida necessidade. Nesta mesma direção apontam os institutos

6. Este tema específico é objeto do item 03 deste trabalho.

7. Objeto de nossa tese, elaborada em parceria com o assistente social Marco Antônio Rocha, do corpo técnico do MPPR, apresentada e aprovada no XIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado no ano de 1999, em Curitiba (tese 59, reimpressa no livro dos Anais, ps.247/255).

despenalizantes da Lei 9.099/95, ao diferenciar o tratamento dado às infrações penais de menor potencial ofensivo, esboçando um modelo alternativo de Justiça Penal para o Brasil, baseado no princípio de intervenção mínima estatal na punição das condutas de pequeno e médio potencial ofensivo.

Dando seguimento a esta tendência, em 18.11.96 o então Ministro da Justiça Dr. Nelson Jobim submeteu à consideração do Presidente da República projeto de lei que previa alteração dos artigos 43 a 47, 55 e 77 do Código Penal, elaborado após ampla discussão e aprovação pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em reunião plenária realizada na cidade de Curitiba em 29.10.96.

Aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto original (com alguns vetos presidenciais) resultou na Lei n.º 9.714, de 26 de novembro de 1998, por muitos conhecida como “Lei das Penas Alternativas”. A *lex nova* alterou a Parte Geral do Código Penal, ampliou as possibilidades de aplicação das alternativas à pena de prisão e acrescentou novas alternativas penais, como a prestação pecuniária em favor da vítima ou entidade com destinação social, perda de bens e valores, prestação inominada e proibição de freqüência a determinados lugares, que vêm somar-se às já existentes: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Com esta alteração legislativa, consolidaram-se as bases do sistema alternativo de penas introduzido no Brasil a partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 (Lei 7.209/84).

O Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional de Justiça, dando continuidade à proposta de trabalho do então Ministro José Carlos Dias e com o objetivo de dar suporte e divulgação à aplicação efetiva das alternativas penais, criou um sistema nacional de informações sobre as alternativas penais no Brasil. Neste processo, aproveitando a reconhecida experiência nesta área da jurista gaúcha Vera Regina Muller, pioneira na execução de penas alternativas, em 12 de setembro de 2000 foi instalada a CENAPA – Central Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas Alternativas.

Hoje existem mais de 20 estados envolvidos na criação e fortalecimento de Centrais de Execução de Penas e Medidas Alternativas, cada qual adaptada à sua realidade. Pioneira nesta proposta de execução efetiva e organizada das alternativas penais é a Central de Execução de Penas Alternativas de Curitiba, criada por resolução judiciária em 1997 e fruto da parceria entre o Poder Judiciário e Ministério Público. Aperfeiçoando este modelo, a primeira vara de execução de penas e medidas alternativas foi instalada em Fortaleza, CE, com competência estabelecida em lei, seguida por Vitória, ES; Recife, PE e Porto Alegre, RS. Em Belém, PA, e Aracaju, SE, as centrais foram instaladas como órgãos auxiliares das varas de execução penal. Com a criação de centrais de execução, portanto, o panorama vem se transformando, possibilitando o incremento da aplicação das alternativas à pena de prisão ante a certeza de sua execução e fiscalização.

O potencial das alternativas penais, no entanto, somente alcançara o estatuto de verdadeira alternativa à pena de prisão se, ao par da criação das estruturas próprias em cada estado, região ou comarca, que possibilitem sua execução e fiscalização, as instituições e os agentes públicos envolvidos, bem como a própria comunidade, se dispuserem a repensar as velhas práticas e conceitos, imbuídos da mentalidade transformadora que impulsionou a constituição do sistema alternativo de penas no Brasil, buscando aplicar no seu cotidiano as inovações legais pertinentes à matéria, destinando a prisão como extrema e última *ratio* do sistema penal, de acordo com as diretrizes do Direito Penal Democrático.

III - A central de execução de penas alternativas da comarca de Curitiba (C.E.P.A.)

A dificuldade na aplicação prática dos institutos alternativos à pena de prisão decorre não apenas do desconhecimento das penas alternativas pela sociedade em geral, mas também da precária articulação dos diversos segmentos responsáveis pela sua implementação, da inexistência de programas de capacitação, acompanhamento e fiscalização das entidades que se prestam à execução da medida, bem como da ausência de avaliação sistemática da efetividade das alternativas à pena de prisão.

Superando este obstáculo, numa iniciativa conjunta do Ministério Público e Poder Judiciário, foi criada no Estado do Paraná⁸ a Central de Execução de Penas Alternativas - C.E.P.A.. Instalada com o propósito de tornar mais efetiva a execução de penas e medidas alternativas na comarca de Curitiba, centralizando num único órgão a execução e a fiscalização das penas privativas de liberdade a serem cumpridas em regime inicial aberto, das penas ou medidas restritivas de direitos e respectivos incidentes, assim como apresentar proposta da suspensão condicional do processo e acompanhar sua execução, desde que considerada aplicável ao caso concreto pelo Promotor de Justiça de cada uma das varas criminais da capital .

Para a execução das penas e medidas alternativas através da C.E.P.A. foram firmados convênios e cadastradas entidades públicas e privadas com destinação social, com a finalidade de viabilizar a execução da alternativa ao processo ou à prisão, que é realizada a partir de estudo social multidisciplinar para estabelecer o perfil sócio-econômico, familiar, escolar, profissional e psicológico do réu, e possibilitar a individualização da execução da medida aplicada, além do acompanhamento e fiscalização da entidade selecionada.

Desde sua instalação, em novembro de 1997, até agosto de 2001, a Central de Execução de Penas Alternativas de Curitiba conta com cerca de 5.400 procedimentos de execução de penas e medidas alternativas em andamento⁹, nestes incluídas a execução da suspensão condicional do processo (artigo 89, par.4º da Lei 9.099/95), o *sursis* e as penas substitutivas à pena privativa de liberdade.

Além disso, no âmbito do Ministério Público, criou-se uma estratégia de cruzamento de informações sobre as entidades com destinação social, beneficiárias dos recursos advindos das alternativas penais (artigos 45 e 46, par. 2º do Código Penal e art. 9, 12, 17 e 25, par. 3º da Lei 9605/98) com as informações das respectivas áreas de atuação destas entidades, possibilitando apoio na fiscalização e parcerias no desenvolvimento de programas em diversas áreas sociais.

A experiência de Curitiba demonstra a necessidade da centralização dos serviços e da especialização dos operadores do direito e de demais profissões, para que se possa implantar, operacionalizar, avaliar e fiscalizar a execução das alternativas penais, dando efetividade ao caráter retributivo, educativo e socializador dos institutos alternativos à prisão.

IV - Diretrizes propostas pelo Ministério Público a partir da experiência desenvolvida em Curitiba, para atuação na execução das penas e medidas alternativas

A experiência da CEPA, construída em parceria entre Ministério Público e Poder Judiciário, tem sido importante para o sucesso da execução das alternativas penais na comarca

8. Criada pelo Decreto Judiciário nº462 de 22 de setembro de 1997, reproduzido no Anexo I.

9. Dados estes obtidos do juiz de direito designado na CEPA desde sua instalação, Dr. Rogério Etzel..

de Curitiba. Porém, antes e além disso, é imprescindível a atuação integrada e coerente dos próprios membros da instituição, nas suas diversas áreas de atuação, com o estabelecimento de política institucional que possibilite o exercício pleno do *munus* institucional estabelecido pela Constituição.

Neste sentido propõe-se as seguintes diretrizes de atuação:

a) O Ministério Público deve estabelecer uma política institucional que possibilite a racionalização e articulação de sua atuação criminal e social, de forma coerente e integrada, visando a reinserção social dos condenados e a promoção da dignidade humana e da justiça social;

Considerando o papel cada vez maior que o Ministério Público desempenha na defesa dos interesses sociais e coletivos, é necessário que sua atuação seja articulada em todas as esferas de atribuições¹⁰. Especificamente no que tange ao novo modelo de justiça criminal, que reserva a pena de prisão aos crimes graves, cometidos mediante violência contra a pessoa, deve ser estabelecida uma política institucional que oriente a atuação do Promotor de Justiça criminal e privilegie a aplicação das alternativas penais. Mesmo que os momentos de aplicação das alternativas penais sejam aparentemente fragmentados em esferas autônomas¹¹, diluídos nas propostas de aplicação imediata de penas alternativas perante os Juizados Especiais, nas propostas de suspensão do processo e na fiscalização da correta aplicação e execução do *sursis* e das penas substitutivas, em sede condenatória, a atuação do Ministério Público nesta seara deve ser a coerente com a política institucional adotada na área social, comprometida com melhoria das condições de vida da população.

b) O Ministério Público deve promover a centralização das informações sobre a execução e controle da fiscalização das alternativas penais em cada comarca ou micro – região, de acordo com a realidade de cada Estado;

Para que a atuação criminal do agente do Ministério Público seja coerente com a proposta institucional da área social, é imprescindível a centralização das instâncias de informações, execução e fiscalização das alternativas penais. Esta centralização pode se efetivar de diversas formas, de acordo com a realidade regional: parceria com o Poder Judiciário, como na experiência da C.E.P.A. de Curitiba; parcerias inter - institucionais, como nas hipóteses de convênios com Secretarias Estaduais e Municipais, organizações não governamentais, faculdades e outras; até mesmo no âmbito exclusivo do Ministério Público, desde que com suporte administrativo e apoio técnico suficiente.

Com a criação de mecanismos que centralizem as informações sobre as entidades públicas e privadas idôneas que atendem a área social e que podem ser beneficiárias dos recursos advindos das alternativas penais, o seu cadastramento e o estabelecimento de procedimentos uniformes no acompanhamento e fiscalização das entidades e dos envolvidos com o processo de execução das penas, é possível o desenvolvimento de estratégias e programas para a integração da atuação criminal com as demais atribuições do Ministério Público. Com esta integração podem ser direcionados os recursos materiais e humanos das alternativas penais em programas com objetivos educativos e preventivos, em busca da reintegração social¹² do condenado, da melhoria das condições de vida da comunidade, na ampliação da cidadania pela participação na solução dos problemas e conseqüente transformação social.

10. A exemplo do que ocorre em algumas Promotorias de Justiça das cidades pequenas, onde todas ou quase todas as atribuições estão concentradas e articulam-se as esferas de atuação, com propostas articuladas entre diversos setores, como Infância e Juventude, Família, Meio Ambiente e Patrimônio Histórico e Cultural, etc...

11. Nas Varas Criminais, Varas de Execução Penal, Varas Especializadas tais como trânsito, ambiental, adolescentes infratores, etc...

12. No sentido que Baratta dá a esta expressão, qual seja: um processo de correção das condições de exclusão da sociedade que sofrem os grupos marginalizados. (ob. cit., p. 02).

Além disso, a fiscalização e controle da aplicação dos recursos oriundos da pena de prestação pecuniária em benefícios de entidades públicas ou privadas, com destinação social¹³, é assunto que deve ser tratado com grande seriedade, eis que a sua incorreta aplicação ou desvio de finalidade pode, inclusive acarretar nas sanções previstas pela Lei Federal 8.429/92, sem prejuízo da responsabilidade penal dos envolvidos.¹⁴

Para ilustrar a possibilidade de atuação integrada no âmbito do Ministério Público nesta seara criou-se, no Ministério Público do Estado do Paraná, um programa de atendimento articulado entre o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Execução Penal e o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, que, em conjunto, efetuam o controle, cadastro e fiscalização das entidades idôneas da área ambiental, possibilitando o melhor direcionamento dos recursos e mão de obra oriundos da aplicação das alternativas penais por ofensa à lei ambiental em projetos e programas destinados à recuperação e preservação ambiental.

No mesmo sentido, e exemplificando a atuação integrada entre Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo, existe o 'Projeto João de Barro', parceria entre Central de Penas Alternativas, Vara de Infância e Juventude, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Execução Penal, Promotoria de Justiça de Proteção à Infância e Juventude e Instituto de Ação Social do Estado do Paraná, com o direcionamento dos recursos e mão de obra advindos das penas alternativas para a construção de casa lares destinadas a abrigar crianças em condição asilar do juízo da Infância e Juventude da comarca de Curitiba.

c) O Ministério Público deve promover a valorização da atuação de equipes técnicas multidisciplinares, para a capacitação das entidades parceiras, acompanhamento e eficiente fiscalização da execução das penas ou medidas alternativas;

Para que as penas e medidas alternativas atinjam plenamente seu potencial (educativo, socialmente útil, ressocializador e preventivo) faz-se necessário a capacitação específica não apenas dos agentes encarregados da execução do comando emergente da sentença condenatória (juizes, promotores, cartorários, equipe técnica, etc...), mas também das entidades parceiras¹⁵, públicas ou privadas com destinação social, que se propõem a acolher e integrar os réus em suas dinâmicas institucionais, seja na condição de prestadores de serviço, de doadores de gêneros diversos etc...

Além disso, para garantir coerência, agilidade e qualidade de atendimento aos réus e entidades envolvidas no processo de execução das penas e medidas alternativas, é imprescindível a atuação de equipe técnica, quer diretamente subordinada ao Ministério Público, quer integrante do corpo técnico do Poder Judiciário, ou ainda, conforme a realidade de cada local, resultado de parceria com o Município, com os conselhos profissionais, com as universidades, com os programas de ação voluntária, clubes de serviço, etc... Imprescindível, de qualquer sorte, o aporte técnico que os profissionais – assistentes sociais, psicólogos, terapeutas ocupacionais, entre outros – que atuando numa ótica *interdisciplinar*, promovem as ações de cadastramento e capacitação de entidades. O acompanhamento, também função da equipe técnica, consiste no

13. Entidades privadas com destinação social são aquelas que atendem aos requisitos dos artigos 3º e ss. da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93).

14. Neste sentido tese aprovada no último Congresso Nacional, de autoria do Promotor de Justiça integrante do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público do MPPR. BERTONCINI, Mateus Eduardo. *Destinação dos recursos oriundos da aplicação da pena restritiva de direito s de prestação pecuniária, in Anais do XIII Congresso Nacional do Ministério Público*, Curitiba, 1999, p.117/118.

15. Conforme já apresentado na tese aprovada no XIII Congresso Nacional, em co-autoria com o assistente social do MPPR Marco Antônio Rocha.

oferecimento de um suporte constante aos representantes das entidades, no sentido de que sejam resolvidos da melhor maneira possível os incidentes havidos na execução, viabilizando as condições de integração do réu na entidade e via de consequência, com a comunidade

Não menos importante é a participação da equipe técnica na fiscalização rigorosa da execução das penas e medidas alternativas, para que estas atinjam plenamente seu potencial educativo, reintegrador e preventivo. Sem uma fiscalização sistemática, contínua e rigorosa, corre-se o risco de associar as alternativas à ineficiência e à impunidade, recrudescendo a utilização do encarceramento como única resposta penal a todo tipo de ilícito, em afronta às propostas de um Direito Penal Democrático.

d) O Ministério Público deve promover a discussão sobre a violência, o sistema penal e a segurança pública na comunidade, implementando o potencial preventivo, de combate à violência e à impunidade das penas e medidas alternativas, e especialmente, a reinserção social do condenado.

A questão criminal deve ser objeto de amplo debate na sociedade, conscientizando todos os segmentos da população de que é um problema que exige a participação de todos na busca de formas de controle e prevenção. Sendo o fenômeno criminal uma fenômeno normal na vida em sociedade, deve ser superada a concepção patológica do delito e do criminoso de herança positivista¹⁶. O crime é expressão de conflitos e do drama humano¹⁷, e são estes que devem ser enfrentados e resolvidos, o que não ocorre tão somente com a punição do criminoso. Deste modo, cabe ao Ministério Público provocar a discussão da questão criminal na comunidade, para a melhor compreensão de suas causas e consequências, superando a atitude meramente repressiva e vingativa difundida pelos meios de comunicação em geral por formas alternativas ao seu enfrentamento, possibilitando a participação da comunidade inclusive na fase de execução penal, como forma de potencializar a função preventiva geral da pena e possibilitar a efetiva integração social dos condenados.

Conforme expressamente propõe o item 17.1 das Regras de Tóquio, “a participação da comunidade pode aumentar a confiança desta nas medidas não-privativas de liberdade e assegurar seu comprometimento com elas. Para o sucesso das medidas não privativas de liberdade são indispensáveis o apoio e a participação ativa dos grupos e indivíduos interessados dentro da comunidade”. Portanto, para o sucesso das alternativas à pena de prisão faz-se necessário um conjunto de ações que encorajem a participação da sociedade na discussão sobre a questão social, criminal e penitenciária, bem como na importância do envolvimento de todos os setores na solução pacífica dos conflitos e na execução das alternativas à prisão, como uma das formas de exercício da cidadania e contribuição para o combate à violência e impunidade.

V - Conclusões

Na esteira do que foi exposto até aqui, submetemos à aprovação do XIV Congresso Nacional do Ministério Público as seguintes conclusões:

1.O Ministério Público deve estabelecer uma política institucional que possibilite a racionalização e articulação de sua atuação criminal e social, de forma coerente e integrada, visando a reinserção social dos condenados e a promoção da dignidade humana e da justiça social;

16. BARATTA, ob. cit., p. 4.

17. SÁ, Alvino Augusto. *Algumas Ponderações acerca do conceito de reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In Revista da ESMape, v.05.n.º 11, jan/jul 2000, p.66.

2.O Ministério Público deve promover a centralização das informações sobre a execução e fiscalização das alternativas penais em cada comarca ou micro – região, de acordo com a realidade local;

3.O Ministério Público deve promover a valorização da atuação de equipes técnicas multidisciplinares, para a capacitação das entidades parceiras, acompanhamento e eficiente fiscalização da execução das penas e medidas alternativas;

4.O Ministério Público deve promover a discussão sobre a violência, o sistema penal e a segurança pública na comunidade, implementando o potencial preventivo, de combate à violência e à impunidade das penas e medidas alternativas, e especialmente, a reinserção social do condenado.

VI - Bibliografia

1.AZEVEDO, Mônica L. e ROCHA, Marco Antônio Rocha. *O Ministério Público e a execução das penas e medidas alternativas*, in Anais do XIII Congresso Nacional do Ministério Público, Curitiba, 1999, ps.247/255.

2.BARATTA, Alessandro. “Cárcere e Estado Social: por um conceito de ‘reintegração social’ do condenado. in Problema de Legitimación em el Estado social. Madrid, Trotta, 1991. Tradução por Rodrigo de Abreu Fudoli, do grupo de pesquisas da Faculdade de Direito a UFMG, coord. Por Sérgio Luiz Araújo de Souza, março 1997.

3.BERTONCINI, Mateus Eduardo. *Destinação dos recursos oriundos da aplicação da pena restritiva de direito s de prestação pecuniária*, in Anais do XIII Congresso Nacional do Ministério Público, Curitiba, 1999, p.117/118.

4.BITTENCOURT, César R. *O objetivo ressocializador na visão da riminologia Crítica in RT 662., p.247/256.*

5.JESUS, Damásio. Penas Alternativas: anotações à Lei 9714, de 25/11/99. São Paulo, Saraiva, 1999.

6.Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, Havana, 27 de agosto a 07 de setembro de 1990.

7.REGRAS DE TÓQUIO: Comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade. Tradução de Damásio E. de Jesus. Brasília, Ministério da Justiça, 1988.

8.SÁ, Alvino Augusto. *Algumas Ponderações acerca do conceito de reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In Revista da ESMAPE, v.05.n.º 11, jan/ jul 2000, p.25/70.

9.ZAFFARONI, Raul Eugênio. Criminologia: aproximación desde um margen. Editorial Temis, Bogotá, Colômbia, 1988, p.230/231.

ANEXO I - Decreto Judiciário que cria a C.E.P.A. de Curitiba, PR.**DECRETO JUDICIÁRIO Nº 462/97**

(publicado no Diário da Justiça do Estado do Paraná de 29.09.97)

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o contido no protocolado sob nº 70.711/97 e, **Considerando** a proposta formulada pela douta Corregedoria-Geral da Justiça, calcada em estudos feitos por Comissão de Alto Nível ali instituída;

Considerando a necessidade de se criar um serviço especializado, com o propósito de tornar mais efetiva a execução de penas ou medidas alternativas na comarca de Curitiba;

Considerando a natureza retributiva e educativa das penas ou medidas aplicadas e a necessidade de amplo controle maior efetividade na sua execução;

Considerando a importância da prestação de serviços à comunidade e a necessidade de integração com entidades e programas comunitários que serão beneficiados com trabalho gratuito;

Considerando o advento da Lei nº 9.099/95, que possibilita a suspensão condicional do processo, com eventual imposição de medidas alternativas;

Considerando a necessidade de centralizar, em um único órgão, o disciplinamento da atuação dos prestadores de serviço, para melhor aproveitamento da mão-de-obra;

Considerando ainda, a necessidade da criação de um cadastro centralizado, nos casos de proposta de transação, em face do disposto no art. 76, do parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 9.099/95.

DECRETA:

Art. 1º - Fica criada a CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS na comarca de Curitiba.

Art. 2º - A CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS será atendida por um magistrado, a ser designado na forma dos arts. 26, inciso VI e 102, parágrafo 3º, do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Paraná, com as atribuições adiante definidas, **bem como um Promotor de Justiça, nos termos de convênio entre o Tribunal de Justiça e o Ministério Público.**(grifo nosso)

Art. 3º - A CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS funcionará no prédio do Fórum Criminal de Curitiba e contará com os serviços de um escrivão, oficiais de justiça, auxiliares administrativos, psicólogos, assistentes sociais e motoristas, dentre outros.

Art. 4º Caberá ao juiz da CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS promover a execução e fiscalização das penas privativas de liberdade a serem cumpridas em regime aberto e das penas ou medidas restritivas de direito, assim como a suspensão condicional da pena, a suspensão condicional do processo, o livramento condicional e decidir os respectivos incidentes;

Art. 5º - Caberá ainda ao juiz da CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS:

1) - cadastrar e credenciar entidades públicas ou com elas convencionar sobre programas comunitário a serem beneficiados com a aplicação da pena ou medida alternativa;

2) - instituir cadastro estadual para efeito do disposto no art. 76, parágrafo 2º, inciso II, da lei nº 9.099/95;

3) - designar a entidade ou o programa comunitário, o local, dias e horário para o cumprimento da pena ou medida alternativa, bem como a forma de sua fiscalização;

4) - Criar programa comunitários para facilitar a execução das penas e medidas alternativas;

5) - acompanhar pessoalmente, quando necessário, a execução dos trabalhos;

6) - declarar extinta a pena ou cumprida a medida, comunicando o juiz da sentença.

Art. 6º - Os juizes das Varas Criminais, de Acidentes de Trânsito, do Tribunal do Juri, das Execuções Penais e dos Juizados Especiais Criminais encaminharão à CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS as cartas de execução ou cópia da decisão que concedeu a suspensão condicional do processo, instruídas, se for o caso, com os documentos mencionados no sub-item 6.22.5 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça.

Parágrafo único - As cartas precatórias para a execução das penas ou medidas de que trata este Decreto serão remetidas à CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS por intermédio do 1º Ofício Distribuidor da Capital.

Art. 7º - Aplicar-se-ão, fundamentalmente, a Lei das Execuções Penais e o Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, no que for pertinente.

Art. 8º - Este Decreto será regulamentado pela Corregedoria-Geral da Justiça e entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º - A instalação da CENTRAL DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS ocorrerá em até sessenta (60) dias.

Art. 10º - Revogam-se as disposições em contrário.

TESE 66

PRESCRIÇÃO RETROATIVA OU INTERCORRENTE

Rubens Rodrigues

Procurador de Justiça - SP

Antes do tema em si algumas considerações merecem ser abordadas, para que, uma vez bem posicionado o tema, possamos, assim, analisá-lo melhor.

Desde a entrada em vigor, da parte geral do Código Penal, em 15.01.1985, embora haja quem acene como sendo em 13.01.1985, outros 12.01.1985 etc., um detalhe do Código Penal, aquele que diz respeito à prescrição retroativa ou intercorrente, que tal tema me preocupa. Vem ele disposto no § 1º, do art. 110, que diz o seguinte: “a prescrição depois da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

Partindo-se do pressuposto que as leis param no tempo e no espaço e, os homens evoluem, nunca haveremos, pois, de nos contentarmos com a letra pura e simples da lei. Isto vale dizer, que, diuturnamente, devemos tentar amoldá-la, para verificarmos se sua aplicação aos casos concretos, ainda está dentro dos parâmetros de justiça. Com efeito, não bastasse outros tantos motivos, para nos motivar, a persistir pesquisando sobre o tema, um deles é o suficiente para nos impulsionar a perseverar, ou seja, aquele que nos mostra cotidianamente que o crime evolui e que os marginais tudo fazem para burlar a lei. Some-se a tudo isso, que filósofos em prol da delinqüência existem aos montes. Em países outros, a sociedade organizada sabedora de que um fato oferece-lhe insegurança, cria uma norma penal e exige que os delinqüentes a ela se amoldem. No Brasil, infelizmente ocorre de forma diversa, criam-se leis, quase sempre defeituosas e ainda se exigem, em nome dos delinqüentes que a sociedade se amolde à lei.

Bem por isso que a prescrição retroativa, na forma como vem sendo visualizada, estudada e até aplicada, em muitos casos, não reflete o anseio de Justiça, no exato termo dessa palavra.

Tal tema, traz em princípio a certeza da injustiça legal, pois, não se concebe em direito uma lei que provoque o desequilíbrio entre as partes, que imponha ou instigue a obrigação de recorrer, ou ainda, que conceda ao recurso, efeitos outros, que não os de buscar a condenação ou absolvição, o aumento ou a redução da pena, ou ainda de corrigir possíveis distorções entre as provas e a sentença.

II - Desequilíbrio das partes

Referido dispositivo, na forma em que foi aprovado, por isso, em vigor, traz nitidamente meio para provocar o desequilíbrio entre as partes, na medida em que não tendo a acusação recorrido, poderá ela, mesmo tendo o réu sido condenado em primeira instância, desde que este recorra, vir a alcançar a prescrição da pretensão punitiva. É que, ocorrendo um lapso de tempo entre a decisão condenatória e a decisão em segunda instância dentre os prescritas no artigo 109, do Código Penal, a prescrição se dará por consagrada. Ora, deflui-se do exposto que se não podia, como realmente não pode, a acusação, tão logo foi o réu condenado, exigir a execução da pena, mesmo que provisoriamente, como entender possa ele beneficiar-se da prescrição? Aqui paira, com certeza, o assentamento lógico da desigualdade.

III - Recurso obrigatório

É de se pensar, pois, em razão do já exposto que para evitar-se a ocorrência da prescrição, teria a acusação que recorrer sempre, pois, assim agindo, estaria evitando-se o início da contagem do lapso prescricional, da sentença recorrível (art. 117, IV, do CP), prorrogando-se tal contagem para a data do acórdão. Neste particular, se levada a lei ao seu rigor absoluto, nota-se um verdadeiro absurdo jurídico, onde se vê explícito o dever de recorrer, tão só por recorrer, ou seja para evitar que a lei dê a oportunidade de se verificar um efeito inesperado.

IV - Outro efeito do recurso para o réu

Sabe-se que o inconformismo com a decisão condenatória, dá ao réu o direito de buscar o reexame das provas, através do recurso, endereçado ao Tribunal. As razões devem ser explícitas, para que o órgão colegiado, Câmara do Tribunal, possa analisá-las, concordando ou discordando, no todo ou em parte com as razões. Pode o pedido versar sobre a absolvição, redução da pena, ocorrência de nulidades etc. Não se pode incluir em tal rol, mesmo que de forma explícita, que o recurso possa ter, dentre outras finalidades, a de buscar a prescrição, prorrogando-se o lapso entre a sentença e o acórdão, este já com base na pena imposta (art. 110, § 1º e §2º, do CP). Todavia, na prática, se observarmos restritamente a lei, verificaremos que tal ocorre.

Neste particular, a prática tem mostrado um efeito mais prejudicialíssimo, na medida em que não podendo a acusação exigir a execução, mesmo que provisória, vê o tempo da prescrição ser prorrogado sem nada poder fazer. A gravidade se avilta no momento em que o réu recorre, o recurso permanece por longo tempo no Tribunal, que este após razoável demora acaba por reduzir sua pena, sendo agora a base para o lapso prescricional e, ainda, postula, quando foragido que se conte o prazo da data da sentença, como marco inicial para a prescrição. Digo isso, porque intrigado com o assunto, passei a fiscalizar à distância, um caso que ao final serviu de suporte para este “trabalho”, onde o réu foi inicialmente condenado a <08> anos e <06> meses de reclusão, pela prática dos crimes de roubo qualificado em concurso formal com

o de seqüestro. Tendo apelado e permanecido foragido, o réu interpôs Embargos Infringentes contra o v. Acórdão, conseguindo através dos embargos o afastamento do crime de seqüestro, reduzindo-se a pena para <06> anos e <04> meses de reclusão. Não contente, mantendo-se foragido veio a pleitear via “HABEAS CORPUS”, o reconhecimento da ocorrência da prescrição, no caso da pretensão punitiva. Pretendia mais Insistia no pedido, para que o lapso prescricional fosse contado da data da sentença recorrível até o momento cuja prisão não se havia efetivado. Diga-se de passagem que por muito pouco não conseguiu seu intento, só não obtendo êxito, porque, como veremos adiante, tanto o STJ como o STF afirmando que no caso, embora só o réu houvesse recorrido, mas em seu recurso, que foi interposto perante o TJESP, houve a discussão do mérito, por isso, a data do acórdão seria o marco inicial para a prescrição.

Não são e não foram raros os casos em que estando o réu solto, um recurso demorou para ser julgado o tempo suficiente para que verificasse a prescrição. Ora, neste caso, só havendo recurso do réu, poderá ocorrer a prescrição da pretensão punitiva, numa ação que se poderia dizer que a acusação ganhou mas não levou, tendo como principal perdedora a sociedade.

V - Trânsito para ambas as partes

Diante do nosso ponto de vista já exposto, cremos que este seria o termo mais adequado para ser inserido no artigo 110, §1º, do CP, que ficaria com a seguinte redação: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para ambas as partes, regula-se pela pena aplicada”. Poderia ainda ser: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para o réu, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena imposta”. Nesta última sugestão, embora só se fale no réu, nada de implicações traria à acusação, mesmo porque não há execução provisória de pena que esta parte possa exigir. Existe sim a execução provisória, já em vigor no Estado de São Paulo, quando o réu assim o desejar.

Alguns pontos importantes já se acham delineados a respeito. Temos por exemplo um acórdão do TACRIM-SP, onde se pretendia ver bem delineada a questão, pois nas razões de recurso o representante do Ministério Público afirmava a injustiça da lei e buscava o reconhecimento do trânsito para ambas as partes, embora da sentença só houvesse recorrido a defesa. Embora não muito explícito, eis o teor do acórdão que deu provimento ao recurso: “Tem-se, portanto, que proferida a sentença condenatória, o lapso prescricional, da prescrição da pretensão punitiva, passará a vigor, informado pela pena em concreto aplicada e nos prazos fixados no art. 109, para as penas privativas de liberdade, e naquele estabelecido pelo art. 114, para as sanções pecuniárias, bastando, para tanto, o trânsito em julgado dessa sentença para a acusação. Com o trânsito em julgado da sentença para a acusação e para a defesa, já não há mais como se falar em prescrição da pretensão punitiva, passando a vigor, desse trânsito em julgado para ambas as partes, a prescrição da pretensão punitiva estatal. Essa a postulação recursal da justiça pública, ainda que não deduzida exatamente pelos fundamentos ora desenvolvidos. Daí porque dão provimento a este agravo em execução, para afastar a reconhecida prescrição da pretensão executória relativa à sanção pecuniária imposta a Conceição Helena de Carvalho Petronilho, determinando se prossiga em tal execução”. (Ag. 557.703/2 - AC 272.378 - VEC - São Paulo - Rel. P. Costa Manso - 21/02/89.

Como se nota, embora de forma não bem explícita, todavia, acolheu a pretensão recursal do representante do Ministério Público, e usou a expressão “trânsito em julgado para ambas as partes”.

No mesmo sentido, em parecer no RHC nº 9241/S(99/0036678-6), interposto perante o STJ, a Sub-Procuradora Geral da República, Dra. Claudia Sampaio, dentre outros motivos expendidos assim deixou constando: “...4 – Para ao reconhecimento da prescrição da pretensão executória exige a lei o trânsito em julgado da sentença condenatória. O trânsito em julgado é para ambas as partes, para a acusação e para a defesa, somente se admitindo exceção a essa regra na exclusiva hipótese em que o recurso da defesa cinge-se a discutir a pena, sem impugnar o mérito da condenação..... 5..... 6... 7..... 8. O Supremo Tribunal Federal tem um precedente, da lavra do eminente Ministro Neri da Silveira, dando o correto entendimento que deve ser dado à questão. Disse, S. Exa. : “Depois de transitar em julgado a sentença condenatória, para a acusação e a defesa (CP, art. 110), somente se pode cogitar de prescrição da pretensão executória da pena principal. Se houve trânsito em julgado da sentença, para a acusação, e ainda pende de julgamento apelação da defesa, quanto ao mérito da decisão condenatória, a prescrição é da própria ação penal (CP, art. 110. § 1º). Se a apelação da defesa não impugna a sentença, mas tão-somente, o quantitativo da pena imposta, a prescrição à verificar-se será da pretensão executória da pena principal.”(RE nº 104.500-1).....9. No presente caso, o Paciente insurgiu-se contra a sentença discutindo o mérito da condenação, de modo que somente teve início o lapso prescricional a partir do trânsito em julgado do acórdão dado nos embargos infringentes, isto é em novembro de 1991 (fls. 151/166).

Este parecer, no tocante a parte colacionada, teve importância vital na apreciação do mérito do pedido, por parte do STJ, que acabou por denegar a ordem. No voto do Relator o Min. Edson Vidigal, dentre outros motivos para a denegação assim se manifestou sua Excelência: “... Ademais, como bem ressalta o MPF (fls. 186/7), “no presente caso, paciente insurgiu-se contra a sentença, discutindo o mérito da condenação, de modo que somente teve início o lapso prescricional a partir do trânsito em julgado do acórdão de embargos infringentes, isto é, novembro de 1991(fl. 151/156). Assim indefiro o pedido. É o voto.”

Na mesma linha de importância apareceu, dito parecer, com relação ao mesmo fato, no voto do Min. Morteira Alves, do STF, ao relatar o v. Acórdão no RHC nº 79.565-0/ SP, diante da insistência do paciente em buscar a prescrição, agora dizendo não ter razão o STJ. Após o parecer do MPF, que colacionou o parecer da mesma instituição, porém da lavra de outra representante, assim votou sua Excelência: 1- correto o parecer da Procuradoria-Geral da República. Com efeito, no caso, não correu a prescrição da pretensão punitiva nem a prescrição da pretensão executória. A primeira não ocorreu porque, entre a sentença primeiro grau (janeiro de 1987) ao trânsito em julgado da decisão condenatória do ora paciente (seis anos e quatro meses) prolatada, como a própria impetração acentua, em novembro de 1991, não decorreram os 12 anos para a verificação da prescrição da pretensão punitiva. E a segunda também não ocorreu, porquanto, entre o trânsito em julgado da condenação do ora paciente (novembro de 1991) até esta data não transcorreram esses mesmos 12 anos para que se tenha a prescrição da pretensão executória. 2 – Em face do exposto, indefiro o presente “habeas corpus”.

Damásio Evangelista de Jesus, in “Prescrição Penal”, Saraiva, ed. 1992, página 138, ao tratar da natureza jurídica da prescrição, discorrendo sobre a prescrição da pretensão punitiva, deixou assentado em nota de rodapé o seguinte: “10. A 2ª Turma do STF, entretanto, adotando

a posição tomada pelo Plenário no tocante à prescrição superveniente à sentença condenatória (*vide* nota 10 do Capítulo III, n. 9, desta obra), entendeu que nem sempre a prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva. Fez distinções: se a apelação da defesa visa à absolvição, não havendo sentença condenatória com trânsito em julgado, a hipótese é de prescrição da pretensão punitiva; se, porém, a defesa, não se rebelando contra a condenação, pretende a redução da pena, a prescrição incide sobre a pretensão executória (RECrIm 104.985, em 18.09.87, v. un., Rel. Min. Célio Borja, DJU, 9 de out. 1987; no mesmo sentido: STF RECrIm 104.599, RTJ, 127:279). Para nós, como ficou consignado no estudo do art. 110, §1º, do CP, há prescrição da pretensão punitiva nas duas hipóteses.”

Cabe no registro do Mestre Damásio Evangelista de Jesus, uma retificação, quanto aos julgados por ele citados. É que em pesquisa por mim realizada, verifiquei que o RECrIm 104.599, RTJ/279, na verdade se trata de RECrIm 104.5000, e está inserido na RTJ 128/279. Talvez tal erro tenha ocorrido, por um lapso na digitação.

Do exposto nota-se que além dos julgados citados trazerem novas esperanças quanto a uma menor liberalidade, no tocante à prescrição, obriga-nos a pensar com mais vagar sobre os pedidos que visem a extinção da pena ou da punibilidade. Os primeiros acórdãos, RHC nº 9241/S((99/0036678-6) e RHC nº 79.565-0/ SP, trouxe a luz no sentido de que a data base para a prescrição, mesmo só tendo recorrido a defesa, nem sempre é a do trânsito em julgado para a acusação (art. 110, § 1º e §2º, do CP). Já os demais: STF : RECrIm 104.985, em 18.09.87, v. un., Rel. Min. Célio Borja, DJU, 9 de out. 1987; no mesmo sentido : STF RECrIm. 104.5000, RTJ 128/279, trazem uma distinção mais marcante, com relação a prescrição retroativa ou intercorrente, pois, mesmo só havendo recurso da defesa, poderá ocorrer a prescrição da pretensão punitiva ou executória. É que se a defesa ao recorrer pretende discutir o mérito da condenação, buscando a absolvição, se for sua tese vencedora, absolvido o réu não há mais como falar-se em prescrição. Todavia, se no recurso a defesa mostra-se conformada com a condenação e seu inconformismo está assentado apenas no total da pena imposta, mesmo que não obtenha êxito em suas pretensões, se tivermos que falar em prescrição, esta, segundo o STF., de acordo com os arestos citados, será da **pretensão executória**.

Em princípio, parece aos olhos dos menos avisados, que tal distinção não tem tanto efeito, todavia, sabendo-se o que ocorre com a prescrição da pretensão executória, face a manutenção dos efeitos secundários da sentença, dentre os males impostos à sociedade, este ainda é o menor.

Sobre o tema Damásio E. de Jesus *in* “Prescrição Penal”, Saraiva, Ed. 1992, página 100, assim fez constar: “A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução das penas principais e da medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único), subsistindo as conseqüências de ordem secundária da sentença condenatória, como o lançamento do réu no rol dos culpados, pagamento de custas processuais, reincidência (salvo o disposto no art. 64, I) etc. Assim, embora incidente a prescrição da pretensão executória, a sentença condenatória pode ser executada no juízo cível, para efeito de reparação do dano (CPP, art. 63). Se o condenado efetuou o pagamento de fiança, seu valor, não obstante a extinção da punibilidade, fica sujeito ao pagamento das custas e reparação do dano (CPP, art. 336 e parágrafo único). Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão executória, a extradição se torna inexecutível”.

Torna-se, pois, necessário que a acusação, busque meios legais para evitar que tais erros se prorroguem, tendo sempre em vista que lei pára no tempo e no espaço, ao passo que a sociedade, as pessoas e os delinquentes evoluem, daí porque, também, precisa a acusação evoluir.

O que se tem verificado na prática é um certo conformismo, embora inaceitável, com relação à prescrição dita retroativa, ou seja, basta que se peça o reconhecimento a prescrição, para que o órgão da acusação, percebendo que não recorreu da decisão, busque as datas do fato, do recebimento da denúncia, decisão recorrível e pronto. Há até quem desconheça que o acórdão interrompe a prescrição, isto porque o art. 117, IV, do Código Penal só fala em decisão e não em acórdão. Todavia, em bom tempo, a jurisprudência vem se renovando e ditando alguns parâmetros, os quais precisam ser esclarecidos, para que possam ser melhores conhecidos.

VI - O acórdão tem o mesmo significado de sentença

Embora emanado de órgão colegiado e dito expressamente no artigo 117, do Código Penal o Acórdão nada mais é que uma decisão, no sentido de “sentença”, proferida em segundo grau. Sobre o tema chamados a decidir assim têm deixado assentado nossos Tribunais: “Penal – Prescrição – Crime Falimentar – Condenação – Interrupção.

1 – A condenação em segundo grau, por força de recurso da acusação, interrompe a prescrição na data do julgamento. O legislador como proclamado pelo Supremo Tribunal Federal utiliza-se da expressão “sentença condenatória” (art. 117, IV, do Código Penal), no sentido de “decisão”, não havendo, portanto, diferença ontológica, entre “acórdão condenatório” e “sentença condenatória”, porque ambos estereotipam uma “decisão.

2 – Recurso especial conhecido e provido (letra “c”). (RE nº 117.081 – São Paulo (97/0002161-0) – Sexta T. do STJ – el. Min. Fernando Gonçalves – j. em 24.06.97).

Outros julgados, embora não tenham dito expressamente que não há diferença ontológica entre um e outro julgado, todavia, para efeitos de prescrição, reconheceram o efeito do acórdão como marco interruptivo da prescrição. Assim se nota nos seguintes arestos: “PRAZO . CONDENAÇÃO IMPOSTA POR TRIBUNAL . TERMO FINAL. HABEAS CORPUS – PRESCRIÇÃO – Não ocorrência, no caso, de lapso prescricional entre a data do fato delituoso e a da condenação, quer seja esta a do julgamento condenatório por parte do Tribunal, quer do trânsito em julgado desse aresto. Aliás, o entendimento específico mais recente de ambas as Turmas desta Corte é o de que, quando a condenação é imposta por Tribunal, o termo final do prazo de prescrição é a data do julgamento e não a publicação do acórdão (assim no HC 56.146, primeira Turma; e nos “Habeas corpus” nºs 49.763, 64.493 e 67.718, Segunda Turma). Habeas corpus indeferido”(HC nº 70.546/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DOU de 01.10.93, pág. 20215).

E:

“As decisões dos Tribunais são proclamadas em sessão pública, logo após a discussão e o julgamento das causas. A data em que se realizou a sessão é a do acórdão, para os efeitos de obstar o curso do prazo prescricional. Habeas corpus indeferido.”(HC nº 56.146/SP, el. Min. Soares Munhoz – j. em 23.05.78, RTJ 87/127).

E:

“PENAL E PROCESSUAL – RECURSO ESPECIAL – CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU – PRESCRIÇÃO – EMBARGOS INFRINGENTES.

1 – Acórdão que, por maioria, pela primeira vez, impôs a pena, embora sujeito a embargos infringentes, interrompe o prazo prescricional.

2 – Precedentes do STF.

3 – Recurso conhecido e provido”(Resp. nº 22.496-6-SP, Rel/. Min. Anselmo Santiago, DJU de 23.09.96).

E:

“PENAL. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. ACÓRDÃO EMBARGÁVEL. - Interrupção. Reiterada jurisprudência dos Tribunais sobre interromper-se a prescrição na data da proclamação do julgamento condenatório em grau recursal, ainda que tomado por maioria de votos”(Resp. nº 36.850-2-SP, Rel. José Dantas, DJU de 04.10.93).

E:

PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGÁVEL. PROFERIDO EM GRAU DE APELAÇÃO. Se o acórdão, relativo a apelação for condenatório, ou seja aquele que, pela primeira vez, impôs a pena, ou agravou-a, constitui “decisão condenatória recorrível” (art. 117, IV, do CP) e, ainda que embargável, tem efeito interruptivo da prescrição”(STJ 5ª T – Relator Min. Assis Toledo – DJU de 26.10.92 – pág. 19063, in Jurisprudência Criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – 1ª ed. 2ª tiragem – 1992/93 – Alfredo Garcindo Filho – pág. 140).

Fixado o entendimento no sentido de que o acórdão nada mais que uma “sentença proferida em segundo grau”, necessário se torna, pois, verificar no caso de haver recurso apenas da defesa, qual foi a matéria discutida no recurso. É que, embora o art. o § 1º, do art. 110, diga que: “a prescrição depois da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”., se no recurso o réu propôs-se a discutir as provas, questionando o mérito da causa, não basta o trânsito para a acusação, nesse caso, exigível também será o trânsito para a defesa.

Tal entendimento arrima-se no pressuposto de que quando o recurso da defesa não visa discutir o mérito da questão, mas apenas, por exemplo o total da pena imposta, estaria ela conformada com a condenação, apenas inconformada com o total da pena imposta, logo, a sentença de primeiro grau, mesmo sendo recorrível já se tornou, mesmo que em tese, um título executório. Por outro lado se o recurso visa desconstituir a sentença de primeiro grau, esta, em razão do inconformismo, manifestado no recurso, não representa ainda um título executório. É de fácil conclusão, pois, que há uma diferença lógica entre as duas decisões, em razão da matéria proposta para se discutir no recurso.

Embora, ainda não satisfaça, de forma ampla os defeitos que ousamos apontar, o que demandará mais criatividade dos colegas perseverantes, que por certo, também, não se darão por satisfeitos, tem-se já uma luz a clarear de forma mais amena, para a sociedade, os casos de prescrição. Para os colegas ousados destacamos um trecho do voto o Ministro Cordeiro Guerra, lançado no R. Ext. Criminal nº104.500 – SP: “O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Assim decidindo,

este Egrégio Tribunal fará sentir que as leis penais, o mínimo ético necessário à preservação de uma sociedade politicamente organizada, não se destinam a assegurar a impunidade dos delinquentes, mas a preservar a integridade física, moral e patrimonial dos cidadãos obedientes às normas de bem viver, o meu voto”.

Feitas algumas digressões e citações vamos ao âmago da questão. Cremos que de posse do material aqui colacionado, mais as idéias, mesmo que primárias, as quais tentei expor, já podemos questionar de forma mais abrangente as questões que envolvam a prescrição retroativa ou intercorrente. Para tanto, necessário se torna, quando formos analisar o pedido de prescrição, levarmos em conta que além dos momentos de interrupção elencados no artigo 117, do Código Penal, há que se considerar o dia do julgamento do acórdão, quando só a defesa recorreu pleiteando a discussão do mérito.

Ressalte-se que o dia do julgamento do acórdão é o marco inicial e não o dia da sua publicação ou ainda o dia em que o aresto fez coisa em julgada. Com efeito, já tendo tal matéria sido discutida, restou clara para nossos Tribunais que a data da sessão do julgamento é a mais apropriada. Tal matéria restou discutida e rechaçada a pretensão do paciente, que queria ver contado o lapso entre a data do recebimento da denúncia e do trânsito em julgado do acórdão. Diante da pretensão do paciente, assim manifestou-se o insigne relator Ministro Anselmo Santiago do STJ, no RHC 6556-SP (REG. 97/0041594-5), Sexta Turma, julgado em 18.08.97: “Tem-se como marco interruptivo da prescrição, o recebimento da denúncia (fls. 15), que se deu em 30.10.91 e como data fatal, o acórdão que, pela primeira vez, veio a condenar o impetrante-paciente. Deseja este, que para tanto se considere o trânsito em julgado do aresto, que, realmente, ultrapassou o limite bienal. Sem razão, contudo. Copiosa jurisprudência da Suprema Corte, tal como entendeu a Câmara recorrida, entende que, nas decisões colegiadas, o prazo se interrompe na própria sessão de julgamento, que é pública, não se aplicando, ao caso, o disposto no art. 389, do Código de Processo Penal. Além de precedentes mais antigos (RTJ : da 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJU de 26.08.94, p. 21.890, onde ao que interessa, assim consigna sua ementa: “I – Prescrição: interrupção, na data da prolação do acórdão condenatório, independente de sua publicação e trânsito em julgado; força interruptiva não afetada por liminar em “habeas corpus”, que – além da perda “ex tunc” da sua eficácia, em razão do indeferimento da ordem –, cingiu-se a sustar o cumprimento de decisão condenatória, sem elidir o seu efeito interruptivo da prescrição. II – (...)”

E de se notar, então, que o pedido de prescrição, sem, cópia(s) do(s) acórdão(s), para que se constate tal ocorrência não poderá ser objeto de análise. Aliás, é bom que se diga que para dirimir dúvidas o ideal será requerer a juntada de certidão da vara de origem, indicando se houve ou não recurso da defesa e, em caso positivo, juntada de cópia(s) do(s) acórdão(s). Tal alerta tem razão de ser, uma vez que o caso no qual nos arrimamos para o presente trabalho, a redução da pena imposta ocorreu em sede de embargos infringentes, isto é, um recurso decorrente da apelação.

VII - Conclusão

Faz-se necessário ressaltar que o modesto trabalho, por mim elaborado, Dr. Rubens Rodrigues, com atribuições junto a Primeira Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, não encerra a última verdade. É que, como todo tema jurídico, deve o mesmo ser analisado sob a perspectiva de se ter cada vez mais próximo o fator Justiça.

Em verdade, a parte final deste, ameniza mas não resolve de vez o problema do desequilíbrio entre as partes, ou ainda da distorção, quanto aos objetivos do recurso, todavia, já traz um ponto positivo a ser buscado em cada caso concreto. Mais ainda, traz a oportunidade, para que nas discussões futuras, surjam idéias ou teses que poderão, aos poucos ir melhorando os desacertos apontados. É que a jurisprudência a exemplo de tantos outros casos controvertidos trazer a solução definitiva, para sanar as incorreções do legislador.

Dito isto, resta dizer que críticas e sugestões serão sempre bem vindas via E-mail: ruo@mp.sp.gov.br , ou ainda: ruaili@zipmail.com.br , ou ainda ruo@ig.com.br]

TESE 67

DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DOS ARTIGOS 306 E 308 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

Nilson de Oliveira Rodrigues Filho
Promotor de Justiça - RS

SÍNTESE DA TESE: Os crimes de embriaguez ao volante e de participação em competição automobilística não autorizada são delitos de ação penal pública incondicionada.

FUNDAMENTAÇÃO DA TESE: O parágrafo único do artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, expressamente mandou aplicar a três delitos em particular (participação em competição automobilística não autorizada, lesão corporal culposa no trânsito e embriaguez ao volante) o disposto nos artigos 74, 76 e 88 da Lei 9.099/95. Como o parágrafo único não ressaltou expressamente, como fez a cabeça do artigo, que só se aplicariam “no que couber”, houve algumas decisões que entenderam ser necessária a representação também no caso dos crimes de embriaguez ao volante e participação em racha.

A interpretação literal que se está pretendendo dar a este artigo de lei, sem embargo, não é a melhor, aliás, como se sabe, em verdade, a interpretação gramatical é apenas um momento, o primeiro, na complexa arte da hermenêutica. Não se pode, contudo, ficar-se no primeiro passo, há que se ir adiante, ainda que a lei seja aparentemente clara.

Desde há muito que os brocardos latino e francês, que diziam não haver interpretação quando o texto da lei for claro e que o juiz é meramente a boca da lei (*In claris non fit interpretatio e La bouche de la loi*) entraram em derrocada.

Aliás, o primeiro, embora latino, não foi concebido pelo Direito Romano, mas o foi no século 19. Em Roma, como ensinou Ulpiano, vigorava com toda a força o princípio de que a interpretação é indispensável: “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da sua interpretação” (*quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*).

Como a história demonstrou, o “fetichismo legal” da escola da exegese aprisionou de tal forma o aplicador da lei que acabou por ser abandonado, evoluindo a hermenêutica para outras formas de se ver o Direito, nascendo as escolas histórico-evolutiva, da livre investigação do direito e do direito livre.

Atualmente, os melhores exegetas afirmam que o intérprete não pode ser um prisioneiro da aparência de clareza e objetividade da lei. Até porque, para se dizer que a lei é clara, antes deve ela ser interpretada.

Não pode o aplicador da lei se abster da sua mais nobre missão: fixar o verdadeiro sentido e o alcance de uma norma jurídica.

Como visto, interpretar significa “fixar o verdadeiro sentido e o alcance de uma norma jurídica”.¹[5]

Significa dizer que uma norma pode ter um sentido meramente aparente - falso, devendo o intérprete fixar o verdadeiro. Também deve o intérprete determinar o alcance da lei. A uma primeira leitura, pode-se ter a falsa idéia do alcance de uma norma. Para não se incorrer nesse erro, não se pode ceder a primeira impressão que o texto da lei causou. Essas primeiras impressões, muitas vezes, são falsas. Todo cuidado é preciso.

Para se evitar os equívocos, a hermenêutica desenvolveu métodos científicos para a arte da interpretação. Métodos que para alguns exegetas mais são momentos do que métodos independentes.

Em verdade, como leciona Betioli, o processo interpretativo é uno e complexo, composto de vários momentos. A maioria dos autores, com alguma variação terminológica, identifica quatro momentos: a) literal ou gramatical; b) lógico-sistemático; c) histórico evolutivo; e d) teleológico.

Embora não haja uma ordem preestabelecida, o elemento gramatical é o primeiro a ser utilizado, isto porque, antes de mais nada, é preciso ser estabelecido o significado filológico da norma, ou seja, o sentido lingüístico dos termos, o significado técnico do termo.

Porém, por isso a advertência de que a primeira leitura pode ser enganosa, estabelecer o mero significado gramatical da norma é o método mais pobre e mais suscetível de equívocos. Eduardo Espinola, com exatidão afirmou:

“A letra em si é inexpressiva; a palavra, como conjunto de letras ou combinação de sons, só tem sentido pela idéia que exprime, pelo pensamento que encerra, pela emoção que desperta”.² [6].

Após a análise gramatical, imperioso se torna ir adiante. Não pode ficar a interpretação no momento gramatical. Não se pode esquecer a natureza tridimensional do direito. Como do alto de sua cátedra gritou Miguel Reale, o Direito é FATO, VALOR e NORMA. Deve o intérprete, pois, buscar qual a finalidade da lei, quais os valores, quais os interesses que a norma tutela.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao estabelecer que o juiz deve, ao aplicar a lei, atender os fins sociais a que ela se destina, bem como as exigências do bem comum, determinou exatamente isto, que nunca deve ser perdido de vista o fim a que se destina a norma.

Também a lei não pode ser vista isoladamente. No sistema jurídico não pode haver contradições. Sendo a lei parte integrante de um todo, não pode ser analisada isoladamente, mas como integrante desse todo, com o qual se relaciona e é dependente.

1. Antônio Bento Betioli, Introdução ao Direito - Lições de Propedêutica Jurídica, Ed. Letras & Letras, 5a. ed., 1995, pg. 286.

2. Antônio Bento Betioli, op. cit., p. 309

Não se pode ficar preso apenas ao texto da lei sem se buscar saber o momento histórico em que foi editada. Deve-se buscar o espírito da lei. Em verdade, não necessariamente a vontade do legislador (*mens legislationis*), mas a vontade da lei (*mens legis*), deve o intérprete buscar a ratio essendi da norma, sem a qual ela se torna um corpo sem alma, um jogo vazio de palavras, perdida no vácuo de alienação da realidade social.

Assim, conclui-se que na ciência da interpretação deve predominar o caráter teleológico-valorativo, com repulsa à aplicação mecânica da norma, em uma interpretação meramente literal.

Fosse para se se aplicar a lei de forma mecânica, com interpretação meramente gramatical, poderia se perguntar: Não é mais barato e eficiente substituir os homens responsáveis por essa tarefa por computadores? Os computadores não substituiriam os juizes com vantagem?

Agora, se adotarmos uma postura mais ampla na interpretação, onde o raciocínio lógico-sistemático-teleológico-valorativo predominar, com certeza não haverá máquinas que possam substituir os homens.

O intérprete deve ter uma participação construtiva, não se reduzindo a mero aplicador do texto da lei.

Sem dúvida o ato de julgar não se limita ao surrado silogismo: premissa maior (norma)
→ premissa menor (fato) = conclusão.

O valor deve ser enfrentado com percuciência pelo intérprete. Caso contrário o ato de interpretar não estará completo, pelo que falho.

Na clássica obra “Interpretação e Aplicação das Leis”, citando Windscheid, o mestre peninsular Francesco Ferrara bem resumiu a natureza da função do intérprete, afirmando:

“A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que possível na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo”.

(...)

“O jurista há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de protecção que deve interpretar-se no sentido que

Também em uma interpretação lógica e sistemática, não se pode entender como de ação penal pública condicionada a representação tais crimes.

O bem juridicamente por eles tutelados é a incolumidade pública, não a individual, logo, não havendo uma pessoa física titular do direito violado, não há que se falar em necessidade de representação, ficando tais delitos letra morta, caso mantida essa interpretação.

Se fosse exigível a representação, como querem, isto apenas porque não foi utilizado no parágrafo a expressão “no que couber”, também teria que ser necessário a existência de composição dos danos civis, prevista no artigo 74 da Lei 9.099/95.

Ora, como se falar em composição dos danos civis para crimes de perigo, tão-somente, onde não houve dano material, ao menos não é o dano material elemento constitutivo do tipo.

O artigo 306 do CTB fala em “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (não há necessidade, pois, de dano concreto, apenas potencialidade de dano). O artigo 308 fala em “dano potencial a incolumidade pública ou privada” (não há, também aqui, necessidade, pois, de dano material concreto).

Por todas as formas que se analisa tal questão, parece absolutamente inviável entender que não se aplica ao parágrafo a expressão “no que couber” contida no caput do artigo, até porque esta expressão é até desnecessária, sempre fazendo parte da própria interpretação.

Não fosse assim, o próprio artigo 74 da Lei 9.099/95 não diz que a composição dos danos civis será levada a efeito apenas quando couber, mais isto é lógico e nunca ninguém pensou em, v.g., exigir composição dos danos civis em crimes de menor potencial ofensivo que não tenham gerado dano concreto.

Nunca se pensou em exigir composição de dano civil nas contravenções de disparo de arma de fogo em via pública, ou nos crimes violação de domicílio ou **constrangimento ilegal**, por exemplo, somente porque a Lei 9.099/95, no artigo 74, não diz que a composição dos danos civis só se aplica “no que couber”.

Por fim, a regra geral de que a ação penal será pública incondicionada, só sendo condicionada a representação ou privada quando a lei expressamente assim estabelecer, também leva a conclusão que estes dois crimes são de ação penal pública incondicionada. Não se pode entender de ação penal condicionada por interpretação. Deve a lei ser expressa nesse sentido, o que não ocorreu.

Dito isto, pensa-se que a melhor interpretação para este dispositivo é no sentido de que a composição dos danos civis e a representação se aplicam somente à lesão corporal culposa praticada da direção de veículo automotor, sendo que para os demais (racha e embriaguez) só se aplica a possibilidade de transação, ainda que as penas sejam superiores.

Não se pode ficar preso apenas ao texto da lei sem se buscar saber o momento histórico em que foi editada. Deve-se buscar o espírito da lei. Em verdade, não necessariamente a vontade do legislador (*mens legislationis*), mas a vontade da lei (*mens legis*), deve o intérprete buscar a *ratio essendi* da norma, sem a qual ela se torna um corpo sem alma, um jogo vazio de palavras, perdida no vácuo de alienação da realidade social.

Assim, conclui-se que na ciência da interpretação deve predominar o caráter teleológico-valorativo, com repulsa à aplicação mecânica da norma, em uma interpretação meramente literal.

Fosse para se se aplicar a lei de forma mecânica, com interpretação meramente gramatical, poderia se perguntar: Não é mais barato e eficiente substituir os homens responsáveis por essa tarefa por computadores? Os computadores não substituiriam os juizes com vantagem?

Agora, se adotarmos uma postura mais ampla na interpretação, onde o raciocínio lógico-sistemático-teleológico-valorativo predominar, com certeza não haverá máquinas que possam substituir os homens.

O intérprete deve ter uma participação construtiva, não se reduzindo a mero aplicador do texto da lei.

Sem dúvida o ato de julgar não se limita ao surrado silogismo: premissa maior (norma) → premissa menor (fato) = conclusão.

O valor deve ser enfrentado com percuciência pelo intérprete. Caso contrário o ato de interpretar não estará completo, pelo que falho.

Na clássica obra “Interpretação e Aplicação das Leis”, citando Windscheid, o mestre peninsular Francesco Ferrara bem resumiu a natureza da função do intérprete, afirmando:

“A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que possível na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo”.

(...)

“O jurista há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda esta finalidade, e portanto em toda a plenitude que assegure tal tutela”.³ [7].

Assim, no presente caso, uma interpretação mais ampla, lógica, teleológica e sistêmica do dispositivo, com certeza levará o intérprete a outra conclusão.

Mesmo que o parágrafo único do artigo 291 não tenha usado a expressão “no que couber”, até por ela estar na cabeça do artigo, deve também se estender ao parágrafo.

Como se sabe, a cabeça do artigo traz as regras gerais do dispositivo, às quais se subordinam os parágrafos, os incisos e as alíneas.

3. Arménio Amado - Editor, Successor, Coimbra, 1987, 4a. Edição, Trad. De Manuel A Domingues de Andrade, pgs. 128 e 130.

Também em uma interpretação lógica e sistemática, não se pode entender como de ação penal pública condicionada a representação tais crimes.

O bem juridicamente por eles tutelados é a incolumidade pública, não a individual, logo, não havendo uma pessoa física titular do direito violado, não há que se falar em necessidade de representação, ficando tais delitos letra morta, caso mantida essa interpretação.

Se fosse exigível a representação, como querem, isto apenas porque não foi utilizado no parágrafo a expressão “no que couber”, também teria que ser necessário a existência de composição dos danos civis, prevista no artigo 74 da Lei 9.099/95.

Ora, como se falar em composição dos danos civis para crimes de perigo, tão-somente, onde não houve dano material, ao menos não é o dano material elemento constitutivo do tipo.

O artigo 306 do CTB fala em “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (não há necessidade, pois, de dano concreto, apenas potencialidade de dano). O artigo 308 fala em “dano potencial a incolumidade pública ou privada” (não há, também aqui, necessidade, pois, de dano material concreto).

Por todas as formas que se analisa tal questão, parece absolutamente inviável entender que não se aplica ao parágrafo a expressão “no que couber” contida no caput do artigo, até porque esta expressão é até desnecessária, sempre fazendo parte da própria interpretação.

Não fosse assim, o próprio artigo 74 da Lei 9.099/95 não diz que a composição dos danos civis será levada a efeito apenas quando couber, mais isto é lógico e nunca ninguém pensou em, v.g., exigir composição dos danos civis em crimes de menor potencial ofensivo que não tenham gerado dano concreto.

Nunca se pensou em exigir composição de dano civil nas contravenções de disparo de arma de fogo em via pública, ou nos crimes violação de domicílio ou constrangimento ilegal, por exemplo, somente porque a Lei 9.099/95, no artigo 74, não diz que a composição dos danos civis só se aplica “no que couber”.

Por fim, a regra geral de que a ação penal será pública incondicionada, só sendo condicionada a representação ou privada quando a lei expressamente assim estabelecer, também leva a conclusão que estes dois crimes são de ação penal pública incondicionada. Não se pode entender de ação penal condicionada por interpretação. Deve a lei ser expressa nesse sentido, o que não ocorreu.

Dito isto, pensa-se que a melhor interpretação para este dispositivo é no sentido de que a composição dos danos civis e a representação se aplicam somente à lesão corporal culposa praticada da direção de veículo automotor, sendo que para os demais (racha e embriaguez) só se aplica a possibilidade de transação, ainda que as penas sejam superiores a um ano.

CONCLUSÃO: Os crimes de embriaguez ao volante e participação em competição automobilística não autorizada, previstos nos artigos 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/97), são de ação penal pública incondicionada, permitindo-se a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multas (art. 74 da Lei 9.099/95 - transação) como forma de exclusão do processo, tão-somente.

Referências Bibliográficas

- [1] Mazzilli, Hugo Nigro, Regime Jurídico do Ministério Público, Ed. Saraiva, 1a. ed., 1993, pgs. 183 usque 193.
- [2] STJ – REsp 132.846 – PR – 1ª T. – Red. Desig. Min. Demócrito Reinaldo – DJU 24.08.1998 – p. 14
- [3] STJ – REsp 107.102 – RS – 2ª T. – Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 28.09.1998 – p. 00029
- [4] STJ – REsp 193351 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 03.05.1999 – p. 105
- [5] Antônio Bento Betioli, Introdução ao Direito - Lições de Propedêutica Jurídica, Ed. Letras & Letras, 5a. ed., 1995, pg. 286.
- [6] Antônio Bento Betioli, op. cit., p. 309
- [7] Arménio Amado - Editor, Sucessor, Coimbra, 1987, 4a. Edição, Trad. De Manuel A Domingues de Andrade, pgs. 128 e 130.

TESE 68

A PUNIÇÃO DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE

Luciano Machado de Souza¹

Promotor de Justiça - PR

I - Exposição

Incriminando o porte ilegal de arma de fogo, a Lei nº 9.437/97 recrudescou, consideravelmente, o apenamento do que era mera contravenção de porte de arma².

Em vigor há menos de quatro anos, vislumbra-se que a retrocitada Lei não foi suficiente para preservação da incolumidade pública, pois já se discute a proibição do porte de arma, como meio de prevenção da criminalidade.

Será que o crime tem crescido tanto? Será que a Lei nº 9.437/97 não reduziu o porte ilegal de armas de fogo? Ou será que o instrumento não tem sido suficientemente utilizado pelo *dominus litis* da ação penal pública?

O questionamento, aparentemente singelo e despropositado, quer chamar a atenção para o melhor aproveitamento do instituto legislativo, que tem se revelado eficiente no desarmamento da população.

Simplemente proibir o porte de arma de fogo não vai ser suficiente para conter a criminalidade, porque a grande maioria dos crimes são cometidos com armas ilegais. Provavelmente as mesmas que integram os pacotes de negociação do tráfico de entorpecentes.

Ainda que se proíba o porte, haverá que se penalizar aqueles que infringirem a Lei nº 9.437/97, a menos que seja revogada – o que não se acredita.

Assim, sempre é tempo de promover o melhor aproveitamento da legislação vigente, seja como forma de eficiente fiscalização e execução da Lei, seja como forma de prevenção da criminalidade.

Neste contexto, propõe-se o aperfeiçoamento da promoção de ações penais tendentes à penalização das condutas infringentes da Lei nº 9.437/97 que, via de regra, vêm acompanhadas da infringência de outros tipos penais, como nos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio – dentre tantos.

1. Promotor de Justiça em Capanema-PR;

2. Artigo 19, do Decreto Lei nº 3.688/41;

A melhor maneira de atingir esse objetivo, e quiçá a mais técnica, é denunciar o porte ilegal da arma de fogo como crime autônomo, visando o aproveitamento do cúmulo material das penas, estabelecido no artigo 69, do Código Penal.

Acredita-se que muitos Promotores de Justiça comungam do entendimento, e assim pautam a atuação ministerial. Mas a questão tem se demonstrado polêmica nos Tribunais, admitindo-se a absorção do porte pelos eventuais crimes mais graves, principalmente sob a aplicação do princípio da consunção.

Por isso se acredita que o momento é oportuno para o debate. Sem descuidar da autonomia ministerial, a atuação uniforme do Ministério Público contribuiria sobremaneira para o aperfeiçoamento da jurisprudência e, com certeza, melhor aplicação do direito.

Não se pode conceber que um homicídio, ou lesão corporal, provocados pelo emprego de arma de fogo ilegalmente portada, seja punido com a mesma carga penal do que aquele em que se empregou arma de fogo portada de acordo com as determinações legais.

O que consome o disparo de arma de fogo é o resultado mais grave atingido pelo agente – as lesões, a morte. Aliás, o legislador determinou, objetivamente, essa subsidiariedade no artigo 10, parágrafo 1º, inciso III, da Lei nº 9.437/97³.

O porte ilegal que antecede as outras ações criminosas, por si só, já encontra adequação típica no *caput* do artigo 10, da Lei nº 9.437/97. Da mesma forma, continuar portando arma depois de utilizá-la infringe o retrocitado dispositivo.

Assim, só restará consumido pela infração mais grave o disparo, o efetivo uso da arma, a descarga de sua potencialidade lesiva.

A incolumidade pública colocada em perigo pelo porte ilegal da arma de fogo está tutelada pelo legislador, e cabe ao Ministério Público promover a ação penal de tal forma que possa efetivamente reprimir, e ao mesmo tempo prevenir, tais condutas.

Como a descrição fática da denúncia deve ser objetiva, proporcionadora da mais ampla defesa, sugere-se que Promotor denuncie que o agente portava ilegalmente arma de fogo no momento da apreensão, distinto do momento em que se utilizou da arma, mesmo que tenha sido logo em seguida. Ou, que portava a arma ilegalmente nos momentos anteriores ao uso.

Só assim será possível atingir a intenção do legislador de coibir o porte ilegal da arma de fogo que se dá antes, ou depois, das ações criminosas.

Os resultados, por si só lesivos de outros bens jurídicos, deverão ser processados de forma independente, aplicando-se, quando for o caso, as regras de resolução dos conflitos aparentes de normas.

Porém, a incolumidade pública lesada pelo porte ilegal de arma de fogo será sempre distinta de outras ações criminosas que possam decorrer de tal conduta, como podem decorrer da conduta daqueles que utilizam armas de fogo de acordo com as prescrições legais.

Vislumbra-se, porém, hipóteses em que não se poderá processar o porte, porque tecnicamente ele não existirá. São aquelas situações em que o agente se utiliza de arma de

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

fogo somente para o disparo, isto é, se apodera de arma no momento do desenvolvimento da conduta, dispara e se livra da arma.

Note-se que, nesses casos, não portava a arma antes da conduta e não continuou portando depois. Somente utilizou o instrumento para o disparo, que será consumido pelo resultado mais grave, conforme já se considerou.

Os operadores do direito, sabemos que a simples proibição do porte de armas não será suficiente para prevenir a criminalidade. Seria como proibir o trânsito de veículos automotores porque as mudanças do Código Trânsito Brasileiro não fossem suficientes para reduzir as estatísticas da criminalidade das estradas.

Sabemos, também, que o intransigente combate à criminalidade se efetiva no processo penal, no instrumento que possibilita a justa aplicação da Lei em benefício da coletividade.

A justa aplicação da Lei, neste caso, nos obriga a tutelar de forma distinta a conduta daqueles que se propõe a portar armas, muitas vezes sob a justificativa de segurança pessoal.

Os que possuem armas de acordo com as determinações legais, cumprindo as exigências administrativas para registro e porte, não podem ser equiparados aos que incentivam o mercado clandestino, adquirindo armas nas esquinas, nos becos, nos porões, nas fronteiras.

O cidadão que cumpre seus deveres não pode receber, eventualmente, a mesma carga penal daquele que sustenta o mundo do crime.

As melhores diretrizes de política criminal não são só as que buscam regras para redução de apenamentos, em benefícios dos infratores ressocializáveis – em oposição à vingança social –, mas aquelas que buscam dar a cada um o que lhe pertence.

Nesse exercício de evolução da Justiça, urge aperfeiçoarmos a atuação ministerial.

Assim agindo, por certo promoveremos paz e igualdade social, contribuindo para a adequação das condutas individuais e evitando discrepâncias judiciais como o apenamento de concursos materiais de latrocínio e porte ilegal de arma; roubo e porte ilegal de arma; e, noutras situações, absorção do porte pelas lesões; absolvição do homicídio sem julgamento do porte; ou até alegações de homicídio culposo, decorrente de imperícia, porque o agente não tinha porte de arma. Esses poucos exemplos colaboram na ilustração do universo das situações de desigualdade que podem decorrer da distinta aplicação da lei, muitas vezes proporcionada pela atuação do Fiscal da Lei.

A Lei nº 9.437/97 será mais eficiente na prevenção da criminalidade nas promoções ministeriais que objetivarem os distintos momentos das condutas infratoras.

II - Conclusões

1ª) A Lei nº 9.437/97 é instrumento que deve ser privilegiado na prevenção da criminalidade;

2ª) O porte ilegal de arma de fogo não é antecedente necessário para o cometimento de outro crime;

3ª) A denúncia do porte ilegal de arma de fogo em concurso material com outros crimes é instrumento de repressão e prevenção da criminalidade;

TESE 69**O PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA OU ALTERADA**

Wendell Beethoven Ribeiro Agra
Promotor de Justiça - RN

EMENTA: ARMA DE FOGO. Supressão ou alteração de marca, numeração ou sinal identificador. Necessidade de prova escorreita da autoria. Apreensão de arma de fogo com numeração adulterada não induz a autoria da conduta ao seu portador, bem como não inverte o ônus da prova em face do princípio *in dubio pro reo*. Norma penal que dificulta o enfrentamento da violência urbana e a prevenção da criminalidade. Proposta de reformulação legislativa.

I – Exposição e justificativa

Em decorrência da escalada incessante da criminalidade no país, notadamente no que diz respeito aos delitos praticados com violência ou grave ameaça, percebeu o legislador brasileiro, pressionado pelo clamor social, a necessidade de criação de uma disciplina mais rigorosa para a questão das armas de fogo, tal como ocorre na maioria nas nações desenvolvidas, vez que não se pode desvincular o fenômeno da violência da incontrolada difusão desse instrumento de indiscutível potencialidade lesiva.

Nesse contexto, a fim de tentar diminuir o potencial perigo que representa a indiscriminada detenção de armas de fogo, foi promulgada a Lei n.º 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que instituiu um novo regime jurídico para a aquisição, uso e porte de tais armas, criando um sistema de âmbito nacional para o cadastramento das mesmas, o SINARM.

Visando ainda uma maior proteção da sociedade e da ordem pública, a nova lei tipificou algumas condutas tidas como ofensivas da segurança e da incolumidade públicas, especialmente em face do efetivo perigo que representam as armas clandestinas em mãos de delinquentes e pessoas não autorizadas. Assim, foram criminalizadas condutas como posse, porte, detenção, venda, aquisição, cessão, empréstimo e ocultação de arma de fogo, dentre vários outros comportamentos ilícitos previstos no art. 10 da citado diploma legal.

Não obstante a diversidade de condutas tipificadas, a atuação no foro criminal tem demonstrado que a nova lei apresenta uma séria imperfeição relacionada às armas de fogo que tiveram algum sinal identificador suprimido ou alterado, mais comumente a numeração. Com efeito, a lei previu como crime autônomo o ato de “suprimir ou alterar marca, numeração ou

qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato”. Este delito, entretanto, somente pode atribuído ao agente que efetivamente tenha praticado atos destinados a suprimir (eliminar, extinguir, apagar) ou alterar (modificar, transformar, acrescentar) tais sinais identificadores, cabendo ao acusador o ônus da prova da autoria, que deve ser certa e inconteste para a condenação. A mera apreensão da arma com numeração adulterada, p. ex., não induz a autoria da conduta ao seu portador, bem como não inverte o ônus da prova em face do princípio *in dubio pro reo*.

Da forma como está prevista a norma penal em foco dificulta sobremaneira o enfrentamento da violência e a prevenção da criminalidade violenta. É comum, por parte de delinquentes presos em flagrante portando armas de fogo com numeração raspada ou adulterada, a conveniente alegação de que já adquiriu a arma daquela forma, normalmente acrescentando que desconhece a pessoa que lhe repassou a mesma, de forma que torna-se praticamente impossível se comprovar o contrário, apesar da fragilidade do argumento. E, como é cediço, em face da segurança exigida para aplicação da norma penal, não se pode simplesmente presumir que o agente foi exatamente o responsável direto pela obliteração constatada.

Alguns aplicadores da lei têm defendido que nestes casos, tendo em vista a impossibilidade de desvendamento da origem do armamento, deve ser imputado ao agente o crime de receptação, em concurso com qualquer dos tipos previstos no *caput* do art. 10 da Lei n.º 9.437/97. Ocorre que, sendo esta infração penal punida com pena de detenção, não raro se verifica que, a fim de justificar o não arbitramento de fiança em favor da pessoa surpreendida portando uma arma com numeração adulterada, a autoridade policial, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a indicia também pela prática de receptação, crime para o qual é prevista pena de reclusão e que, por isso, apenas o juiz pode conceder a liberdade provisória.

Esse posicionamento também não é correto, pois se estar a presumir que a arma encontrada em poder do agente é proveniente de crime, o que eventualmente pode não ser verdadeiro, muito embora, não pode negar, a adulteração da numeração de uma arma de fogo se constitui num veemente indicio de que a mesma é produto de furto ou roubo – muitas vezes até mesmo subtraídas de delegacias ou quartéis de polícia. De qualquer forma, trata-se tão-somente de uma presunção que, como foi acima dito, é inadmissível em matéria penal e que dificilmente poderá vir a ser confirmada sem a confissão do indivíduo que a detinha.

Como asseveram Luiz Flávio Gomes e Willian Terra de Oliveira (Lei das Armas de Fogo, RT, 1998), ao comentarem o inciso I do §3º do art. 10 da Lei n.º 9.437/97, é bem provável que o legislador quisesse descrever uma qualificadora a incidir sobre qualquer dos crimes previstos no *caput* do dispositivo, mas, na verdade, acabou tipificando um delito novo, vale dizer, autônomo. Assim, pode até o agente ser punido, por exemplo, pelos crimes de posse e adulteração de marca da mesma arma de fogo, se restar perfeitamente comprovado que tais condutas ocorreram em contextos fáticos diversos. Porém, basta que o infrator alegue que já adquiriu a arma daquela forma e omita o nome do fornecedor para, com muita probabilidade de êxito, tornar inviável a imputação do crime supressão ou alteração de sinal identificador de arma, ou seja, a própria malícia do delinqüente pode inviabilizar a aplicação da norma penal.

Incontestavelmente, o agente que possui, porta, vende, etc., uma arma de fogo com os seus dados de identificação suprimidos ou alterados ofende com maior potencialidade o bem jurídico protegido pela norma penal em apreço, que no caso é a segurança pública, pois, aumenta ainda mais a clandestinidade da conduta, prejudicando mesmo a apuração de sua procedência e com isso vulnera o controle que o poder público necessita manter das armas existentes no país.

Como se sabe, a ninguém é conferido o direito de possuir ou portar arma de fogo clandestina, devendo toda arma ser registrada em nome de alguma pessoa, física ou jurídica (polícia, empresa, etc.), a fim de que se possa efetivar um real e rígido controle sobre o armamento existente no país. Assim, não se pode deixar de considerar que o indivíduo que possui ou porta uma arma de fogo que, além de clandestina, tem sua numeração suprimida ou alterada, revela uma índole voltada para a delinquência, pois pretende desvincular a arma da sua origem, podendo isto ocorrer, basicamente, por dois fatores: para dissimular a origem ilícita do objeto (adquirida mediante recepção dolosa) ou para que possa utilizá-la em crimes violentos, como, por exemplo, homicídios, seqüestros ou roubos, sem a preocupação de que uma eventual perda de tal instrumento implique na identificação do possuidor e, conseqüentemente, na autoria de tais delitos.

Note-se ainda que, em face do advento da Lei n.º 10.259, de 12/07/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, passaram a ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (art. 2º, parágrafo único), ficando, assim, derogado o art. 61 da Lei n.º 9.099/95, que estabelecia este limite em um ano, vez que o novo dispositivo legal é norma de direito penal material. Desta forma, considerando que aos crimes previstos no art. 10, *caput* e §1º, é cominada em abstrato pena de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção, passaram os mesmos, automaticamente, a serem da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Assim, qualquer pessoa que seja flagrada com uma arma de fogo de uso permitido (que não é de uso restrito, nos termos do art. 16 do Decreto n.º 2.998/99), não mais poderá ser autuada em flagrante e nem mesmo se exigirá o pagamento de fiança (com a vinculação que acarreta – arts. 327 e 328 do CPP), mas se lavrará simples termo circunstanciado (art. 69 da Lei n.º 9.099/95), inclusive quando se verificar que arma apreendida teve sua numeração ou outro sinal de identificação suprimido ou alterado, inobstante a maior reprovabilidade de que se reveste esta última conduta.

Assim sendo, observa-se que a Lei n.º 9.437/97 necessita a ser alterada para prever a punição mais rigorosa em caso de cometimento de qualquer dos delitos previstos no art. 10, quando a infração tiver por objeto material arma de fogo com marca, numeração ou qualquer sinal de identificação suprimido ou alterado. Apenas a título de sugestão para uma eventual reformulação legislativa, é proposta a seguinte alteração no §4º do art. 10 da Lei n.º 9.437/97:

“§4º. A pena é aumentada da metade se o crime:

I – é praticado por servidor público;

II – se arma de fogo, acessório ou artefato tem sua marca, numeração ou qualquer sinal de identificação suprimido ou alterado”.

Com a alteração sugerida, é criada uma causa de aumento de pena que – a exemplo do que já ocorre com crime praticado por servidor público – alcança todos os crimes dolosos previsto no art. 10, seja a arma de fogo de uso proibido ou permitido. Fica excluída da exasperação, contudo, a figura do §3º, inciso I, pois, quando se verificar que foi o próprio agente quem suprimiu ou alterou a marca, numeração ou outro sinal identificador da arma de fogo ou artefato, deverá o mesmo responder por este crime autônomo e pela conduta descrita no *caput*, em concurso material; ou seja, continua a existir o tipo autônomo.

Também não incidirá a causa de aumento de pena no caso do §1º, inciso II (“*utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer*

crimes”), pois, não estando este tipo de objeto (“brinquedo”) sujeito à obrigatoriedade de possuir numeração ou outro sinal identificador, obviamente, a supressão ou alteração dos dados porventura existentes seria fato atípico e penalmente irrelevante por não ofender o bem jurídico tutelado pela lei.

Por fim, vale acrescentar que, no caso do crime ser perpetrado por servidor público e que tenha por objeto uma arma de fogo com numeração ou outro sinal suprimido ou alterado, por incidirem as duas causas de aumento de pena, uma delas servirá como circunstância judicial, podendo justificar o aumento da pena-base, enquanto a outra elevará a reprimenda em quantidade fixa.

II – Conclusão

Diante do expandido, formulamos as seguintes conclusões:

1. O cometimento de qualquer dos crimes previstos no art. 10 da Lei n.º 9.437/97 (ressalvadas as exceções mencionadas), quando tenha por objeto material arma de fogo com numeração, marca ou outro sinal identificador suprimido ou alterado, ofende mais intensamente o bem jurídico tutelado pela norma, que é a segurança coletiva;

2. Sendo maior o injusto penal, deve haver uma reformulação legislativa para acrescentar ao tipo penal do art. 10 da Lei n.º 9.437/97 uma causa de aumento de pena para possibilitar a punição mais severa do sujeito ativo de qualquer dos referidos crimes que se utilize de arma de fogo com numeração, marca ou outro sinal identificador suprimido ou alterado.

III – Bibliografia

CAPEZ, Fernando. Arma de Fogo – Comentários à Lei n.º 9.437, de 20-2-1997. São Paulo: Saraiva, 1997;

GOMES, Luiz Flávio *et alli*. Lei das Armas de Fogo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TESE 70

O EMPREGO DE ARTEFATOS EXPLOSIVOS, SEUS MALEFÍCIOS E A NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DA NORMA PENAL

Miguel L Gnigler

Promotor de Justiça - SC

Felipe Martins de Azevedo

Promotor de Justiça - SC

Com o advento da Lei n. 9.437/97 – Institui o Sistema Nacional de Armas – contravenções penais tipificadas no Decreto-lei 3.688/41 receberam o *status* de crime, cominando-se, por exemplo, uma pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, a quem *possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização* (art. 10, § 3º, III), opção legislativa que indica a relevância dos bens e interesses jurídicos que o legislador de nosso tempo tencionou tutelar, tornando criminosas condutas até então consideradas meras contravenções.

A censurabilidade da conduta sob enfoque traduz-se pela quantidade de pena privativa cominada ao transgressor, daí que, partindo-se da premissa de que a norma penal visa persuadir o indivíduo a não praticar uma conduta clara e objetivamente descrita como criminosa, é de se lamentar que, na hipótese, essa finalidade não vem sendo atingida, conforme se pode inferir do alto índice de delitos praticados com uso desautorizado de artefatos explosivos.

Princípios como o da legalidade estrita, da proporcionalidade e lesividade afastam a possibilidade de se incluir no novo tipo penal a prática tão arraigado na cultura do povo brasileiro de espocar foguetes e fogos de artifício, conduta que continua sendo contravenção penal tipificada no § único do art. 28 da LCP, cuja eficácia vem sendo tsnada em face da dificuldade estatal de fiscalizar o cumprimento da norma, por absoluta deficiência de aparato policial, que assiste de camarote aos espetáculos criminosos.

É que, com efeito, a norma penal sob enfoque não proíbe a detonação de artefatos explosivos, sujeitando-a apenas a condições de tempo e de lugar, definidos pela autoridade competente. Daí decorre que, em face da já conhecida deficiência dos órgãos estatais incumbidos de fiscalizar o cumprimento da norma, o legislador teria andado melhor se também tivesse criminalizado tais condutas, com a cominação de pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa, limitando-se a carga explosiva dos artefatos explosivos do tipo foguetes e fogos de artifício, cuja fiscalização dar-se-ia na indústria, a cargo do INMETRO.

No dizer, de Carlo Vico Mañas, “*A edição de leis penais cada vez mais repressivas apenas gera a sensação de que o problema foi enfrentado e resolvido. Passado algum tempo, é inevitável a conclusão de que fomos enganados, desmoralizando-se o próprio sistema*” (IBCCRIM, janeiro, 2000, p. 2).

É exatamente isso que ocorre com a norma penal sob análise, pois com os critérios de autorização falhos jamais se terá a eficácia esperada. Urge, pois, se faça a alteração legislativa do tipo penal em questão.

De fato, em se tratando de detonação de artefatos explosivos do tipo foguete, fogos de artifício ou engenhos similares que, dependendo da carga que carregam, podem oferecer sério risco à vida das pessoas e, por conseguinte, encontrar adequação típica no § 2º, do art. 10, da Lei n. 9437/97, é de se admitir que, nesse caso específico, a pena cominada deveria ser a do “caput” do art. 10 (1 a 2 anos de detenção) e não a do § 2º (2 a 4 anos de reclusão), sob pena de atribuir-se maior censurabilidade à conduta do agente detonador de artefatos explosivos do que daquele que dispara arma de fogo em local habitado.

Neste ponto, é importante dizer que ao disciplinar o uso dos artefatos visou o legislador tutelar a incolumidade pública, a segurança, o bem-estar e tranqüilidade das pessoas, objetivo que não vem sendo alcançado, em que pese a existência de preceptivo constitucional, incumbindo o Poder Público de “*controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*” (art.225, § 1º,V,CF), *sujeitando a ordem econômica e a livre iniciativa a princípios como a defesa do meio ambiente* (art. 170,VI,CF)”.

Sucedem que os exageros comumente registrados durante os festejos de fim de ano e em períodos de campanha eleitoral, com o uso de foguetes, petardos, rojões, fogos de artifício e outros artefatos explosivos, com o conseqüente registro de mutilações, queimaduras, desavenças e hostilidades entre vizinhos e até mortes é um indicativo seguro de que o Poder Público não vem cumprindo o seu papel neste campo de atuação, tornando ineficaz a norma penal como instrumento inibidor das condutas nela censuradas.

Estudos revelam que a detonação de fogos é comprovadamente prejudicial à saúde, ao bem-estar e à tranqüilidade das pessoas, na medida em que tais engenhos são expostos à venda com elevado poder de explosão, o que os transforma em verdadeiras armas de fogo, notadamente quando estão ao alcance de crianças e adolescentes. Os mais potentes e perturbadores podem ser equiparados a engenhos de guerra, sem falar que produzem ruídos muito acima do tolerado pela legislação vigente.

A propósito dos malefícios causados pela poluição sonora, pode-se afirmar que os ruídos do dia-a-dia prejudicam os ouvidos mais do que se imagina. Quando emitidos acima de 85 decibéis podem causar danos temporários ou permanentes à audição. Este índice é superado com o barulho do caminhão do lixo (90 Db), de um congestionamento no trânsito (100 Db), sirene de uma ambulância (120Db), britadeira (120 Db),danceteria (120 Db), fogos de artifício (125 Db), decolagem de avião (140 Db) .

Discorrendo sobre o tema “A Poluição Sonora Ataca Traiçoeiramente o Corpo”, o professor Fernando Pimentel de Souza adverte que os efeitos mais graves da poluição sonora vão se manifestando com o tempo, como a surdez, as vezes acompanhada de desequilíbrios psíquicos e de doenças físicas degenerativas. O autor acentua que , exposto a ruído excessivo, o corpo ativa o sistema nervoso para defender-se de um inimigo invisível, sem pegadas, e que invade todo o meio ambiente. O cérebro acelera-se e os músculos consomem-se sem motivo, fazendo aparecer sintomas como aumento de pressão arterial, paralisação do estômago e intestino, má irrigação da pele e até a impotência sexual.

Ainda segundo o mesmo autor, pesquisa realizada nos EUA teria revelado que jovens submetidos a ruído médio inferior a 71 Db, estremados com pulsos de 85Db, só a 3% do tempo, apresentaram aumentos médios de 25% no colesterol e 68% de cortisol, substância provocadora do estresse (Matéria publicada na Internet, no endereço <http://www.icb.ufmg.br/lpf/2-14html>).

Nesta etapa, é oportuno lembrar que, a teor do disposto no art. 31, letra “g” do Decreto nº 55.649, de 28.01.65, incumbe à Polícia Civil “Cooperar com o Ministério do Exército no controle da fabricação de fogos e artificios pirotécnicos e fiscalizar o uso e o comércio desses produtos”. É que os artefatos explosivos disponíveis no comércio são de múltiplos estágios, com elevada carga explosiva, o que os transforma em verdadeiras armas e engenhos bélicos, daí a possibilidade de seu enquadramento como armas, acessórios, petrechos e munições de uso proibido, nos termos do art. 161 do Decreto n. 55.649/65.

A par dos incômodos que a explosão de fogos causa à saúde das pessoas e à incolumidade pública, cumpre lembrar que em qualquer bar-de-esquina é possível adquirir artefatos explosivos, geralmente mantidos em locais inadequados e sem autorização da autoridade competente, conduta irresponsável e criminosa que tem dado causa a inúmeras explosões e a morte de pessoas inocentes.

Com efeito, em se tratando de Brasil, onde a facilidade de aquisição de armas de fogo, artefatos explosivos e a sensação de impunidade contribuem para que a cada 13 (treze) minutos uma pessoa seja assassinada, afigura-se urgente modificar a legislação penal pertinente, tornando-a mais eficaz no controle do *fabrico, comércio e emprego de artefatos explosivos*, limitando-se, para tanto, a carga explosiva dos artefatos do tipo foguetes, fogos de artifício ou assemelhados, de sorte que a detonação desses engenhos não venha a produzir ruídos em índices superiores aos tolerados pelo sistema auditivo humano e não ofereça risco à integridade física das pessoas, propondo-se, para tanto, o acréscimo de um parágrafo ao art. 10 da Lei n. 9.437/97, reenumerando-se o atual parágrafo 4º:

“Art.10

(...)

§ 4º - Quando se tratar de posse, detenção, fabrico, emprego e deflagração perigosa de artefato explosivo e/ou incendiário do tipo foguete, fogos de artifício ou assemelhados com carga explosiva superior aos índices permitidos.

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa

§ 5º - A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público.

TESE 71

CRIMES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Frederico Augusto de Oliveira Santos
4ª Promotoria de Justiça de Formosa-GO
Mestre em Direito/UFMG

SUMÁRIO: I. A teoria da imputação objetiva; II. O bem jurídico objeto de proteção nos crimes de responsabilidade fiscal; III. Aplicação da teoria da imputação objetiva na hipótese do art. 42 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000; IV. Conclusão.

I - A teoria da imputação objetiva

A teoria do tipo penal recebeu novo influxo após os funcionalistas que lançaram a chamada Teoria Geral da Conduta Típica, cujo maior expoente foi Claus Roxin. Segundo Roxin, opondo-se nesse aspecto a Jakobs, não se pode abstrair do caráter fragmentário do Direito Penal. Jakobs por outro lado sustenta que a dogmática penal é justificável sempre que for invocada a estabilidade da ordem social. A primeira corrente vem prevalecendo na América Latina. Assim, é introduzido no tipo penal pela teoria da imputação objetiva o aspecto da lesividade da conduta.

O nexo de causalidade que estabelece vínculo entre conduta e resultado no art. 13 do Código Penal não adotou nenhuma teoria que pré-exclua a imputação objetiva no ordenamento positivo brasileiro, conforme aduz o item 12 da exposição de motivos daquele diploma legislativo. Antes, a teoria da imputação objetiva vem respaldada pela Constituição da República de 1988. O ângulo subjetivo dos direitos fundamentais indicado pela cláusula da dignidade da pessoa humana insculpida como fundamento da República e o princípio do devido processo legal amparado pela idéia de proporcionalidade favorecem ao acolhimento do Direito Penal mínimo na legislação infra-constitucional.

Essa tendência de progressiva elaboração do tipo a partir de elementos da própria ilicitude e culpabilidade se traduz na seletividade de comportamentos relevantes que por sua repercussão merecem maior censura. Assim, devemos ponderar que mesmo em se tratando de hipóteses múltiplas de incidência, pois de uma mesma conduta extrai-se objetivamente do plano fático sanções pertinentes a ilícitos de ordem civil e penal, o campo desta última se circunscreve nos limites da sanção civil correspondentes aos elementos pressupostos pela norma que não sobejarem ao preceito penal.

Nesse sentido pode-se dizer que a imputação objetiva ao antecipar o juízo de questões que ficariam relegadas pela teoria clássica ao exame da ilicitude e culpabilidade, atende excelentemente à visão garantista do Direito Penal, mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito, atribuindo atipicidade a condutas irrelevantes na seara criminal e impedindo a persecução do delito. A imputação objetiva fulcra-se no princípio do risco, que é corolário da ponderação entre bens jurídicos e a liberdade individual segundo a medida do princípio da proporcionalidade¹.

A partir do funcionalismo, no qual o comportamento típico é visto como objeto do dolo e não apenas o tipo², os tipos incriminadores passam conter um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva, de modo que sem ela a conduta ou resultado são atípicos. Exige-se, como requisito complementar à conduta dolosa ou culposa, ao resultado, nexos de causalidade objetiva, que o autor tenha realizado uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido a um objeto jurídico e, assim, produzido um resultado normativo³. A tipicidade configuraria uma qualidade do fato material e não propriamente um elemento do fato típico⁴.

Há, portanto, clara separação entre a causalidade e a imputação. A causalidade consiste em um dado ontológico pré-figurando à imputação. A imputação é categoria posterior à causalidade e consiste em um dado axiológico, existindo quando a conduta cria um risco juridicamente desaprovado que se concretiza na produção do resultado⁵.

II - O bem jurídico objeto de proteção nos crimes de responsabilidade fiscal

O legislador expressa na norma jurídica um fim, infligindo uma pena em caso de violação do bem correlacionado com aquele interesse tutelado. O bem jurídico desempenha um papel decisivo na teoria do tipo, refletindo na teoria da imputação objetiva no sentido de tornar atípicas condutas que não estão compreendidas no fim de proteção da norma penal ou quando a vontade livre e consciente não tem o condão de afetar o bem juridicamente tutelado, rompendo-se o nexo de causalidade por falta de lesividade tão cara para a dogmática da teoria da imputação objetiva.

Segundo definição de Zaffaroni e Pierangeli⁶, “*bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*”.

O bem jurídico da Lei de Responsabilidade Fiscal não é propriamente o planejamento da gestão fiscal como poderia nos induzir a referência direta ou indiretamente dos tipos penais introduzidos no art. 2º da Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária.

1. CARVALHO, Alexandre Victor de. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Belo Horizonte: Escola Preparatória A. CARVALHO, 2000, p. 34.

2. CARVALHO. *Op. cit.*, p. 24.

3. JESUS, Damasio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. XXI.

4. JESUS. *Op. cit.*, p. 38.

5. CAVALHO. *Op. cit.*, p. 34.

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.464.

A Lei complementar 101/00 já vem no *caput* do art. 1º dizer que o objetivo da norma é estabelecer regras de “finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal”. A ação planejada aparece no bojo da lei como pressuposto para a responsabilidade na gestão fiscal, cujo escopo é prevenir riscos e corrigir desvios capazes de “afetar o equilíbrio das contas públicas”.

Conquanto nos delitos sem resultado material, a existência do fato típico fica condicionada à imputação objetiva de conduta criadora de risco juridicamente reprovado a interesses jurídicos, cuja afetação constitui o resultado normativo, não se pode trasladar o objetivo último da norma no bem penalmente protegido, pois os “crimes contra as finanças públicas” são formais ou de mera conduta, para aqueles que fazem a distinção.

O âmbito de proibição de disponibilidade a que se refere a norma concerne à regularidade dos atos de gestão fiscal, cujo entendimento prevaleceu no Ministério Público Goiano no Seminário sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal ocorrido nos dias 09 e 10 de abril de 2001 no auditório da Associação Goiana do Ministério Público, considerando, inclusive sua definição mais precisa em relação à noção de moralidade pública, por mim defendida naquele conclave. A idéia de regularidade do planejamento fiscal remete à base institucional de proteção ao bem jurídico, sendo que a missão do Direito Penal não é tutelar “deveres” da Administração Pública, mas a moralidade pública correlacionada com o princípio político-jurídico da República que impõe transparência na prestação de contas na gestão do erário público. O princípio da moralidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República constitui garantia ou instrumental da adoção da forma republicana pelo Brasil.

Nesse sentido, o art. 81 da Lei 4.320 de 17 de março de 1964 dá especial relevo à verificação da probidade da Administração quando do controle da execução orçamentária pelo Poder Público, a par de observar a guarda, legal emprego do numerário público e o cumprimento da Lei de Orçamento.

III - Aplicação da teoria da imputação objetiva na hipótese do art. 42 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000

A discussão em torno do objeto de proteção da norma não é vazia de sentido, considerando que da concepção de bem jurídico protegido depende a avaliação do incremento do risco criado pela conduta e sua repercussão no resultado jurídico do crime.

Todos os crimes contra as Finanças Públicas definidos no art. 2º da Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, são dolosos, não havendo previsão de punição a título culposo como se deflui do verbo reitor dos tipos penais ali enumerados. Essa configuração subjetiva dos delitos é respaldada pela Lei Complementar 101/00 que no art. 8º dispõe que o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso, não abrindo flancos ao operador do direito para a pronúncia de atipicidade pelo argumento da inexistência de dolo. Nos delitos dos arts. 359-C e 359-F, aqui analisados, não é possível qualquer desmantelamento do tipo pela alegação de falta de dolo. O cerne da resolução da responsabilidade penal do agente público em sede do Tipo só será possível pela análise da

imputação objetiva como elemento normativo implícito dos crimes antes referidos.

Dispõe o art. 42, *caput*, da Lei Complementar 101/00 que:

“É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres de seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”.

Ou seja, o titular do Poder ou órgão não poderá contrair despesa no período de maio a dezembro que não possa ser cumprida integralmente no derradeiro ano de seu mandato, salvo se houver a correspondente disponibilidade de caixa para o pagamento das parcelas restantes no exercício seguinte. Por disponibilidade de caixa, segundo esclarece o parágrafo único deve-se entender o montante remanescente disponível após a execução contábil dos encargos e despesas compromissados a pagar até final do exercício⁷.

Se pudessem as entidades governamentais empenharem despesas além dos créditos concedidos, o orçamento não seria instrumento de proibidade Administrativa por falta de programação de disponibilidade de caixa para o volume de negócios a empreender.

Por sua vez a Lei 4.320/64 dispõe em sentido inverso ao prescrever conduta de execução orçamentária, que obedece a preceito mandamental. Já o art. 35, II, da Lei 4.320/64 determina precisamente o sujeito ativo do art. 359-C do Código Penal⁸, que confere caráter sancionatório de ordem penal ao disposto no art. 42 da Lei Complementar 101/00, ao afirmar que “Pertencem ao exercício financeiro (...) II – as despesas nele empenhadas”; impondo sua inscrição em restos a pagar em decorrência da adoção desse regime de competência para despesas públicas.

A infração à norma mandamental do art. 359-F do Código Penal no caso de inscrição de despesa empenhada no exercício anterior em restos a pagar decorre de obediência à norma mandamental da Lei 4.320/64 que impõe exatamente essa conduta. Na verdade não se pode considerar a conduta que “restaura” a regularidade dos atos de gestão fiscal como crime, pois esse comportamento, antes, procede ao registro de crime anteriormente praticado e dá cumprimento a Lei 4.320/64⁹. Nessa hipótese a conduta alternativa conforme o preceito primário da norma incriminadora, não acarreta a desarmonia da sequência dos atos da gestão fiscal, já que empenho é compromisso assumido pelo Estado. No contexto da teoria da imputação objetiva deve-se excluir do campo de incidência do tipo penal condutas que não pioram, senão que melhoram o estado do bem jurídico protegido¹⁰, qual seja, a *credibilidade da Administração Pública*, noção, esta, contida na Moralidade Pública a que a norma se destina a tutelar. O

7. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal nas licitações e contratações públicas. IN: *Lei de Responsabilidade Fiscal*, abordagens pontuais. Flávio Régis Xavier de Moura e Castro (Coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 96.

8. “Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa”.

9. Essa foi a opinião, com a qual compartilhamos, emitida por Hélio Saul Mileski (Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul) durante Seminário sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal ocorrido nos dias 09 e 10 de abril do corrente ano no auditório da Associação Goiana do Ministério Público.

10. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, t. 1, p. 365-366.

agente não cria e nem aumenta o perigo juridicamente reprovável à objetividade protegida¹¹. O art. 42 e seu parágrafo único da Lei Complementar 101/00 conferiu maior *credibilidade* ao empenho, fortalecendo o conteúdo dos arts. 15, 16, 17, 31 e 44 da Lei de Licitações, pois agora já não bastará a mera indicação orçamentária de que trata o art. 14 da Lei 8.666/93, exigindo-se o efetivo saldo financeiro em caixa para arcar do com os compromissos assumidos em cada mandato¹². Assim, pela teoria tradicional essa circunstância seria causa de exculpação, isto é, inexigibilidade de conduta diversa, enquanto sob a ótica da imputação objetiva a questão seria tratada em sede do tipo penal. A imputação objetiva encontra-se implícita nas figuras típicas à semelhança do dolo, elemento subjetivo implícito¹³. Caberia, então, ao Ministério Público baseado na imputação objetiva com fundamento no 43, I e na forma do art. 28, todos pertinentes ao Código Processo Penal, promover o arquivamento das peças incriminatórias. Caso a ação penal tenha sido ajuizada, a rejeição da denúncia pelo mesmo fundamento desafiará recurso em sentido estrito (CPP, art. 585, I), enquanto que o recebimento da petição acusatória irá ensejar ao réu o manejo de *habeas corpus* (CPP, art. 648, I). Outrossim, deverá ser oferecida denúncia, a qual merecerá processamento regular, sem o embaraço dos incidentes processuais apontados acima, na hipótese em que: (1) a despesa contraída com terceiros não houvesse seguido os trâmites normais para a contratação pela Administração Pública ou (2) quando o terceiro que desempenhou atividade em favor da contratante não estivesse de boa fé, que deve ser protegida sob pena do locupletamento do Estado com o trabalho alheio. Releva observar que se a própria Constituição da República — art. 31 e seus parágrafos, determina que as contas do gestor municipal devem ficar à disposição do cidadão durante 60 dias para a arguição da legalidade e legitimidade das ações descritas nas prestações de contas, torna-se imperativo ao Administrador o controle dos atos praticados após e independentemente da apreciação popular.

Só haverá crime próprio (Lei Complementar 101/00, arts. 1^o, 54, 56 e 67, § 1^o) do ordenador de despesas com respeito ao crime do art. 359-F do Código Penal¹⁴, quando o detentor do cargo político não for o mesmo que assumiu a obrigação de despesa, se houver convivência com a má-fé de terceiros. A prova da má-fé no Direito Administrativo recai em circunstâncias objetivas externas à liturgia da lei para a assunção de obrigações pelo Estado, senão tratar-se-ia da primeira hipótese — vício de legalidade. Assim, conquanto não se tenha procedido a uma avaliação preliminar de custos no procedimento licitatório, para se prevenir superfaturamento, o princípio da moralidade pública impõe ao administrador a literal observância à conduta devida no art. 359-F do Código Penal. Caso o mandamento da lei penal não seja observado, além das sanções penais, o agente incorrerá na responsabilidade solidária pelo dano causado à Fazenda Pública por afronta ao disposto no art. 25, § 2^o, da Lei Federal 8.666/93¹⁵. Por aplicação do art. 1.518, parágrafo único, do Código Civil¹⁶ e da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, o mesmo raciocínio pode ser estendido as outras situações de convivência com a má-fé de terceiros malferindo princípios da administração pública, conforme alude o art. 73 da Lei Complementar 101/00.

11. JESUS. *Op. cit.*, p. 77.

12. MOTTA. *Op. cit.*, p. 96.

13. JESUS. *Op. cit.*, p. 37.

14. “Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei”. Por ser esse tipo especial em relação ao do art. 315, também do Código Penal, está afastada sua incidência na situação retratada pelo dispositivo.

15. Art. 25, § 2^o - “Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

A existência do empenho não necessariamente obriga o Estado a pagar como aparentemente deflui do art. 58 da Lei 4.320/64. A Lei 4.320/64 no seu art. 62, distinguindo entre empenho e pagamento, ressalva o direito de o Estado apenas pagar após o implemento de condição¹⁷. O empenho constitui uma das fases por que passa a despesa pública. Não cria a obrigação, mas ratifica a garantia de pagamento, já assegurada na relação contratual existente entre o Estado e seus fornecedores e prestadores de serviços, determinando a dedução do valor da despesa a ser executada da dotação respectiva do orçamento¹⁸. Em conclusão: o empenho não é garantia de execução (Lei 4.320/64, art. 60), porquanto os bens da Administração Pública não são passíveis de execução. Além disso, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal prevê no § 7º do art. 30 a inclusão de precatórios judiciais para fins de estabelecer o limite da dívida consolidada, ajustando-se então à situação de frustração de despesa empenhada mas não paga. Destarte, caberá ao Poder Público à vista de qualquer ilegalidade referente à obrigação contraída arguir sua nulidade jungido que está à legalidade e à indisponibilidade do interesse público.

Se o chefe do Poder Executivo, que contraiu despesa em desacordo com o art. 42 da Lei Complementar 101/00 for reconduzido ao Poder e proceder a sua inscrição em restos a pagar, o crime já estará consumado pela realização do tipo do art. 359-C do Código Penal e apenas residualmente afrontará o art. 359-F como exaurimento do delito anterior.

IV - Conclusão

IV.1 Os tipos incriminadores contra as Finanças Públicas contém um elemento normativo, qual seja, a própria imputação objetiva, de modo que sem ela a conduta ou resultado são atípicos. É necessário em complemento à conduta dolosa reclamada pela norma incriminadora que o autor tenha criado um risco juridicamente proibido a um objeto jurídico e, assim, produzido um resultado normativo. Nos delitos sem resultado material, a existência do fato típico fica condicionada à imputação objetiva de conduta criadora de risco juridicamente reprovado a interesses jurídicos, cuja afetação constitui o resultado normativo.

IV.2 Deveres jurídicos não são bens jurídicos penalmente tutelados, portanto o objeto de proteção dos crimes decorrentes especificamente da Lei de Responsabilidade Fiscal não recai sobre a regularidade dos atos de gestão fiscal, mas sim sobre a moralidade pública a qual o planejamento está destinado a assegurar.

IV.3 O art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal confere maior credibilidade ao empenho, considerando sobretudo que para Lei 8.666/93 bastava a indicação dos recursos orçamentários e doravante se exige disponibilidade financeira em caixa.

IV.4 A conduta do Administrador Público que deixa de cancelar obrigação de despesa não resgatada nos dois últimos quadrimestres do mandato do agente público sucedido, atende ao mandamento do art. 35, II, da Lei 4.320/64, não incorrendo, pois, nas sanções do art. 359-

16. "Art. 1.518 - "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores, os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521."

17. MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*, com a introdução de comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 30 ed., Rio de Janeiro, IBAM, 2000/2001, p. 135.

18. *Idem, ibidem*.

C do Código Penal¹⁹, que confere caráter sancionatório de ordem penal ao disposto no art. 42 da Lei Complementar 101/00, haja vista que a inscrição em restos a pagar decorre da adoção do regime de competência para despesas públicas.

IV.5 Pela teoria tradicional essa circunstância seria causa de exculpação, isto é, inexigibilidade de conduta diversa, enquanto sob a ótica da imputação objetiva a questão é melhor tratada em sede do tipo penal. A Lei Complementar 101/00 no art. 8º ao dispor que o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso, não abriu flancos ao operador do direito para o reconhecimento de atipicidade em razão da inexistência de dolo. Assim, a atipicidade da conduta será determinada por sua aptidão em colocar em risco o bem jurídico. Na hipótese trata a conduta diminui o risco ao bem jurídico seja pela garantia do resgate do empenho — credibilidade Pública, seja pela observância do princípio da moralidade que impõe o não enriquecimento sem causa da Administração Pública.

IV.6 O Administrador Público irá incorrer nas sanções do art. 359-F do Código Penal por cumplicidade na forma de conivência quando:

IV.6.1 A despesa contraída com terceiros não houvesse seguido os trâmites normais para a contratação pela Administração Pública;

IV.6.2 O terceiro que desempenhou atividade em favor da contratante não estivesse de boa fé, que deve ser protegida sob pena do locupletamento do Estado com o trabalho alheio.

IV.7 Se o chefe do Poder Executivo, que contraiu despesa em desacordo com o art. 42 da Lei Complementar 101/00 for reconduzido ao Poder e proceder a sua inscrição em restos a pagar, o crime já estará consumado pela realização do tipo do art. 359-C do Código Penal e apenas residualmente afrontará o art. 359-F como exaurimento do delito anterior.

19. “Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa”.

TESE 72

DA TIPIFICAÇÃO LEGAL DA EXPLORAÇÃO DAS MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS

Rodrigo Canellas Dias

Promotor de Justiça - SP

O Brasil inteiro foi inundado pelas máquinas eletrônicas programáveis denominadas “vídeo-bingos” ou “caça-níqueis”. No Estado de São Paulo não existe cidade, por menor que seja, que não disponha de máquinas deste tipo instaladas em bares, padarias e outras casas do gênero.

Se num primeiro momento parecem inofensivas, por trás estas máquinas escondem estreita ligação com a Máfia italiana e espanhola. Documentos encaminhados ao Ministério Público de São Paulo (GAECO – Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado), provenientes da “DIA – Direção Investigativa Anti-Máfia”, da Polícia italiana, e da SENAD – Secretaria Nacional Antidrogas, do Brasil, demonstram que dinheiro, inclusive do narcotráfico, estaria sendo “lavado e reciclado” em nosso país por intermédio de empresas relacionadas com a importação e a exploração das conhecidas máquinas de “vídeo-bingos” ou “caça-níqueis”.

Portanto, o assunto merece especial atenção, pois a reação estatal a crimes gravíssimos passa pelo combate específico e cotidiano à exploração das máquinas “caça-níqueis”. E a questão que aqui se coloca é saber qual a conduta típica daqueles que exploram e mantêm em seus bares ou similares aparelhos deste tipo.

A Lei nº9.615, de 23 de março de 1998, denominada “Lei Pelé”, que institui normas gerais sobre o desporto, prevê que os jogos de bingo são permitidos em todo o território nacional (art.59), cabendo às entidades desportivas o credenciamento junto à União para explorar tal jogo de forma permanente ou eventual, com a finalidade para angariar recursos para o fomento do desporto (art.60). Regulamentando esta lei, o Decreto nº3.659/00, dispõe que a exploração de jogos de bingo, serviço público da competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal, em todo o território nacional (art.1º).

Por outro lado, a “Lei Pelé” (Lei nº9.615/98) proibiu a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo (art.73), bem como no âmbito penal, tutelou como crime a conduta de “manter nas salas de bingo máquinas de azar ou de diversões eletrônicas”, apenando-a com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. A apuração deste crime é de competência da Justiça Federal, eis que praticado em detrimento de serviço da União, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

O mesmo não se pode dizer, entretanto, se tal exploração ocorrer fora dos estabelecimentos destinados à exploração do bingo, vale dizer, em bares ou similares, pois

ante a ausência de criação de figura típica neste sentido pela Lei nº9.615/98, a conduta deve ser enquadrada em outro instrumento de direito material.

Num primeiro momento, parece clara a conclusão de que esta conduta se enquadraria na descrição típica da contravenção penal de jogo de azar (artigo 50, § 3º, “a”, do Decreto-lei nº3.688/41). Aliás, era esta a tese defendida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e que vinha ganhando corpo nos Tribunais paulistas¹. Todavia, a realização de um encontro de trabalho, patrocinado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminal, entre Promotores de Justiça e peritos do Instituto de Criminalística de São Paulo, acabou por concluir que a melhor tipificação para a conduta de exploração de máquinas “caça-níqueis” fora dos estabelecimentos destinados à exploração do bingo encontra-se no artigo 2º, inciso IX, da Lei nº1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Este trabalho, da lavra de eminentes peritos do Instituto de Criminalística de Bragança Paulista-SP, informa que todas as máquinas eletrônicas de jogo, desde a mais simples até as mais sofisticadas, são dotadas de “switches” (micro-chaves), do tipo “off-on” (ligado-desligado), através das quais se **altera** o comportamento das máquinas, de acordo com a vontade de quem a explora. Ou seja, através dos **ajustes** das “micro-chaves”, pode-se **escolher** a porcentagem de pagamento ao jogador ou até quanto o apostador vai poder **ganhar** com o jogo, de acordo com a **vontade** do explorador do jogo/proprietário da máquina.

Além disso, de acordo com os peritos, todas as máquinas “caça-níqueis” possuem “placa de circuito”, dotadas de memórias ou “memória RAM”, que seriam removíveis e substituíveis (recambiáveis), de maneira que o proprietário da máquina/explorador do jogo poderia facilmente trocá-las, alterando ao seu bel prazer o comportamento do jogo e por conseqüência a possibilidade de ganho para cada apostador/jogador. Esta programação poderia ser alterada tantas e quantas vezes ele assim desejar, bastando para isso adquirir novas “memórias/programas”.

Desta forma, vê-se claramente que na verdade mudam os métodos de engodo, sobretudo em face do enorme avanço da tecnologia, mas não muda o intuito de se obter o ganho ilícito. Se antigamente eram as “roletas viciadas” que, dando inicialmente aos jogadores a euforia de pequenos ganhos, levavam-no à ruína quando o discreto mas ladino “croupier” acionava, mecanicamente, o dispositivo ao pé da mesa de jogo, hoje, muito mais sofisticadamente, é o “chip” ou a “placa de memória” que substitui aquele mesmo truque, só que com muito menor risco de descoberta.

Ora, consoante dispõe o art.2º, inciso XI, da Lei nº1.521/51, constitui crime contra a economia popular a conduta de se obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou **processos fraudulentos**, elencando os comportamentos “bolas de neve”, “cadeias”, “pichardismos”, apenas a título de exemplificação, mesmo porque se complementa tais comportamentos com outra expressão, de cunho genérico, “**a quaisquer outros equivalentes**”.

Como ensina a Doutrina:

“É, como se vê, uma modalidade do crime de estelionato, previsto no art.171, do Código Penal: - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

1. JUTACRIM 3/208 e 4/061; RJDTACRIM 19/077.

Este é praticado contra o indivíduo; aquele é cometido contra o povo ou indeterminado número de pessoas. O traço vivo de ambos é a burla, o artil, ou manobra fraudulenta, armados a captar a credibilidade alheia. A atividade dos enlçadores e burlões pode assumir, em qualquer deles, variadíssimas formas fraudulentas. Não que não haja diferenças de características entre o estelionato e a burla contra a bolsa do povo. O primeiro admite a tentativa. Quanto a este, o simples tentar já é consumir: num, o dano deve ser sempre efetivo, concreto, ao passo que, no outro, pode ser apenas potencial ou de perigo, em uma das suas figuras. Obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo é crime material em face do resultado danoso, enquanto tentar obter tais ganhos é delito simplesmente formal.”²

O simples jogo, como é sabido, é proibido em si mesmo, nas condições definidas pela Lei das Contravenções Penais. Com mais razão, o jogo viciado, que não se confunde com o jogo de azar previsto no art.50 do Decreto-lei nº3.688/41.

Assim, as máquinas “caça-níqueis”, na forma como concebido e ora demonstrado, é sem dúvida o sucedâneo moderno da “roleta viciada”, ou da “carta na manga”. Constitui, sem dúvida, a forma especial de estelionato contida na norma penal incriminadora ora em discussão, mesmo porque fundado na fraude, no dolo, na esperteza ilícita que não se confunde com a habilidade dos apostadores, ou mesmo com o blefe bem arquitetado.

Ademais, forçoso reconhecer que a sistemática de funcionamento das máquinas “caça-níqueis” é muito semelhante, senão igual, à das antigas máquinas de “vídeo-poker”, cuja jurisprudência³ e Doutrina⁴ remançosamente trataram de capitular como crime contra a economia popular. Como no “vídeo-poker”, também nas máquinas “caça-níqueis” o apostador, ao acionar a tecla de jogo, põe em ação o programa previamente estabelecido na “memória RAM” da máquina, cujo resultado independe de qualquer tipo de habilidade do jogador, mas, sim, da programação que foi inserida pelo fabricante, com limitadas possibilidades de ganho. Mais, também como no “vídeo-poker”, nas máquinas “caça-níqueis” há a possibilidade de alteração de dificuldades e da probabilidade de ganho com a máquina pelo proprietário/explorador do jogo, sem que o apostador tenha conhecimento destes fatores, através do acionamento de micro-chaves ou “swtches”. Conclui-se, assim, que não se trata de um jogo de azar, mas de um jogo em que o apostador é fraudado.

Diante de tais ponderações, a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, através do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, publicou o Aviso nº343/01, no Diário Oficial do Estado de 13 de junho de 2001, orientando os Promotores de Justiça Criminal do Estado a requisitar inquérito policial, a partir da remessa de termo circunstanciado de ocorrência policial que trate da apreensão de máquinas “caça-níqueis”, visando possibilitar a investigação e a elaboração de laudo pericial complementar, para fins de caracterização de crime contra a economia popular, de competência da justiça estadual, sugerindo ainda a seguinte quesitação, elaborada a partir de estudos conjuntos realizados por Promotores de Justiça da capital e do interior e Peritos do Instituto de Criminalística de Bragança Paulista:

2. OLIVEIRA, Elias, in “Crime Contra a Economia Popular”, Ed. Freitas Bastos, 1952, p.94/5.

3. RJTACRIM 4/072, 4/196, 8/227, 25/94.

4. PIMENTEL, Manoel Pedro, “Vídeo-Poker: Lícito ou ilícito”, in Repertório IOB de Jurisprudência RJ3, nº12/87, 2º, setembro, 153/2.

Recomenda-se, para fins de eventual caracterização de crime contra a economia popular (art.2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51), a elaboração dos seguintes quesitos:

a) Qual a origem de fabricação da máquina?

b) Qual o modelo ou marca da máquina?

c) Os seus componentes eletrônicos têm a mesma origem (nacionalidade e fabricante)? Se negativo, onde e por quem foram fabricados? Qual a origem do país fabricante das placas ou CPUs?

d) Há identificação do fabricante, através de lacre fixado na máquina? Este lacre apresenta-se íntegro ou violado? Este lacre poderia ter sido substituído por outro não original?

e) A máquina conta com nota fiscal e/ou guia de importação?

f) Os dados específicos constantes na nota fiscal e/ou guia de importação são coincidentes com os apresentados na máquina examinada? E os componentes eletrônicos (placas e CPUs) são coincidentes com as informações da nota fiscal e/ou guia de importação?

g) A CPU, as placas e/ou componentes de programação (memória) constantes da máquina permitem suas substituições? Estas substituições, se ocorridas, deixam vestígios?

h) É possível efetuar rastreabilidade – aferição entre os componentes eletrônicos (placas e memória) e o equipamento em que foram montados – desses componentes?

i) Na máquina em questão, houve substituição de peça?

j) A máquina possui dispositivo do tipo micro-chave ou “switches”?

k) Essas micro-chaves ou “switches” são acionadas manualmente?

l) De que modo se dá esse acionamento manual?

m) Esse acionamento manual permite alterar a programação, modificando a probabilidade de ganho do jogo – o pagamento -, tornando a máquina mais difícil ou mais fácil para o jogador?

n) Qual a porcentagem de pagamento da máquina examinada?

o) Diante do exame realizado, o resultado do jogo (vitória ou não do jogador), depende exclusivamente da habilidade ou da sorte?

p) Esse resultado pode ser manipulado pelo acionamento das micro-chaves ou “switches”?

q) A máquina possui laudo de aprovação inicial?

r) Esse laudo de aprovação inicial possui os detalhes técnicos mencionados nos itens anteriores? E a conclusão desse laudo é objetiva em concluir pela caracterização da máquina como jogo de azar?

s) Diante do examinado, na opinião dos srs. Peritos, a máquina caracteriza jogo de azar?

Nada mais é preciso acrescentar, portanto, para ter-se como certo que se trata de máquinas que arrebatam, daqueles que pensam tentar a sorte, ganhos em benefício da minoria que as

explora ou as coloca à disposição do público, o que certamente é fato típico e antijurídico que se insere perfeitamente no inciso penal enfocado, caracterizando crime contra a economia popular.

Conclusões:

- As máquinas eletrônicas programáveis (caça-níqueis, vídeo-bingo, etc), escondem estreita ligação com a Máfia italiana e espanhola, que se servem da ausência de controle dos rendimentos auferidos com o jogo para a “lavagem de dinheiro” proveniente de graves condutas delituosas, inclusive o narcotráfico, razão pela qual a reação estatal a crimes gravíssimos também passa pela repressão cotidiana à exploração das máquinas “caça-níqueis”;

- A Lei nº9.615, de 23 de março de 1998, denominada “Lei Pelé”, tipificou a exploração das máquinas eletrônicas programáveis nas salas de bingo (art.73), cuja apuração é de competência da Justiça Federal. Nada previu, entretanto, quando tal exploração ocorrer fora dos estabelecimentos destinados à exploração do bingo, vale dizer, em bares ou similares;

- Estudos realizados pelo Instituto de Criminalística de Bragança Paulista-SP informam que todas as máquinas eletrônicas de jogo, desde as mais simples até as mais sofisticadas, são dotadas de “switches” (micro-chaves), através das quais se altera o comportamento das máquinas, de acordo com a vontade de quem a explora. Através destes ajustes, pode-se escolher a porcentagem de pagamento ao jogador ou até quanto o apostador vai poder ganhar com o jogo;

- Deste modo, as máquinas “caça-níqueis” guardam muita semelhança com as antigas máquinas de “vídeo-poker”. Não se confundem com o jogo de azar previsto no art.50 da Lei das Contravenções Penais. Trata-se, na verdade, de jogo viciado, de estelionato coletivo, a ser capitulado como crime contra a economia popular, nos termos do art.2º, inciso IX, da Lei nº1.521/51;

- Assim, a partir da remessa de termo circunstanciado de ocorrência policial que tratar da apreensão de máquinas “caça-níqueis”, deve-se requisitar a instauração de inquérito policial para se viabilizar a investigação e a elaboração de laudo de exame pericial complementar a partir da quesitação sugerida, para fins de caracterização de crime contra a economia popular.

TESE 73**DELITO CONTRA A SAÚDE PÚBLICA: EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA, ARTE DENTÁRIA E FARMACÊUTICA – TIPO DE PERIGO CONCRETO****Geraldo Batista de Siqueira**

Procurador de Justiça - GO

Marina da Silva Siqueira

Promotora de Justiça - GO

Reynaldo Edreira Martins

Procurador de Justiça - GO

Ademir Joaquim Barbosa Filho

Delegado de Polícia - GO

SUMÁRIO :

- 1 – OBSERVAÇÃO NECESSÁRIA
- 2 - INTRODUÇÃO – TIPO PENAL DE PERIGO
- 3 - EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA, ARTE DENTÁRIA OU FARMACÊUTICA – TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO
- 4 – TIPO PENAL HABITUAL
- 5 - ASPECTOS PROCESSUAIS DA QUALIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA
- 6 - CONCLUSÕES

I – Observação necessária

O presente trabalho não tem o sentido da busca da legalização da profissão de dentista prático. A profissão de odontólogo deve permanecer obediente às mesmas exigências legais, que hoje a regula e que o seu exercício, fora dos parâmetros atuais, se traduza em figura típica, mas sem os exageros de sua configuração como crime de perigo abstrato ou presumido, estruturando-se em um tipo penal de perigo concreto.

II – Introdução – tipo penal de perigo:

Os tipos penais, segundo o critério classificatório do resultado, se apresentam como delito de dano e de perigo, leciona MIRABETE, em sua magnífica obra, Manual de Direito Penal (01).

O dano, componente do tipo penal, quando realizado em conseqüência de alguma conduta humana, é o que se traduz em efetiva ofensa, lesão a um bem jurídico tutelado penalmente. Tem-se o tipo penal de dano ou de lesão, que se contrapõe aos delitos de perigo.

O dano pode entrar na composição tanto dos crimes materiais, como em relação aos tipos formais, os chamados crimes de consumação antecipada. Nos tipos penais, cuja objetividade jurídica é a honra da pessoa tal como se dá nas hipóteses típicas dos arts. 138/140, CP - Calúnia, Difamação e Injúria, bem como o tipo penal Ameaça (art. 147, CP), é delito ofensivo à liberdade pessoal.

As quatro variações tipológicas mencionadas, embora configurando modelos formais de tipos penais, o resultado neles previsto se manifesta, através de um dano, ainda que dispensada sua verificação no momento consumativo do *iter criminis*, de qualquer das quatro infrações penais lembradas, a título de exemplos. O agente, sujeito ativo, busca, com sua conduta típica, a produção de um *eventus damni* o qual, não realizado, em nada afetaria o completo aperfeiçoamento do tipo penal. A sobrevinda do resultado danoso, apenas ampliaria o *iter criminis*, para alcançar a etapa do exaurimento, cujos reflexos se farão sentir na dosimetria da pena (art. 59, 7ª figura – conseqüências do crime, CP). Dar-se-ia a consumação material, substancial, conforme o magistério do eminente mestre do Direito Penal, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI (02).

Assim, como há tipos penais formais de contextura a exhibir o dano, possuímos, e em profusão, tipos materiais, requerendo para a sua consumação, um resultado de perigo, porém, o perigo concreto, somente perceptível através de demonstrações para o que, às vezes, vem a exigir-se perícias especiais.

Copiosa, em nossas leis, é a distribuição de tipos penais de perigo, que se diversificam em tipos de perigo abstratos ou presumidos e tipos de perigo concreto que, como já visto, prevêm em sua estrutura, dados demonstrativos da probabilidade de dano ou lesão, como condição da meta optata, a consumação. Já o tipo abstrato ou presumido, como sugere a própria denominação doutrinária, prescinde, por inteiro, para sua caracterização, da constatação da iminência de dano, visto a característica de presunção absoluta, *juris et de jure* que a qualifica. A presunção de perigo, em caráter absoluto, é estranha à indagação em qualquer grau, acerca da probabilidade da incidência de dano, como decorrência da realização da conduta típica pelo agente.

O Incêndio (art. 250, CP), a Explosão (art. 251, CP), a Inundação (art. 254, CP), a Exposição ou Abandono de Recém-Nascido (art. 134, CP), erigem-se em modelos legais, de delito de perigo, exigentes, porém, de demonstração da iminência de dano. Portanto, são tipos penais de perigo concreto, enquanto os tipos penais, inseridos nos artigos 282 e 284, CP, por exemplo, o são de perigo abstrato ou presumido.

III – Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - tipo penal de perigo abstrato ou presumido

Trata-se, dada a pluralidade de núcleos tipológicos, de um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, um tipo misto cumulativo, visto que eventual realização de mais de uma ação, subsumida na figura penal em apreço, resultaria em um concurso material (art. 69, CP): **exercer a medicina, exercer a arte dentária e exercer a arte farmacêutica, sem os requisitos legais de que fala o tipo penal e em caráter habitual.**

Estrutura-se a figura em comento, como no modelo habitual, habitual próprio, ou necessariamente habitual, cuja consumação fica na efetiva dependência de atos de reiteração, repetição.

As condutas inseridas no art. 282, CP, presumindo sua concretização, em uma simples ação, configura um modelo de crime de perigo abstrato ou presumido.

Finalmente, classifica-se a figura em discussão, como um crime de mera conduta, posto que ausente, na descrição típica do mesmo, qualquer conseqüência da conduta, o resultado.

Mais freqüente entre as três figuras penais, insertas no art. 282, CP, é a do Exercício Ilegal da Arte Dentária.

Em virtude de sua composição típica materializada em crime de perigo, mas o perigo abstrato, a repressão penal, a resposta da lei aos infratores dela sobe a disparate de severidade, situação fática, que se amenizaria, caso a tipicidade, no caso, se consubstanciasse através de um modelo concreto e não abstrato ou presumido.

Crime de perigo abstrato ou concreto, as figuras acima, têm seu momento final, a consumação, mediante a simples realização da conduta de exercer uma das três profissões citadas.

IV – Tipo habitual

Diferentemente da hipótese típica, posta no art. 229, CP, o delito, Casa de Prostituição, tipo permanente, controversia não se conhece acerca da natureza habitual de qualquer das hipóteses típicas, subsumíveis na moldura do art. 282, CP. Tipo habitual próprio ou necessariamente habitual, realizando-se com a reiteração, a repetição da mesma conduta, daí o hábito, e, por apresentar-se como um modelo habitual, incompatibiliza-se com a forma tentada (art. 14, II, CP). Consuma-se ou não se consuma a infração penal. A classificação conhecida transita, pacificamente, pela doutrina e na jurisprudência, contrariamente à interpretação que se dá, sobre as conseqüências processuais de tal classificação do tipo penal em estudo: a possibilidade ou não da prisão em flagrante, ainda que em situações especialíssimas.

É indiferente, para a instância penal a realização, isolada, de qualquer atividade, mas se o ato isolado, indiferente para o Direito Penal, vem a formar uma cadeia, com a sucessão desse mesmo ato, teremos a configuração do modelo habitual, como se pode exemplificar com os tipos inseridos nos artigos 282, 284 e 230, CP. Se o ato, a conduta humana, isolada, fora de uma cadeia de acontecimentos não tem o condão de deter as credenciais para a subsunção em

um tipo penal, carente restaria, indiscutivelmente, o substrato necessário para a caracterização da tentativa (art. 14, II, CP).

Os tipos penais, insertos na moldura do art. 282, CP, como exemplos de modelos habituais, não comportam em razão de sua estrutura, realização incompleta, uma vez que qualquer seguimento dos mesmos, em ocorrência isolada, não ingressa na censura penal.

V – Aspectos processuais da qualificação doutrinária

A circunstância, decorrente da qualificação de um tipo penal, como um modelo habitual, permanente ou instantâneo, reflete-se nas providências cautelares que se pode ou se deva tomar: possibilidade ou não da prisão de alguém em flagrante. A estrutura típica do modelo penal tem tudo a ver com a compatibilidade ou não da coação cautelar, que se realizaria na flagrância delitiva, razão porque o art. 303, do CPP, estabelece a situação de flagrância, enquanto durar a permanência e é o **flagrante próprio** (art. 302, I, CPP).

Partindo-se da averiguação da incompatibilidade da tentativa no desenrolar dos crimes habituais, por consequência necessária há de se chegar à fácil conclusão da inadmissibilidade de prisão em flagrante, pela simples razão de que nesse tipo cautelar, não há como configurar-se, posto requerer, na sua base material, a presença de um fato típico. Só a partir da base típica é que chegaremos a conclusão processual, prevista no Código de Processo Penal (art. 301 e 310, CPP). Ausente a base material do tipo processual, em discussão, tem-se por finda a discussão sobre a viabilidade do flagrante contra alguém, como medida cautelar.

Materializando-se o tipo habitual, via de um hábito, isto é, a repetição, a reiteração de uma única e mesma conduta do agente, porém, figurando a mesma conduta, ação humana, mas de forma isolada, o que se vem a ter é um indiferente penal para o Direito, no mesmo passo em que se inviabilizaria a configuração da tentativa, por carência de base fática, a mesma exegese deve ser adotada para a conclusão de que defeso é o custodiamento preventivo, na modalidade de prisão em flagrante, isto pelo fato de que ninguém pode ser apanhado **praticando, acabando, é perseguido** ou é **encontrado** – numa conduta que não seja uma infração penal. Um fato atípico. A denúncia ou queixa será rejeitada.

Reconhece-se, hoje, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a tese da impossibilidade da ocorrência do flagrante em tais delitos, como já afirmamos, dado os aspectos de sua construção típica, exigente de conduta plúrima, como condição de definição do tipo habitual, qualquer que seja ele.

Filiam-se à corrente mencionada os eminentes processualistas: JOSÉ FREDERICO MARQUES (03), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (04), FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO (05), THALES CASTELO BRANCO (06), ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (07), FERNANDO CAPEZ (08), DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (09) e HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIN (10).

Pela possibilidade, legalidade de prisão em flagrante, aceitando a situação **flagrância** em tais tipos penais, a despeito de sua estrutura típica, temos nomes não menos ilustres: VICENTE GRECO FILHO – Manual de Processo Penal, p. 267 – que passa de leve, bem de leve mesmo, sobre o tema, HÉLIO B. TORNAGHI – Curso de Processo Penal, 2/55: “*Assim como o crime permanente enquanto dura a permanência, assim também o crime continuado e*

o habitual são flagrante durante a comissão de qualquer das ações que o compõem". Só mesmo com a transcrição!

JÚLIO FABBRINI MIRABETE acha razoável a prisão em flagrante em crimes habituais, exemplificando com o tipo penal Casa de Prostituição (bordel). O tipo penal trazido à colação (art. 229, CP) tem sua estrutura firmada, segundo um modelo permanente (art. 303, CPP), que comporta, inclusive por expressa disposição legal, a prisão em flagrante, e na forma do flagrante próprio, "certeza visual do crime" (art. 301, I, CPP), é a nossa modesta opinião (11).

Para o encerramento da discussão doutrinária, oportuna é a seguinte passagem do Professor JOÃO MESTIERI: "*No tipo dos delitos habituais é exigida como elemento constitutivo a habitual reiteração dos fatos, os quais, singularmente considerados, não constituíam delito, ou constituíam delito diverso*" (12).

Curiosas decisões temos a respeito do crime em estudo, dignas de citações: a primeira refere-se ao **falso dentista**, o dentista prático flagrado em plena atividade odontológica, logrou sucesso processual no juízo de admissibilidade da acusação: a postulação acusatória fôra rejeitada, em virtude de inépcia substancial, que a atingia, consistente na atipicidade do fato imputado ao indiciado, apanhado em "flagrante" segundo a previsão do art. 43, I, CP. A inicial rejeitada baseara-se, exclusivamente, nas peças do auto de prisão em flagrante, que dava notícia, embora correta, mas singularmente considerada; nenhum alcance típico atingiria.

A segunda decisão, girando em torno do crime de Curandeirismo, em um inquérito policial no qual ficaram apurados, cerca de vinte e uma hipóteses de práticas de Curandeirismo, até com detalhes, conforme veremos. A denúncia por seus elementos descritivos trazia, apenas a narração do último evento, que se traduzia no diagnóstico, obra da curandeira, a ré no caso, segundo o qual, o mal de que a paciente (vítima) padecia estaria no fato de a mesma trazer em seu ventre três frangos de pescoço pelado, os famosos galináceos, que ocuparam a crônica policial, por algum tempo.

No afã de apurar-se toda a verdade necessária, no âmbito do inquérito policial, a autoridade policial determinou a realização do exame de sangue na mulher (vítima) e no frango ao qual ela dera à luz.

No segundo caso (quase um caso), o processo se instaurou e chegou à fase recursal, em razão da sucumbência do Ministério Público: o Magistrado, numa 3ª entrância, absolvera a ré, "*já que a vítima não sofrera qualquer lesão*" no trabalho de parto que teve de enfrentar, em que o "feto", um frango, era quase um galo, ostentando desenvolvido par de esporas. Ou durante a gravidez ficara a vítima imune a qualquer ofensa a sua integridade física corporal.

Ocorre que o tipo legal não é de dano, nem mesmo de perigo concreto. O perigo de dano, perdoe-nos o prolator da decisão absolutória, é presumido e em caráter absoluto.

Finalizando, tivemos, com o tipo penal, Exercício Ilegal da Medicina, aquele atendimento por um falso médico do qual resultou, à paciente, o nascimento e crescimento de abundante barba e bigode, de causar inveja ...

O tipo penal, acima perpetrado, veio a suscitar um questionamento processual na área penal de legitimidade ativa, no campo da assistência do Ministério Público. O Magistrado não via legitimidade na Senhora barbuda e bigoduda, dado que a objetividade jurídica, inspiradora da tipificação, era a Saúde Pública, olvidando-se a autoridade judiciária, entretanto, da presença de sujeito passivo material eventual, a pobre cidadã.

Um Mandado de Segurança de que foi relator o saudoso Desembargador Clenon de Barros Loyola restabeleceu a verdade jurídica.

Nosso Ordenamento Jurídico, na área penal, recebe, às vezes, críticas. Críticas que viriam do expressivo número de tipos formais, tipos de mera conduta, bem como condutas típicas de perigo, carregando mais as críticas na rejeição ao tipos penais abstrato ou presumido, cuja consumação (onde reside o problema) prescinde, por completo, de demonstração da viabilidade, da evolução do mesmo para um evento danoso ou de lesão.

No delito de perigo, quando concreto, imprescindível se torna a demonstração da iminência de um dano, como consequência da conduta, levada à realização pelo agente. JOÃO MESTIERI observa bem o reflexo processual, na prática forense, que decorre da distinção, diferenciação entre perigo concreto e perigo abstrato, como substratos do tipo penal: *“Sendo o perigo presumido, não precisará a acusação de fazer prova de que a realização do tipo pelo autor do delito haja resultado perigo”* (13). Concreto o perigo, o aspecto conteudístico do tipo penal, o ato acusatório, na peça vestibular, deverá conter a narração das circunstâncias fáticas, que emolduram o tipo correspondente do que decorre bem mais esforço do acusador, via de regra o representante do Ministério Público. No perigo abstrato, *“na hipótese de Exercício Ilegal da Arte Dentária (art. 282, CP), por exemplo, despidiendá é qualquer menção, no ato acusatório, da probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, porque o perigo presumido está na realização de figura típica. A descrição dessa conduta típica dispensa referência a resultado, satisfazendo, portanto os requisitos do art. 41, CPP”* (14). Ausente a situação concreta de perigo, nos componentes do tipo, não haverá como narrá-los na imputação.

Com situação processual assemelhada, deparamos, nas denúncias ou queixas, em cuja imputação vamos encontrar fatos correspondentes a tipos formais ou materiais. Por exemplo, o tipo penal, na ação apenas de Corromper (art. 218, CP), se encarado como uma figura formal, inexigível seria a descrição dos fatos, tradutores da efetiva corrupção da vítima, porém, visualizada sob a ótica de um tipo material, haveria a exigência da descrição da efetiva corrupção da vítima (mulher ou homem) é a belíssima lição do processualista penal dos pampas, o Professor PAULO CLÁUDIO TOVO (15).

VI – Conclusões

I - Os tipos penais, inseridos no art. 282, CP, na moldura atual, a realização de qualquer um dos três, traz a presunção absoluta de riscos à saúde, à vida de um indeterminado número de pessoas, a comunidade;

II - O delito do art. 282, CP, deverá permanecer em nosso Ordenamento Jurídico, porém, assim tipificado: *“Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites, expondo a perigo a vida ou integridade física de outrem”*.

VII - Bibliografia:

- 01 - MIRABETE, Júlio Fabbrini – Manual de Direito Penal, 12ª edição, 3/91;
- 02 – PIERANGELI, José Henrique – Escritos Jurídicos-Penais, p. 71;
- 03 – MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, IV/80, N.º 953;
- 04 – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Processo Penal, 21ª Edição, 3/438;
- 05 – PEDROSO, Fernando de Almeida – Aspectos Polêmicos de Processo e Direito Penal, p. 414;
- 06 – CASTELO BRANCO, Thales – Da Prisão em Flagrante, p. 78;
- 07 – BARROS, Romeu Pires de Campos – Processo Penal Cautelar, p. 132;
- 08 – CAPEZ, Fernando – Curso de Processo Penal, p. 218;
- 09 – JESUS, Damásio Evangelista de – Código de Processo Penal Anotado, p. 210;
- 10 – MOSSIN, Heráclito Antônio – Curso de Processo Penal, 2/374;
- 11 – MIRABETE, Júlio Fabbrini – Princípio da Lesividade, p.91;
- 12 – MESTIERI, João – Teoria Elementar do Direito Penal, p. 303;
- 13 – MESTIERI, João – Obra Citada, p. 300;
- 14 – SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva; REZENDE, Sérgio Prata; MIRANDA, Sarah Siqueira – A Imputação na Perspectiva do Tipo Penal, RJ 146/35;
- 15 – TOVO, Paulo Cláudio – Apontamentos e Guia Prático Sobre a Denúncia no Processo Penal Brasileiro, p. 45 e 46.

No mesmo patamar, nas ações públicas aparece a figura da transação penal, desta feita, realizada entre Ministério Público, titular da ação penal, e o autor do fato, que uma vez homologada pelo Juiz e cumprida por aquele, acarreta a extinção da punibilidade. Já na suspensão condicional do processo, também aplicada aos crimes de médio potencial ofensivo, a proposta envolve tanto o ressarcimento de danos à vítima quanto o cumprimento de determinadas obrigações previstas em lei e outras, de caráter subjetivo, a critério do juízo.

Vemos que, em tais institutos despenalizadores criados pela citada lei federal, o consenso apresenta-se como *conditio sine qua non* para a disponibilidade da ação penal.

Assim, com fulcro nos arts. 76 e 89, da Lei nº 9099/95, é que enquadra-se a possibilidade de prestações de serviços a comunidade, quer como pena imediata, na transação penal, quer como condição, na suspensão condicional do processo, vislumbrando, desta forma, além do trabalho físico e/ou intelectual em si, a doação de bens disponíveis (cestas básicas, remédios, materiais de limpeza, etc.) pelo autor do fato delituoso em favor de sociedades e entidades beneficentes, como de praxe vem sendo adotada na grande maioria dos estados brasileiros.

Inicialmente, a aplicação do consenso na justiça criminal causou severas críticas por parte de muitos dos nossos renomados juristas e doutrinadores que consideravam a flexibilização das normas penais como mais um canal importante de impunidade, na medida em que beneficiaria o infrator que possuísse uma melhor condição financeira. Passados mais de 05 (cinco) anos de vigência da lei, observou-se justamente o contrário, haja vista que os resultados obtidos com a sua aplicação surtiram efeitos não só no que tange a prevenção de delitos das espécies abrangidas por esta, como na economia nos gastos públicos, em face a diminuição de feitos criminais na tão assoberbada máquina judiciária e a redução da população *carcerária*, seguindo a tendência mundial. Por outro lado, acrescente-se que, a negociação referida envolve um triângulo, ou seja, é beneficiado o Estado, o infrator e a própria vítima. No tocante ao infrator, este, com a transação, deixa de responder processo criminal, sem qualquer registro em seus antecedentes, enquanto que, com a suspensão, tem o processo suspenso por determinado período e, cumprindo as condições aceitas, acarreta a extinção de punibilidade em seu favor. Quanto à vítima, a mesma passou a ter vez e voz no processo penal, em razão da possibilidade do ressarcimento decorrente do dano sofrido, de modo célere e informal.

Sem que percamos de vista as dificuldades enfrentadas, mesmo diante da nítida timidez do legislador no que concerne a justiça consensual, restringindo a sua aplicação a determinadas espécies delituosas, quando na própria carta magna a única limitação imposta refere-se aos crimes hediondos e os a eles assemelhados (conforme o disposto no art. 5º, incisos LXII, LXIII, e LXIV), não restam dúvidas que predomina em nosso sistema jurídico uma reformulação nos princípios basilares do direito penal e processual penal com o surgimento da figura do consenso.

VII - Bibliografia:

- 01 - MIRABETE, Júlio Fabbrini – Manual de Direito Penal, 12ª edição, 3/91;
- 02 – PIERANGELI, José Henrique – Escritos Jurídicos-Penais, p. 71;
- 03 – MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, IV/80, N.º 953;
- 04 – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – Processo Penal, 21ª Edição, 3/438;
- 05 – PEDROSO, Fernando de Almeida – Aspectos Polêmicos de Processo e Direito Penal, p. 414;
- 06 – CASTELO BRANCO, Thales – Da Prisão em Flagrante, p. 78;
- 07 – BARROS, Romeu Pires de Campos – Processo Penal Cautelar, p. 132;
- 08 – CAPEZ, Fernando – Curso de Processo Penal, p. 218;
- 09 – JESUS, Damásio Evangelista de – Código de Processo Penal Anotado, p. 210;
- 10 – MOSSIN, Heráclito Antônio – Curso de Processo Penal, 2/374;
- 11 – MIRABETE, Júlio Fabbrini – Princípio da Lesividade, p.91;
- 12 – MESTIERI, João – Teoria Elementar do Direito Penal, p. 303;
- 13 – MESTIERI, João – Obra Citada, p. 300;
- 14 – SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva; REZENDE, Sérgio Prata; MIRANDA, Sarah Siqueira – A Imputação na Perspectiva do Tipo Penal, RJ 146/35;
- 15 – TOVO, Paulo Cláudio – Apontamentos e Guia Prático Sobre a Denúncia no Processo Penal Brasileiro, p. 45 e 46.

TESE 74

DOAÇÕES VOLUNTÁRIAS DE ÓRGÃOS E TECIDOS POR PESSOA PRESA E REMIÇÃO DE PENA

Maria Helena da Fonte Carvalho
Silvio José Menezes Tavares

I - Justificativa

O presente trabalho pretende incentivar a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano inter vivos, excluindo-se o óvulo e o espermatozoide, para fins de transplante e terapêutica, buscando a ressocialização do presidiário e a diminuição da população carcerária.

Há anos os nossos juristas vêm se preocupando com um processo penal de melhor qualidade, propondo reformas ao nosso antigo diploma legal no intuito de alcançar um “processo de resultados”, ou seja, um processo que dispunha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões.

II - Do consenso

Com o advento da Lei nº 9099/95 que inspirou-se no método político criminal consensuado atento aos ditames constitucionais, foram criados os Juizados Especiais Criminais, operando-se uma verdadeira revolução ao nosso sistema penal e processual penal clássico, possibilitando ao Ministério Público, mediante o método consensual, dispor da ação penal pública, avançando, outrossim, a idéia da participação popular na administração da justiça, em respeito ao princípio democrático do envolvimento do corpo social na solução das lides, que também serve para quebrar o sistema fechado e piramidal da administração da justiça exclusivamente feita pelos órgãos estatais.

Assim é que nos crimes denominados de menor potencial ofensivo, cuja competência para o processamento e julgamento é do Juízo Especial Criminal, reinam figuras despenalizadoras, a exemplo da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, onde o consenso destaca-se como forma de solução da lide.

Desta forma, é que na ação penal privada surgiu a figura da composição civil entre o autor do fato e a vítima, que uma vez homologada pelo Juiz, acarreta a renúncia ao direito de queixa e a consequente extinção de punibilidade em favor do autor do fato, além de produzir eficácia de título a ser executado no Juízo Cível competente.

No mesmo patamar, nas ações públicas aparece a figura da transação penal, desta feita, realizada entre Ministério Público, titular da ação penal, e o autor do fato, que uma vez homologada pelo Juiz e cumprida por aquele, acarreta a extinção da punibilidade. Já na suspensão condicional do processo, também aplicada aos crimes de médio potencial ofensivo, a proposta envolve tanto o ressarcimento de danos à vítima quanto o cumprimento de determinadas obrigações previstas em lei e outras, de caráter subjetivo, a critério do juízo.

Vemos que, em tais institutos despenalizadores criados pela citada lei federal, o consenso apresenta-se como *conditio sine qua non* para a disponibilidade da ação penal.

Assim, com fulcro nos arts. 76 e 89, da Lei nº 9099/95, é que enquadra-se a possibilidade de prestações de serviços a comunidade, quer como pena imediata, na transação penal, quer como condição, na suspensão condicional do processo, vislumbrando, desta forma, além do trabalho físico e/ou intelectual em si, a doação de bens disponíveis (cestas básicas, remédios, materiais de limpeza, etc.) pelo autor do fato delituoso em favor de sociedades e entidades beneficentes, como de praxe vem sendo adotada na grande maioria dos estados brasileiros.

Inicialmente, a aplicação do consenso na justiça criminal causou severas críticas por parte de muitos dos nossos renomados juristas e doutrinadores que consideravam a flexibilização das normas penais como mais um canal importante de impunidade, na medida em que beneficiaria o infrator que possuísse uma melhor condição financeira. Passados mais de 05 (cinco) anos de vigência da lei, observou-se justamente o contrário, haja vista que os resultados obtidos com a sua aplicação surtiram efeitos não só no que tange a prevenção de delitos das espécies abrangidas por esta, como na economia nos gastos públicos, em face a diminuição de feitos criminais na tão asoberbada máquina judiciária e a redução da população carcerária, seguindo a tendência mundial. Por outro lado, acrescenta-se que, a negociação referida envolve um triângulo, ou seja, é beneficiado o Estado, o infrator e a própria vítima. No tocante ao infrator, este, com a transação, deixa de responder processo criminal, sem qualquer registro em seus antecedentes, enquanto que, com a suspensão, tem o processo suspenso por determinado período e, cumprindo as condições aceitas, acarreta a extinção de punibilidade em seu favor. Quanto à vítima, a mesma passou a ter vez e voz no processo penal, em razão da possibilidade do ressarcimento decorrente do dano sofrido, de modo célere e informal.

Sem que percamos de vista as dificuldades enfrentadas, mesmo diante da nítida timidez do legislador no que concerne a justiça consensual, restringindo a sua aplicação a determinadas espécies delituosas, quando na própria carta magna a única limitação imposta refere-se aos crimes hediondos e os a eles assemelhados (conforme o disposto no art. 5º, incisos LXII, LXIII, e LXIV), não restam dúvidas que predomina em nosso sistema jurídico uma reformulação nos princípios basilares do direito penal e processual penal com o surgimento da figura do consenso.

III - Da Superpopulação Carcerária

Partindo desta relação custo e benefício advinda com a introdução da justiça consensual em nosso ordenamento jurídico é que vislumbra-se a possibilidade fática de aplicação dos seus princípios norteadores nas hostes da execução penal. Aliás, tal pensamento retrata, inclusive, a posição da Comissão de Estudos e Projetos do Centro Internacional de Prevenção contra o Crime da ONU, reunida em maio de 1998, na Áustria, onde foi constatado, dentre os desafios para vencer os obstáculos obtidos com o emprisonamento sem resultados, a introdução do consensualismo na prisão, onde haveria uma mudança de conceituação não mais sendo mencionado o “tratamento penitenciário”, mas, sim um “consensualismo penitenciário”: “é o consensualismo que oferece condições de transformar a rotina do aparelho penitenciário em local idôneo para eliminar os defeitos institucionais e acabar, ao mesmo tempo, tanto com os sentimentos de injustiça que são alimentados pelos presos, como também com os sentimentos de insegurança da população. Em suma: uma política penitenciária integrada no conjunto da política social do Estado”, ou seja, a pena, muito além da sua natureza aflitiva, deve ser a base da restauração humana.

Em nosso país, evidencia-se claramente que a pena de prisão faliu. No último censo realizado no Brasil, constatou-se a existência de uma população carcerária de aproximadamente 130 mil presos internados absurdamente, de forma desumana e cruel, em pouco mais de 60 mil vagas. E ainda poderia ser pior, caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão que foram expedidos que giram em torno de 275 mil.

A superpopulação carcerária é um barril de pólvora, no qual, com o seu déficit de 70 mil vagas, coloca-se em perigo todos que trabalham no local, assistentes sociais, terapeutas, advogados, agentes penitenciários, etc. além dos próprios presos. Nosso atual sistema carcerário não ressocializa ninguém, tendo o Estado falhado na sua missão. Hoje, a prisão brasileira corrói a dignidade de qualquer ser humano, fazendo-a uma escola da reincidência, onde o preso acaba saindo bem pior do que entrou.

A justiça absolutamente concreta e eficaz não é só a que busca a reparação da falta cometida (ação retributiva), mas também a ressocialização do condenado. A prisão como método de cunho exclusivamente penal dissociada de sua função social de reinserção é excessivamente dispendiosa ao Estado. O Estado brasileiro gasta mais dinheiro punindo do que lucra com a recuperação do preso. O custo de um preso, segundo o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, varia de 03(três) a 07(sete) salários mínimos, dependendo da região, excluindo daí ainda a estrutura imobiliária e pessoal. Enfim representa um gasto sem resultados.

Desta forma é que há um consenso quase mundial, não pela abolição da pena de prisão, mas pela sua aplicação graduada. Busca-se alternativas para aplicação cada vez menor da pena de prisão, utilizando-a apenas em relação a indivíduos realmente perigosos. Assim, vemos hoje a forte introdução das chamadas penas alternativas que buscam representar uma eficiente resposta penal ao criminoso e simultaneamente manter a função de reinseri-lo na sociedade. São outras formas de manifestar a reprovação social, sem necessitar do aprisionamento, tais como, a prestação de serviços a comunidade, a multa, a indenização à vítima, a restrição de fins de semana, etc. Tais medidas, de fato, promovem o ressarcimento econômico e moral ao dano provocado pelo delinqüente, já que a cadeia, com sua estrutura falida, pessoal mal treinado e remunerado, e poucos recursos não mostrou valor positivo algum, como, inclusive, já delineava

o saudoso mestre Roberto Lyra, em seus profundos conhecimentos: “ prisão é morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumição da vida”.

Portanto, a tendência é buscar alternativas de penas para promover a reprovação ao crime que não seja o encarceramento(deixando-os para os casos mais perigosos) e ao mesmo tempo propiciar a recolocação do delinqüente no meio social. A nossa política criminal e o nosso sistema penal precisam de reformas para que sejam atendidas as expectativas sociais de ordem, paz e legalidade. Preconizamos, desta forma, a descriminalização de atos que não necessitam mais de reprovação social, face a sua insignificância, e a despenalização, com a aplicação de outra sanções que não a da prisão, restando esta apenas para os delitos de maior gravidade.

Por outro lado, em relação aos delitos de maior potencialidade e dano social, buscamos também, na promoção do encarceramento, a possibilidade de tratamento ressocializante do preso, beneficiando não só ao encarcerado, como também a própria sociedade, que antevê a situação do preso em não mais delinqüir. Temos que partir para uma política criminal inteligente e eficaz, com respeito aos direitos humanos do preso, à família deste, e a sociedade, passando a opinião pública, não o sentimento de impunidade, como querem fazer pensar alguns estudiosos, mas sim de justiça eficaz.

IV - Da Prestação de Serviço e da Remição

A busca da justiça positiva vê na reintegração social, na reeducação e na readaptação do preso como os melhores mecanismos para evitar-se a reincidência criminosa, extremamente alta diante do atual gerenciamento das nossas prisões. E nesta visão, surgem os mecanismos da progressão de pena, do livramento condicional, da remição, dentre outros.

E é na detração da pena o principal foco deste trabalho. Temos a remição uma das formas novas de detração na qual o preso tem no exercício saudável do trabalho(laborterapia), a real possibilidade de abater a sua pena privativa de liberdade. O trabalho surge com dois efeitos importantíssimos: o efeito ressocializante e moral, na medida em que, o preso, pelo seu trabalho, torna-se útil a sociedade e a si mesmo, e não um estorvo ocioso e caro; e o efeito de diminuir a pena aplicada ao preso, fazendo-o gradativamente sair da penitenciária, já abarrotada de condenados, antecipando seu retorno ao meio social. A remição consiste no desconto da pena através de dias de trabalho executados feita na razão de 01(um) dia de pena reduzida para cada 03(três) três dias trabalhados.

No entanto, a realidade prisional brasileira foge dos princípios ressocializantes da pena de prisão, uma vez que, não existem as condições mínimas de execução deste instrumento na maioria das penitenciárias do país, imperando a ociosidade destrutiva dirigida ao crime,. Não há trabalho suficiente para garantir a todos os presos o referido benefício, e sequer, o oferecido é corretamente supervisionado.

Trazemos à baila, desta forma, uma discussão madura, séria, livre de paixões exacerbadas e conceitos morais descabidos que nada constróem, procurando alternativas para o caos penitenciário que ronda o nosso Estado brasileiro. Porque, na verdade, até hoje pouquíssimas propostas foram apresentadas e executadas para minimizar a situação carcerária no país,

deixando milhares de presos e suas famílias vendo sua dignidade apodrecerem em cubículos infectos. É uma discussão de idéias para propiciar a busca da ressocialização do preso, o respeito aos seus direitos, e captação de benefícios pela sociedade. Portanto, com os mesmos objetivos da remição, quais sejam, a reeducação do preso e sua reinserção social, a prevenção recidiva e a prestação de serviço útil a sociedade, é que propomos a ...

DOAÇÃO DE SANGUE, DE ÓRGÃOS E TECIDOS POR PESSOA PRESA.

No momento em que o homem se inclina para as maiores conquistas de sua existência, ultrapassando barreiras até então intransponíveis, quando constrói, manipula, domina e vai a outros mundos, tudo isso em apenas duas décadas, fica-se perplexo ao observar que as pequeninas coisas se tornam as mais difíceis de serem compreendidas, dominadas e resolvidas, destacando-se entre nós, a precária assistência à saúde do indivíduo e o superlotado sistema carcerário brasileiro.

De conformidade com as informações fornecidas pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, baseada no levantamento efetuado pelas Coordenações Estaduais, os transplantes de órgãos e tecidos realizados no Brasil, entre os anos de 1995 e 1998, vem apresentando elevado índice de crescimento. Vejamos:

	Transplantes de Órgãos:	Transplantes de Tecidos:
Ano de 1995:	2.031	564
Ano de 1996:	2.055	1.031
Ano de 1997:	2.049	1.526
Ano de 1998:	2.300	2.068

O percentual de transplantes realizados com doador cadavérico vem lenta e progressivamente se reduzindo desde 1995. Em contrapartida, tal percentual com doador vivo, vem apresentando um aumento significativo, especialmente no que tange aos transplantes renais. Saliente-se, contudo, que os números de doações de órgãos e tecidos efetivadas não satisfazem 30% (trinta por cento) às necessidades da população, atribuindo-se tal carência à ausência de doadores, resultando, em conseqüência, um número alarmante das filas de espera de pacientes para receber um órgão ou tecido.

A Lei nº 10.211/2001, que alterou a Lei nº 9.434/97, mudou o princípio do consentimento previsto (presumido fraco), substituindo-o pelo princípio anterior adotado, qual seja, o da doação voluntária. Manteve, porém, as disposições concernentes à remoção de órgãos, tecidos (excluindo o sangue, além do esperma e do óvulo) e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, exigindo para tanto a voluntariedade e a gratuidade da disposição (arts. 1º e 9º) e cominando pena de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos ao eventual infrator, bem como aquele que promova, intermedie, facilite ou aufira quaisquer vantagens com a transação (art. 15).

Atento ao caráter humanitário do consentimento do doador e procurando evitar o mercado negro de órgãos, acertadamente, o nosso legislador, exige que a disposição seja feita gratuitamente. A este respeito *Paulo José da Costa Júnior* assinala que “*quando o consentimento é dado mediante pecúnia, como no caso julgado pelos tribunais napolitanos, não há que se falar em ação socialmente adequada e, por conseguinte, é passível de punição*”

A mídia tem divulgado diversas denúncias relativas ao mercado negro de órgãos, envolvendo tanto a disposição de vontade *post mortem* como *inter vivos*. .Dentre os vários casos noticiados pela imprensa, é de destacar-se o caso de *Ferat Usta*. O referido cidadão, morador de um vilarejo na Turquia, estava necessitando de dinheiro para o tratamento de sua filha tuberculosa. Um caçador de órgãos, sabedor do que estava acontecendo procurou *Ferat Usta* e o convenceu a “doar” um rim mediante pagamento. Assim, juntos “caçador” e “doador” foram à Londres, onde *Ferat* foi internado em um hospital e médicos conceituados procederam à retirada do seu rim. Descoberto o caso, foi instaurado o processo e levado à apreciação do Judiciário inglês, resultando em condenação penal dos médicos participantes, os quais tiveram seus diplomas cassados.

È ainda do conhecimento de todos a existência de uma nova máfia do crime organizado, composta por uma equipe altamente especializada que tem como alvo pessoas que viajam a trabalho ou estudo. O referido grupo age em grandes cidades e, recentemente, está se intensificando em Buenos Aires.

Basta lembrar que, no ano de 1997, foi amplamente divulgado pela Internet (*VITORY @ wrote*) o caso de um rapaz que teve seus dois rins roubados. Segundo noticiado, o rapaz foi a uma festa numa discoteca na cidade de Buenos Aires. Lá passou a ingerir bebida alcóolica e conheceu uma garota que o convidou para uma festa reservada no apartamento de um amigo. Aceitando o convite, juntos seguiram para o local ajustado, onde continuou bebendo e consumindo drogas desconhecidas que lhe ofereceram na ocasião, até que adormeceu.

Pela manhã, o rapaz acordou espantado ao perceber que estava totalmente despido, deitado numa banheira cheia de pedras de gelo e na parede um bilhete escrito: “*Ligue para o Pronto Socorro no seguinte número ou morrerá*”.

Imediatamente o rapaz levantou-se da banheira, telefonou para o número constante do bilhete, relatando o ocorrido à pessoa que atendera a ligação, tendo esta lhe orientado para se olhar diante do espelho e verificar se seu corpo estava normal. Seguindo a orientação, o rapaz pode perceber que na parte de baixo de suas costas existiam dois cortes de aproximadamente 15 cm cada, fato que comunicou à atendente, a qual disse-lhe para voltar para banheira e aguardar a chegada da equipe de emergência que seria enviada.

Chegando, a emergência constatou que tinham-lhe roubado os rins (que têm no mercado o valor aproximado de 15.000 a 20.000 dólares) e, de imediato levaram-no ao hospital, onde vive até então conectado a um sistema especial que o mantém vivo, esperando encontrar um rim compatível.

V - Doações e Prestação de Serviços à Comunidade

O cerne do nosso trabalho, pelo menos nesta oportunidade, reiterando e inovando monografia apresentada desde 28.04.2000, perante a Escola Superior do Ministério Público do Estado de Pernambuco, cinge-se à proposições relativas à mudança da legislação no que concerne a proibição de percepção de benefícios com relação à pessoa do doador vivo.

Tanto a doação de sangue como a doação de órgãos e tecidos, levando em conta o sentimento humanitário peculiar ao doador é considerada uma forma de prestação de serviço de grande relevância social à comunidade. A sua pertinência constitucional é indiscutível, pois, no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, estão previstas as prestações sociais alternativas.

Assim sendo, reconhecidas como forma de prestação de serviço de grande relevância à comunidade e como prestação social alternativa, sugestionamos a sua aplicabilidade na sistemática prisional brasileira, pois não podemos olvidar a sua semelhança filosófica com os princípios de reeducação e reinserção social do preso quando da execução do trabalho interno ou externo nos atuais moldes.

Entendemos que a doação de órgãos e tecidos(incluindo o sangue) por pessoas presas podem ser consideradas como remissão de pena. Por que beneficiamos aquele preso que trabalha na penitenciária ou fora dela, às vezes sem maior repercussão social, mas com nítido caráter ressocializante, e não podemos fazer o mesmo em relação aquele que doa sangue, um órgão ou tecido em prol de seu semelhante, representando tal ato de nobreza além da capacidade de reeducação, um benefício de caráter inestimável ao ser humano e a sociedade como um todo?

Indubitavelmente, tal disposição inter vivos não deverá ser procedida sem as garantias e segurança necessárias à concretização da doação, se exigindo a indeterminação do eventual receptor, que deverá seguir a ordem legal já existente. A fiscalização deverá ser rígida, contando com a participação do Ministério Público, dentro de um sistema operacional integrado por médicos, terapeutas, psicólogos e assistentes sociais, buscando a integralidade da vontade real do preso, retirando-se, portanto, qualquer influência coativa que porventura possa ser sugerida, aliás, como é da preocupação da CNPCP(Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), em sua resolução nº 6, de 29 de novembro de 1996.

VI - Conclusão

Desta forma, propomos que o preso por sentença definitiva transitada em julgado ao doar, de forma voluntária e consciente, sangue, órgão ou tecido ao poder público, seja beneficiado com a remição da pena que lhe foi imposta. Assim: o preso ao doar sangue, seria beneficiado com a redução de dois dias de sua pena, sendo um relativo à falta justificada ao trabalho por ele exercido, e o outro, referente ao nobre e humanitário gesto. Por outro lado, aquele que doar órgão ou outro tecido qualquer deverá ser beneficiado com a redução da sua pena em 1/3.

Devemos destacar que a proposta acima deve excluir os crimes considerados hediondos e os a eles assemelhados, já que a nossa carta magna com relação a estes proíbe a aplicação da

justiça consensuada, conforme já vimos no início deste trabalho.

Enfim, ao admitirmos a doação voluntária de órgãos e tecidos como causa de remição de pena privativa de liberdade, estaremos trazendo múltiplos benefícios à sociedade e ao preso individualmente, dentro os quais poderemos destacar:

- a) Incentivo à doação de órgãos e tecidos;
- b) Combate indireto ao mercado negro, face a estabilização entre a oferta e a procura de órgãos e tecidos: Aumentando-se o número de órgãos doados e diminuindo-se a fila espera de receptores;
- c) Maior assistência estatal à saúde, preservando vidas;
- d) Ressocialização do preso, bem como, a antecipação de sua volta ao seio da comunidade;
- e) Contribuição à diminuição da população carcerária.

TESE 75

DA PRESCINDIBILIDADE DAS CONTRA-RAZÕES RECURSAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AO APELO IMOTIVADO DA DEFESA

José Paulo Calmon Nogueira da Gama

Procurador De Justiça – ES

Marcelo Barbosa de Castro Zenkner¹

Promotor De Justiça – ES

I - Introdução

Diante de uma sentença penal condenatória, é comum a Defesa, por comodidade ou conveniência, pugnar pela apresentação de razões de apelação perante a Superior Instância, na forma do artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Igualmente comum, apesar de regularmente intimado, o causídico deixar escoar “*in albis*” o prazo para apresentar suas razões recursais, demonstrando, pois, desídia para o caso que se encontra sob seus cuidados, nomeadamente naqueles em que se irrogue altíssima pena privativa de liberdade ao acusado.

Em casos tais, os autos são encaminhados à Procuradoria de Justiça e lá distribuídos, sem embargo da ausência de razões e respectivas contra-razões, cabendo ao Procurador de Justiça sorteado, verificando tal situação, promover no sentido de que o Ministério Público de 1º Grau assim proceda ou, então, no sentido da regularização do processo, com a intimação pessoal do réu para constituir novo advogado ou mesmo nomeando-se outro defensor dativo.

Na primeira hipótese - e é a que nos interessa - os autos são enviados à Promotoria de Justiça respectiva a fim de que o Promotor de Justiça Natural apresente as contra-razões de apelo, mesmo diante da inexistência das razões recursais. E aí se pergunta: tal ato processual deve ou não ser praticado pelo órgão ministerial?

II – Do princípio da ampla defesa

Na verdade, não há, na lei, um conceito objetivo do que seja a *ampla defesa*, nem mesmo há uma definição de seu conteúdo mínimo, razão pela qual cumpre que se busque, na doutrina, a extensão de seus limites.

1. 8º Promotor de Justiça Substituto de Entrância Especial; Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo;

Para ALBERTO XAVIER², o direito de ampla defesa é manifestação do devido processo legal, sendo seu significado prático o de que o poder jurídico-público se faça nos termos de um processo justo e disciplinado em lei, no qual seja dado ao particular afetado, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, além do direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas, *confrontando as posições que lhes são opostas*. Assim se manifesta o jurista:

“O direito de ampla defesa reveste, hoje, a natureza de um direito de audiência (*audi alteram partem*), nos termos do qual **nenhum ato administrativo suscetível de produzir conseqüências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.**”

Já NELSON NERY³ enfatiza que o direito de plena defesa não fica evidenciado pelo que ocorre durante o processo ou no processo, mas de um rito previamente estabelecido no qual as sanções legais e as condições para que a defesa seja ampla e justa estejam também antecipadamente definidas. O jurista afirma, ainda, a *indissociabilidade entre o princípio da ampla defesa e o do contraditório*, defendendo a inocuidade da defesa que não puder contraditar a acusação, estabelecendo o *caráter dialético do processo*, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz; não basta “*o simples oferecimento de oportunidade para produção de provas, mas também a quantidade e a qualidade de defesa devem ser satisfatórias*”.

ODETE MEDAUAR⁴ também enfatiza a *vinculação entre ampla defesa e contraditório*, para fins de declarar que não pode haver limitações à produção da defesa tendente a contradição das questões levantadas pela acusação. Assim, “*a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza*”, estando esta visão sustentada pela própria expressão final do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – “*com os meios e recursos a ela inerentes*” – *que não se coaduna com qualquer interpretação restritiva do direito de defesa*.

Para outro jurista, MARÇAL JUSTEN FILHO⁵, “*pouca utilidade teria um procedimento em que não fosse prevista a livre manifestação de todos os interessados, com direito a participação ativa e vedação a atuação unilateral de uma das partes. Enfim, o procedimento não consiste na observância formalística de um ritual. Não se compadece com o Estado Democrático a instituição de procedimento com perfil arbitrário ou prepotente*”.

A partir de todas estas contribuições doutrinárias, já se pode elencar, então, um conjunto de requisitos que, se não presentes, comprometem a efetividade do princípio da ampla defesa. São eles:

2. *Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 161-162.

3. *Processo Administrativo e Suas Espécies*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 15-16.

4. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 112 e 115/120.

5. *Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo*. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 25. Ed. Dialética, São Paulo, 1998.

(a) existência de um rito previsto em lei: sem a definição das etapas que compõem o procedimento, perde ele nitidez e transparência, tornando difícil ao cidadão identificar suas possibilidades de participação no curso processual, como tais os meios recursais e as vias de contestação dos atos produzidos;

(b) previsão de comunicação dos atos processuais: de todos os atos processuais deve ser cientificado o cidadão, a fim de que possa, eficazmente, exercer seu direito de defesa. Este requisito inclui tanto o direito de saber qual a acusação e/ou exigência que lhe é imputada/formulada - e os fundamentos sobre os quais se embasa -, como também o direito de ser informado de todos os desdobramentos do feito, para que possa em relação a eles manifestar-se. Em outras palavras, tem o cidadão o direito à citação, por meio da qual saberá o que lhe é imputado, e em que termos esta imputação é formalizada, e à intimação dos atos praticados, por meio da qual ser-lhe-á dado conhecimento das provas juntadas ao processo, dos argumentos avocados pela parte contrária, das medidas adotadas pelo julgador, enfim, do curso do processo como um todo;

(c) instauração do contraditório: além de ser comunicado da acusação que lhe é imputada e dos atos que dão curso ao feito, deve o procedimento incluir medidas que permitam ao cidadão contestar o feito previamente à decisão, e que viabilizem a confrontação produtora dos elementos de prova e argumentos apresentados pelas partes componentes da relação jurídica;

(d) ilimitação na apresentação de provas: possibilidade de o cidadão produzir todas as provas que julgar necessárias para sua defesa, podendo fazer uso tanto da autodefesa quanto da defesa técnica. Esta ilimitação só pode encontrar restrições no que se refere às provas ilícitas, vedadas pela Constituição Federal, e aos argumentos incompatíveis com o sistema jurídico e os valores fundamentais. De se ressaltar que na ilimitação das provas está incluída a sua devida consideração pelo julgador, sem o que o direito esvai-se por via indireta;

(e) julgamento por julgador imparcial e motivação da decisão: o procedimento deve ser conduzido e decidido por julgador imparcial, que não esteja, por exemplo, subordinado ao órgão formulador da exigência discutida. Do mesmo modo, suas decisões devem ser necessariamente motivadas, com expressa referência às razões de fato e de direito que a condicionam;

(f) recorribilidade das decisões: deve haver a previsão de meio recursal destinado à revisão ou reforma da decisão inicial. Apesar de não estar previsto em qualquer disposição legal expressa, presta-se o duplo grau de jurisdição não apenas à depuração do processo decisório – justificável diante da falibilidade humana – como também à consideração da tendência natural do ser humano de não se conformar com decisões de única instância. Assim, a previsão, no âmbito administrativo, de um duplo grau de apreciação dos litígios, concorre para a efetividade do direito de defesa.

Da existência ou não destes requisitos em um dado procedimento é que se poderia aferir, então, a atenção ao princípio constitucional da ampla defesa.

III - Da ausência de razões de apelação importando em cerceamento de defesa

Segundo o sistema recursal do Código de Processo Penal, para se resguardar a amplitude máxima de defesa, a intimação da sentença, estando o réu preso ou solto, é realizada pessoalmente (artigo 392, incisos I e II), o que confere ao acusado, se condenado, o direito de recorrer, independentemente da vontade de seu defensor, seja ele constituído ou dativo.

A apresentação das razões de recurso – uma decorrência do direito de recorrer – constitui, portanto, uma garantia inerente de todo e qualquer condenado, que somente não pode exercitá-la por si próprio por não possuir a habilitação técnica indispensável para tanto.

Aliás, a cláusula do Código de Processo Penal relativa à defesa – segundo a qual ninguém pode ser processado sem defensor – há de ser observada à exaustão. Ora, o silêncio do defensor, deixando de apresentar, quer as razões do recurso interposto, quer as contra-razões ao recurso do Ministério Público, implica em abandono da causa e do acusado sem defesa.

É exatamente neste sentido o entendimento dos Desembargadores PAULO NICOLA COPOLILLO e ALEMER FERRAZ MOULIN do Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo, que também encontra eco na jurisprudência dos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. APELAÇÃO. INÉRCIA DO DEFENSOR. ERROR IN PROCEDENDO. I – A motivação do recurso, em regra, é seu elemento essencial que não pode ser dispensado, sob pena de ocorrer evidente cerceamento aos interesses do réu. II – Se o defensor constituído, intimado, deixa de apresentar as razões recursais, o réu deve ser certificado para constituir outro ou então, no caso de sua eventual inércia, deve o juiz nomear um defensor dativo para completar o recurso (precedente). Recurso conhecido e provido (STJ – 5ª TURMA – Resp nº 125.680/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 13.10.98).

Deste julgado, vale transcrever trecho do voto do MINISTRO FÉLIX FISCHER: *A doutrina hodierna converge, em boa parte, no sentido de entender que, na inércia do defensor para a apresentação de razões, deve o réu ser intimado para substituí-lo ou, então, havendo indiferença deste, deve o juiz nomear defensor dativo. A aplicação literal, fora do contexto geral do ordenamento jurídico, de que dispõe o artigo 601 do CPP, seria uma ofensa ao princípio da ampla defesa. Faltaria, assim, ao recurso, elemento essencial, lógica e juridicamente indispensável. O magistrado não pode querer ser julgador e defensor simultaneamente. Se fosse possível aceitar esta situação híbrida, o juiz poderia, **ad argumentandum**, exercer, então, todas as funções em juízo, sendo, daí, prescindíveis tanto o promotor de justiça quanto o advogado. Reconhecendo o erro in procedendo tem-se: a) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, em CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO, vol. 2, p. 329/330, 3ª ed., Saraiva, 1998; b) ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, em RECURSOS NO PROCESSO PENAL, p. 150, 1996, RT; c) ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, em AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL, pg. 195 e 198, 5ª ed., RT; d) FERNANDO CAPEZ, in CURSO DE PROCESSO PENAL, p. 368, 1997, Saraiva; e) J. F. MIRABETE, em PROCESSO PENAL, p. 639, 7ª ed., 1997, Ed. Atlas S/A. **A questão**, aqui, não guarda semelhança com aquela da exigência, ou não, de recorrer por parte do defensor. No caso, ele apelou, só que deixou de cumprir com a sua função. Com a sua inércia, houve*

prejuízo evidente e até reconhecido, de certa maneira, no v. acórdão vergastado. Sob outro prisma, se as regras processuais do CPP fossem similares às do CPC, o defensor, na interposição, já teria motivado a súplica. Assim, numa interpretação histórico-evolutiva, não é de se aceitar, hoje em dia, a aplicação literal do disposto no artigo 601 do CPP, que cerceando o direito do réu, se apresenta fora do contexto processual penal, quer constitucional quer infraconstitucional (...). O processo deve ser, pois, anulado a partir das razões recursais, para que o réu, intimado, indique outro defensor ou, no silêncio, lhe seja nomeado defensor dativo.

Há ainda outras decisões proferidas no mesmo sentido no Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO – RAZÕES – A defesa técnica é manifestação do devido processo legal. Se deficiente, investiga-se eventual prejuízo. Inexistente, só por isso, acarreta nulidade. A doutrina não reclama exaurimento do duplo grau de jurisdição. Todavia, a omissão, em 1ª ou 2ª instância, reclama designação de defensor dativo. Interposta a apelação, cumpre ser arrazoada em 1ª ou 2ª instância (não se confunde com a sustentação oral). Exigência do “due process of law” (Const. Art. 5º, LV) (STJ – 6ª TURMA – Resp nº 88.194/GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 09.06.97).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO. ART. 600, § 4º, DO CPP. NÃO APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES. INÉRCIA DO DEFENSOR. Interposta apelação contra decisão do Júri, com a declaração da advogada constituída de que as razões seriam ofertadas na superior instância, nos termos do art. 600, § 4º, e tendo a causidica abandonado a causa, fazia-se imprescindível a intimação do réu para, cientificado da desídia de sua patrona, constituir novo defensor, se assim o desejasse, ou, na impossibilidade de fazê-lo, fosse-lhe nomeado defensor dativo para a apresentação das razões. Hipótese de nulidade absoluta, que trouxe evidente prejuízo para o acusado. Ordem concedida (STJ – HC 9.705/MG, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 13.09.99).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES. INÉRCIA DO DEFENSOR. JULGAMENTO DO APELO NÃO-ARRAZOADO. PREJUÍZO PARA A DEFESA. NULIDADE. Se o defensor constituído, intimado, deixa de apresentar as razões recursais, não cabe ao Tribunal julgar o apelo não-arrazoado. Nesse caso, faz-se imprescindível a intimação do réu para, cientificado da desídia do seu patrono, constituir novo defensor, se assim o desejar, ou, na impossibilidade de fazê-lo, nomeia-se defensor dativo para apresentação das razões. Hipótese de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, com evidente prejuízo para o acusado. Ordem concedida (STJ – 5ª TURMA – HC 10120/MS, j. em 21/09/1999)

Alguns trechos do voto do relator *Habeas Corpus* acima citado, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, que foi acompanhado pelos Ministros EDSON VIDIGAL, FÉLIX FISCHER, GILSON DIPP e JORGE SCARTEZZINI, merecem transcrição: (...) *o defensor constituído, apesar de intimado, não ofereceu as razões de apelação, subindo os autos à instância ad quem para julgamento do recurso, não obstante ausente aquela peça processual. Na instância superior, o Desembargador Relator foi advertido, pela impetrante, que a ausência*

das razões de apelação implicaria nulidade do julgamento. Apesar dessa advertência, o Colegiado julgou o apelo, tendo a decisão sido desfavorável aos pacientes. Assim decidindo, incorreu o Tribunal a quo em manifesto **error in procedendo**, eis que, não tendo o advogado constituído apresentado as razões de recurso, descabia ao Tribunal julgar o apelo não arrazoado. Deveria, isto sim, intimar os réus-pacientes para, cientificados da desídia de seu patrono, constituir novo defensor, se assim o desejassem, ou, na impossibilidade de fazê-lo, fosse-lhes nomeado defensor dativo para a apresentação de razões. Trata-se, assim, de nulidade insanável, que trouxe evidente prejuízo para o acusado. A propósito, ponderou a Dra. Cláudia Sampaio Marques, pelo Ministério Público Federal: entende o Ministério Público que houve de fato cerceamento ao direito de defesa dos pacientes, em flagrante violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Manifestando os pacientes o desejo de recorrer e mantendo-se omissos o seu defensor em apresentar as razões de apelação, caberia ao Juiz intimá-los para que constituíssem outro defensor. As razões de apelação, na hipótese, eram essenciais à defesa dos pacientes. E houve evidente prejuízo aos mesmos com o julgamento do recurso sem razões, pois não foram analisadas questões que certamente teria recebido atenção do Tribunal caso tivessem sido discutidas no recurso. Lendo-se o acórdão impugnado, vê-se que o Tribunal limitou-se a analisar questões atinentes à autoria e à materialidade do crime e a culpabilidade dos pacientes, não se detendo na dosimetria da pena, questão de relevo, em razão de a pena-base, para ambos, ter sido fixada acima do mínimo legal. ADA PELLEGRINI GRINOVER, estudando sobre a nulidade no processo penal, diz que a apresentação de razões de recurso, pela defesa, é ato essencial, que não pode ser dispensado, sob pena de infringência à plenitude de defesa. (AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL, EDITORA MALHEIROS, 1992, P. 183).

Sobre o mesmo assunto existe também precedente assemelhado no Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DEFESA. DEFENSOR CONSTITUÍDO. ABANDONO DO PROCESSO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO. INTIMAÇÃO. ARTIGOS 261, 263, 265 E 600 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Se o Advogado constituído pelo réu é intimado para apresentar contra-razões à apelação do Ministério Público, e não as apresenta, deve o Juiz nomear Defensor dativo, para que o faça. 2. A partir desse instante, o Defensor constituído não precisa ser intimado dos demais atos do processo, mas, sim, o Defensor dativo. 3. Hipóteses em que todas essas formalidades foram observadas. 4. Precedentes. 5. HC indeferido (HC nº 73.807-9/SC, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, j. 30/04/1996).

Destaca-se, neste voto do Ministro SIDNEY SANCHES, trecho da relatoria do acórdão no HC 68.182/DF – Ministro MARCO AURÉLIO: (...) **DEFESA – PROCESSO PENAL – Negligência do representante. Inerte o defensor do acusado, deixando de praticar atos para os quais foi intimado, impõe-se a designação, pelo Juízo, de assistente judiciário, a fim de que se viabilize a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. A inobservância do disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal – “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” – acarreta nulidade – artigo 564, III, “c”, do Código referido (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª TURMA, j. 16.04.1991).**

A falta de razões ou de contra-razões da defesa no âmbito recursal ainda viola as garantias estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi

aprovado em São José da Costa Rica em 22/11/1969. A aprovação do mesmo texto no Brasil, pelo Decreto Legislativo 27, de 26/05/1992, levou à sua ratificação pela Carta de Adesão de 25/09/1992, vindo, finalmente, a Convenção ser incorporada ao direito interno pelo Decreto 678, de 06/11/1992, que determinou seu integral cumprimento, vez que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal afirma expressamente que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

O artigo 8º dessa Convenção, que trata das garantias judiciais, preconiza as seguintes normas, dentre outras:

(...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

A esse respeito o STF já acentuou que “*a ausência de contra-razões ao recurso do Ministério Público, do qual resultou sensível agravamento da pena imposta ao paciente, constitui cerceamento de defesa, devendo ser anulado o julgamento da apelação*” (HC nº 68.885-RS, DJU 13.12.1991, p. 18354).

Por tudo isso, e considerando também que o acusado não possui condições de apresentar, por si próprio, defesa técnica na fase recursal, se inexistente esta em função do defensor constituído não apresentar as razões ou contra-razões, deve o juiz intimar o acusado a constituir outro defensor para formulá-las; em caso de defensor dativo, o juiz deve substituí-lo, sob pena de importar o julgamento de 2º grau em nulidade absoluta.

É este o entendimento que deve prevalecer, inclusive em atenção à Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

Não é demais lembrar que *as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente*⁶, não havendo dúvida quanto ao dano causado.

IV – Dda defesa dos princípios constitucionais pelo ministério público implicando em não apresentação de contra-razões

A missão não é pequena: defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Esse é o mandato que o Ministério Público recebeu da Constituição de 1988, no artigo 127. Ele justifica amplamente a independência funcional e a autonomia administrativa da Instituição, acima referidas, já que parte considerável de seu trabalho é proteger a sociedade contra erros e delitos cometidos por agentes do Estado, de

6. GRINOVER, ADA PELLEGRINI e outros. As Nulidades no Processo Penal, 6ª Ed., Editora RT, p. 28.

qualquer que seja o Poder.

É exatamente por isso que se diz que a Carta Magna imprimiu um novo perfil à instituição, que hoje não é mais mero órgão burocrático de acusação ou de fiscal da exata aplicação das leis, mas garantidor da democracia e do efetivo exercício da cidadania, social ou individualmente considerada. *Competindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, pode se afirmar, longe de dúvidas, que compete a este a “defesa da ordem constitucional” onde quer que esta se encontre ameaçada*⁷.

Portanto, é função do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias individuais assegurados na Constituição, promovendo todas e quaisquer medidas necessárias para tanto, sejam elas jurisdicionais ou não. E dentre os direitos e garantias individuais arrolados no artigo 5º da Carta Magna, observa-se comando constitucional que assegura exatamente o *direito da ampla defesa*, “com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

Ora, o princípio em estudo estaria explicitamente violado em virtude da falta das razões ou contra-razões do defensor – *pois é evidente o prejuízo ao acusado*: em momento importante do processo, não serão levados ao Tribunal os argumentos que justificariam, ou impediriam, a reforma da decisão impugnada, violando-se o contraditório e o rito previsto em lei.

De se concluir, portanto, que não haveria interesse institucional do Ministério Público em ofertar contra-razões sem as respectivas razões, alimentando uma nulidade processual de caráter absoluto, até porque, “*sendo os vários atos processuais ordenados cronologicamente, a decretação da nulidade acarreta o recuo do procedimento ao momento em que se constatou o vício de forma, decorrendo daí a necessidade de se ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo, ou, segundo a praxe judiciária, desde determinada página dos autos, onde o ato está documentado*”⁸.

Ressalte-se, também, tendo em vista ainda uma outra via, que, sem “RAZÕES”, tecnicamente não se pode falar em “CONTRA-RAZÕES” – se estas se dirigem a rebater os argumentos articulados nas primeiras, resulta óbvio que não poderiam ser ofertadas, ante a ausência das obrigatórias razões recursais defensivas.

Uma outra questão importante ainda deve ser trazida à discussão: a prevalecer entendimento contrário daquele enfocado no presente estudo, poderia a *quaestio* acarretar, ainda, violação do *princípio do devido processo legal*, também previsto na Carta Magna (artigo 5º, LIV).

Exatamente em função da ampla defesa que deve ser assegurada a toda pessoa que venha a ser processada criminalmente, é assente na doutrina e na jurisprudência que *a apresentação de razões fora do prazo constitui mera irregularidade, não impedindo o conhecimento do apelo*. Assim, se o réu é pobre e está sendo defendido por advogado dativo, não se deve desacolher o recurso por intempestivo, uma vez justificado o atraso. Algumas decisões nesse sentido:

RESP – PROCESSUAL PENAL – RECURSO – RAZÕES – PRAZO – Os prazos judiciais devem ser observados. Caso contrário, instaurar-se-á o caos, gerando

7. PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no Processo Não-Criminal*, Aide Editora, 2ª ed., p. 18.
8. GRINOVER, ADA PELLEGRINI e outros. Ob. citada, p. 29.

insegurança para as partes. A regra, todavia, não deve ser absoluta, inflexível. Há casos em que o bom senso precisa superar o formalismo, orientados pelos princípios modernos de acesso ao Judiciário (STJ, Resp. 56.123-0 MT, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 13/12/94).

APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE E NULIDADE DO JULGAMENTO – REJEIÇÃO (...). Rejeita-se a preliminar do apelado de intempestividade, uma vez que a doutrina e a jurisprudência pacificaram entendimento de que a apresentação das razões recursais fora do prazo é mera irregularidade, não ensejando seu desentranhamento, bem como, não obstaculizando o conhecimento do apelo (...) – TJES, Proc. 067.989.000.152, 1ª CCrim, Des. Rel. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 05/05/1999.

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE (...). Se o ingresso da apelação se deu em tempo hábil, verifica-se sua tempestividade, cogitando-se de Defensoria Pública, que tem prazo em dobro para recorrer (art. 5º, § 5º, da Lei 1060/50 c/c art. 593 do CPP), não impedindo sua apreciação o fato de as razões terem vindo após o prazo designado na Lei de Ritos, justificado o retardo, por se traduzir em simples irregularidade (RT 562/304; STF HC nº 54.688). Preliminar de não conhecimento rejeitada (...) – TJRJ, Proc. 1998.050.02819, 8ª CCrim, Des. Rel. Sérgio Túlio Vieira, j. 11/02/1999.

Diante dessa regra, fosse o Ministério Público em 1º Grau obrigado apresentar suas “contra-razões” mesmo diante da ausência das “razões recursais” da defesa, poderia surgir uma situação absurda e inusitada: o *Parquet* contra-arrazoaria o apelo e, após, o condenado, através de seu defensor, apresentaria suas “razões de apelação”, pois a inobservância do prazo para tanto configura “mera irregularidade”.

Tal hipótese abriria um enorme flanco à defesa não previsto na lei processual penal: o defensor já disporia das “contra-razões” ministeriais, ofertando, somente após e com imensa vantagem, suas supostas “razões”.

Nesta situação, ao Ministério Público teria suprimido o seu direito de contra-argumentar as razões de recurso, pois é somente através destas que *se tem conhecimento exato da extensão e dos fundamentos do inconformismo do apelante*⁹, o que importaria em inversão na ordem de manifestação de apelante e apelado, *causando inegável prejuízo aos princípios constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), do contraditório (CF, art. 5º, LV) e gerando, via de conseqüência, outra nulidade absoluta.*

Esta simples possibilidade, mesmo no campo hipotético, causaria verdadeiros arrepios à doutrina alemã, que inspirou vários de nossos princípios constitucionais vigentes, a qual defende o “WAFFENGLEICHHEIT” – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU PARIDADE DE ARMAS (“Waffen” = armas; “Gleichheit” = igualdade, paridade), pois entre as partes, isto é, entre o Estado investigante e o investigado, deve imperar o equilíbrio na balança, jamais um podendo se sobrepor ao outro.

9. MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. PROCESSO PENAL, 4ª Ed., Atlas, p. 637.

Por isso, não se trata de matéria sujeita à arguição de preliminar. Não se pode tratar deste assunto preliminarmente ao mérito, porque isto esvaziaria o âmago da discussão do problema. De que adiantaria levantar uma preliminar de ausência de obrigatoriedade das contra-razões recursais antes da apresentação das respectivas razões, se tais contra-razões já estariam, a seguir, na mesma peça, sendo ofertadas???

Há que se considerar, ainda, que, no Tribunal *ad quem*, o Ministério Público de Segunda Instância atua apenas como fiscal da lei, não sendo considerado parte, podendo opinar livremente pela procedência ou improcedência do recurso, tanto no parecer escrito como na intervenção oral do julgamento do recurso. E o Ministério Público de 1º Grau, se não recorre, é porque concorda inteiramente com os termos da sentença, nada havendo a acrescentar, sendo despidiendi, pois, a elaboração de qualquer peça jurídica a esse respeito.

Ademais, onde está dito, de forma expressa, que o Ministério Público está obrigado a contra-arrazoar um recurso desprovido de razões? A lei não impõe a apresentação de razões por parte da defesa, sendo ela a apelante? A jurisprudência, já exaustivamente citada, não caminha exatamente neste sentido? Como se exigir do agente ministerial uma conduta ilegal e contrária à jurisprudência dominante, quando estamos a tratar do exercício pleno das atribuições funcionais?

Não é ocioso lembrar que, ao longo do estudo da lei processual penal, encontramos alguns atos processuais, de igual ou maior importância, cuja prática pode ser dispensada pelo Ministério Público, a saber:

a) o Órgão Ministerial, se assim entender, pode deixar de oferecer denúncia, um dos mais importantes atos do processo, e pugnar pelo arquivamento do inquérito policial, e nem o posicionamento contrário do Procurador-Geral de Justiça poderá obrigar o Promotor de Justiça a praticar tal ato, devendo outro membro do Ministério Público ser designado a fim de que não haja violação ao princípio da independência funcional (artigo 28 do Código de Processo Penal);

b) o Órgão Ministerial, por desnecessidade ou por estratégia, pode deixar de formular perguntas às testemunhas que serão ouvidas ao longo da instrução, como também pode deixar de indicar diligências a serem realizadas na forma do artigo 499 do Código de Processo Penal, sem que isso implique em qualquer “violação do dever funcional”;

c) o Pode o Órgão Ministerial, ainda, deixar de recorrer da sentença de 1º grau, seja ela condenatória ou absolutória, por força de critérios de conveniência e/ou oportunidade, ainda que o entendimento esboçado pelo Magistrado seja contrário àquele lançado pelo *Parquet* em suas alegações finais.

Sendo assim, por inexistir razões a serem contra-arrazoadas e por considerar que o julgamento do recurso interposto no processo, sem a apresentação das razões da defesa, é nulo de pleno direito, e com apoio, ainda, no princípio da independência funcional insculpido no 127, § 1º, da Constituição Federal, entendemos não deva o Promotor de Justiça de apresentar contra-razões.

Arremata nosso Mestre HUGO NIGRO MAZZILI asseverando que “*jamaís devem, porém, os membros do Ministério Público e os Magistrados ver suas prerrogativas processuais ou extraprocessuais, suas garantias pessoais e funcionais como atributos de profissões*”

*privilegiadas. Trata-se antes de garantias que o constituinte conferiu às respectivas instituições e seus agentes, não raro só a eles, para que sirvam a coletividade, cumprindo com desassombro e na plenitude seus graves misteres legais, o que muitas vezes significa tomar a defesa da parte mais fraca na relação processual ou no seio social*¹⁰.

V – Conclusões

- A motivação constitui elemento lógico-jurídico essencial ao recurso, não podendo, por isso, ser dispensada, importando a ausência de razões ou de contra-razões recursais do condenado em violação ao princípio da ampla defesa, consagrado constitucionalmente;

- O artigo 601 do Código de Processo Penal não comporta interpretação literal, porquanto se apresente deslocado no contexto processual-penal, tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, traduzindo, pois, cerceamento de direito subjetivo do acusado;

- Inexistentes as razões ou contra-razões de recurso, deve o juiz ou o Desembargador-Relator, em atenção ao princípio do *due process of law*, intimar o sentenciado a constituir outro defensor para formulá-las; em caso de defensor dativo, o juiz deve substituí-lo, sob pena de importar o julgamento de 2º grau em nulidade absoluta;

- Caso tal providência não seja adotada de ofício, deverá ser requerida pelo Ministério Público, em atenção aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal;

- Se indeferido tal requerimento pelo Judiciário, não deverá o Ministério Público apresentar “contra-razões recursais” em 1º Grau diante de apelo exclusivo do condenado, a fim de que não haja inversão do rito processual, limitando-se a exarar parecer em 2º Grau, com arguição de preliminar de nulidade do julgamento, caso venha a ser realizado sem a providência indicada;

Os modernos princípios processuais da efetividade, da instrumentalidade e da utilidade determinam alteração legislativa (*lege ferenda*), tendente a conferir simultaneidade de interposição e motivação no sistema recursal do Código de Processo Penal.

10. Ob. citada, p. 147, com ref. “*Funções institucionais do Ministério Público*”, APMP, 1991, p. 2.

TESE 76

REFORMATIO IN MELLIUS

Ricardo de Oliveira Silva

Procurador de Justiça - RS

Luiz Achyllez Petiz Bardou

Procurador de Justiça - RS

Fundamentação da Tese:

Dispõe o art. 599 do Código de Processo Penal que “*as apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele*”, no sentido de autorizar a delimitação das razões recursais, quando houver a concordância quanto a outra parte do julgado recorrido.

É regra basilar do sistema constitucional brasileiro de que a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O conhecido princípio do devido processo legal (**due proces of law**) deve ser obedecido sem ressalvas, obrigatoriamente verificado de ofício, sob pena de nulidade de qualquer processo judicial ou administrativo. O Ministério Público, como fiscal da lei e defensor da sociedade, também tem o dever de se manifestar neste sentido, em favor do réu, quando ausente o referido paradigma.

O devido processo legal como já demonstrado à saciedade, impõe o contraditório e a ampla defesa, especialmente em defesa do réu (sem contar com o justo princípio do **in dubio pro réu**, dentre outros a seu favor, sempre presente na consciência do magistrado), porém cabe ao acusado valer-se dos meios processuais adequados para corrigir eventual equívoco da sentença - art. 574 e 577 do Código de Processo Penal, através de advogado habilitado para tal, como também, em sua falta, pela Defensoria do Estado.

Quanto à controvertida **reformatio in mellius**, não admitida pelo Supremo Tribunal Federal, porém aceita por alguns Tribunais Estaduais e por parcela da doutrina, usualmente é discutida no âmbito do recurso da apelação, devido ao seu caráter mais abrangente de contrariedade, sendo que para sua justificação, pelas Cortes dos Estados, em se tratando de recurso da acusação, haveria amplo efeito devolutivo, mesmo em hipótese de apelação limitada.

Neste sentido se perfila a posição do Egrégio **Supremo Tribunal Federal**, que entende que a **reformatio in mellius** somente é possível, excepcionalmente, em caso de apelação plena, caso contrário haverá confronto com o princípio **tantum devolutum quantum appellatun**, na hipótese de delimitação do recurso apelativo.

Se o Ministério Público não especifica de que parte do julgado recorre, entende-se que o faz de toda a decisão, obrigando ao conhecimento total. Nesta hipótese, se poderia discutir da possibilidade da **reformatio in mellius**, ainda assim dependendo do caso concreto.

Porém, e é entendimento do **Supremo Tribunal Federal** (RTJ 51/414), que se o recurso é delimitado, não pode o Tribunal lhe dar provimento em maior extensão, sob pena de ferir o princípio do **tantum devolutum quantum appellatum**, arraigado no processo penal brasileiro.

Prova disso, e também é entendimento do **Supremo Tribunal Federal**, que mesmo em caso de apelação do réu, se parcial, não pode o Tribunal lhe dar provimento em maior extensão (RTJ 87/455). Ou seja, se nem ao menos quando o réu apelando, a mais alta Corte do país não permite a extensão dessa apelação, não se poderia imaginar a possibilidade desse alargamento em favor do réu, com base no exclusivo e delimitado recurso ministerial.

Caso contrário, subsistindo entendimento contrário, qual seria a finalidade do art. 599 do Código de Processo Penal, que autoriza a referida delimitação?

Os arestos que seguem demonstram claramente a interpretação emprestada pelo no Supremo Tribunal Federal, a saber:

“EMENTA: - REFORMATIO IN MELLIUS.

Princípio **tantum devolutum quantum appellatum** configura obstáculo à **reformatio in mellius**, diante de recurso exclusivo da acusação, pleiteando o agravamento da pena.”¹

Importante transcrever o voto do eminente relator, Ministro Francisco Resek, que inclusive enfrenta a questão do **habeas corpus ex officio**, muitas vezes citado para justificar, genericamente, a **reformatio in mellius**, pelos seus defensores.

“O acórdão, operando reformatio in mellius, efetivamente destoa dos arestos coligidos no extraordinário (RE 95.801-RTJ 103/389 e RE 96.705-RTJ 105/745), que opõe à outorga do benefício o princípio tantum devolutum quantum appellatum, elementar no processo penal brasileiro.

(...) Registro, por oportuno, que a circunstância de poderem as cortes expedir ordem de habeas corpus ex officio, nos termos do art. 654, § 2º do Código de Processo Penal, não é premissa hábil para autorizar, genericamente, o conhecimento de apelo da acusação a fim de atender a interesse do réu. A hipótese prevista naquele dispositivo do estatuto processual é restrita aos casos em que se reúnem os pressupostos da concessão do habeas corpus de ofício. Uma vez reunidos estes, tal é a providência que deve ser tomada, e não outra.”

“Recurso extraordinário Criminal. Reformatio in mellius

Anula-se a decisão que, à falta de recurso da defesa, vale-se do apelo da acusação para reduzir pena que esse buscava aumentar. Recurso conhecido e provido para determinar que, anulado o acórdão recorrido, outro seja proferido nos limites da apelação.”²

Este o voto do Ministro Célio Borja, relator do processo:

“O recorrente colacionou os arestos desta Corte dos quais diverge a v. decisão recorrida. Neles não se admite a reformatio in mellius não pleiteada pela defesa, mas aplicada à vista de recurso da acusação visando exasperação da pena.

São os seguintes os paradigmas invocados às fls. 189/190:

1. in LEX Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol 82, p. 424

2. in Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 119 II, p.850.

<Apelação criminal. Recurso da acusação (parcial). Efeito devolutivo. Princípio **tantum devolutum quantum appellatum**>. Código de Processo Penal, art. 599. **Reformatio in mellius**. É insubsistente o julgado que procede a **reformatio in mellius** a partir de exclusivo e parcial recurso da acusação que visa a exasperação de determinada pena, de modo desbordante do princípio **tantum devolutum quantum appellatum**. (RE 95.801-1 - SP, 1ª T., v.un., em 8-6-82, Rel. Min. Rafael Mayer; DJU de 6-882, RT 567/402).

<Penal. **Reformatio in mellius**. Fere o art. 574 do CPP a decisão que, na ausência de recurso do réu, serve-se da acusação, tendente à exasperação da pena, para minorá-la> (RE 100.454-1 - SP, 2ª T., v.un., em 30-9-83, Rel.: Min Décio Miranda, DJU 21-10-83, RT 580/453).>

< **Reformatio in mellius**. O princípio **tantum devolutum quantum appellatum** configura obstáculo à **reformatio in mellius**, diante de recurso exclusivo da acusação, pleiteando o agravamento da pena> (RE 104.980-4 - SP, 2ª T., un., em 26-3-85, Rel.: Min. Francisco Resek, DJU de 3-5-85, pág. 6335.>(...).”

“**Reformatio in mellius**

O princípio **tantum devolutum quantum appellatum** configura obstáculo à **reformatio in mellius**, diante de recurso exclusivo da acusação, pleiteando, o agravamento da pena.”³

No mesmo sentido exaustivamente transcrito dos acórdãos anteriores, é o voto do relator desse processo, Min. Francisco Resek, acrescentando posição quanto a situação recursal do réu, senão vejamos:

“Ao réu incumbe, pois, valer-se dos meios processuais adequados para corrigir eventual equívoco da sentença.”

Assim, o que se constata é que, enquanto a mais Alta Corte do país diz sim à aplicação do princípio exaustivamente referido, e por consequência garante a regra constitucional do devido processo legal, outros tribunais da federação dizem não, contrariando princípio processual penal.

Índice de Autor

ÍNDICE DE AUTOR

Alexandre Augusto Bezerra PE	105
André Luis Tabosa de Oliveira PE	311
Antonio Milton de Barros SP.	307, 181
Antonio Visconti SP.	255
Áurea Lins Leal DF.	51
Bettina Estanislau Guedes PE	177
Carlos Eloi Guimarães Magalhães BA	235
Celso Jerônimo de Souza AC	421
Cesar Augusto dos Santos Motta PA	439
César Dario Mariano da Silva SP	401, 211, 353
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães MA	65
Cláudio França Magalhães GO	225
Claudio Magalhães França GO	197
Cristiane de Gusmão Medeiros PE	177
Cynthia Maria de Almeida Pierri Rosgrin PR.	337
Danilo Lovisaro do Nascimento AC	111
David Medina da Silva RS	273
Delmar Pacheco da Luz RS	267
Denise Neves Abade SP	23
Eduardo Coral Viegas RS	325
Felipe Martins de Azevedo SC	525
Fernando Aurvalle Krebs GO.	197
Frederico Augusto de Oliveira Santos	529
Geraldo Batista de Siqueira GO	83, 149, 189, 203, 543
Gilson Borguedulff Medeiros RS.	325
Henrique Barbacena Neto GO	149, 189
Ilona Cristhian de Sá GO	197
Iusara Müller Bevilaqua RS.	39
João Gaspar Rodrigues AM	277, 301
João Teles de Moura Neto GO	197, 225
José Antonio Correa Trevisan GO	417
José Carlos de Oliveira Sampaio SP	443
José Paulo Calmon Nogueira da Gama ES.	559
Justino da Silva Guimarães MA	77
Karine Susan Oliveira Gomes GO	165
Kênia Dorneles - GO	83, 149, 189, 203
Laerte Fernando Levai SP.	369
Leda Hermann SC	55
Leonardo Vilhena PR	409
Luciano Machado de Souza PR	517
Luis Dias Fernandes SP.	359
Luiz Achyllez Petitz Bardou RS.	431, 571

Marcellus de Albuquerque Ugiette PE	389
Marcelo Barbosa de Castro Zenkner ES.	559
Marcelo Batlouni Mendroni SP.	171
Maria Bernadete Gonçalves Aragão PE.	177
Maria Elda Melo Borges DF.	283
Maria Helena da Fonte Carvalho PE.	159, 551
Marina da Silva Siqueira GO.	83, 149, 189, 203, 543
Mário José Correa de Paula SP.	451
Mário Luiz Sarrubbo SP.	139
Mauro Viveiros MT	215, 231
Miguel Batista de Siqueira Filho TO.	83, 149, 203
Miguel L Gnigler SC.	525, 47
Mirthes de Almeida Guerra Marques GO	189
Monica Louise de Azevedo PR	491
Mozart Brum Silva GO	203
Nadir de Campos Júnior SP.	143
Nilma Maria Naves do Carmo GO.	189
Nilson de Oliveira Rodrigues Filho RS.	101, 321, 511
Osmar Prudente GO.	83
Patrícia Teixeira Guimarães GO.	165
Reinaldo Edreira Martins GO.	189, 543
Ricardo de Oliveira Silva RS.	431, 571
Roberto Antônio de Almeida Costa SP.	1
Rodrigo Canellas Dias SP.	297, 537
Rodrigo Régner Chemim Guimarães PR.	89
Rosemary Souto Maior de Almeida PE	393, 397
Rubens Rodrigues SP.	465, 501
Rudi Rigo Bürkle PR.	457
Ruth Duarte GO	165
Ruy Antonio Vieira de Carvalho MA.	483
Sarah Siqueira de Miranda GO.	83, 149
Silvio José Menezes Tavares PE.	551
Simone Disconsi de Sá GO.	165
Suzana de Toledo Barros DF.	283
Valter Foletto Santin SP.	125
Valter Foletto Santin SP	289
Wendell Beethoven Ribeiro Agra RN.	521
Wilson Koressawa DF.	119, 123

REALIZAÇÃO



ORGANIZAÇÃO



Rua Francisco Alves, 124 - 2º andar - Ilha do Leite
Recife-PE - CEP 50070-490 - Fax: (81) 3421.2165
Fones: (81) 3222.6581/3423.5245
promove.eventos@ig.com.br

APOIO



Ministério Público de Pernambuco



PREFEITURA DO
RECIFE



Prefeitura Municipal de Olinda
Secretaria de Planejamento, Transportes e Meio Ambiente

PATROCÍNIO



PETROBRAS

REALIZAÇÃO



ORGANIZAÇÃO



Rua Francisco Alves, 124 - 2º andar - Ilha do Leite
Recife-PE - CEP 50070-490 - Fax: (81) 3421.2165
Fones: (81) 3222.6581/3423.5245
promove.eventos@ig.com.br

APOIO



Ministério Público de Pernambuco



PREFEITURA DO
RECIFE



Prefeitura Municipal de Olinda
Secretaria de Planejamento, Transportes e Meio Ambiente

PATROCÍNIO



PETROBRAS