



CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

LEM-PA DE 29/08 A 01/09/1994

A Cidade de **Santa Maria de Belém do Grão-Pará**, ou, simplesmente, **Belém do Pará**, há muito espera a oportunidade em mostrar-se aos colegas de todo o Brasil, integrantes do Ministério Público. A realização do **X CONGRESSO NACIONAL**, com temática voltada ao combate eficaz da violência e da criminalidade, traçará um diagnóstico da realidade brasileira e indicará medidas a serem adotadas. Cenário melhor não poderia haver, pois, na revitalização permanente dos recursos naturais de que a Amazônia dispõe, surge a seiva necessária à própria transmutação da realidade até aqui experimentada em solo pátrio. Da terra dos Cabanos, mais uma vez o Ministério Público se auto-analisará e irá oferecer à Nação a contribuição ao seu alcance, sendo o seu compromisso com a História e com a sociedade já extenuada em sua esperança. Sejam bem-vindos, colegas de todos os rincões, à Cidade das Mangueiras. Estamos felizes com sua presença, que enriquece ainda mais este nosso fraterno e proveitoso Encontro.

Edith Marília Maia Crespo
Procuradora Geral de Justiça/Pa

Manoel Santino Nascimento Jr.
Presidente Executivo do
X Congresso Nacional

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO

Tema Central

**O MINISTÉRIO PÚBLICO:
CORRUPÇÃO, CRIMINALIDADE
E VIOLÊNCIA**



COMISSÃO ORGANIZADORA NACIONAL

Presidente de Honra	Carlos José Oliveira Santos Governador do Estado do Pará
Presidente Geral	Milton Riquelme de Macedo Presidente da CONAMP
Presidente Executivo	Manoel Santino Nascimento Jr. - PA
Secretário Geral	Francisco Branco - PR
Coordenadora Geral	Victóriã S. S. Le Cocq d'Oliveira - RJ
Coordenador Executivo	Eduardo Lima de Matos - SE

COMISSÃO EXECUTIVA LOCAL

Edith Marília Mala Crespo
Manoel Santino Nascimento Júnior
Luiz Ismaelino Valente
Maria de Lourdes Silva da Silveira
Clodomir Assis Araújo
Almerindo José Cardoso Leitão

Este livro *foi fac-similado* diretamente dos originais.
O objetivo, com a adoção desse processo, foi o de preservar a autenticidade documental dos trabalhos.

Impresso na Gráfica CEJTJP
Trav. Rui Barbosa, 726
Fone: (091) 225-0355 • Fax: 241-3184
66053-260 • Belém-Pará

APRESENTAÇÃO

O Ministério Público, sem sombra de dúvida, *foi* a Instituição que mais aperfeiçoou-se após a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, a sociedade brasileira exige do seu defensor legítimo uma atuação mais ativa e eficaz.

Que as teses aqui testificadas revelem, não só a constatação de um triste momento histórico marcado pela corrupção, criminalidade e violência, mas a confiança dos membros de uma Instituição que acreditam nos ideais de justiça dos cidadãos. Eis o motivo de nossa existência.

Edith Marflia Maia Crespo
Procuradora Geral de Justiça

Manoel Santino Jr.
Presidente da AMPEP

SUMÁRIO

TESES DO X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RELAÇÃO POR COMISSÃO

COMISSÃO 1: Ministério Público e o Crime Organizado	9
1) TESE: O Ministério Público e o crime organizado, necessidade de implantação de programa de proteção à testemunha - Autores: Jonaci Silva Heredia e outros (ES)	11
2) TESE: O Combate ao crime organizado transnacional e direitos humanos - Autor: Cláudio Barros Silva (RS)	14
3) TESE: O Ministério Público e o crime organizado - Autor: Luiz Carlos Caifaro (RJ)	24
4) TESE: O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual Penal - Autores: Walberto Fernandes de Lima e outro (RJ)	38
COMISSÃO II: Ministério Público e a Violência Urbana	51
1) TESE: Desmilitarização da Polícia para diminuir a violência urbana - Autor: Luiz Francisco F. Souza (DF)	53
2) TESE: Meios de comunicação de massa e o aumento da violência urbana - um enfoque criminológico - Autor: Eliezer Gomes da Silva (PR)	66
COMISSÃO III: Ministério Público e a Violência no Campo	81
COMISSÃO IV: Ministério Público e os Crimes contra a Ordem Econômica	83
1) TESE: O Ministério Público e os crimes contra a ordem econômica - Autor: Isaías Costa Dias (RO)	85
2) TESE: Crimes contra a ordem tributária e providências assecuratórias penais - Autor: Pedro Roberto Decomain (SC)	90
COMISSÃO V: Ministério Público e os Crimes contra o Patrimônio Público	97
1) TESE: Os poderes investigatórios do Ministério Público. A questão do sigilo bancário - Autores: Luiz Fernando Bellinetti e outro	99
2) TESE: Ministério Público e os crimes contra o patrimônio público: novos tipos penais e normas processuais - Autor: Antônio Lopes Neto (MO)	114
3) TESE: A preservação das receitas públicas e o enfrentamento da criminalidade tributária - Autora: Márcia Aguiar Arend (SC)	129
4) TESE: O papel do Ministério Público no combate à criminalidade fiscal - Autor: Gilberto Valente Martins (PA)	141
5) TESE: A responsabilidade na lei de enriquecimento ilícito Autor: Luiz Fabião Guasque (RJ)	154
COMISSÃO VI: Ministério Público e os Crimes contra a Natureza	161
1) TESE: Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental - Autora: Silvia Cappelli	163

2) TESE: Criação dos cadastros regionais das reservas legais e das matas ciliares - Autor: Sílvio Aparecido Garcia de Oliveira (RO)	176
COMISSÃO VII: Ministério Público e os Crimes contra as Relações de Consumo .. 191	
1) TESE: Usura nas vendas a prazo - Autor: Luís Daniel Pereira Cintra (SP)	193
2) TESE: A iniciativa exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e o Recurso de ofício nos crimes contra a economia popular e a saúde pública - Autor: Marco Antônio Zancillato (SP)	203
3) TESE: O Ministério Público e os crimes contra as relações de consumo - Autor: Isaías Costa Dias (RO)	217
4) TESE: O Ministério Público e a exegese da expressão "deveria saber" do art. 67 da Lei nº 8.078/90 - Autores: Parisina Lopes Zeigler e outro (SP)	223
COMISSÃO VIII Ministério Público e os Crimes Eleitorais	235
COMISSÃO IX: Ministério Público e os Crimes da Área da Criança e Adolescência 237	
1) TESE: Corrupção de menores (corromper), crime material ou crime formal? Con- seqüências da distinção. Aspectos processuais - Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO)	239
2) TESE: O art. 229 do Estatuto da Criança e da Adolescência para ser aplicado ao fato concreto necessita da complementação de outra norma jurídica - Autora: Ana Maria Schinestsck (RS)	250
3) TESE: A Súmula 108 do STF e o ECA Autores: Luís Achilles Petiz Bardou e outros (RS)	252
4) TESE: Inimputabilidade. Medida sócio-educativa de internação. Prescrição Ques- tões do ECA - Autor: Wilson Donizeti Liberati (RO)	254
5) TESE: Tortura contra criança ou adolescente. Competência - Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outro (GO)	260
COMISSÃO X: Ministério Público e os Crimes de Imprensa	269
COMISSÃO XI: Ministério Público e os Novos Tipos Penais	
1) TESE: O Sistema Penal sob o impacto de uma irreversível crise estrutural - Autor: Paulo Pinto de Carvalho (RS)	273
2) TESE: Crimes hediondos e crimes militares - Autor: Tupinambá Pinto de Azevedo (RS)	278
3) TESE: O crime doloso contra a vida e a continuidade - Autor: José Fernando Gonzalez (RS) e Edilson Mougenot Bonfim (SP)	288
4) TESE: Modificação topográfica do infanticídio - Autor: Cláudio Barros Silva (RS)	291
5) TESE: Aborto humanitário - autorização judicial - Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO)	295
6) TESE: Responsabilidade penal da pessoa jurídica - Autores: Saniia Saad Gallotti Bonavides e outros	306
7) TESE: Criminalização do preconceito - recusa na admissão do trabalhador porta- dor de deficiência - Autora: Rosana Beraldi Bevervanço Ludwig (PR)	317

	COMISSÃO XII: Ministério Público e a Nova Ordem Processual Penal	331
	1) TESE: Inquérito Policial. Não desentranhamento após o recebimento da peça acusatória	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	333
	2) TESE: Manutenção no CPP do dispositivo que trata da leitura de peças no processo por ocasião do julgamento em plenário	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	334
	3) TESE: A defesa preliminar no procedimento ordinário antes do recebimento da denúncia.	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	335
	4) TESE: Restrições à proposta de nova redação do art. 468 do projeto de reforma do CPP	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	337
	5) TESE: A proposta de nova redação do art. 581 do Projeto de reforma do CPP não deve contemplar recurso contra decisão que recebe a denúncia ou a queixa	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	339
	6) TESE: Quesitos do Tribunal do Júri. Explicação pelo Juiz Presidente aos membros do Conselho de Sentença. Reforma do CPP	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	340
*	7) TESE: Manutenção da redação do art. 312 do CPP quando de sua reforma	
	- Autores: Agenor Casaril e outro (RS)	342
	8) TESE: Transação penal condenatória. Necessidade de prévia lei definidora da espécie	
	- Autores: Agenor Casaril e outro (RS)	344
	9) TESE: Modificações ao art. 532 do Projeto de alteração do CPI ¹	
	- Autor: Antônio Gomes Duarte (PA)	346
	10) TESE: Proposição de alteração legislativa, no sentido de transplantar o instituto da remissão criado pelo ECA para a sistemática processual penal	
	- Autores: José Valdenor Queiroz Junior e outros (DF)	353
●	11) TESE: Proposição de alteração legislativa, incluindo modificação no parágrafo 5º, do art. 5º, do Projeto de reforma do CPP. Representação do ofendido	
	- Autores: Agenor Casaril e outro (RS)	370
	12) TESE: Crime continuado e quesitação. no Júri	
	- Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO)	371
	13) TESE: Exclusão da expressão "e por intermédio do presidente" constante no art. 480 do Projeto de reforma do CPP	
	- Autores: Agenor Casaril e outro (RS)	385
	14) TESE: Restrições à proposta de nova redação do art. 366 do Projeto de reforma do CPP	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	386
	15) TESE: Inquérito Policial. Encaminhamento direto ao Ministério Público	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	388
	16) TESE: Indiciamento formal do investigado. Não deve ser contemplado na reforma do CPP	
	- Autores: Delmar Pacheco da Luz e outros (RS)	389
	17) TESE: Atuação do Ministério Público como "dominus litis".	
	- Autor: Paulo de Tarso Brandão (SC)	390
	18) TESE: A designação contida no art. 28 do CPP face ao princípio constitucional da independência funcional. Alteração legislativa	
	- Autor: Cláudio Barros Silva (RS)	396

19) TESE:	Crimes conexos — a postura do Promotor e do Juiz diante da recusa de jurados, como alternativa a evitar invalidade de julgamento — Autor: Thales Nilo Trem (RS)	400
20) TESE:	Retificação quando da declaração da votação dos quesitos aos jurados (art. 487 do CPP) — Autora: Sandra Goidman (RS).	409
21) TESE:	Juizados Especiais de Pequenas Causas Criminais. Delitos de menor potencial ofensivo — Autores: Agenor Casaril e outro (RS)	414
22) TESE:	Ministério Público e procedimento sumário — Autor: Maurilio Moreira Leite (SC)	416
23) TESE:	O Ministério Público e as propostas de reformas dos procedimentos sumários — Autora: Anamaria Campos Torres (PE)	421
24) TESE:	O arquivamento da "informatio delicti" e o autocontrole institucional — Autores: Luiz Ismaelino Valente e outro (PA)	434
25) TESE:	Corrupção: Necessidade de legalização da produção da assim chamada prova ilícita — Autor: Ricardo Albuquerque da Silva (PA)	449.
26) TESE:	Duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária dos Tribunais Estaduais — Autor: Mauro Viveiros (MT)	462
27) TESE:	A impediência ética e funcional do "acordo" (transação) no Processo Penal — Autores: Edilson Mougenot Bonfim (SP) e José Fernando Gonzalez (RS)	468
28) TESE:	O Ministério Público e o Inquérito Policial — Autores: Carlos Bobadilla Garcia e outro (MS)	478
29) TESE:	Interrogatório do réu. Intervenção ,do Ministério Público — Autores: Carlos Bobadilla Garcia e outro (MS)	488
30) TESE:	O Ministério Público e os Juizados Especiais Criminais — Autores: Samia Saad Gallotti Bonavides e outros (PR)	498,
31) TESE:	O Ministério Público e transação nas ações penais relativas aos delitos de pequeno potencial ofensivo — Autor: Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha (MG)	513.
32) TESE:	A Instituição do Júri: propostas de aperfeiçoamento — Autor: Clodomir Assis Araújo (PA)	528
33) TESE:	O julgamento pelo Tribunal do Júri à revelia do réu — Autor: Leonardo Roscoe Bessa (DF)	540
34) TESE:	Código de Processo Penal: reformas setoriais consubstanciadas com destaques para atuação institucional do Ministério Público — Autor: Sylvio Roberto Degaspero Kuhlmann (PR)	553
COMISSÃO XIII:	Ministério Público e os Crimes contra a Pessoa Portadora de Deficiência	567

COMISSÃO 1

Ministério Público e o Crime
Organizado

X Congresso Nacional do Ministério Público

O Ministério Público e o Crime Organizado, Necessidade de Implantação de Programa de Proteção à Testemunha

Autores: Jonaci Silva Heredia
José Paulo Calmon Nogueira da Gama
Luiz Renato Azevedo da Silveira
Promotores de Justiça-ES

O indivíduo como ente integrante do Estado, quando atingido em sua integridade, produz inevitavelmente reflexo no tecido social, repercutindo na própria estabilidade de sua estrutura.

Com efeito, cabe ao Estado, garantir, através de seus órgãos correspondentes, de modo concreto, o mínimo indispensável à existência do indivíduo, quando ameaçado ou atingido em seus elementares direitos.

O fenômeno da violência, hoje reinante nos grandes centros urbanos, reflete a ineficiência do Estado no combate às suas causas, dentre as quais merece destaque o crime organizado, que constitui hoje, um verdadeiro "Estado" paralelo.

Diante disso, e da exposição crescente do indivíduo às incursões de grupos, sendo aquele, hipossuficiente, mostra-se renitente em colaborar com o desmantelamento e final dissolução desses ilícitos segmentos organizados, imperando, pois, a famigerada lei do silêncio".

Neste sentido, a perseguição criminal, via de regra, apresenta-se débil e inócua, já que um de seus elementos mais significativos - a testemunha - omite-se ao precípuo dever de aclarar a verdade, porquanto, invariavelmente, sob efeito dessa famigerada "lei do silêncio", que contamina as interações, criando no indivíduo o sentido de preservação, face à inoperância do Estado na concretude de sua função garantidora dos direitos elementares.

Como é cediço, resente-se o procedimento criminal, na sua fase pré-processual, de dados técnicos aptos a indicar a autoria das infrações, traduzindo a prevalência em nosso sistema jurídico-processual-penal, da prova oral.

O presente estudo, longe de pretender dar contornos definitivos à matéria, objetiva apresentar idéias que resultem garantias concretas àquele indivíduo imprescindível à efetivação da pretensão punitiva estatal, notadamente, quando conhecedor de conduta ilícita atribuída a organizações criminosas.

Neste passo, iniciamos abordando, primeiramente, a testemunha e sua importância na perseguição criminal, seguindo com a análise superficial de seus deveres e suas garantias e, finalmente, traçando um paralelo com o crime organizado, para então, concluir pela premente necessidade de conferir à testemunha garantias mínimas, de forma efetiva e concreta, tendentes à realização da justiça.

A Testemunha e Sua Importância na Perseguição Criminal

A precária formação do conjunto probatório, face à patente falta de estrutura e equipamento técnico-científico, capazes de elucidar a autoria de um ilícito, enseja relevo à prova oral como imprescindível à perseguição criminal.

Como é sabido, seja na orla do processo civil, como no penal, o testemunho se consubstancia no transmitir para as autoridades competentes, o conhecimento de um fato que se litiga com finalidade probatória.

Nesse cenário, desde a fase inquisitória até a processual, a testemunha é obrigada a comparecer diante das autoridades para depor desinteressadamente sobre o que souber a respeito do fato que presenciou ou dele tomou conhecimento.

Assim, a partir do momento que a testemunha expõe o seu conhecimento sobre o ilícito e a sua autoria, faculta o emprego, quando existente, da técnica científica na indicação dos autores do crime. A partir deste instante a sua integridade torna-se vulnerável, o que gera o instinto de preservação e,

por consequência, a omissão no testemunho.

Por seu turno, e normalmente resultando frustrante ou inábil a determinação do decreto condenatório, a prova pericial, de **per** si, revela-se insuficiente na obtenção da verdade objetiva.

Ademais, agrava-se esse quadro quando o delito é perpetrado por organizações criminosas, por multiplicarem-se as dificuldades para a adoção das medidas necessárias ao deslinde do evento. Isso quando chega ao conhecimento da autoridade competente. Daí, o aplauso ao legislador pátrio ao estabelecer como causa de diminuição da pena a "Delatio Criminis" nos delitos de extorsão mediante seqüestro e deformação de quadrilha, ex-vi, o que dispõe o art. 12 da lei nº 8.072/90.

Nessa esteira, o anteprojeto de lei de tóxicos igualmente prevê a redução de pena nos casos em que o agente noticie eficientemente a ação de associação por ele integrada ou não, afirmando-se ali também o valor da prova oral no ordenamento jurídico.

Notório assim, que o acompanhamento da prova oral, desde a fase inquisitória, com garantia e tratamento diferenciado, inclusive com o conhecimento efetivo por parte de quem dela deverá fazer uso, certamente redundará em uma melhor performance da persecução e da prestação jurisdicional.

Não há dúvidas de que a testemunha garantida prestará o seu relato, atestando o que assistiu dos fatos em apuração. Enfim, nesse panorama, não se pode prescindir da prova oral apta, face à fragilidade e carência dos meios técnico-científicos colocados à disposição das autoridades encarregadas da persecução.

A persecução criminal, quando titularizada pelo Estado, tem como órgão realizador o Ministério Público, que deflagra a ação penal, de regra, mediante a peça informativa com o oferecimento da denúncia. neste instante que, geralmente, subjetivamente, o Promotor de Justiça, passa a conhecer a prova oral de que se valerá.

Entre o ilícito e conhecimento do elemento sustentador dos fatos - a testemunha - pelo órgão de execução, há sempre um lapso temporal que favorece ao mais célere, ou seja, aos grupos organizados.

Como sabemos, esses grupos, por, terem infiltrações em todos os segmentos dos órgãos de apuração do ilícito, identificam a testemunha, a qual fica vulnerável e sofre pressões, ameaças, constrangimentos e, quando não, a eliminação sumária.

Assim, é necessário, face à carência de meios técnicos e científicos do Estado, na indicação dos autores do ilícito, que se dá maior relevo à prova testemunhal, garantindo-a em sua integridade, pois que, sua importância é inquestionável à realização da efetiva persecução criminal.

Também vale ressaltar que o nosso sistema jurídico não aborve integralmente a prova pericial, prescindindo sempre da confirmação dos fatos pela prova oral. Deste modo, a testemunha é, inquestionavelmente, de suma importância no processo penal e deve ser erigida a sua real significância.

A persecução criminal somente se concretiza, satisfeita e plena, com o conjunto probatório, tendo como elemento precípua a testemunha. O processo penal, na concretude da verdade real, tem como escopo a prova testemunhal.

Deveres e Garantias da Testemunha

A testemunha, que é representada pelo indivíduo presencial ou conhecedor por seus sentidos de fatos ilícitos, está obrigada, pelo nosso Sistema jurídico, a comparecer diante de determinada autoridade, em dia e hora marcada e dizer a verdade dos fatos.

Como garantia a este dever cívico, o Estado erigiu o depoimento prestado em juízo à condição de serviço público, não havendo, especificamente, outras regras garantidoras deste mister. Salvo, claro, no Código Penal Militar, que na alínea "I" do art. 13, determina seja dada proteção à testemunha, a perito e/ou ofendido, quando coagido ou ameaçado de coação que lhe tolha a liberdade de depor.

No campo genérico temos, na nossa Carta Magna, a garantia à inviolabilidade da vida e segurança.

As normas garantidoras da testemunha, como consignado, não passam do campo abstrato. Já que no campo concreto fala célere a ação nefasta dos intrépidos grupos organizados, que valendo-se da força de suas armas neutralizam seus opositores.

A Testemunha e o Crime Organizado

A proliferação do crime organizado, fenômeno hoje reinante nos grandes centros urbanos, reflete a ineficiência do Estado, em concretizar, satisfatoriamente, o seu papel de garantidor das liberdades.

Por força disso, atemorizados, assistimos todos os dias, a repetição de gravíssimos episódios de violência inaudita contra a pessoa humana. Citamos como exemplo: Carandiru, Candelária, Vigário Geral, etc., sem qualquer resultado concreto contra os protagonistas.

A problemática desse macabro fenômeno somente será combatida com a ação enérgica do Estado por intermédio de seus órgãos especializados, claramente se dotados de estrutura e, também, com inserção de um programa de proteção à testemunha.

O Ministério Público, neste contexto, tem papel destacado, já que é detentor da titularidade da ação penal, e como tal, tem o dever de laborar com eficácia na apuração e conseqüente punição dos autores dos ilícitos.

Paradoxalmente, como sustentação dessa atividade ministerial, a testemunha emerge como um dos elementos de relevo, devendo, por isso, ser garantida e erigida à sua real significância.

A exemplo dos Estados Unidos da América, onde há programa estatal específico de proteção à testemunha - U.S. Marshall's Service - devemos criar um programa mínimo de preservação dessa prova, a fim de que possamos enfrentar, com certeza de punição, o crime organizado, garantindo, concretamente, proteção à integridade da testemunha.

A violência, tal qual a serpente de Lema, tem muitas cabeças que remanescem à medida que vão sendo cortadas, porém, sem pretender o sucesso de Hércules, poderemos vislumbrar a sua redução com a implantação, a par de outras intervenções, de um programa de proteção à testemunha em sede ministerial, porquanto, ineludivelmente, estar-se-ia dando o tiro de partida para a tão esperada eliminação da impunidade em nossa sociedade.

CONCLUSÕES:

- 1- A prova testemunhal, em sede de processo penal, temo valor destacado no conjunto probatório.
- 2- O Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, deve velar pela integridade da testemunha essencial à acusação.
- 3- O combate ao crime organizado passa pela conjunção de esforços do Estado e da sociedade, devendo ser conferida proteção à testemunha como forma de motivação do dever cívico do testemunho e de se obviar aimpuridade.

PROPOSIÇÕES:

- 1- Criação de um programa de proteção à testemunha no âmbito do Ministério Público, que contemple em linhas gerais:
 - 1.a: Dotação orçamentária para fomentação da programação;
 - 1.b: Estabelecimento de critérios objetivos e subjetivos para admissão da testemunha no programa;
 - 1.c: Garantia de renda mensal que assegure a subsistência da testemunha e de sua família, quando desempregada, enquanto perdurar o estado de perigo;
 - Ld: Requisição de força policial para assegurar, quando necessário, e a critério do órgão do Ministério Público, a integridade da testemunha.
- 1.e: Alocação da testemunha, e quando necessário, de sua família, em local seguro enquanto presente o estado de perigo.

REFORMA PROCESSUAL PENAL.
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL
E DIREITOS HUMANOS.

Cláudio Barros Silva,
Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul.

1. COLOCAÇÃO DA MATÉRIA

Nos nossos dias, têm ocorrido com freqüência, e os meios de comunicação de massa estão a anunciar, delitos que têm características diferenciadas daqueles que estamos acostumados a enfrentar. O nosso sistema penal e as normas processuais penais colocadas à disposição dos lidadores do direito hoje, com certeza, não atendem e não alcançam os chamados delitos transnacionais.

Adolfo Beria Di Argentine, durante o XI Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Buenos Aires, em outubro de 1986 ⁽¹⁾, assinalou, refletindo o posicionamento que era observado na maioria dos Países, que a internalização do delito se colocava sob duas formas diferenciadas: primeiramente, reconhecia-se uma forma de delinqüência comum e com as mesmas características em todos os países do mundo. Esta se mostrava através de seqüestro de pessoas, atentados, roubo em grande escala, terrorismo, etc. Em uma segunda fase, reconhecia-se que algumas condutas criminais se estendiam por todos os lugares do mundo, sem considerar as fronteiras nacionais dos países que, de alguma forma, estiveram envolvidos pelos agentes na realização do iter criminis.

Não há dúvidas de que hoje, agentes ou grupos de agentes, de forma organizada, realizam o caminho do delito, da cogitação até a consumação, sem levar em conta as

fronteiras territoriais dos Países. Como bem assinala **Radi Cervini** ⁽²⁾, "no caso da nova criminalidade que causa a crise de nossa cultura sócio-política, o fenômeno não é só a internacionalização, senão que tem, também, características transnacionais". Segundo Cervini, "esta transnacionalização é, sem devida, o aspecto mais importante, a nota mais saliente, da criminalidade organizada contemporânea, ante a qual os Estados ilhados podem se ver reduzidos a uma virtual impotência.

No Brasil, como na maioria dos Países do Mundo, as normas de direito penal, bem como as regras processuais que visam efetivar o combate ao delito, são restritas ao limite territorial e, com certeza, voltadas a um tipo de criminalidade e delinquência que nos é clara e explícita. Nossa lei penal define crimes, na sua parte especial, regulando condutas do cotidiano, onde podemos adequar a conduta típica ao agente com o fim de responsabilizá-lo criminalmente. A própria norma penal, baseada no texto constitucional, afirma o limite de intervenção do Estado na busca da punição que é o princípio da reserva legal e a garantia de acolhimento a direitos fundamentais do cidadão.

Neste segmento do crime, limitado ao cotidiano dos Países, seja ele organizado ou não, o Estado tem normas de direito material e processual para enfrentá-lo. Não se questiona aqui a efetividade, pois o que importa é que, nos limites territoriais, as normas existem.

O problema surge quando os Estados sentem-se impotentes para enfrentar o crime organizado que não tem sede e limites de fronteiras. Neste caso, a validade e a eficácia das normas penais e processuais de cada país não têm maior consequência ou alcance, pois como diz **Elgio Resta**, citado por **Eduardo Mano Rissi** ⁽³⁾, "um sistema não pode sobrepassar seus próprios limites". Esclarece **Elgio Resta** que, "normalmente este tipo de delitos não só transpassam as fronteiras nacionais, senão que as utilizam precisa e deliberadamente para seus fins, já que a polícia, como o direito penal a qual serve, está delimitada ao princípio da territorialidade. Seu limite de ação termina na fronteira do país onde se desenrola sua atividade e

toda intromissão policial e judicial fora de seus limites territoriais, será implicitamente repelida pela própria definição de Estado soberano".

Este 6, sem dúvida, o grande problema enfrentado pelos Países nos nossos dias) quanto ao dias, quanto ao combate do crime organizado que, para alcançar maiores resultados como pira fugir da persecução penal, não tem sede estabelecida para a ação e, tampouco, tem limites territoriais para executar a pretensão delitiva.

A criminalidade organizada reflete um fenômeno cambiante, pois, em regra, segue as tendências dos mercados nacionais e internacionais, com dificuldades de ser enfrentada e isolada.

O eminente sociólogo e penalista contemporâneo, Winfrid Hassemer diz que a criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade de massas. Segundo o professor de Frankfurt, a definição atualmente em circulação é por demais abrangente e vaga, "sugere uma direção em vez de definir um objeto, não deixa muita coisa de fora" ():

De fato, esta associação criminosa que ainda o Estado organizado não conseguiu definir com precisão, pois encontra-se nos primeiros passos rumo a um esclarecimento criminológico confiável, está a subverter as estruturas fundamentais da ação do próprio Estado. A Polícia é incapaz de conhecê-la de forma detalhada, pois, por vezes, se vê envolvida na própria atividade criminosa e a persecução penal é totalmente inadequada, porque os órgãos do Estado voltados a este fim são, também, desestruturados, multifacetados e com a tendência de atuar, com a sua força, contra o pequeno criminoso, que é conhecido e para o qual os seus agentes foram treinados e são expertos.

Há, sem dúvida alguma, a presença ou a infiltração desta forma de criminalidade nas instâncias centrais de controle da ordem social. Resulta daí, com certeza, que, por vezes, estaremos confundindo os limites entre a criminalidade organizada e o próprio combate à criminalidade nos limites de atuação do Estado.

Esta forma de criminalidade organizada tem se manifestado de diversas formas e em diversos locais, sendo que, em algumas vezes, se vê a presença da mão do Estado. seqüestro de pessoas, por exemplo, para satisfazer a solução ou o aumento do ódio de raças (deus e árabes). O tráfico de drogas e de mulheres com o fim de prostituição são atividades e caracterizam os braços de cartéis e os braços de instituições mafiosas que têm origem em determinado País, mas que não têm fronteiras para a atuação. O branqueamento do "dinheiro sujo" produto de corrupção, da extorsão e do roubo. Os delitos financeiros internacionais, os escândalos de bancos, os delitos contra ordem tributária, o tráfico de armas. O tráfico indevido de lixo atômico nos países industrializados que caracterizam a necessidade de enfrentamento dos Estados organizados.

Não há, em nosso País, normas de direito penal e, tampouco, suporte processual para enfrentar este tipo de criminalidade. Este fenômeno de criminalidade que não tem fronteiras nacionais se abate sobre os destinatários da proteção do Estado de forma permanente sem a resposta eficaz e imediata daquele que tem o dever de proteger. Ainda na semana passada, na Associação Mutual Israelita Argentina, em Buenos Aires, um atentado matou dezenas de pessoas inocentes. O atentado reflete o ódio entre raças e, por certo, a contrariedade com a possibilidade de paz com a devolução de parte de território ocupado por Israel. Esta criminalidade organizada não está definida em limites territoriais, seus braços e tentáculos se manifestam em qualquer País, a qualquer hora e local, diante de um Estado impotente.

O Estado, então, não está preparado para enfrentar este tipo de criminalidade. Os órgãos de segurança, formados e treinados sob a égide da "ideologia nacional", não têm, sequer condições de enfrentar e vencer a criminalidade do cotidiano. O sistema judiciário, também organizado para dar sustentação às elites políticas, não tem estrutura material, agilidade e suporte legal para enfrentar uma forma de crime diferenciado, onde não se conhece o autor, sua sede de atuação e, de forma clara, os resultados.

Com certeza, mesmo que houvesse vontade política para o enfrentamento, na sistemática atual, a ação judicial teria problemas específicos que iriam desde a falta de

capacitação dos órgãos envolvidos até os entraves legais que não permitem, por, exemplo, que uma autoridade investigante pudesse tomar depoimento de uma testemunha em outro País e que esta oitiva pudesse servir, como prova, em nosso País.

2. FUNDAMENTAÇÃO:

Muitos juristas têm insistido, nos últimos anos, tanto na Europa como na América, no sentido de que a diversidade existente entre as legislações nacionais de diferentes Países não podem servir como um obstáculo insuperável no combate da criminalidade organizada. Segundo estes juristas, se deve analisar, caso a caso, o real alcance e projeção das particularidades legislativas, o que poderia ensejar instâncias de cooperação internacional compatíveis com a vigência daquelas características que surjam como essências de cada sistema (5) i

a

Esta possibilidade de cooperação deve levar em conta, sempre aspectos que dizem com a necessidade de manter intacta a soberania de cada nação envolvida e, também, que haja respeito aos mais elementares direitos dos cidadãos envolvidos.

*

Em abril de 1992, vários juristas participaram dos trabalhos preparatórios ao Congresso da Associação Internacional de Direito Penal que estará sendo realizado na primeira de setembro no Rio de Janeiro. No Colóquio de Toledo, Espanha, o tema era a dos direitos do cidadão, principalmente em relação aos movimentos de reforma dos de processo penal e as conseqüências, na reforma, do combate ao crime organizado. A grande preocupação dos participantes do Encontro, em particular a preocupação de juristas sul-americanos, estava colocada claramente no fato de ser necessária a reforma processual penal e a necessidade de cooperação no combate à criminalidade organizada, sem, todavia, deixar de os direitos fundamentais do cidadão acima do caráter emergencial" da mudança. A grande preocupação estava na possibilidade de que a necessidade de cooperação e de mudança na

legislação processual penal fizesse com que ressurgisse a violência do Estado, com o retorno de procedimentos autoritários, ditatoriais e reacionários.

Nas "Recomendações de Toledo", que deverão ser discutidas e aprofundadas no Congresso do Rio de Janeiro, há a conclusão de que "nem mesmo a luta contra o terrorismo e contra o crime organizado poderá restringir os direitos fundamentais, senão na medida do estritamente necessário". Com isto, a possibilidade de utilização de testemunhas privilegiadas e agentes infiltrados nas investigações, somente poderia ser possível "nos casos de criminalidade gravíssima e de criminalidade organizada" (ponto 13).

A necessidade da reforma processual penal atentar para a possibilidade de serem sendo sustentada por juristas sul-americanos nos últimos anos (6)•

A preocupação atual dos juristas quanto à cooperação internacional em matéria penal é, com certeza, a proteção dos mais elementares direitos do cidadão. **Ada Peilegrini Grinover** tem sustentado que os "valores fundamentais do moderno processo penal são o **garantismo** e a **efetividade**". Segundo sua posição, "**garantismo** visto tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade no enfoque instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos da jurisdição" ⁽⁷⁾• Assim, as garantias subjetivas e objetivas do cidadão, quanto ao processo penal, devem estar acima do interesse dos Estados na persecução penal.

Portanto, quando se fala em cooperação internacional em matéria penal visando o combate à criminalidade organizada, não há como se deixar em lugar secundário o próprio direito como sustentáculo das mais elementares garantias do cidadão. O eminente professor de Turim, **Mano Chiavario**, disse que em 'cada um dos tratados internacionais de que se fala, um lugar não secundário cabe ao direito, ao processo e pelos direitos do processo, como direitos essenciais para qualquer pessoa que resulte atingida por uma acusação de caráter penal. E a tutela é delineada sobretudo de dois modos: de um lado, através da definição do conjunto de

garantis que mais diretamente se referem ao conceito do **fair trial** (direito a oitiva paritária - ,normalmente pública - das razões das partes e direito a um juízo em tempo razoável por obra de um juiz imparcial, independente, preconstituído por lei; presunção de inocência; direito ao defensor e direito à defesa durante o desenvolvimento do procedimento...); de outro lado, medite a fixação de princípios (proibição de tortura, garantias à tutela da liberdade pessoal...) que têm um campo de ação mais geral, mas que com o processo e no processo penal encontram, por sua vez, pontos de contato e também de colisão, às vezes de modo ainda mais envolvente nos **direitos processuais** em sentido estrito, aos quais acabamos de nos referir" (8)

Os Tratados e as Convenções que se firmarem entre Países que, de forma consorcial, buscarem combater o crime organizado, necessitam respeitar regras processuais comuns e regras que garantam os direitos fundamentais do homem.

Esta prestação possível de assistência mútua em matéria criminal passa pela necessidade de reforma processual penal. Quando, no Mundo, os Estados procuram desconhecer as barreiras territoriais para, em conjunto, vencerem as suas dificuldades, é necessário que **1a1110v111** contra o crime organizado, que fere, por vezes, de morte o próprio sentido de nacionalidade, face ao terrorismo e à corrupção, por exemplo, se possa ter normas processuais e procedi, ment,os investigatórios descentralizados e desburocratizados, com a finalidade de que o proceso penal possa ser efetivo contra esta forma especial de criminalidade, sem descuar o sentido de **garantidor** dos direitos fundamentais.

Estas formas de cooperação não poderiam nunca desprezar os direitos à defesa, ao contraditório, bem como os direitos legítimos de terceiros interessados. Devem também, as normas processuais abarcar todo o universo da matéria penal, salvo os delitos puramente de natureza política. Por fim, estas normas processuais, para que possam ter um caráter de efetiva cooperação, devem afirmar a necessidade de se ter autoridade competente para realizar os atos necessários à cooperação, bem como que suas decisões afirmem a coisa julgada, a litispenência, a garantia da ordem pública, a soberania, a segurança de interesses públicos fundamentais e a possibilidade de concessão de medidas cautelares, quando necessário.

O eminente jurista uruguaio **Raúl Cervini** assinala os princípios processuais devem reger os acordos bilaterais necessários à cooperação penal internacional ⁽⁹⁾ Estes ípios são fundamentais, pois garantem a segurança das investigações e da efetiva assistência ia no combate à criminalidade organizada transnacional que não tem fronteiras.

- Por certo, as preocupações dos juristas levam à necessidade de reflexão
- sobre a reforma processual penal brasileira e a adequação das normas processuais penais às necessidades de cooperação mútua em matéria penal para o enfrentamento da criminalidade organizada. É tão grande a preocupação, que o Congresso de Direito Penal do Rio de Janeiro t m, entre um dos seus quatro grandes temas, 'A regionalização do Direito Penal Internacional e a proteção do homem nos processos de cooperação internacional em matéria penal'. Quando hoje se fala na associação de países na Europa, na América, na Ásia e quando se fala no Pacto Andino e no Mercosul na América do Sul, não há como se efetuar a reforma processual penal em prever, com clareza, a possibilidade de cooperação em matéria penal.

CONCLUSÕES:

A transnacionalização do crime, desrespeitando as fronteiras e a soberania dos Países, leva à necessidade da cooperação internacional em matéria penal de forma efetiva, eixando de ser a colaboração, como é hoje, mero favor entre os Países envolvidos.

Deve o Brasil, de forma clara, através de suas autoridades, estabelecer com os Países que, de alguma forma, se vêem envolvidos com o crime organizado, regras de cooperação judicial em matéria penal.

A reforma processual penal, que está sendo elaborada, deve conter normas possibilite a assistência mútua em matéria penal, como forma de combate efetivo ao crime

organizado, desburocratizando procedimentos e aproveitando a prova efetuada por autoridade competente em outro País.

É necessário que as autoridades envolvidas no processo penal, tanto do Ministério Público como do Judiciário, possam efetuar provas que tenham validade em outros Países, sem maiores formalidades. Neste envolvimento, poderemos ter o Ministério Público procedendo investigações e orientando investigações policiais, e o Judiciário instruindo procedimentos e prestando jurisdição. Estes procedimentos tanto investigatórios como instrutórios e decisórios, desde que garantam os direitos fundamentais do homem, devem ser acolhidos como meio de prova.

Para que se possa pensar em cooperação em matéria penal e processual penal, é necessário que os princípios constitucionais sejam preservados, pois estes são os garantidores dos direitos humanos. Assim, os princípios da reserva legal, da anterioridade das leis, da lei certa, da lei escrita, da lei justa, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da necessidade de fundamentação da restrição de liberdade, entre outros, são fundamentais para que possa haver cooperação.

AM

Portanto, somente poderemos pensar em combater o crime organizado transnacional se os Países envolvidos resolverem mudar suas leis processuais, desburocratizando os procedimentos, sem, de forma alguma, deixar de respeitar o próprio homem, destinatário da lei.

Estes procedimentos devem estar atentos a uma dupla exigência: primeiramente, para evitar que normas processuais possam estar a serviço de mãos deformadas ou instrumentalizadas por mãos prepotentes. A par disso, é necessário o empenho responsável e corajoso daqueles que querem transformar, combatendo de forma aguda o crime organizado, que nos assola e nos derruba diariamente. Para tanto, é necessário que tenhamos normas penais e processuais penais disponíveis, sobretudo no plano de cooperação internacional, "para contrapor uma organização efetiva da justiça a uma organização iníqua das internacionais do crime" (10) .

- (1) Adolfo Beria Di Argentine, "La informalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de Defensa Social".
- (2) Radl Cervini, "Princípios da Cooperação Judicial internacional em Assuntos Penais", Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 30, pág. 25, Ed. RT, 1994.
- (3) Eduardo Mano Rissi, "La transnacionalización en la Sociedad Contemporánea", Ed. Jasil, México, 1991.
- (4) Winfried Hassemer, in Três Temas de Direito Penal, pág. 66, Estudos do MP nº 4, Editado pela Escola Superior do Ministério Público e Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1994.
- (5) Raúl Cervini, ob. cit.; F. Mosconi e M. Pisam, "Le Convenzioni di Estradizione e di Assistenza Giudiziaria (Linee di sviluppo e prospettive di aggiornamento)", Giuffrè Editore, Milão, 1984; Giuliano Turone, 'L'Estradizione e L'Assistenza Giudiziaria nei Rapporti Italia-Statii Uniti D'America', Serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali, Collana diretta de Mário Pisam, Giuffrè Editore, Milão, 1986; G. Grasso, 'Comunità europea e diritto penale. 1 rapporti tra ordinamento comunitario e il sistema penale degli Stati membri', Serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali, Collana diretta de Mario Pisam, Giuffrè Editore, Milão, 1989; M. R. Marchetti, "La Convenzione europea di estradizione", Serie Giustizia Penale e Problemi internazionali, Collana diretta de Mano Pasini, Giuffrè Editore, Milão, 1990.
- (6) Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello e Enrique Vescovi, 1. 'La integración Americana, hacia la interacción institucional, tratados, organismos, tribunales, códigos modelos'; 2. 'Hacia la preparación de códigos procesales modelos: Las bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil y penal en los países iberoamericanos'; 3. 'Anteproyecto de código procesal civil modelo para Ibero-América - Exposición de Motivos', Revista de Processo nº 57, pág. 109, Ed. RT, 1988; Ada Pellegrini Grinover, 'Linhamentos Gerais do Novo Processo Penal na América Latina; Argentina, Brasil e Código Modelo para Ibero-América', Revista de Processo nº 58, pág. 120, Ed. RT, 1990.
- (7) Ada Pellegrini Grinover, "Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na Legislação Latino-americana. Convergências e Dissonâncias com o Sistema Italiano e Brasileiro", Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 1, pág. 41, Ed. RT, 1993.
- (8) Mano Chiavario, 'Direitos Humanos, processo penal e criminalidade organizada', Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 5, págs. 261/27, Ed. RT, 1994.
- (9) Radl Cervini, "Princípios da Cooperação Judicial internacional em Assuntos Penais", ob. cit. ut supra, págs. 31/45.
- (10) Mano Chiavario, "Direitos Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada", ob. cit. ut supra, pág. 36.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CRIME ORGANIZADO

Luiz Carlos Caffaro
Promotor de Justiça

I. Breves notas introdutórias

Desde os primórdios da civilização o homem descobriu a inutilidade do esforço isolado, buscando agregar-se, num primeiro momento, com vistas a enfrentar seus predadores; na sequência e já consciente da força que a união entre os pares confere, passou a organizar-se para o desempenho das atividades do seu cotidiano; hoje, após alguns momentos historicamente equivocados no desempenho do poder imperial e único, o "homo sapiens" descobriu que é muito mais fácil compartilhar o poder com outrem, com iguais anseios, ambições, ideais e por que não dizer, com iguais torpezas..

A sociedade, já assim organizada e estabelecida, passou a ter em seu meio também aqueles que se desviavam da conduta por ela convencionada como adequada para a convivência harmônica - já que em se tratando da espécie humana, a degeneração é de sua natureza - passando, então, a instrumentalizar-se para o exercício de sua defesa.

Convencionou-se, portanto, chamar "crime", àquela conduta nociva à sociedade organizadamente estabelecida, de molde a justificar a imposição de penalidades contra os infratores da Lei, os quais, de início, agiam isoladamente, passando, depois, a se aliarem para a prática daquelas condutas e hoje, alicerçados em sólidas bases empresariais e em sonora hierarquia, passaram a constituir-se num verdadeiro "estado paralelo", já com pretensões e claros sinais de que se mesclam ao Estado de Direito, através da proximidade espúria que buscam estabelecer com aqueles que foram alçados pela sociedade à condição de seus líderes, em todas as esferas e graus da administração pública.

Diante disso tudo, urge a pronta resposta da sociedade, resgatando á tão sofrida cidadania, para que não se confirme advertência de LACASSAGNE no sentido de que "a sociedade tem os criminosos que merece", até mesmo que para isso se tenha que usar de meios até então inimagináveis. Sob tal aspecto, relembro, por oportuno, o sempre atual ROBERTO LYRA, que parodiando EUCLIDES DA CUNHA, preleciona com argúcia: "A cólera é, às vezes, expressão heróica da bondade, como a de CRISTO flagelando os vendilhões do Templo. Hoje seu chicote não pararia."

II. A escalada do crime organizado no Brasil

A doutrina pátria incursiona timidamente acerca do tema "**crime organizado**", sendo de destacar-se o saudoso mestre **HELENO CLÁUDIO FRAGOSO**, diga-se, um dos poucos a abordar a questão, na primeira edição do seu ímpar "**Lições de Direito Penal**", nos idos de 1958, quando lançou o peculiar enfoque, *verbis*:

"Entre nós não existe praticamente o crime organizado, embora possa ser mencionado o 'jogo do bicho', como organização que antigo chefe da polícia declarou ser superior à policial". (oh. cit., vol. 2, pág. 295 - Forense 11989)

Essa reveladora lição do inesquecível FRAGOSO é a pedra de toque naquilo que transmutou-se em **verdade real**, já que em passado recentíssimo, na Unidade da Federação do Rio de Janeiro, descobriu-se por trás da aparentemente inofensiva atividade contravencional, uma das mais impressionantes organizações dirigida para o cometimento de crimes, tendo por torpe motivação a manutenção do império construído a partir daquela atividade ilícita. Relembro a exemplar decisão condenatória proferida contra a denominada **cúpula do jogo do bicho**, condenada pelo delito de **quadrilha armada**, no tocante à individualização da pena aplicada ao tristemente famoso *capo di tutti capi*, de onde colho,

*' *verbis*:

levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção à partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica - sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo, à serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia (...), além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou consequências daí advindos..."

4

Por certo, FRAGOSO, com a agudeza que lhe era peculiar, se entre nós ainda estivesse nestes tempos conturbados, emprestaria seu inquestionável talento à elaboração de tratado acerca deste tema, completando a sua denúncia de quase três décadas atrás! Fica o registro no sentido de que a comunidade jurídica espera, com certeza, de seu filho e sucessor no talento, o professor **FERNANDO FRAGOSO**, a página que seu Pai não pode escrever!

Mas, destaque, merece também, desenganadamente, **ROBERTO LYRA**, com a linguagem direta e desassombrada que nele é natural, em seu **"Novo Direito Penal"** (BorsoiJ1972). Ali é desenhado, com o traço firme de um retratista fiel, o perfil do **crime organizado**.

De início, estabelece ele a diferença entre criminalidade relativa e criminalidade absoluta, considerando a primeira como aquela ...bem chamada criminalidade comum, enquanto que, no que concerne à segunda - **criminalidade absoluta** - somente a sua transcrição quase na íntegra trará a contribuição que se pretende seja moeda de troca neste Congresso, **verbis**:

0

"É a criminalidade coonestada, "legitimada-compensada, "legalizada", "incorporada", patenteada, autorizada, registrada, aprovada, licenciada, com selos e carimbos e todas as formalidades. São "quadrilhas e bandos" mascarados, são "associações para delinquir" disfarçadas. Elas estão presentes na literatura social e ausentes da lei ou de sua aplicação.(...) E a criminalidade que compensa com a fortuna, o poder, direto ou indireto, a ostentação mundana, a boa fama. Os maiores e piores criminosos são apresentados pela auto-propaganda que os sagra e consagra como bons e caridosos, porque dão as migalhas do furtado ou roubado, isto é do alheio.(...) Existem mais criminosos em certos escritórios, clubes, salões do que nas prisões. Eles não voltam aos locais dos crimes porque estão sempre neles, vivem neles. Exploram, como fundo e objeto de comércio, até atividades responsáveis pela ordem moral com endereço preferencial para a economia, a saúde, a credulidade, a incolumidade públicas. (...). As "centrais" dispõem de 'fortalezas" e estabelecimentos, varejos, agências e filiais, intermediários e vigilantes para tudo em todas as emergências.(...) Os instrumentos de pressão e corrupção atuam desenvolvamente, de alto a baixo. A criminalidade absoluta adjudica suas "regiões administrativas", segundo suas especialidades (usura, tráfico, prostituição, jogo, extorsão, tóxico, contrabando, falência, incêndio etc.). A criminalidade absoluta desenvolve, desdobra, aperfeiçoa a arte e a técnica do crime, inventando e descobrindo ao infinito da livre imaginação do mal. Adapta-se ou desloca-se segundo as circunstâncias. Sabe tudo sobre fraude e violência que produz e distribui à vontade. Muitas vezes, dissimula a infidelidade ao Brasil para atividades super-lucrativas contra a economia nacional." (ob. cit., vol. 1, pág. 78179).

- Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais - o que pressupõe organicidade e permanência - implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional do alto da qual os executivos do crime comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente, consegue atingir e punir os responsáveis diretos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade.

Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitiva, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspectq, note-se que a obtenção de prova da "gerência" desse tipo de "negócio" é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maior das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus "protetores", cientes da penalidade imposta àqueles que *"falam demais"*: **a pena capital!**

No Brasil de hoje, o **crime organizado** atua de forma a malferir, praticamente, todos os **bens jurídicos** tutelados no **Código Penal Brasileiro**, como se constata a seguir:

- os **"grupos de extermínios"** e a **"pistolagem"**, formados por assassinos profissionais que empreitam seus "serviços" aproveitando-se dos graves confrontos sociais, tanto nas grandes metrópoles como no campo, com graves repercussões no exterior, sendo de observar que a maioria de seus integrantes é, de qualquer forma, ligada à polícia;
- os **furtos, roubos e receptação de veículos** que abastecem os "mercados" interno e até de países circunvizinhos e a "indústria" de ferro-velho, esta, já detectada no Rio de Janeiro e que conta com a participação, de forma eficaz e suculenta, de alguns policiais, tanto civis quanto militares, que chegam ao absurdo de se travestirem de "sócios" nessas "empresas";
- os **assaltos a bancos, a veículos de carps** e, mais recentemente, a **carros-fortes**, não sendo inoportuno lembrar que, como em todas as atividades delituosas, o fim é sempre, de alguma forma, o lucro e nestes precisos casos enseja necessariamente a "lavagem" das imensas riquezas daí derivadas, seja através de casas de câmbio, atividades de "camelotagem" e do mercado de capitais, que não são tão fiscalizados quanto deveriam, seja ainda através do meio mais antigo e tradicional: o jogo legal.
- os **furtos e roubos de cheques e cartões de créditos**, que são repassados aos criminosos "white collars", em obediência à "estandarização" das atividades delituosas;
- os **furtos e roubos de metais e pedras preciosas** que visam manter abastecidos os notórios "escritórios" de compra e venda destas mercadoriãs, além de serem estes eleitos por "segmentos" da comunidade policial como ideal para o desempenho de mais uma das suas "atividades", no caso, de receptação dolosa;

- as **extorsões** e as **extorsões mediante seqüestro** se consubstanciam em atividades delituosas necessariamente praticadas por organizações criminosas, onde mais uma vez evidencia-se a presença marcante de policiais, que se beneficiam, como sempre acontece nestes casos, do privilégio de informações, em decorrência das suas atividades investigatórias;

- a **usurpação de terras** é outra atividade delituosa que envolve uma certa organicidade na denominada "grilagem" e conseqüente falsificação **de documentos públicos e particulares**;

- o **estelionato**, nas suas diversas modalidades, vem apresentando roupagem moderna e preocupante, ensejando a organização criminosas, ainda em fase embrionária no Brasil, de, por exemplo, o surgimento da denominada **Telemarketing fraud** (venda de produtos por telefone);

- a **fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro**, as **fraudes no comércio**, as **fraudes e abusos na fundação e administração de sociedades por ações**, com reflexos nos crimes contra a securidade privada e social (estes previstos em lei extravagante), falimentares e aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor;

- a **pirataria da indústria vídeo-fonográfica e de informática** (software), observando-se aqui a ausência de normas incriminadoras mais adequadas, como também ocorre na já citada moderna modalidade de fraude referente às vendas de mercadorias por telefone (telemarketing fraud);

- o **aliciamento de trabalhadores**, nas modalidades previstas nos arts. 206 e 207, valendo aqui lembrar a triste saga dos "boias-frias", exemplos vivos da não-cidadania;

- a prática do **lenocínio**, o **tráfico de mulheres** e a **prostituição infantil**, onde já detecta, nas grandes metrópoles, a atuação da "máfia internacional", mormente a **asiática**, que contam com a conivência de larga faixa de integrantes dos órgãos fiscalizadores e de repressão;

- os **crimes contra a seurança dos meios de comunicação e transporte**, pela importância que hoje significam os bens aqui juridicamente tutelados, que despertam a cobiça das organizações criminosas, comprovadamente, a L.C.N. (Lâ Cosa Nostra) nos Estados Unidos • da América do Norte, não sendo inoportuno o alerta de que encontra-se em fase de instrução na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro uma ação penal deflagrada para apurar o homicídio de que foi vítima o presidente do Sindicato dos Transportadores Urbanos, tendo por torpe motivação a disputa pela concessão de linhas correspondentes, com claros indícios de atividades de corrupção;

- a **falsificação de moeda e de papéis públicos**, consubstanciam-se igualmente em tipos penais que envolvem a existência de organizações criminosas com divisão de tarefas observadas as necessidades das várias etapas até o fim pretendido, respeitadas as aptidões de cada um dos seus integrantes, desde os artífices até os agentes encarregados de girar tais "produtos" no mercado;

- a **falsidade ideológica e a falsa identidade**, condutas hoje ostensivamente praticadas pelos "executivos do crime", com endereço certo nas denominadas "contas fantasmas" que conduzem às grandes fraudes contra o fisco e acobertam a famigerada 'lavagem de dinheiro sujo';

- o **crime organizado oficial**, que atinge a **administração pública**, transitando desde a concussão até a corrupção passiva, com passagem necessária pela prevaricação, o emprego irregular de verbas públicas (melhor definido em legislação extravagante) e bem assim aqueles praticados por particular - virtualmente em conluio com agentes do serviço público - como o contrabando o descaminho a corrupção ativa e a exploração de prestígio

- Note-se que dos crimes acima citados, somente o **roubo e a extorsão** agravam a pena
- em razão da participação de duas ou mais pessoas (157 § 2º inc. II e 158 § 1º); o **furto** é qualificado se praticado mediante a participação de duas ou mais pessoas (art. 155, § 4º inc. IV) e a **extorsão mediante sequestro** pune a associação estável (mínimo de quatro pessoas) como qualificadora (art. 159 § 10).

- Nas leis penais extravagantes, a atuação do **crime organizado** se faz sentir, principalmente, nos delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes (Lei 6.368/76), os crimes
- falimentares (D.L. 7.661/45), nos crimes contra previdência social, nas infrações definidas no
- § Código de Defesa do Consumidor, naquelas contra o meio-ambiente, a fauna e a flora e, finalmente, nos crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo, definidos na Lei 8.137/90.

Há que ser destacada a impaciência do legislador ao erigir em delitos autônomos aqueles dois que se consubstanciam em exceção à regra do art. 31 do Diploma Penal. Refiro-me ao delito de **quadrilha ou bando e à associação para o tráfico ilícito de entorpecentes**. Quanto ao primeiro, é um tímido instrumento de combate ao **crime organizado**, que teve a sua importância ao tempo em que foi editado o Diploma Penal, mas que hoje está a merecer reforço de molde a atender a modernidade que também alcançou as práticas delituosas, razão pela qual as leis não são estáticas. Já quanto ao segundo, conhecido no jargão forense como "**quadrilha de dois**" se por um lado foi contemplado com pena adequada na Lei específica, por outro foi desvirtuado pelo art. 80 da **Lei dos Crimes Hediondos** (8.072/89) que, de forma estranhamente inusitada, acabou por prever penalidade mais branda para este delito ...

O momento é de superlativa *gravidade*, bastante preocupante. Enquanto o **crime organizado** cresce, estendendo suas ações de forma a atingir os bens juridicamente tutelados, os instrumento legais de combate envelhecem, tornando-se, cada vez mais, obsoletos.

A sociedade clama por urgente modernização das leis e ao Ministério Público incumbe, cumprindo o seu perfil constitucional, postular a modernidade das leis, adequando-as ao momento aflitivo por que passam os cidadãos de bem.

É frustrante constatar-se a gradativa e contínua escalada do **crime organizado** que, celeremente se estrutura em sólidas bases empresariais, corrompendo os maus agentes do serviço público; mantendo "seguranças" a seu soldo; elegendo políticos para servi-los e serem servidos; "comprando" o silêncio das viúvas e órfãos de seus crimes, tudo para atingir a abominável finalidade: **o lucro fácil**.

E preciso, logo de início, impedir o sucesso dessa finalidade - o lucro fácil - e concomitantemente inibir o gozo desses rendimentos ilicitamente auferidos.

Não se pode mais tolerar a cruel inversão na escala de valores, pois na medida em que "esses executivos do crime" compram e vendem a imagem de empreendedores, recebendo, em contra-partida o tratamento de **beneméritos** de uma sociedade contaminada (agraciados, em alguns casos, até com comendas oficiais), os agentes da lei e que cumprem a lei, ao combatê-los, transformam-se para muitos em algozes de seus benfeitores.

O resultado de nossa atuação institucional, como persecutores da ação penal, é, na maior das vezes, desgraçadamente decepcionante quando, quase sempre, conseguimos provar apenas a culpa dos agentes subalternos, ditos "peixes pequenos" que se movimentam mais próximos das margens da Lei e Justiça. Quanto aos chamados "executivos do crime", dificilmente conseguimos alcançá-los, face a carência de meios legais e materiais, pois eles estão sempre distantes das atividades mais detectáveis. Agem como os tubarões, cingrando os mares movidos pela força dos potentes motores de seus iates, quando não se lançam aos ares com a rapidez de seus "morcegos voadores".

Até nisso reside a crueza do sistema!

III. Instrumentos de combate no exterior

Nos países tidos como berço do crime organizado - notadamente Estados Unidos da América do Norte e Itália - o esforço que vem sendo desenvolvido para o seu combate se reflete não só na área investigativa, dotada de pessoal com treinamento especial e adequadamente equipado, como também no arsenal legal posto à disposição.

No primeiro deles - U.S.A. - reconhecido o impacto crucial que exerce sobre todo o âmbito nacional a criminalidade gerada pelas atividades em grande escala das organizações criminosas, foi consolidado pelo F.B.I. em 1992, um programa a que se convencionou denominar de 'Program Approach to Organized Crime/Drug Problems', também conhecido pela sigla "OC/D", inteligentemente concentrando seus esforços investigativos nas atividades afins, quais sejam, aquelas dedicadas à lavagem de dinheiro e movimento de capitais ilicitamente auferidos, visando, mediante confisco, ao desmantelamento de tais organizações a nível nacional e internacional.

A consequência natural desta linha adotada é a identificação dos integrantes das organizações criminosas, de início, na sua cúpula, que uma vez privada de seus bens, já asfixiada, é entregue ao Poder Judiciário para julgamento, com larga estatística de êxito nos resultados condenatórios. Tal conduta nos leva a lembrar o velho ditado de que ". . . *a parte mais sensível do corpo humano é o próprio bolso*..... Para tanto, dispõem os agentes da lei naquele País, do poderoso instrumento denominado "RICO", em sua sigla em inglês, e que se consubstancia em disposições civis e criminais acerca de organizações corruptas e influenciadas por extorsão sistemática, predominantemente contempladas no Artigo 18, Código dos Estados Unidos, Seções 1961-1968 e Artigo 21 do mesmo Código, Seções 801 e seguintes.

Naturalmente, tal atividade investigativa é idealizada, v.g., no âmbito Federal, pelos Promotores Americanos e executada por agentes do F.B.I., que formam um bloco considerável na luta contra o crime organizado e que vem obtendo as mais significativas vitórias.

De outro modo, é sempre oportuno lembrar que a processualística vigente em virtualmente todas as Unidades da Federação e, com certeza, na esfera Federal daquele País, prevê disposições que agilizam o processo, tais como a possibilidade de ser prolatada sentença imediatamente após a confissão do réu, sem maiores delongas, levando-se em conta esta circunstância, de forma considerável, na dosimetria da pena ('plea of guilt'), com o que se homenageia a virtude, sempre presente no conceito de cidadania, da lisura do caráter além de se contribuir para a desobstrução dos Juízos, com consequente agilização na prestação jurisdicional.

Outrossim - e isto interessa de perto ao Ministério Público do Brasil - há previsão legal que enseja a composição, também em questões criminais, entre acusação e defesa, mesmo relativamente à pena e apesar da natureza publicística da ação penal, tudo sob o crivo final do Poder, Judiciário, que poderá até inaceitá-lo, o que, na prática, é raro. E o conhecido instituto do plea bargaining que tem proporcionado aquele País a produção dos melhores resultados na identificação dos membros das organizações criminosas. Em busca de uma solução mais benéfica, muitos inculpadados se animam a delatar, auferindo, inclusive garantias quanto à sua incolumidade física. Tais benefícios consubstanciam-se em apenação menor, regimes prisionais menos rígidos ou até mesmo prisão domiciliar e dentre as garantias, avulta aquela que efetivamente é prestada pelo Estado, inclusive às testemunhas, no que se convencionou denominar de "Witness Protection Service", facultando-lhes, dependendo do grau de risco que correm suas vidas, não só efetuar a troca de identidade como até mesmo alterar, através de cirurgia plástica, as feições faciais.

No âmbito do Direito Penal, socorro-me da Juíza DENISE FROSSARD, que assim se pronunciou em trabalho apresentado em 14.05.94 na "BROWN UNIVERSITY", Rhode Island, U.S.A., sobre o oportuno tema "BRAZIL AND THE CHALLENGES OF THE 90s", verbis:

"Historicamente sabe-se ser impossível dissociar o fato jurídico do fato social, sendo a interação entre eles a mais perfeita e adequada expressão das necessidades de uma sociedade. Este é o motivo pelo qual as leis não são eternas, mas variáveis conforme as situações que cada povo, em épocas distintas, vive. Leis liberais acompanham momentos liberais, alternando com leis mais duras que são a expressão da resposta e defesa da sociedade em situações mais críticas. Quanto a este problema vale lembrar o tratamento extremamente duro, e porque não dizer, adequado, que a lei Americana dá ao roubo produzido contra carros-fortes. As penas impostas neste caso, as penitenciárias especiais, além do regime jurídico diferenciado que se dá para a tramitação dos processos inaugurados em decorrência dos crimes correspondentes, formam um admirável sistema dissuasivo destas condutas e das reincidências correspondentes. Relembro, por oportuno, outra das medidas adequadas, já aprovada em alguns Estados da Federação Americana, consubstanciada no projeto de lei denominado "Three-strikes-you're-out", que prevê a prisão perpétua para criminosos condenados pela terceira vez, valendo consignar que a segunda condenação nunca poderá ser inferior ao dobro da primeira. São ótimos exemplos a serem seguidos, neste preciso momento crítico da sociedade Brasileira!"

0

No momento em que este trabalho é redigido, tenho notícia que a lei a que se refere a Magistrada - "Three-strikes-you're-out" - foi aprovada pelo Congresso Americano, a nível Federal, num pacote que visa combater a criminalidade e que responde pelo sugestivo nome de "Crime Bili.

Já na Itália, berço do Direito - e também do crime organizado - a Justiça tornou-se mais rápida e eficaz no seu combate, a partir da reforma processual penal de 1988, que fez desabar a marca totalitária do regime fascista de cunho nitidamente inquisitório e secreto o Código de Processo Penal de 1930.

0

Falo do Código Vassalli, de sistema difuso, que assim se tornou conhecido numa referência ao autor do projeto, Professor GIULIANO VASSALLI, Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Roma cuja Comissão teve por Presidente ninguém menos do que o Professor da Faculdade de Direito de Milão, GIANDOMENICO PISAPIA, refletindo, em parte, o modelo Inglês, do tipo acusatório, sem perder algumas características do sistema Napoleônico. Ali está previsto, v.g., a composição entre a acusação e defesa, sob a denominação de 'potteggiamento', vale dizer, **PIQ** que se assemelha ao "plea bargaining" Norte Americano.

No direito processual peninsular e de acordo com o novo sistema, o Magistrado do Público Ministério assume as investigações preliminares, de cunho acusatório, sem que se perca de vista a mais ampla defesa. Mas não se vislumbra, contudo, o poder das partes dispor do objeto do processo. Isto tem direta relação com a não aceitação do instituto da "Common Law" referente ao "Plea of Guilt".

Assim, depreende-se, apenas exemplificativamente, que dois princípios fundamentais norteiam o instrumental legal destes dois Países, quais sejam: **da ampla defesa e dinamização da Justiça**, com consequências diretas na tão decantada impunidade, que se vê, senão estirpada ao menos bem afastada, em claro resgate ao conceito de cidadania.

IV. Perspectivas de combate no Brasil

0

De tudo o que aqui foi exposto, constata-se que esse manto de impunidade que enganosamente agasalha o crime organizado no Brasil, decorre da força do poder económico e dos meios coercitivos de que dispõe essa casta criminoso, além, de outro lado, também dos poucos e obsoletos mecanismos legais disponíveis para o enfrentamento do crime organizado.

Fica o desabafo: devemos colher os exemplos daquelas sociedades alienígenas que primeiro enfrentaram tal embate não só com a vontade política dirigida a tal fim mas também e principalmente com um arsenal legal moderno e ágil que lhes vem permitindo, senão a derrocada do crime organizado, o seu controle pela ausência da tão falada impunidade. Refiro-me, exemplificativamente, aos institutos Norte-Americanos do "plea bargaining" e do "plea of guilt", lembrando que o primeiro deles inspirou o Direito Italiano na reforma processual penal ali levada a efeito em 1988, efetuando-se uma mixagem entre os sistemas anglo-saxônico e napoleônico, o que contribuiu para o sucesso na produção de bons resultados da "Operação Mãos Limpas".

Os instrumentos processuais, previstos no sistema jurídico nacional, têm se mostrado descompassados da modernidade. É isto porque não só inspirados nos seus congêneres Italianos dos idos de 30, já falecidos, como também e principalmente em razão de não se adequarem à nova roupagem Constitucional que veste o País. Urge, assim, a adoção de institutos já comprovadamente aptos a produzirem resultados satisfatórios no combate à impunidade notadamente no que se refere as organizações criminosas

Uma visão mais ampla de molde a alcançar, com seriedade, as diversas reformas processuais que vêm sendo levadas a efeito nos Países mais desenvolvidos e por isso mesmo mais vulneráveis às atividades delituosas de talho sofisticado, traria a contribuição que se espera para uma reforma processual que se impõe entre nós e que não deve ser postergada e nem passível de manipulação por *lobbys* espúrios, como aqueles que se entremostraram desde a inoportuna e já natimorta reforma constitucional, com vistas a manietar a atuação do Ministério Público e até mesmo a atividade Jurisdicional.

Na esfera penal, urge a imediata adoção de medidas repressivas que conduzam, inicialmente, a necessária tipificação de **crime organizado**, como delito autônomo, substituindo o defasado crime de **quadrilha ou bando**, ao qual deverá ser cominada pena restritiva de liberdade com vigência de parâmetros nos Países que o definam como norma incriminadora (U S A, por exemplo), devendo a pena ser cumprida em estabelecimentos especiais, sob o regime integralmente **fechado**, de modo a constituir-se em um sistema dissuasivo desta conduta e da **reincidência** correspondente, já que esta deverá implicar na imposição da **pena em dobro**.

Como já anteriormente referido, o **crime organizado** atinge, na atualidade, todos os **bens jurídicos** tutelados na lei substantiva, o que justifica sua inserção com **causa de aumento de pena** ou **qualificadora** de atividades delituosas, quando praticadas por organização criminosa.

\$

Deverá também ser legalmente definida como norma penal inôriminadora a denominada **"lavagem de dinheiro"** através da qual transitam imensas riquezas ilícitas que se deslocam nos mercados financeiros e de capitais, em operações de câmbio, quase sempre com a utilização de **"contas fantasmas"**, protegidas pelo estranho **sigilo bancário** e pelas operações de câmbio, conhecida pela peculiar sigla que **privilegiam empresas multinacionais** e, por vias transversas, acobertam com manto da lei a remessa para "paraísos fiscais" de dinheiro auferido como produto de crime, tal como ocorre nas tristemente famosas **fraudes contra previdência social, na "máfia do orçamento", no jogo do bicho** e demais modalidades de **jogo de azar** e no **tráfico ilícito de entorpecentes** que acabam por desaguar no mesmo estuário lamacento, em estrita obediência a já mencionada "estandarização" das atividades delituosas praticadas por organizações criminosas.

As conquistas do Ministério Público na Carta Constitucional de 88, se por um lado se mostram insuficientes para a otimização do combate à impunidade, pela timidez que ostentam, por outro, não deixam de ser um avanço em face do que até ali foi produzido. Mas, seja como for, o certo é que não se pode permitir ou tolerar qualquer retrocesso, que, desenganadamente, conduziria a Instituição - e via de consequência, a própria Justiça - à pequenez própria das republiquetas totalitárias, além de ferir de morte a cidadania e o próprio regime democrático.

O enfrentamento do crime organizado pelo Ministério Público enquanto Instituição merece um cuidadoso exame de molde a não violar princípios consagrados, notadamente, o do Promotor Natural.

A situação é de certa forma angustiante. Deparo com o desafio a ser enfrentado por um Promotor de Justiça solitário na apuração do crime organizado, pois a multiplicidade de agentes e o poder econômico de que estes dispõem possibilitam a contratação dos serviços profissionais de equipes de advogados, chegando alguns deles ao requinte - porque não dizer audácia - de contar com um verdadeiro exército de advogados que atuam em diferentes trincheiras.

Os artifícios utilizados vão desde à contratação de renomados profissionais para promoverem à defesa técnica nos autos, alcançando outros, de notório saber jurídico, que atuam como pareceristas, com vistas a embasar os incontáveis recursos e instrumentos de defesa constitucionais - como o Habeas Corpus, Mandados de Segurança, Reclamações, ¹-- Correções Parciais (estas em algumas Unidades da Federação) - sempre com o argumento de disporem da mais ampla das amplas defesas e no resguardo do devido processo legal, quando, na maior das vezes, abrigam interesses outros, tais como o de semear nulidades, de subverter a ordem processual e de procrastinar o feito.

Em suma, o embate é desigual!

Entendo que a criação de Órgãos de Execução especializados no crime organizado, peca não só pelo seu caráter discriminatório - especializado - mas, também e principalmente, pelos riscos que necessariamente decorrem da personificação e estigma do referido Órgão de Execução. Creio que o combate ao crime organizado deve ser impessoal, de molde a não se cultivar algozes, mitos e até mártires, lembrando sempre que cada um de nós representa uma célula - e como células passaremos, cedendo lugar a outras renovadas - de um corpo uno e indivisível, este sim imortal: o Ministério Público.

Sob tal aspecto, a própria Lei Orgânica possibilita a utilização de estratégias neste sentido sem que seja preciso, a curto prazo, recorrer-se a instrumentos que dependam do referendo dos Poderes Legislativo e Executivo. No Rio de Janeiro, após instaladas e funcionando as Centrais de Inquéritos (aliás, tema que foi objeto do trabalho apresentado pelo brilhante colega Luiz Otávio de Freitas no IX Congresso Nacional do Ministério Público), abriu-se uma visão mais ampla na investigação criminal, sendo de destacar-se a atuação das Promotorias de Investigação Penal, enquanto órgãos de Execução, com a produção dos bons resultados, que são do conhecimento de todos, nas recentes Chacinas da Candelária e de Vigário Geral, bem como na condução das diligências que redundaram na apreensão e conhecimento do teor de listas, disquetes e livros de contabilidade utilizados pelo líder do crime organizado no Brasil, já que além de controlar atividades desta natureza no Rio de Janeiro, também atua, comprovadamente e no mesmo estilo, em cinco outros Estados da Federação, com o envolvimento, cuja verificação e profundidade encontra-se em fase de apuração, de lideranças políticas em todos os níveis das suas administrações, além de integrantes dos segmentos mais cultos e favorecidos da sociedade carioca e bem assim, de policiais, Promotores de Justiça e Juizes de Direito.

A determinação, a coragem, a probidade e a independência, são características indispensáveis ao Órgão do Ministério Público e da soma destas características chega-se ao todo: a Instituição - forte e respeitada. Mas tudo isto se esboroa se a Chefia do *Parquet* se mostra fraca, pusilânime. A uma Instituição forte deve corresponder uma Chefia igualmente forte, que não hesita em atingir os mais poderosos, sejam de que área forem e mesmo com a cota de sacrifício e sofrimento pessoal que ações como essas normalmente acarretam.

V. Reflexão final

Após estas breves considerações e nos estritos limites do tema proposto, submeto à reflexão dos meus Pares:

1 - necessidade de ser legalmente definido o "**crime organizado**", enquanto norma penal incriminadora, em substituição à superada definição de **quadrilha ou bando** e, como já exposto, com pena restritiva de liberdade a ser cominada com vigência de parâmetros nos Países que tipificam tal conduta, além do cumprimento desta em penitenciárias especiais sob regime integralmente fechado, de modo a formar um sistema dissuasivo desta conduta e da reincidência correspondente, já que esta deverá implicar na imposição da pena em dobro;

\$

2 - definição legal quanto à "**lavagem de dinheiro**", enquanto norma penal incriminadora, valendo lembrar que em casos como este, inverte-se o ônus da prova do enriquecimento sem causa;

3 - instrumento processual de natureza cautelar que imponha, antes ou depois de deflagrada a ação penal e neste último caso ditada de ofício, o congelamento de bens e capitais dos inculcados e se for o caso, também de seus familiares, resguardada a verba de manutenção, que deverá ser comprovada;

4 - previsão legal no que concerne à possibilidade de composição em sede penal, entre acusação e defesa, nos moldes do sistema da "common law";

5 - transferência da tutela administrativa da polícia judiciária e bem assim dos órgãos técnicos correlatos para o âmbito do Ministério Público, que delineará os contornos da atividade investigativa a qual se desenvolverá sob a supervisão deste;

6 - implantação de Centro de Apoio Operacional direcionado especificamente ao crime organizado, conforme já previsto no art. 33 e seus incisos da Lei 8.625/93;

7 - formação de **grupo de trabalho**, patrocinado pela CONAMP, objetivando viabilizar, no âmbito do Ministério Público de todas as Unidades da Federação a criação de Promotorias de Investigação Penal, como **órgãos de Execução**, nos moldes das Centrais de Inquéritos instaladas no Estado do Rio de Janeiro, cujos titulares, após -acompanharem diretamente as investigações e promoverem a deflagração ou não da ação penal, poderão atuar em auxílio ao Promotor Natural do processo, com a concordância deste, nos casos que envolvam tais organizações criminosas, com o que se homenageia a norma insculpida no art. 24 da Lei Orgânica.

Belém/PA, agosto/94

LUIZ CARLOS CAFFARO

Promotor de Justiça

Títular da 4ª Promotoria de Investigação Penal

Rio de Janeiro/RJ

O MINISTÉRIO PÚBLICO, O CRIME ORGANIZADO E A NOVA ORDEM PROCESSUAL PENAL

WALBERTO FERNANDES DE LIMA e
MENDELSON ERWIN KARDONSKY¹

"...Em alguns Estados, na Inglaterra, por exemplo, como na antiga Roma, falta a instituição do Ministério Público - um magistrado que, independentemente da vontade dos ofendidos, tem a missão de perseguir o delito até obter a sua justa punição. Uma tal instituição é um verdadeiro progresso, porque significa que o combate contra o crime é um dever social e não uma faculdade do cidadão."
(GAROFALO-1908)²

e

Sumário: 1. Introdução. II. Segurança Pública e a atual sistemática da polícia judiciária. III. A posição constitucional do Ministério Público e a Segurança Pública. IV. A efetividade da atuação do Ministério Público diante das investigações de polícia judiciária. V - A atividade investigativa do Ministério Público na fase pre-processual e sua instrumentalização. VI - Órgãos de execução e atribuições relativas à atuação em matéria criminal. VII- Conclusões a serem submetidas à discussão e votação pela Comissão Técnica, Grupos de Trabalhos Setoriais e pelo Plenário do X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO,

I. Introdução

A segurança pública, consiste numa situação de preservação ou restabelecimento da convivência social que permite que todos gozem

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Titulares de Promotoria, da Investigação Penal da Central de Inquérito.

² Id., CRIMINOLOGIA- Estudo sobre o delito e a repressão penal. Lhry&CMssica Editora, 2ª edição, §403. Lisboa.

de seus direitos ou exerçam suas atividades sem perturbação de outrem salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

Mostrando a segurança pública as suas faces, verifica-se que uma delas está ligada estreitamente ao próprio Estado no momento em que este é chamado a garantir a estrutura das instituições.

Por *outro* lado, a maior aspiração social *situa-se* em relação aquela face voltada para o indivíduo, no exato instante em que o mesmo tem o direito de exigir deste Estado a sua tranquilidade, assim como de ver garantida as condições e circunstâncias para o seu trabalho e bem estar social.

Face a esta realidade, a par dos instrumentos repressivos do poder público no combate à criminalidade, os quais se situam como imprescindíveis ao exercício do dever de prestar segurança, não há como negar-se que a correlata e obrigatória investigação para apuração de infrações penais tem se revelado incapaz, nos moldes em que está ordenada legalmente, de permitir a deflagração da ação penal, quer nas infrações de menor potencial ofensivo quer naquelas de maior gravidade.

Diante desta constatação fática pela sociedade, principalmente em razão da estrutura galgada pelos criminosos, como nunca acontecera, nos dias atuais, cada um do povo está a esperar uma pronta ação do Ministério Público diante do acelerado crescimento da violência urbana, pois, apesar de não ser responsável diretamente pela segurança pública, a ela está intimamente ligado por ter recebido do legislador constituinte o controle externo da atividade policial e a exclusividade da ação penal pública, bem como a defesa do regime democrático, pressupondo esta, preponderantemente, a guarda de cada um dos direitos fundamentais.

Quanto aos meios para fazer valer estes direitos fundamentais do cidadão, cabe ao próprio Ministério Público buscá-los através dos instrumentos jurídicos que timidamente estão à sua disposição, independentemente de uma reforma processual.

II- Segurança Pública e a atual sistemática da polícia judiciária

~
³ Moaao da Silva, *In Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Revista da Tiibunai. 1990, p.650,6¹ edição.

O legislador constituinte atento desta feita, á. própria
exponência da Segurança Pública como um dos direitos fundamentais,
inspiração que encontra agasalho primário na obra de Montesquieu, de
forma mais adequada, vestiu-a do manto constitucional tratando-a como
dever do Estado, sem, contudo, ao lado do direito de tê-la, deixar de
apontá-la como responsabilidade de todos.

Senão, vejamos:

Art. 144 A Segurança Pública dever do Estado
direito e responsabilidade de todos, . exercida para a
perservação da ordem pública e da incolumidade das
pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- 1- polícia federal;
- 11-polícia mdcMária federal;
- ifi** - polícia ferroviária federal;
- W- polieiascivis;
- V - policias militares e corpo de bombeiros militares.

A análise do texto constitucional não enseja duvida que a
função da polícia, tanto preventiva quanto judiciária, vale dizer, no que
concerne à manutenção da ordem pública interna, é encargo pertencente
aos Estados. Não obstante essa dicção extraída, deve ser observado que
houve uma reserva de atribuições à própria União, haja vista a manutenção
da Polícia Federal, para a qual, inclusive, foi assegurada com exclusividade
as funções de polícia judiciária daquele ente, consoante se verifica pelo
exame da norma inserta no inciso W, do § 1º, do dispositivo
susomencionado.

Como se sabe, a sistemática das funções da Polícia Judiciária
está disciplinada no Código de Processo Penal, nos artigos 4º a 23, sendo
certo que tem por escopo básico a apuração das infrações penais e sua
autoria, cuja instrumentalização perfaz-se através do inquérito policial.

Neste diapasão, pode-se afirmar que a segurança pública, no
tocante à polícia judiciária, vai ser exercida com fulcro nas citadas normas
do diploma dos ritos, dado terem sido recepcionadas pela Carta Federal,
em que pese a existência de outros dispositivos constitucionais a apontar a
incompatibilidade da vigência de algumas destas mesmas normas, como
adiante será focalizado.

⁴ 1u Eapliito das Leis. LivroXi, Cap.VL

111 - A posição constitucional do Ministério Público e a Segurança Pública.

Contemplando os avanços de muito reclamados pela sociedade a nova ordem constitucional consolidou o Ministério Público como instituição permanente, reservando-lhe, dentre outras, a mais árdua das tarefas: a defesa do regime democrático.

S Nas sábias palavras de Eurico de Andrade Azevedo, a manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis - são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público."

Um regime democrático, seja qual for o conceito a ser estabelecido para sua real afirmação e vigência, jamais pode prescindir do integral e absoluto respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, dentre os quais o direito à segurança aparece como preponderante, pois é garantia para a exercício pleno dos demais. Assim, quaisquer fatos que possam afetar a regular atividade a ser desenvolvida pelo Estado para a preservação da ordem pública, aqui entendida amplamente, irão reclamar a ação e intervenção do Ministério Público.

Posta esta questão, cabe atentar-se para a especial atenção que se dá a atribuição atinente ao controle externo da atividade policial - elencada a nível constitucional como função típica do Ministério Público (artigo 129, inciso VII) - em detrimento da atuação como um todo, que deve se ter em relação ao regular exercício da segurança pública pelo Estado como um direito fundamental.

Com efeito, este controle por estar necessariamente compreendido naquelas áreas em que a atividade policial se estreita com as funções institucionais do Ministério Público, no caso a própria polícia judiciária e sua tarefa de apurar as infrações penais, parece que esgotou-se a matéria pertinente a segurança pública, o que absolutamente não é verdadeiro a teor do que consta da ordenação normativa até o momento elaborada para discipliná-lo, como se verifica na Lei Complementar nº 75/93:

⁵ Hugo Ní£o M&zili, in *O Ministério Público e a Constituição de 1988*. Ed. Síiaiva, 1989, p.50.

"...Art. 900 Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidades ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder."

Interessante é notar, a postura do legislador constituinte mineiro que veio a inserir, com alguns avanços, no próprio texto da carta estadual, a disciplina básica do controle externo:

Art. 125 -

II controle externo da atividade policial da atividade policial, por meio do exercício das seguintes atribuições, entre outras:

a) fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão;

b) receber, diretamente da autoridade policial, os inquéritos e quaisquer outras peças de informação;

c) fixar prazo para prosseguimento do inquérito policial;

d) requisitar diligências à autoridade policial;

e) inspecionar as unidades policiais civis ou militares;

f) receber cópia de ocorrência lavrada pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar;

g) avocar, excepcional e fundamentadamente, inquérito policial em andamento.

O

Assim, a função do controle externo da atividade policial, conquanto esteja abrigada na Lei maior, não significou um maior avanço para o Ministério Público pois continua a se enfeixar como um conjunto de princípios prévios a possibilitar a melhoria dos elementos de persuasão íntima destinados a formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça, matéria institucional que já encontrava tratamento na Lei Complementar nº 40/80.

O

Insta assinalar, que a posição constitucional do Ministério Público, quanto à segurança pública, não se esgota nessas funções, reclamando uma das suas missões básicas, qual seja, aquela de defender o regime democrático, a ser cumprida interna corporis mediante os demais mecanismos de atuação previstos na própria Constituição

IV - A efetividade da atuação do Ministério Público diante das investigações de polícia judiciária.

No que se relaciona à polícia civil dos Estados, esta, além de exercer a atividade de polícia administrativa, de caráter preventivo e em harmonia com a polícia militar, tem também a incumbência de investigar a prática de condutas penalmente típicas.

A atividade persecutória desenvolvida pela polícia judiciária desenvolve-se basicamente através do inquérito policial, sendo certo que o legislador ordinário regula a sua formação e respectivo procedimento nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º, aos quais se adicionam outras normas de atuação do Título 1, do Livro 1, do Código de Processo Penal.

O efetivo e honesto cumprimento pela Autoridade Policial dos comandos legais citados ante a ocorrência de um crime, em linha de princípio, tão-só demandaria a atuação do *Parquet* quando do recebimento do inquérito. Mas todos sabem e, sobretudo, nós sabemos, que o concurso investigatório da polícia hoje encontra-se falido, haja vista a corrupção avassaladora existente, atuação criminosas que, pela inércia das instituições com obrigação de combatê-la, dia a dia transforma os agentes públicos em parceiros do crime organizado.

O mecanismo ordinário de combate exercido pelo Ministério Público através do controle externo da atividade policial, como estatuído legalmente, mostra-se inteiramente incapaz de produzir resultados positivos, não só pela ineficácia de seus instrumentos - *velhos remédios para abater a resistência de bactérias de última geração do crime organizado* -, mas também, pela individualidade solitária da atuação dos órgãos de execução, facilmente derrotada pelos empresários públicos do crime.

A jornada diária nos leva a conclusão que o Ministério Público tem ocupado a posição de mero repassador-exequente dos fatos delituosos que a polícia judiciária quer que sejam encaminhados a juízo, quase sempre refletindo um universo de delitos sem maior relevância penal no tocante ao potencial ofensivo, devendo ainda ficar ressaltada, a inexistência de inquisições versando sobre a macrocriminalidade, tais como aquelas relativas às quadrilhas (verdadeiros exércitos!) do tráfico de entorpecentes, do furto e roubo de automóveis, das instituições financeiras, e dos grandes esteionatários, entre outros.

Por outro lado, nossa experiência e a alienígena retratam, sem retoques, que o crime organizado somente consegue ter estrutura e expandir-se com o concurso do Estado, inclusive por omissão, relevando notar que, subitamente, há uma perigossíssima evolução dessa mera postura omissiva para uma efetiva sociedade com aquela espécie de criminalidade, deixando o cidadão incrédulo quanto à segurança exercida pelo poder público em face do quadro generalizado de impunidade dos criminosos.

V - A atividade investigatória do Ministério Público na fase pré-processual e sua ininstrumentalização.

*

Não obstante, a criação, em vários Estados, de grupos especializados de Promotores de Justiça para atuarem em inquéritos relativos a certa categoria de delitos, que, via de regra, mais atendiam ao Poder Executivo, a primeira semente para um novo posicionamento do Ministério Público na investigação, sem dúvida foi plantada no Rio de Janeiro, no ano de mil novecentos e noventa e um, com a criação das Centrais de Inquérito, através da Resolução nº 438 da Procuradoria-Geral de Justiça.

O surgimento de Promotorias de Investigação Penal, longe de ser o ideal por nós previsto, vem conseguindo de uma forma satisfatória situar o Promotor de Justiça na área de atuação de uma Distrital.

Com a existência deste novo órgão de execução na Capital, tomou-se possível, ainda que acanhada e embrionariamente, a reprodução na grande cidade do papel desempenhado pelo Promotor de Justiça no interior, inclusive aproximando o cidadão do Ministério Público.

O

Como órgão centralizador da apuração das infrações penais perpetradas, notadamente em relação ao recebimento direto dos inquéritos policiais instaurados, estes investigatórios passaram a ser distribuídos, tão-somente nas hipóteses de ajuizamento de denúncia, arquivamento ou postulação de medidas de natureza cautelar penal, quando então se pode canalizar em Promotorias de Investigação Penal a verificação da criminalidade em determinadas regiões da própria Capital e área metropolitana, com a divisão das atribuições em conformidade às unidades policiais distritais existentes.

Mais do que isso, hoje se tem Promotores de Justiça atuando junto às Delegacias Especializadas, em Promotorias Naturais, onde,

sabidamente. situam-se de uma forma mais destacada os focos de criminalidade policial e do crime organizado.

A criação de Promotorias de Investigação Penal Naturais, sem dúvida, importou não só um avanço em relação ao controle externo da atividade policial, mas também na própria efetivação do controle do exercício da segurança pública pelo Estado.

- A par disto, o recebimento de notícias de crimes e peças de informação, inclusive remetidas pelo Judiciário, ao lado do
- comparecimento diário de pessoas narrando a prática de delitos, exigiram mais do que a simples requisição de inquéritos policiais, reclamaram a feitura de investigações pré-processuais próprias, sobretudo porque em várias oportunidades, depois de estafantes cruzamentos de dados contidas em inquéritos e peças de informação, com a obtenção de medidas cautelares, tais como mandados e busca e apreensão e mandados de prisão, constatou o Ministério Público a impossibilidade, em alguns casos, de contar eficazmente com o trabalho investigatório da polícia judiciária.

Assim, cremos que o maior avanço no campo da investigação penal está se dando justamente naquelas hipóteses em que a polícia judiciária se mostra impotente para as investigações, seja pela complexidade do fato (como por exemplo em casos de erro médico), seja pelo desinteresse na própria investigação (crime organizado e corrupção policial).

- Diante deste quadro, surgem duas situações distintas que
- merecem a devida análise: o acompanhamento dos Inquéritos Policiais pelo Ministério Público; e a instauração de procedimentos preparatórios de investigação penal pelo Ministério Público.

Assim, pelo que vimos não há como o *Parquet* enfrentar a problemática do crime organizado sem que se utilize dos instrumentos legais de investigação que lhe foram outorgados para o desempenho de suas atribuições.

Sustentam alguns autores⁶ que a *criminalidade organizada* - aquela que surge quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido e paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tomem extorquíveis ou venais, compreendendo uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou

⁶ Winfried Hassemer, *bi Segurança Pública no Estado de Direito - Revista Brasileira de Ciências Criminais*, pág 58. volOS, 1994.

com vítimas difusas (tráfico de drogas e corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular -, e menos visível que **criminalidade de massas** - aquela que afeta a população sobressaltando-a ou atingindo-a como vítimas reais ou possíveis (roubo*, furtos, etc...).

Sem dúvida, aquele tipo de delinquência tangencial ao cidadão criminalidade de massas - durante muito tempo foi a sua maior causa de preocupação. Hoje, sem se esquecer dessa infeliz experiência, percebe este mesmo cidadão que a criminalidade organizada, que contamina as instituições, atingindo as raízes da estrutura do Estado, a longo prazo, e por não receber a devida resposta penal, lhe fere mais profundamente do que aquela primeira, a qual, num curto espaço de tempo, acaba por se tomar numa consequência inevitável desta última forma de desestabilização social, ou seja, o crime organizado.

Posto isto, e ciente da inexistência de uma profícua investigação pré-processual acerca dessa criminalidade organizada, necessário se torna o aparelhamento legal do Ministério Público para o eficaz combate a essas organizações criminosas, de modo a permitir-se a conseqüente deflagração da ação . penal, ou pelo menos a devida interpretação das regras já editadas.

Com a Lei nº 8.625/93⁷, no capítulo atinente às **Funções dos órgãos de Execução**, o legislador, no art. 26, inciso 1, autorizou o Ministério Público a instaurar procedimentos administrativos.

Antes que se diga que estes procedimentos administrativos referem-se apenas ao inquérito civil, relembramos por oportuno, como destacado em trabalho anterior, que "...quando a lei se reportou aos *procedimentos administrativos pertinentes*, obviamente o fez em alusão a todos os outros que não se referissem ao inquérito civil, e dentre estes outros, as peças de informação penal preparatória no âmbito do próprio Ministério Público isto porque em relação aquele ou seja, o inquérito civil, já havia utilizado-se da fórmula genérica *outras medidas* para expressar os seus desdobramentos e aplicações múltiplas, uma vez que não poderia inserir na norma a totalidade dos casos que lhe fossem suscetíveis.

⁷ U Orgânica Nacional do Ministério Público - Dispõe sobre normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências (D.O.U. de 15.02.93)
tWalbezto Fernandes de Lima, In A quebra do sigilo bancário por ato do Ministério Público Estadual - Tese aprovada por unanimidade no XIV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. 1993.

e

E mais:

Neste particular, cabe destacar que a referência feita a "*outras medidas*" diz respeito a qualquer procedimento administrativo inerente ao inquérito civil, já que toda providência ministerial neste sentido será sempre de natureza administrativa, a exceção de quando tiver que propor uma medida judicial.

§ Entendido isto não se pode aceitar que a referência feita a *procedimento administrativo* toca direta e exclusivamente ao inquérito civil, sendo então de melhor doutrina admiti-la como alusão a toda e qualquer atividade administrativa *afeta às funções ministeriais...*"

Com esta expressa autorização de instaurar procedimentos administrativos, inclusive no âmbito penal tem-se agora, a possibilidade de instrumentalizar-se a persecução pré-processual pelo próprio *Parquet*, independentemente das atribuições de polícia judiciária afetas a polícia civil dos Estados.

• Estes *procedimentos adminztrativos* admitidos na nova lei se devidamente analisados no campo processual-penal, nada mais irão importar do que o aperfeiçoamento daquelas peças de informação de que trata, ainda que de uma forma acanhada, o Código de Processo Penal nos seus artigos 28, 39 § 30, e 46, § 1º, e que de há muito não impedião uma investigação ministerial própria na fase pré-processual.

● **vi- Órgãos de execução e atribuições relativas a atuação em matéria criminal.**

A estrutura dos órgãos de execução do Ministério Público em matéria criminal sempre se norteou para estabelecer as atribuições em consonância com o órgão judiciário competente fazendo com que a atuação ministerial fosse realizada de forma difusa, impedindo consequentemente uma visão global a permitir o efetivo controle sobre o real exercício da segurança pública pelo Estado

1

No Estado do Rio de Janeiro, como já vimos, com a criação da Central de Inquéritos, conseguiu-se, através da concentração das investigações pré-processuais, apenas atenuar este quadro, pois a atribuição do Promotor de Investigação Penal encerra-se com o ajuizamento dos investigatórios.

O estágio avançado que atingiu a atividade criminosa reclama um aperfeiçoamento dos instrumentos legais afetos ao Ministério Público, notadamente no seu aspecto estrutural, porquanto a criminalidade, antes resumida a fatos isolados, hoje atinge os mais variados segmentos da sociedade de forma organizada.

É necessário assim, que haja uma reestruturação dos órgãos de execução em matéria criminal, de sorte que o Promotor de Justiça não tenha a sua atribuição vinculada a um único juízo, mas sim a apuração de uma infração penal.

Dessarte, entendemos que somente com a criação de Promotorias de Justiça com atribuição para atuar desde a investigação das infrações penais até o julgamento em primeiro grau de jurisdição será possível efetivar o direito constitucional do cidadão à segurança.

Por outro lado, estes órgãos de execução a serem criados, deverão abranger mais de um cargo de Promotor, de modo a permitir o total acompanhamento das investigações e atos judiciais e evitar a indesejável personificação solitária do membro do Ministério Público.

Finalmente, diante de tudo que foi exposto, temos que pensar um Ministério Público moderno, verdadeiramente cômico da finalidade de suas atribuições, tidas não só pelo aspecto literal, mas como reflexo dos inadiáveis anseios do povo por uma sociedade mais justa e capaz de propiciar a todos o mínimo que uma Constituição pode e deve assegurar: o cumprimento e respeito aos direitos e garantias individuais.

0

**VII- Conclusões a serem submetidas a discussão e votação pela
Comissão Técnica, Grupos de Trabalhos Setoriais e pelo Plenário do
X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO:**

1 - O Ministério Público Estadual, com fundamento no art. 26. inciso 1. da Lei nº 8.625/193, está autorizado a instaurar *procedimento administrativo*, como investigação penal preparatória própria, no qual podem se valer dos instrumentos persecutórios previstos no citado dispositivo legal, sendo esta a melhor forma de poder exercer com plenitude o combate ao crime organizado

0

*

2- Para o eficaz controle do exercício da segurança pública pelo Estado, é necessário que o Ministério Público restructure os seus órgãos de execução em matéria criminal, desvinculando as atribuições da competência do órgão judiciário, de modo que o Promotor de Justiça atue desde o início da apuração das infrações penais até o julgamento em primeiro grau de jurisdição, sendo certo que estes órgãos a serem criados deverão abranger mais de um cargo, permitindo-se o total acompanhamento das investigações e atos judiciais, evitando-se, assim, a indesejável personificação solitária do membro do Ministério Público.

1

e

1

0

0

a

COMISSÃO II

a

Ministério Público e a
Violência Urbana

ri

**Proposta de apoio à alteração da Constituição , versando assunto do
subtema II, Ministério Público e a Violência Urbana, visando a**

**DESMILITARIZAÇÃO DA POLÍCIA
PARA DIMINUIR A VIOLÊNCIA**

Justificativa:

Esta tese nasceu de leituras de textos de Hélio Bicudo, Paulo Sérgio Pinheiro, Hélio Peliegrino, Virgílio Donnici, o livro do jornalista Caco Barcelos ("Rota 66"), do Relatório Zaffaroni para o Instituto Interamericano de Direitos Humanos e outros. Trata-se de tese apoiando proposta de emenda à Constituição.

§ Histórico da PM (respingado das obras de Paulo Sérgio Pinheiro e de Hélio Bicudo): as milícias estaduais e provinciais antes de 1891 eram forças públicas pequenas, o ultrafederalismo de 1891 aumentou estes efetivos. Porém, somente após 1964, com a criação do SNI e da polícia federal, foram desviadas totalmente de suas finalidades, tornando-se forças auxiliares do Exército.

Em 1969, durante o governo da Junta Militar, foi dado um passo fundamental para a subordinação mais rígida das forças militares estaduais às diretrizes da ideologia da DSN Doutrina de Segurança Nacional, forjada no Pentágono, denunciada pelo Padre José Comblin e outros), ao Exército. O decreto-lei n. 667, de 02.07.69, atribuiu ao Ministério do Exército, através do Estado-Maior deste, à nível nacional e aos comandos militares nas regiões, a reorganização e coordenação das P4s. O controle das PM s, sendo o cargo de Inspetor Geral das Polícias Militares desempenhado por um general de Brigada, em serviço ativo. A Emenda Constitucional n. 8 de 1977, da 1ª de abril, eliminou a Súmula n. 297 do STF, a PM teve assegurada a impunidade, através da Justiça Militar.

O regulamento n. 200, no bojo do Decreto n. 66.862, de 08.07.1970, determina que as polícias militares " para emprego em suas atribuições específicas ou como participantes da defesa interna ou da defesa territorial, **ficarão diretamente subordinadas aos comandantes do Exército ou comandantes militares da área**"(art. 4 o) (g. n.).

A medida é até mesmo de vilipêndio ao federalismo, **subordinando 80% do policiamento nacional ao Estado Maior do E3cárâito, que penso ser totalmente despreparado para a prevenção do crime, principalmente a violência urbana. Os vínculos de subordinação hierárquica operacional e administrativa ao Exército são permanentes, graças à IGPM.**

Sobre o "humanismo e à deontologia" ensinadas por partes do Exército, lembro que recentemente o Gen. Aciyr Fiúza de Castro, que foi chefe do Centro de Operações de Defesa Interna (contra os "inimigos internos") - CODI , defendia a tortura como método eficaz de interrogatório para buscar informações (usado bastante no DOI - Destacamento de Operações de Informações

Eis algumas pérolas do depoimento deste General em março de 1993 (ainda pensa assim até hoje) " Há um método: de interrogatório em que voce põe um elétrodo nos dedos em qualquer lugar - e roda um dínamo que faz passar uma corrente" e "só se interroge o prisioneiro despido, tirando a roupa fica-se muito agoniado, num estado de depressão muito grande" Para terminar transcrevo este pequeno trecho antológico que expressa as idéias criminalísticas (sic) que permeiem as PMs

"Se uma neta minha for raptada e eu pegar um camarada que saiba onde ela está, **aht eu torturo mesmo, faço ,o diabo,** porque estou envolvido.

Não tenho nenhum escrúpulo. Não sou cristão, não acredito em vida eterna (...) , **não sou contra a tortura.**" , extraído do Jornal, do Brasil, de 07.08.94, fl. 14)

A militarização da .PM, a duplicação da polícia, com dispendiosas estruturas duplicatas(prédios, instalações,etc) , a ideologia da segurança nacional em vez de uma deontologia policial humanista, a atuação homicida e violenta da PM, eis os motivos que levaram a redação desta tese. Principalmente , também , lições de criminologia Sutherland e Rob. Lyra Filho) que me ensinaram que os malfeitores verdadeiros não são os maltrapilhos sem-teto e sim os ricos criminosos de colarinho branco , impunes sob a atual estrutura policial. Que a violência somente aumenta com esse tipo de policiamento.

- 0• Esta tese defende a desmilitarização e unificação das polícias estaduais, defende uma polícia única •em cada Estado, haveria uma parte fardada e outra judiciária, esta em contato permanente com o Ministério Público (remessa dos inquéritos diretamente e acentuação do controle externo). Os governadores teriam total controle sobre a polícia estadual, sem a intromissão da Inspetoria Geral das Polícias Militares (IGPM), que tem como atribuições a inspeção das PMs, o controle destas no que tange ao efetivo, material bélico (sic), prioridades no controle dos "inimigos internos "(Através da PM 2, que fiscaliza os sindicatos de trabalhadores famintos em vez de vigiar trustes e cartéis) e formação dos PMs. Quanto a este último ponto, no.DF , já é notícia nacional, soldados foram forçados a beber o sangue de galinhas decepadás, além de comerem excrementos e gritarem que eram "animais bela formação humanista. Talvez discursos pró-torturas do Gen. Adyr. Fiúza, também sejam usados, o que tnde •a gerar urna espiral de violência que tornará nossa sociedade terra sem lei.

A Anistia Internacional , através de John Alderson (foi ex-comandante da academia de polícia da Inglaterra e ex-comandante geral da **Scotland Yard**, polícia federal inglesa criada por

Robert Peel), este senhor era o chefe da assessoria da anistia internacional na área policial e coordenou relatório da Anistia sobre a violência no Brasil, intitulado "Acima da Lei" (junho de 1990), este relatório condena a justiça militar por sua complacência sistemática, a repressão aos movimentos grevistas, **a existência da anomalia duma polícia militarizada**, condena a pena de morte existente de fato no Brasil, as torturas e o uso excessivo de armas (principalmente as armas de grosso calibre da PM, metralhadoras, etc).

O maior defensor da tese de urna polícia única em cada Estado é o deputado Hélio Bicudo, mas outros como Cláudio Fontelles, procurador da República, também defendem esta tese. Uma polícia sem ligações e sem o controle do Exército é o passo inicial para criar urna nova polícia, dedicada à segurança pública, voltada para garantir a vida da parte miserável e desamparada da população e não mais apenas como guardiã dos ricos e das macroempresas.

O policiamento externo, preventivo, deve ser feito por parte da polícia, usando farda, tal como é feito nos EUA, Inglaterra, França, Alemanha e todos os países democráticos. Logo, a emenda constitucional seria a revogação principalmente do artigo. 144, inciso IV, parágrafos sexto e sétimo, que define a PM deste modo:

**"forças
auxiliares e reserva do Exército
..**

A estrutura das Polícias Militares é extremamente dispendiosa, a manutenção dos quartéis, campos de treinamento, a disciplina "incompatível com o cumprimento das funções multifacetárias do policiamento" (H. Bicudo) reduz a quase nada sua eficiência. E mais, o código disciplinar somente serve para calar justas reivindicações dos soldados e cabos. Não é sem motivo que as associações destes apoiam a desmilitarização, enquanto os oficiais, quanto maior a patente mais apoiam o "status quo". O regulamento disciplinar de quartel ignora os mais elementares direitos dos

milicianos. Cerca de 75% ou 80% da Polícia, no Brasil, pertencem à Polícia Militar, onde as penas disciplinares são arbitrárias e humilhantes.

Hélio Bicudo escreveu sobre estes pontos textos, que tomo a liberdade de transcrever:

- "As polícias militares sé constituíram em verdadeiros poderes paralelos aos dos Governos dos Estados. Os desmandos ocorridos em São Paulo, no massacre do Carandiru, oferecem resposta eloqüente ao corporativismo e •ao poder da corporação frente à sociedade civil

e

polícia única não que dizer que não preencha suas atividades de prevenção. Essa polícia teria um segmento uniformizado, para o policiamento das ruas e um segmento não uniformizado, para as questões de investigação".

Democratizar a polícia passa. por libertá-la do poder militar. A polícia hoje somente serve à segurança de pequeno setor da sociedade, os mais ricos.

- O "inimigo interno "que deve ser destruído para a Doutrina de Segurança Nacional tem o seguinte estereótipo (imagem): **a figura dum favelado negro, desdentado, com as mãos ásperas do trabalho manual, roupas sujas, cheiro de suor do trabalho, etc. Imagem racista e classista.** Os crimes praticados por, pessoas de colarinho branco falências, fraudulentas, sistemática sonegação fiscal na ordem de bilhões de dólares, manobras cambiais ou com títulos, evasão de divisas para contas na Suíça ou para matrizes de multinacionais, a grilagem, a

dívida externa recheiada 'de fraudes e crimes, a corrupção sistemática que reforça a privatização. do Estado, a organização de multinacionais na forma de Ltda, etc, que aumentam a violência urbana) superam milhares de vezes a soma em valor de todos os pequenos roubos e furtos, mas a polícia, tem como inimigos básicos pequenos ventanistas famélicos e analfabetos. Combatem os crimes de bagatelas e não se organizam para .a prevenção e repressão dos crimes de colarinho branco. O sistema penal (com destaque para a PM) é caracterizado pela seletividade, repressividade e estigmatização (segundo Raul Zaffaroni).

Esta tese visa apoiar a proposta de emenda à Constituição, PEC n. 046/91, do deputado Hélio Bicudo, projeto que segue em anexo. Transcrevo a seguir parte da justificação desta emenda

Desmilitarização da polícia submetendo-se à fiscalização maior do judiciário e, no que tange à polícia judiciária, à supervisão do Ministério Público, circunstância que ir-se-á constituir em fator de sua maior eficiência. Sobretudo a sua desvinculação do estaiuento militar, circunstância até hoje impedi tiva de seu melhor desempenho, seja no campo preventivo, seja no setor repressivo.

Essa desvinculação permitirá que os Estados organizem , segundo suas peculiaridades, as suas' polícias, tornadas civis, como decorrência do fato de que aos Estados é defeso constituírem forças armadas para-militares

Por último, tornada civil , a policia, pelo seu caráter intrínseco, perdem

sentido os tribunais militares estaduais."

Várias entidades de direitos humanos, como a Comissão Teotônio Vilela e a America's Watch" denunciaram a violência 'das Polícias Militares nas suas atividades de policiamento ostensivo. E .a complacência das justiças militares estaduais (principalmente onde existe os Tribunais de Justiça Militar, SP, RJ e RS) , "extremamente benevolentes "(H. Bicudo) e ainda mais extremamente morosos no julgamento dos crimes perpetrados por policiais militares. A OAB, tanto pelo Conselho Federal como pelas suas seções estaduais, manifestam-se no mesmo sentido.

A imprensa paulista divulgou estudos do Núcleo de Estudos da Violência da USP, que apontam que em São Paulo são executados dois • menores por dia. **O livro " Rota 66 - a História da Polícia que Mata ", do jornalista Caco Barcelos,** traz dados do Relatório da Comissão Especial da OAB , de Investigação para .a apuração de execuções sumárias em São Paulo, foi 'constatado que de janeiro de 1970 a junho de 1992, foram mortas pela polícia 4.179 pessoas, dentre as quais 57% não tinham antecedentes criminais. Recorde mundial de, eliminações extra-legais, pena de morte na prática

Hélio Bicudo mostra que " a Polícia de São Paulo mata um homem a cada seis horas, num recorde mundial de violência. Em New York, cujos níveis de violência são comparáveis aos de São Paulo, em um ano,' ou mais precisamente, em 1991, foram mortos em, confronto com a Polícia , vinte e oito pessoas". Um abismo de, diferença, notar que lá a polícia não é militarizada. Não acha que há uma guerra interna. O sistema DOI-CODI sobrevive hoje nas PMs; as torturas, as prisões ilegais existem.

Esta tese também foi defendida por entidades como o Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo e mesmo **pela entidade que congrega todos os bispos do Brasil, a CNBB,** no doc. " Brasil : Alternativas e Protagonistas ", fruto da 2 a Semana Social Brasileira, elaborado

pelo Setor Pastoral Social da CNM , que defendeu neste documento, na pág. iii:

" a desmilitarização das
polícias para "eliminar o
arbítrio e a prepotência
presentes na própria estrutura
destes ap relhos".

Vejamos também pequeno trecho do grande livro " Rota 66 ", 8 a ed. ,pág. 130:

"Nem as invasões estrangeiras dominadoras mataram tantos brasileiros. Os Pms mataram mais que os invasores ingleses, franceses e holandeses juntos, que fizeram 23 mil baixas, cerca de 5 mil mortos, 18 mil feridos. Sem ter um inimigo declarado, os P .M.s já conseguiram causar urna' matança de civis comparável aos sangrentos, combates das guerras do Riô Grande do Sul contra o Uruguai e a Argentina. Só não é superada pelo saldo de baixas da Guerra do Paraguai, a mais violenta da história do país. Em sete anos de conflito matou 9 mil brasileiros e feriu 27 mil. Seria necessário um levantamento nos arquivos históricos com muito mais profundidade, para se obter a classificação exate da guerra da PM." [o perfil dos mortos? "Negro ou pardo, baixa instrução, morador da periferia da cidade"].

Concluo pedindo que este Congresso Nacional de Promotores respalde esta tese e determine a expedição de moção ao Congresso Nacional para que éste vote a emenda constitucional que desmilitarizará a polícia, colaborando para diminuir a violência urbana e a criminalidade.,

• Brasília , 07/08/94

t

Luiz'FranciscóF. de Souza
Promotor de Justiça Adjunto.

PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO

Deputado Hélio Bicuda

PEC nº 046191

Introduz modificações na estrutura policial

Art. 1 - Acrescente-se o seguinte artigo ao
Cap. III Da Segurança Pública:

"A Polícia Federal e as polícias estaduais, incumbidas de garantir a segurança e de colaborar com o Poder Judiciário e o Ministério Público na apuração das infrações criminais, so órgãos de natureza civil, no podendo, em hipótese alguma e de nenhuma forma, submeter-se autoridade militar."

Art. 2º - De-se ao art. 144, a seguinte redação

Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos

e

I - policia federal;

II - policia rodoviária federal;

III - policia ferroviária federal;

IV - policias civis e corpos de bombeiros.

e

10 - As policias federal e estadual usaro uniformes quando encarregadas do policiamento ostensivo. As funcões de policia científica e judiciária serão exercidas pelos mesmos policiais, nesse caso dispensados do uso do uniforme, com formaco profissional especifica.

- A policia federal, instituída por lei comW Órgo permanente, estruturado em carreira., destina-se a:

- apurar infrabes penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e • empresas públicas, assim come outras infra;bes cuja prática tenha repercusso interestadual ou internacional e exija . repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o

descaminho, sem prejuízo da aç*o fazendéria e de outros
Org*os públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as fun;bes de policia
maritima, aérea e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as
fiinções de policia judiciária da União.

- A policia rodoviAria federal,
órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na
forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias
federais.

4o Apolicia ferroviária federal,
órgo permanente, estruturado em carreira, destina-se, na
forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias
federais.

- 4 policia, enquanto uniformizada,
cabe o policiamento ostensivo e •a preservação da ordem
pública. Aos corpos de bombeiros, além das atribui;bes
definidas em lei, incumbe a execuço de atividades de defesa
civil.

- As policias e es corpos de
bombeiros subordinam-se aos governadores dos Estados, do
Distrito Federal e dos Territórios e tero organização
própria, segundo as peculiaridades locais, obediente As
diretrizes gerais baixadas por lei complementar que

disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

7 - A lei disciplinara a organização e funcionamento dos Órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a *garantir a* eficiência de suas atividades.

0

So - Os Municípios poderl(o constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instala;bes, conforme dispuser a lei.

Art. 3Q - Suprima-se o 39., do art. 12, que se refere à ,Justiça Militar Estadual.

JUSTIFICACAO

O equacionamento da problemática de segurança passa, sem duvida por uma reformulaco de todo o sistema que a compbe: a policia, a justiça e a priso.

E preciso nessa linha fazer penetrar essas instituïbes de verdadeiro espirito democrático, aproximando-as mais daqueles para os quais existe: o povo.

Esta emenda cuida, especificamente, de introduzir rnodificaçbes na estrutura policial.

Desmilitarização da policia, submetendo-se fiscalização maior do judiciário e, no qual tange à policia judiciária, à superviso do Ministério Pública, circunst*ncia que ir-se-a constituir em fator de sua maior eficiência. Sobretudo a sua desvinculação do estamento militar, circunstância até hoje impeditiva de seu melhor desempenho, seja no campo preventivo, seja no setor repressivo.

Essa desvinculação permitira que os Estados organizem, segundo suas peculiaridades, as suas policias, tornadas civis, como decorrência do fato de que aos Estados é defeso **constituírem forcas armadas para-militares.**

Por Ciltimo, tornada civil, a policia, pelo seu caráter intrínseco, perdem sentido os tribunais militares estaduais.

e

MINISTÉRIO PÚBLICO E VIOLÊNCIA URBANA:

Até que ponto os meios de comunicação de massa contribuem para o aumento da violência urbana e o papel fiscalizatório do Ministério Público sobre a programação da mídia - um enfoque criminológico

Eliezer Gostes da Silva
Promotor de Justiça-PR

1. INTRODUÇÃO

Conquanto estejamos acostumados a vincular a atividade do Ministério Público, em sede penal, ao aspecto dogmático-repressivo da criminalidade e da violência, já é chegada a hora de um salto qualitativo no exercício de nossas funções institucionais aproveitando a contribuição da moderna Criminologia, não apenas por sua necessária e conveniente interdisciplinariedade, que permite sintetizar e integrar as descobertas das diversas ciências, objetivando uma análise prismática do processo de eclosão do fenômeno criminoso (conf. o conceito de Criminologia "integradora", sustentado, entre outros, por Hans Göppinger - 1973:56), como também para apontar os caminhos para a prevenção do delito. A resposta repressiva individualizada, na clássica linha do Direito Penal do autor, tendo por objeto um prototípico (e previamente determinado) transgressor da norma vigente, vem dando lugar à consideração do crime como um fenômeno "normal" em qualquer sociedade (eis que por ela própria produzido - conf. o conceito de co-culpabilidade, de Alessandro Baratta, apud Karam, 1993:116), o que tem permitido identificar e atacar os verdadeiros condicionantes (e não apenas os efeitos) da prática criminosa, realçando o relativismo histórico do que se deva entender por ação criminosa e a manipulação ideológica da parcela da população "eleita" pelo sistema político dominante como destinatária "natural" dos instrumentos formais de controle social (conf. Karam, 1993:167).

Embora já se tenha até definido como violentos todos os fenômenos que, impedindo a satisfação das necessidades básicas do homem e, portanto, violando os direitos humanos, constituem atentados à sobrevivência biológica, espiritual e cultural da espécie humana (Karam, 1993:145), utilizaremos no presente trabalho (em razão das limitações intrínsecas) um conceito estrito de violência, relacionado ao subgrupo "segurança", o qual, ainda de acordo com Maria Lúcia Karam, inclui as causas externas ou traumas, determi-

nantes de um elevado número de violações do direito à conservação da vida e da integridade pessoal (1993:162), agrupando não só os homicídios e lesões corporais dolosaÉ, mas também as mortes e lesões culposas, sobretudo as decorrentes do trânsito ou do trabalho.

Feitas tais considerações principiológicas, convém delimitarmos, como objeto de discussão e análise do presente trabalho, a contribuição de um dos mais importantes processos de socialização (a mídia, em especial a TV) na formação da "psyché" violenta de uma ampla gama da população (e não apenas, como realçamos, dos "rotulados" ou etiquetados" de criminosos), particularmente as crianças e adolescentes, bem como o instrumental jurídico-processual disponível, nos âmbitos do Direito Internacional Público, do Direito Constitucional pátrio e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que autoriza a intervenção construtiva do Ministério Público na programação veiculada na mídia.

2. Televisão e violência: bases psicossociais do problema

Na era moderna, a televisão constitui-se, sem dúvida alguma, num poderoso instrumento de socialização, informação e divertimento, acessível a bilhões de telespectadores, não se podendo desmerecer sua importância como principal veículo de comunicação, representando muitas vezes a única fonte de educação informal de um percentual significativo da população, sobretudo no Brasil, onde os índices de analfabetismo são ainda assustadores. Ocorre que, como sôi acontecer na sociedade norte-americana, da qual é caudatária, a televisão brasileira, longe de cumprir com eficácia seu papel de difusão de atividades educativas, artísticas, culturais e informativas, num país de dimensões continentais, com graves diversidades regionais, tornou-se um foco de alienação informativa, de manipulação político-ideológica e de propagação e estímulo de práticas violentas, que a sociedade acaba assimilando, de forma crescente, sem mesmo se aperceber, já que a banalização dos valores éticos negativos acaba por coarctar naturais moções de repúdio, de descontentamentà, de revolta. Isso decorre, em parte, do modo cartonal como foram outorgadas as concessões das redes televisivas, a concentrar numa meia dúzia de empresários poderes extraordinários, sem a contrapartida de um mecanismo de controle comunitário do próprio veículo, eis que a sociedade deveria influir mais ativamente no conteúdo das programações veiculadas. Ao contrário, o influxo de informações é manipulado de modo tão contundente que

nem mesmo a consciência crítica dos valores éticos que devam estar subjacentes ao direito de informação, parece existir na maioria esmagadora dos destinatários da mídia televisiva. Trata-se, sem exageros, de uma autêntica 'lavagem cerebral', de que a elite intelectualizada muito se ocupa, nas academias; que a classe política vez por outra (movida, como sempre, por interesses contingenciais) acena com algum tipo de modificação, porém, na realidade, não fazem concretamente para alterar o "status quo". Todos dependem da mídia e não lhes interessa contrariar os múltiplos e poderosos interesses que a subjazem, sob pena de os próprios detratores virem a ser sumariamente execrados por aquilo que já se chamou de "quarto poder" (o poder dos meios de comunicação de massa).

Não obstante, para que nossa tese principal não se transmude numa visão romanceada, de cunho político-ideológico, sem um maior rigor científico, iniciaremos com a apresentação de alguns dados apresentados pela psicóloga Raquel Soifer (1991), resultado de muitos anos de experiência clínica no trato com crianças e adolescentes com graves distúrbios psíquicos, resultantes da exposição constante à televisão. A autora, partindo do que denomina de "identificação projetiva, "que nos permite imaginar que entramos no outro e sentimos o mesmo que ele, ao mesmo tempo nos induzindo a crer que somos esse outro que está no palco ou na tela" (Soifer, 1991:13), alerta para os efeitos danosos (mormente para os jovens) da programação televisiva, em sua quase totalidade permeada pelas mais diversas formas de violência, somadas à exaltação da delinquência, do êxito fácil, da desestruturação familiar. Particularmente com relação à violência (que é o que nos interessa, nesse trabalho), a autora destaca sua frequência até mesmo na programação voltada para o universo dito infanto-juvenil:

Os desenhos animados são protagonizados por personagens que se destacam por sua infinita maldade e crueldade ou por sua onipotência, cheia de astúcia e perfídia. O irracional governa as ações; tudo é possível e lícito: sortes, ressurreições, "golpes", desabamentos, esmagamentos, explosões e torturas, o que constitui uma clara expressão do pensamento mágico, e suas variações mais aberrantes e sinistras(...)

As séries, ainda que tenham aparentemente uma conexão lógica, estão regidas pelo disparate, e quanto mais disparatadas, quanto mais irreais as soluções que trazem, quanto mais incompreensível o conjunto e mais veloz o ritmo, mais que as imagens se sucedam, maior êxito podem ter, pelo menos na mente dos produtores. Armas mortíferas, existentes e inexistentes, insólitas extravagâncias, condutas anti-sociais e morais são os temas mais comuns, unidos ao erotis-

no e, inclusive, à pornografia. Os supostamente bons agem como maus, para assim poder vencer as ciladas dos 'maus'. Nos Estados Unidos erguem-se, seguidamente, vozes contra esta escola de violência e terrorismo que é oferecida às crianças e adolescentes, mas até o momento não se conseguiu nada. O argumento que se usa em favor desses programas é que são os que gozam de maior audiência. Nós respondemos que é fartamente conhecido que não é necessário ensinar o vício e a maldade ao homem, porque os conhece muito bem, já que são parte de sua natureza, e que, ao contrário, o que unia criança precisa é o aprendizado de tudo aquilo que conduz à defesa da vida e à convivência pacífica.

Sem dúvida, o que lhes está sendo oferecida é uma verdadeira inversão de valores, numa escala em que tudo aparece como desejável e exatamente o que de mais anti-social e violento possa caber na doentia imaginação humana (Soifer, 1991:37)

Desmistificando a lógica das emissoras de televisão de que há uma preferência aparentemente dispensada por parte do público aos programas de terror, violência e erotismo, Soifer afirma que um estudo exaustivo e científico permitiria demonstrar que, em muitos casos, os êxitos de audiência se constituem numa falácia e que a preferência do público àquela espécie de programas deve-se muito mais ao costume que lhe foi estimulada que a uma "livre-escolha, baseada na reflexão (1991:39).

A essa altura, convém lembrar que, a partir da visão de que o crime é uma função das interações psicossociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade (Garcia-Pablos, 1993:229, citando Siegel, L.J. Criminology), desenvolveram-se, em Criminologia, as teorias do processo social, cabendo-nos destacar uma de suas orientações (as teorias da aprendizagem social - social learning'), cuja utilização certamente conduziria a conclusões impressionantes acerca da influência da mídia (um extraordinário fator de socialização no mundo moderno) na etiologia do comportamento violento:

As teorias da aprendizagem social partem da hipótese de que as bases da conduta humana têm suas raízes na aprendizagem que a experiência vital diária enseja ao indivíduo. O homem, segundo esta explicação, atua de acordo com as reações que sua própria conduta recebe dos demais, de modo que o comportamento individual acha-se permanentemente modelado pelas experiências da vida cotidiana. O crime não é algo anormal nem sina de uma personalidade imatura, senão um comportamento ou hábito adquirido, isto é, uma resposta a situações reais que o sujeito aprende. (G. Pablos, 1993:231)

Ainda no âmbito das teorias da aprendizagem social, talvez a teoria da associação diferencial, de Sutherland, possa razoavelmente explicar por que, apesar da constante e generalizada exposi-

ção à violência e à criminalidade, através dos meios de comunicação de massa, uma parcela de espectadores possui mecanismos de censura, freios inibitórios que a impede de praticar condutas mais violentas ou criminosas. E outra parcela, ao contrário, tem naquela exposição um forte estímulo para sua atuação canportamental em sociedade. O problema reside no fato de que vivermos numa sociedade plural, desigual, era que variam, enormemente, entre os diversos grupos, e de indivíduo para indivíduo, os processos de aculturação a que foram submetidos. Variáveis como o padrão axiológico reinante no grupo, o nível de estruturação familiar (e não apenas as sempre lembradas diversidades no grau de satisfação das necessidades reais fundamentais) irão interagir numa reação de maior ou menor exteriorização da violência "aprendida", ceta o que deixamos claro que a violência é insita a todas as classes sociais, sem embargo de os mais "violentados" pela estrutura social em que vivem estarem mais sujeitos a serem criminalizados.

O conceito de associação diferencial dos modelos criminosos vem exemplificado numa matéria publicada na revista Vela, em 14.07.93, que tratava exatamente do excesso-de violência na televisão: *

Ê certo que para muitas, pessoas uma cena de violência, mesmo a mais chocante, pode ter o efeito até benéfico de uma catarse, liberando uma carga de agressividade eletrônica que, sem essa válvula, poderia ser descarregada contra parentes ou vizinhos, o que seria muito pior. O problema é que o contrário também é verdadeiro.

Existem pessoas que tcznam o exibido na IV cano exemplo a ser imitado. "Esse é um poder mortal", analisa o psiquiatra Haini Grnspun, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, autor do livro Do Suicídio. Grñspua cita casos de jovens de famílias equilibradas expulsos de boas escolas por agredir colegas com requintes de perversidade. Queimaduras com pontas de cigarro, para ficar só num exemplo,. O psiquiatra não tem dúvida de que **isso** se aprende (grifamos) na IV, assim cano trata a divulgação de um suicídio cano o vírus de uma epidemia. Os estudiosos conhecem diversos fatores que, combinados, podem levar um adolescente a procurar a morte.

"NO dia era que esses elementos se juntarem na cabeça de um jovem, a recordação de uma imagem de TV pode bastar para dar-lhe a idéia da saída fácil, rápida e trágica", afirma o psiquiatra. 14.07.93, p. 92)

A matéria jornalística publicada na Veia ressalta também que o escritor Anthony Burgess, autor de Laranja Mecânica, embora costumasse refutar o argumento de que sua obra era um elogio à violência, lembrando que a Bíblia é um livro sanguinário por excelência, acabou por retratar-se, num artigo publicado no jornal inglês The Observer, em março de 1993, manifestando-se até mesmo favorável à

censura na televisão, diante da constatação de que jovens americanos, após assistirem ao filme, partiram para agressões semelhantes às exibidas nas telas, chegando a usar roupas que imitavam as dos personagens do filme.

* e Embora as teorias da associação diferencial (cujo principal representante foi Sutherland) tenham sofrido objeções, sobretudo por sua comprovação empírica insuficiente, tendo um de seus discípulos, Cressey (como nos informa García-Pablos, 1993:234) reconhecido que a teoria "não explica por si só por que em idênticas condições uma pessoa sucumbe à influência dos modelos criminais e outras não, tendo o próprio Sutherland (também como ilustra García-Pablos) reconhecido, em seu último trabalho, a necessidade de levar em conta a incidência de fatores individuais na associação e demais complexos processos psicossociais, cremos que, especificamente em relação ao tema do nosso trabalho (que não tem a tola pretensão de afirmar que a televisão seja a exclusiva responsável pela criminalidade e a violência), os postulados básicos da teoria de Sutherland, longe de representar uma visão totalizadora das causas ou fatores da criminalidade e da violência, delineiam um arcabouço teórico que fundamenta a perversidade dos modelos violentos e anti-éticos tão exaustivamente reforçados pela televisão, exatamente porque este veículo dirige-se, indistintamente, a uma totalidade pluridiferenciada de pessoas, com imprevisíveis formas de assimilação daqueles modelos. Convém aqui destacar um resumo que García Pablos faz da teoria de Sutherland:

O pressuposto lógico da teoria da aprendizagem de Sutherland consiste na idéia de organização social diferencial que, por sua vez, conecta com as concepções do conflito social; organização social diferencial significa, conforme o autor citado, que no seio da =unidade existem de fato diversas associações estruturadas em torno de distintos interesses e metas. Ostentar uns interesses e projetos comuns que se comunicam livremente uns membros aos outros seria o vínculo de união que integra os indivíduos em tais grupos e subgrupos, constituindo o substrato psicológico real dos mesmos. Dada a divergência que existe na organização social, resulta inevitável que um desses muitos grupos subscreva, e respalde modelos de conduta delitivos; outros grupos, ao contrário, adotam uma posição neutra, indiferente; outros, por último, enfrentam ativamente os valores criminais e professam os valores positivos majoritários. Assim, a denominada associação diferencial não é senão consequência lógica do princípio de aprendizagem mediante associações ou contatos em uma sociedade pluralista e conflitiva. (García Pablos, 1993:232)

Por outro lado, a concepção de "aprendizagem", inerente à teoria de Sutherland, deve ser atualizada em seu sentido mais amplo possível (daí porque a associamos ao papel dos meios de comunicação de massa), não se limitando a aspectos puramente racionais. Assim, não nos parece pertinente a observação de Garcia-Pablos que, ao negar a etiologia genérica da teoria de Sutherland, afirma que "há experiências que não são aprendidas assim como fatores ocultos e inconscientes que influem na conduta. O crime nem sempre corresponde a padrões racionais eutilitários: existem crimes absurdos, ocasionais, espontâneos, impulsivos, alheios por completo a qualquer mecanismo de aprendizagem" (García-Pablos, 1993:235). Não considerou o insigne criminólogo espanhol que a mídia contemporânea atingiu um grau de sofisticação tão grande, que já trabalha com categorias freudianas, de modo a atingir, também o nível do inconsciente, o que representa um perigo maior, já que o telespectador, jovem ou adulto, não encontra um inimigo visível e, não obstante, é terrivelmente manipulado em sua própria "psyché". Fácil é a realização de cruzadas de moralidade e de combate à violência nos meios televisivos, quando os referenciais de ataque são ostensivos, explícitos e alcançam a estrutura superficial do consciente. Tarefa mais inglória é nos darmos conta das estratégias subreptícias, adredemente utilizadas pela mídia (mormente no terreno publicitário), manipulando nossas pulsões de vida (eros) e de morte (tanatos), de forma a sermos persuadidos, inconscientemente, a aderir às mensagens que procura veicular. A esse respeito, ainda estamos profundamente sensibilizados com as extraordinárias considerações de Wilson Bryan Key, em seu livro *A Era da Manipulação*, o quarto a abordar a questão do uso das estratégias subliminares pela mídia de publicidade. Correspondem aos artifícios e técnicas usadas para transmitir ou tentar transmitir uma mensagem a uma pessoa por meio de imagens ou sons de natureza muito fugaz, que não podem ser percebidos ao nível normal de consciência. O próprio Bryan Key revela que as estratégias de persuasão subliminar seguem o caminho oposto ao da secular tradição da persuasão racional, derivada de Aristóteles, e possuem efeitos muito mais eficazes (e por vezes danosos), já que influem em nosso comportamento, atuando ao nível do inconsciente), lcones relacionados à sexualidade e à destruição (eros e tanatos). Bastou-nos a leitura do livro de Bryan Key para que imediatamente compulsássemos duas revistas que tínhamos ao alcance das mãos e detectássemos, com olhos mais treinados, a inclusão sub-reptícia de

um símbolo fálico no contraste entre luz e sombra de uma aparentemente inocente peça publicitária de uma respeitabilíssima indústria de perfumes e a sugestão (camuflada de modo sofisticado, também com a técnica figura/fundo) de um estupro, em meio a uma clássica cena de duelo (mais uma vez a combinação sexo/violência) na campanha de uma conhecida marca de cigarros.

Segundo Wilson Bryan Key, é pacífico entre os neurofisiologistas que apenas uma pequena fração de uma dada percepção é registrada conscientemente. Uma limitação natural da percepção consciente seria a exclusão de tudo aquilo que os indivíduos ou grupos procuram negar ou reprimir, que, entretanto, permanece produzindo efeitos, ao nível do inconsciente, como acontece nos sonhos. O chamado 'limiar perceptivo' (linha entre a informação consciente e o que ficou registrado inconscientemente) varia de acordo com a tensão fisiológica, os condicionamentos culturais anteriores e estímulos, posturas, etc., variando também de indivíduo para indivíduo e afetado pela doutrinação cultural, já que o conteúdo das repressões pode variar de cultura para cultura (Key, 1993:77).

Sobre os efeitos dos estímulos subliminares no desenvolvimento de psicopatologias, convém transcrevermos o relato de Key, ainda que nos escusando pela extensão:

- Lia conjunto substancial de pesquisas sádicas conôluiu que os estímulos subliminares são responsáveis pela maioria -se não todas - as doenças psicossomáticas. Estas doenças originam-se na mente ou nos conflitos mentais ou emocionais (ver Dixon, *Preconscious Processing*, pp. 177-178). As doenças psicossomáticas incluem paranóia, fobias e outras síndromas ligadas ao stress, muitas das quais acabam resultantes em colapsos fisiológicos. Os estímulos conscientes e inconscientes iniciam interações entre os processos mentais e corporais. A informação reprimida ou inconsciente transmitida pelos anúncios geralmente envolve tabus sexuais e relacionados à morte - idéias inaceitáveis socialmente. Tais idéias, percebidas subliminarmente, podem vender marcas ou produtos, mas elas também entram em conflito com os sistemas de valores vigentes. Seus conteúdos freqüentemente incluem apelos à homossexualidade latente, dilemas éticos, fantasias bizarras e sugestões de auto-castração e autodestruição.

Tais conteúdos ser desestabilizadores ou coisa pior para alguns indivíduos, evocando ansiedade, raiva, medo, ressentimento, repulsa, ou mesmo lascívia em algum nível do "continuum" consciente-inconsciente. Reações emocionais poderosas, podem ser induzidas ao grande público sem que ele tome consciência disto. (grifamos)

Os efeitos fisiológicos dos estímulos subliminares são menos intensos quando transmitidos através da mídia do que quando são, digamos, transmitidos pelas relações interpessoais e pelo meio ambiente. No entanto, pelo seu uso bastante

difundido na publicidade, eles ocorrem com frequência. Não percebidos ao nível consciente, os efeitos parecem ser cumulativos - acabando por serem integrados ao sistema cultural verbal. Reações histéricas de medo foram geradas por filmes como O. Exorcista e 'flie Texas Chaisaw Massacre. Os produtores destes dois filmes admitiram publicamente que eles continham estímulos subliminares violentos e assustadores (ver Key, Media Sexploitation, pp. 98-116). Tais experiências, repetidas caiu frequência, ano após ano, década após década, acabam provocando mudanças fisiológicas nos espectadores (Key, 1993:90)

Tão graves podem ser os efeitos das técnicas subliminares que a Divisão de Alcool, Fumo e Armas de Fogo da Secretaria da Fazenda dos Estados Unidos baixou uma resolução, em 06.08.84 (ver apêndice no livro de Key, 1993) proibindo o uso de tais técnicas na propaganda de bebidas alcoólicas. Aliás, é no campo das drogas 'lícitas" (cigarro, álcool, produtos farmacêuticos), em especial e sobretudo em relação ao álcool, que a propaganda veiculada na mídia mais contribui para a violência e a criminalidade. Key ilustra, com anúncios reais, a inserção de ícones ligados à morte (por exemplo, caveiras) por entre o desenho do whisky e as pedras de gelo, lembrando, com sua experiência de publicitário, que raríssimas vezes aquilo que nos parece uma simples fotografia realmente o é, ou seja, as agências de publicidade se encarregam de retocar o material publicitário, investindo milhões de dólares nas técnicas mais sofisticadas, de modo a embutir elementos de percepção a serem trabalhados ao nível do inconsciente.

A simples inserção obrigatória, por determinação governamental, de frases como "babar é prejudicial à saúde", além de funcionar como mecanismo de estímulo à transgressão (ao nível do consciente), é reforçado por estratégias de percepção subliminar, manipulando o desejo de morte e auto (ou hetero) destruição (Key, 1993:280). Triste é constatar que os apelos mais contundentes e sofisticados da mídia publicitária voltem-se exatamente para um produto que, afora as perturbações de ordem psíquica, é o responsável direto pelo grande número de mortes e lesões, dolosas e culposas, "notadamente na circulação de veículos, em espancamentos domésticos ou brigas em bares e outros locais abertos", como realça Karam, que prossegue:

A substituição da fantasia pela realidade demonstra que o álcool pode debilitar, ferir ou matar incomparavelmente mais do que qualquer droga qualificada como ilícita, afirmação válida até mesmo para outros países, onde o consumo abusivo de drogas ilícitas atinge dimensões bem maiores do que as que se podem constatar em países como o nosso. Na

Espanha, por exemplo, o álcool constitui a terceira causa de morte, seguindo-se às enfermidades cardiovasculares e ao câncer, atribuindo-se a seu consumo 35% dos acidentes de trânsito, a quarta parte dos suicídios e mais de 15% dos acidentes - no trabalho. Na França, o número de mortes resultantes do alcoolismo é estimado em 80000 por ano, contra 120 causadas pelo abuso de drogas qualificadas como ilícitas. (Karam, 1993:25)

Por tais razões, Maria Lúcia Karam chega a afirmar que uma das mais importantes medidas no tratamento da questão das drogas (lícitas ou ilícitas) seria a proibição de qualquer tipo de propaganda a tais produtos (Karam, 1993:66).

Outro aspecto importante acerca dos efeitos da mídia televisiva no incremento da violência urbana é a exploração sensacionalista das ocorrências policiais nos noticiários televisivos do tipo "jornalismo verdade", "a vida caio ela é". Analisaremos a questão sob quatro diferentes óticas:

Em primeiro lugar, a realidade mostrada pela imprensa sempre estará longe de ser "a vida caio ela é". Como afirmou o jornalista Marcos Emilio Gomes, na já aludida matéria, publicada na Revista Veja, sobre o excesso de violência na TV:

Nenhum órgão de imprensa veicula a realidade em seu estado bruto e anárquico. O que ela pode fazer, no máximo, é reconstituir uma versão, o mais fiel possível, de determinado acontecimento. Um assalto a banco ou uma partida de futebol não são exibidos como ocorreram, mas como aquele órgão de comunicação foi capaz de mostrar. Isso implica em selecionar prioridades, valorizar um dado, detalhar o que se considera importante e desprezar o secundário. 14.07.93, p. 93)

Na segunda lugar, a exibição despropositada das mais variadas formas de violência, como se fosse um espetáculo, acarreta uma banalização da violência, de modo que ela, perigosamente, nos acostuma-mos, vale dizer, pouco a pouco perdemos a sensibilidade de nos comover diante da violência. Tornamo-nos, sem querer ou sem perceber, cúmplices da violência, já que não nos debatemos contra algo algo semelhante a um velho conhecido:

"As pessoas estão dessensibilizadas pela violência porque chegaram a uma situação que não acreditam em nada", afirma a socióloga Maria Tereza Monteiro, dona da Retrato Consultoria e Marketing, especializada em pesquisas de opinião. O que se produz, quando a violência se torna um espetáculo, é uma estética conformista. O público é habituado a considerá-la natural e vê, ali, a comprovação de sua incapacidade de reagir diante de uma situação que condena, mas não consegue evitar. O resultado é um embrutecimento da

sensibilidade. Quem duvida disso só precisa fazer um exercício. Olhar cinco vezes a seqüência de imagens do suicídio veiculada pelo SBT e depois rememorar, detalhadamente, sua reação em cada uma delas. Será considerado um cidadão normal aquele que, ao final da experiência, não entender por que se faz tanto escândalo por causa de uma recepcionista. •(Veja, 14.07.93, p. 94)

Fhi terceiro lugar, além de representar um segundo sofrimento à vítima e/ou seus familiares, a execração pública dos pretensos criminosos, antes mesmo de sequer terem sido denunciados à Justiça, além de violar nítidas garantias constitucionais, acaba contribuindo para a própria inclinação criminosa, aspecto bastante debatido e abordado, em Criminologia, sob o enfoque do "etiquetamento" ou "rotulação" ("labelling approach"):

A reação social não só é injusta senão intrinsecamente irracional e criminógena. Longe de fazer justiça, de prevenir a criminalidade e de reinserir o desviado, seu impacto real converte a pena em uma resposta intrinsecamente irracional e criminógena porque exacerba o conflito social, em lugar de resolvê-lo; potencia e perpetua a desviação, consolida o desviado ao seu "status" de delinquente e gera os estereótipos e etiologias que se supõem que pretende evitar, ensejando, deste modo, um lamentável círculo vicioso ('self fulfilling prophecy'). A pena, pois, culmina uma escala dramática e um ritual de cerimônias de degradação do condenado, estigmatizando-o com o selo de um "status" irreversível. O condenado assumirá, assim, uma nova imagem de si mesmo e redefinirá sua personalidade ao torno do papel de desviado, desencadeando-se a denominada "desviação secundária". (G. Pablos, 1993:245)

Wilson Bryan Key, mesmo não sendo criminólogo, descreveu com acuidade o cerne das teorias da "rotulação", no capítulo de sua obra, já mencionada, dedicado às profecias que se auto-realizam:

Se as pessoas assumem que não são amadas, o próprio pressuposto faz com que ajam de maneira hostil, defensiva, suspeita e agressiva. Estas atitudes, por sua vez, provocam reações similares nas outras pessoas. Deste modo, os pressupostos iniciais são confirmados. Os indivíduos acabam não sendo amados. As pessoas raramente se dão conta do poder que possuem para se autovitiinarem mediante pressuposições, convicções e predições (Key, 1993:261)

Em quarto lugar, ocorre, em muitos casos, uma manipulação quantitativa dos crimes e criminosos, apresentando a mídia uma "falsa" imagem da realidade, como lembra Maria Lúcia Karam, após tomar de empréstimo de Zaffaroni a expressão 'fábrica da realidade' usada para denominar o processo de apreensão da realidade não mais por experiências diretas, mas pelas experiências do espetáculo da realidade, que é passado pela mídia:

O aumento do espaço dado à divulgação de crimes acontecidos e sua dramatização, bem como a publicidade excessiva e concentrada em casos de maior crueldade, aproximam tais fatos das pessoas, que passam a vê-los com acontecendo com intensidade maior do que efetivamente existente na realidade. Por outro lado, dá-se uma quase automática associação dos casos mais cruéis e assustadores com a generalidade das condutas definidas como crimes.

Estatísticas são divulgadas, sem que se aponte o fato de que a mensuração da criminalidade é de impossível realização, na medida em que o número de crimes não conhecidos é infinitamente superior ao de crimes registrados, o que impede uma afirmação real sobre o aumento ou a diminuição dos crimes efetivamente acontecidos. Criam-se também crenças, que são prontamente assimiladas, sem quaisquer questionamentos. Há tempos que se afirma, por exemplo, que a maioria dos habitantes do Rio de Janeiro já foi vítima de, no mínimo, um roubo. Entretanto, pesquisa realizada pelo IBOPE, no Grande Rio, em julho de 1990 - e, naturalmente, pouco divulgada - contém a informação de que 62% dos entrevistados responderam que nunca tinham sido assaltados. (Karam, 1993:200)

Em consequência dessa exposição mórbida de uma parcela da criminalidade violenta (em que normalmente aparecem apenas os criminosos miseráveis), a mídia cria entre seus destinatários um clima de pânico, de alarme social, de guerra, a incentivar não apenas um discurso clamando por maior repressão penal (onde se inclui, forçosamente, defesas apaixonadas da pena capital), mas também legitimando o desencadeamento da própria "repressão informal, concretizada pelas ações ilegais e arbitrárias da polícia (vide reportagem de capa da revista Veja, de 08.09.93), pelo recrudescimento dos linchamentos, das ações dos justiceiros e dos grupos de extermínio (esquadrões da morte), estes últimos (conf. Karam, 1993:166) encarregados de eliminar os supostos criminosos e os futuros supostos criminosos (crianças e adolescentes das ruas), não raras vezes para proteger o patrimônio de seus contratantes. (Sobre estatísticas de ações de grupos de extermínio, justiceiros, linchamentos, etc., vide Farias Jr., 1990:156)

Enquanto a mídia continua a associar a violência apenas à criminalidade convencional, deixa de lado, por exemplo, que o trânsito é o responsável pelo maior número de mortes e de danos corporais, como demonstrou Maria Lúcia Karam:

(...) mesmo quando se consideram mortes e lesões provocadas por causas externas, onde se incluiriam as resultantes de roubos, seqüestros, estupros e homicídios dolosos, verifica-se que não são estes produtos da criminalidade convencional os fatos de maior peso, sendo sim o trânsito responsável pelo maior número de mortes (estimadas em 50 mil por ano, o que corresponde a um terço do total de mortes por causas externas) e de danos corporais (estimados em número três vezes superior ao de mortes). (Karam, 1993:138)

Não fosse essa manipulação ideológica dos fenômenos envolvendo a violência urbana, a televisão poderia, por exemplo, exercer um extraordinário papel na reeducação de pedestres e motoristas, utilizando-se dos recursos e técnicas sofisticadas que tão bem domina, quando o objetivo é meramente vender um produto. Apenas a título de exemplificação, ao tomarmos conhecimento de que uma grande emissora de TV iniciaria a veiculação de um programa de educação para o trânsito, tendo como participantes artistas conhecidos, de grande apelo popular, estávamos prestes a aplaudir a iniciativa, quando nos contivemos, diante da constatação de que o programa seria exibido às 7 horas das manhãs de sábado...

0

3. Os instrumentos jurídicos para o enfrentamento do problema

O oitavo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento dos delinqüentes, consciente de que a prevenção da delinqüência é parte essencial da prevenção do delito na sociedade, aprovou, em 28.02.88, as chamadas Diretrizes de Riad, estabelecendo uma série de princípios objetivando um desenvolvimento harmônico e saudável dos jovens, com respeito a toda a gama de direitos humanos, incluindo aí estratégias de prevenção geral, com ênfase particular nos processos de socialização (dentre os quais incluiu a família, a educação, a comunidade e os meios de comunicação), política social, legislação e administração da Justiça da Infância e da Adolescência, pesquisa, adoção de políticas e coordenação.

No tocante aos meios de comunicação de massa foram firmadas as seguintes diretrizes:

39a. Os meios de comunicação deverão certificar-se de que a criança tem acesso à informação e aos materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais;

0

40a. Os meios de comunicação deverão ser incentivados a divulgarem a contribuição positiva dos jovens à sociedade.

41a. Deverão ser incentivados os meios de comunicação a difundirem informação relativa à existência de serviços, instalações e oportunidades destinados aos jovens dentro da sociedade.

42a. Deverá ser solicitado aos meios de comunicação em geral, e à televisão e ao cinema em particular, que reduzam o nível de violência nas suas mensagens e que dêem uma imagem desfavorável da violência e da exploração, evitando apresentações degradantes das crianças, da mulher, e das relações interpessoais, fomentando, ao contrário, os princípios e as atividades de caráter comunitário.

43a. Os meios de comunicação deverão ter consciência da importância de sua função e responsabilidade, assim como de sua influência nas comunicações relacionadas com o uso indevido de drogas entre os jovens. Deverão utilizar seu poder para prevenir o uso indevido de drogas, através -de

*

mensagens coerentes difundidas equilibradamente. Campanhas eficazes de luta contra as drogas deverão ser fomentadas, nos níveis primário, secundário e terciário.

A Constituição Federal estatui, no capítulo da comunicação social:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Par. 30. Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem dos programas ou programações de rádio e televisão que contrariam o disposto

- tb no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos a lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

•

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe seu artigo 201, V, que compete ao Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relacionados à infância e à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, par. 3o., III da CF".

Percebe-se, do conjunto de dispositivos acima transcritos, o reconhecimento, num tratado internacional do qual o Brasil é signatário, na Constituição Federal e na legislação infra-constitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente) da importância do conteúdo da programação, veiculada sobretudo no rádio e na televisão, na formação da personalidade da juventude, e da necessidade de que seja direcionada de modo a prevenir a motivação criminosa. Temos, então, positivada, de forma clara e insofismável, a pertinência das considerações anteriores, de âmbito criminológico, com amparo na Sociologia e na Psicologia. Sem prejuízo da abolição da censura e da garantia de livre expressão da atividade comunicativa (consagrada no artigo 50. IX da CF), os referidos diplomas estabeleceram formas de conter eventuais abusos cometidos no exercício de tal direito, sobretudo quando estejam as-jogo os interesses das crianças -e adolescentes, dando legitimidade ao Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive no que tange ao conteúdo, forma e frequência dos

programas veiculados.

Não obstante, consideramos ainda tímida (senão inexistente), a atividade ministerial nessa área eu particular. Desconhecemos a existência de ações., de cunho preventivo ou repressivo, eu face das grandes redes de *televisão*, na defesa dos interesses difusos que os aludidos diplanas incumbiram ao Ministério Público velar. Cremos que a cnnissão é devida menos ao desconhecimento da legislação aplicável, e mais a um receio de que, eu nona de uma ação fiscalizadora da atividade da mídia, obtenha o Ministério Público a inconveniente e anti-pática pecha de censor, de reacionário, de hipócrita, de moralista. Entretanto, esse receio é dos mais infundados. Primeiro, porque não se trata, de modo algum, de censura. Trata-se apenas de acompanhar, fiscalizar e fazer cumprir as diretrizes estabelecidas no artigo 221 da Constituição, carta democraticamente prcnulgada, representando os interesses libertários nacionais. Segundo, porque nenhum direito pode ser exercido ilimitadamente, abusivamente. Terceiro, porque o Ministério Público, que a mesma Constituição incumbiu da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, certamente não se permitiria adotar uma postura própria dos órgãos de repressão política, com o que estaria contribuindo para seu próprio aniquilamento, com a perda de credibilidade. Quarto, porque a legitimação extraordinária é vinculada, nas hipóteses eu que seu exercício se fizer necessário, ainda que, cciii isso, seja passível de críticas ou patrulhamento, por parte daqueles que tiveram seus interesses eventual mente atingidos.

Entretanto, para que o Ministério Público exerça de forma condigna tais funções, é necessário que seus membros se dispam de valorações eminentemente pessoais, próprias mais para o embevecimento pessoal que para a verdadeira defesa da sociedade. Para isso, pensamos fosse oportuna a criação de núcleos ou coordenadorias, contando não apenas cciii Praitores de Justiça que atuam nas áreas Criminal, da Infância e da Juventude ou de Defesa do Consumidor, mas também cciii uma assessoria especializada e interdisciplinar (quicá estabelecendo-se convênios cciii as universidades) sobretudo nas áreas da Sociologia, da Psicologia e da Canunicação, abrindo-se espaço para a participação canunitáia, através de associações de moradores, associações de classes, de pais, de alunos, etc. Cm iniciativas caio essas, estaríamos contribuindo para a implementação do verdadeiro Estado de Direito Democrático, consagrado na Constituição.

ó

1

*

4. Bibliografia

- Farias Jr. Manual de Criminologia. Curitiba, Ed. Champagnat, 1990.
 G5ppinger, 1-lans. Criminologia. Madrid, Reus, 1973.
 Karam, Maria Lúcia. De crimes, Penas e Fantasias. Niterói, Luam, 1993.
 Key, Wilson B. A Era da Manipulação. São Paulo, Página Aberta, 1993.
 MDlina, Antonio Garcia-Pablos. Criminologia. São Paulo, RT, 1992.
 Soifer, Raquel. A criança e a TV - uma visão psicanalítica. Porto Alegre, Artes Médicas, 1991.

*

e

COMISSÃO III

e

Ministério Público e a Violência no Campo

*

Não houve apresentação de Teses

COMISSÃO IV

Ministério Público e os Crimes contra a Ordem Econômica

*

e

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TEMA: MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRIMES CONTRA A ORDEM
ECONÔMICA.

e

AUTOR: Dias, Isaias Costa
Promotor de Justiça-RO

As infrações contra a ordem econômica *Latu Sensu* (Tributária, econômica, relações de consumo), a nosso sentir ocorrem sob implicações de ordem política, econômica, social e jurídica.

C Política, na medida que a desorganização partidária somada à falta de ideologia dos partidos existentes se constituem num estorvo intransponível à governabilidade do país. Inobstante isso, a má aplicação dos recursos públicos estão a demonstrar o mais completo descompromisso da grande maioria dos governantes frente aos reais interesses da sociedade, fruto, certamente, da chamada Neurose do Poder preconizada por Piero Rocchini (Folha de São Paulo, edição de 17.07.94, caderno 3, pág. 2. Nesse particular, a grande imprensa, nos três últimos anos, tem noticiados inúmeros escândalos pertinentes à improbidade administrativa, o que não nos deixam mentir.

Econômica, evidenciada pela larga intromissão do Estado no desempenho de atividades econômicas, fato que, somado à exagerada carga tributária. além da galopante inflação estimulam, sobremaneira, a prática daqueles ilícitos.

ÇR

No campo jurídico, e apesar do grande estímulo do Constituinte de 1937 (Arte. 122 e 141, C.F.), os diplomas legais posteriores (Decreto-Lei n^o 869/38, até edição da Lei n^o 4.729/65), no tocante aos aspectos preventivos e repressivos dos crimes contra a ordem econômica eram, por assim dizer, diametralmente opostos à realidade do capitalismo moderno.

Social, na exata conta em que a população em geral, e cada indivíduo no particular, tomado de uma passividade quase irreversível, não vislumbra a idéia e muito menos tem a força necessária no sentido de, como cidadão, cobrar ou exigir os seus direitos (veja-se como exemplo a falta do exercício da cidadania pelo reduzido número de "ações populares" aforadas em juízo).

Ô

Doutra parte, a relevância da função social do Ministério Público era ainda despercebida porque recôndita nos escaninhos da burocracia e da omissão, situação, aliás modificada pela Carta política de 88 (art. 127).

Editada a Lei n^o 8.137, de 27.12.90, com a alteração introduzida pelo art. 98, da Lei n^o 8.383, de 30.12.91, a prevenção e a repressão àquelas infrações penais se tornaram dever do Estado que, através dos órgãos públicos encarregados desse mister podem e devem zelar pelos interesses em jogo, porquanto as violações às regras da micro e macroeconomia constituem verdadeiros crimes de lesa-pátria.

Esse dever se impõe por conta dos princípios norteadores da ordem econômica (livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada com junção social, defesa do consumidor, redução de desigualdades regionais e sociais) contidos nos arts. 170 a 174. C.F.

Desse modo, ao cumprir o seu mister, o Ministério Público, através do seu órgão próprio, outra coisa não faz senão a de perseguir o cumprimento da lei, na defesa dos interesses legítimos, de pessoas *indeterminadas* sejam físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras aqui sediadas, os entes formais assim reconhecidos em lei, inclusive o consumidor e o contribuinte.

0

Ora, é sabido que o delito ou delitos praticados contra a ordem econômica são crimes de verdadeiro perigo real ou em potência, porque atingem interesses de pessoas indeterminadas, ocorrendo na hipótese a difusidade dos bens jurídicos tutelados.

Com efeito, reza a lei (art. 81, Parágrafo Único,

e

Inciso 1, CDC) que os interesses e direitos difusos "são os trans individuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato".

A essa idéia juntamos o art. 12, Parágrafo Único, da Lei Antitruste, que assim dispõe, "verbis": A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

Averbe-se por oportuno, é princípio de hermenêutica que as normas legais não de ser interpretadas num todo harmônico.

Consequentemente, se, para caracterização dos interesses e direitos difusos, no Código de Defesa do Consumidor, as pessoas não de ser indeterminadas e ligadas por circunstâncias fáticas, no que tange às infrações contra a ordem econômicas, essas pessoas indeterminadas vítimas estão vinculadas por imposição legal (art. 12, Parágrafo Único, Lei nº 8.884/94). Aliás, os institutos da responsabilidade objetiva, da desconsideração da personalidade jurídica, e da solidariedade social, por exemplo, bem realçam o entendimento acima (arts. 17, 18 e 20, Lei nº 8.884/94).

Poder-se-à objetar esse entender ao argumento de cuidar-se de leis de natureza diversas, uma penal (Lei nº 8.137/90), outra não penal (Lei nº 8.884/94).

A objeção, entretanto, improcede haja vista que vários dispositivos do art. 42, da lei penal econômica se revelam como leis penais em branco (art. 32, C.P.) a carecer de complementação

P

A propósito, a Lei Antitruste (arts. 20 e 21), com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 542/94 (art. 55) explicita o que sejam "aumentos abusivos", "posição dominante", "mercado relevante".

Nessa ordem, as infrações constituem-se numa espécie de canção perverso a obstaculizar os planos e projetos dos governos; a interferir negativamente nos costumes dos parlamentares e empresários desonestos; a prejudicar sensivelmente a livre iniciativa e a livre concorrência em detrimento do próprio equilíbrio do mercado (produção, distribuição, circulação e comércio de produtos ou serviços).

Ora, a obrigação tributária nasce do fato gerador, ou seja, nasce do fato para o qual a lei, de forma impositiva, faz decorrer, a obrigação. Por isso a obrigação tributária é de ordem pública, indisponível, estando, pois, circunscrita dentre os altos interesses do Estado.

Prova disso é a permissão legal a que a Fazenda Pública, por intermédio de seus agentes qualificados possa realizar a ação fiscal direta, no domicílio do contribuinte no sentido de verificar-lhe a exatidão da escrituração contábil ou fiscal.

Por outro lado, os impostos são imprescindíveis para o Estado como a alma é para o corpo vez que, por meio da arrecadação tributária, o Estado promove ou realiza os serviços relevantes à população como por exemplo, hospitais, estradas; serviços de energia elétrica, água e esgotos, telefonia, segurança pública, pagamento do funcionalismo público em geral, etc.

Quer dizer, a sonegação fiscal é a antítese de arrecadação tributária, de tal modo que ela se contrapõe aos interesses de um indefinido número de pessoas.

A questão sob outro prisma, isto é, pela vertente econômica propriamente dita, observam-se os altos interesses do Estado na regulação da ordem macroeconômica na medida em que, politicamente o Estado desencadeou todo um processo de estímulo à competição externa (abertura comercial) e interna. Juridicamente, são editados textos legais no sentido de coibir a chamada "dominação do mercado mediante atos ilícitos".

É certo que a lei, doutrina e jurisprudência atual repelem a adoção, na área penal, da responsabilidade objetiva.

No entanto, do quadro já exposto observa-se o mais completo descabimento da adoção, pura e simples, da teoria da responsabilidade subjetiva (arte. 18 e 59, C.P.), sob pena de afronta ao princípio da igualdade (art. ⁵², 1, C.F.) até porque, no mais das vezes, a responsabilidade penal por esses delitos (crimes contra a ordem tributária, econômica, relações de consumo) recaem sobre os ombros de "bodes expiatórios" (gerentes, subgerentes, caixas, etc).

Destarte, e fazendo cômico ao entendimento de alguns colegas do, Ministério. Público gaúcho, temos por indispensável a edição de normativo de direito penal econômico que disponha sobre a chamada 'presunção de culpabilidade' dos titulares de empresa no tocante ao cometimentos de delitos contra a ordem econômica. *Latu Sensus*..

e

CONCLUSÕES

- 1- A Lei n² 8.137, de 27.12.90, é o estatuto que regula as infrações penais cometidas contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo;
- 2- O art. ⁴², da Lei n² 8.137/90 é complementado pela Lei n^o 8.884/94, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n² 542/94, no sentido de dar efetividade plena às regras de combate aos delitos contra a ordem econômica.
- 3- Nas infrações penais contra a ordem econômica (tributária, econômica, relações de consumo) é aplicável a tese de "presunção de culpabilidade" dos titulares de empresas nos delitos da espécie.

•

BIBLIOGRAFIA.

- **Alvin**, Arruda, Código de Defesa do Consumidor Comentado, Editora RT, 1991.
- **Briining**, Raulino Jacó, Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público, Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1989.
- **Pilho**, Antonio C. de Azevedo do Sodrô, Comentários à Legislação Antitruste, Editora Atlas 5/A, 1992.
- **Machado**, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário, Malheiros Editores, 89 edição.
- **Revista** Justitia, do Ministério Público do Estado de São Paulo, Volume 160, 1992.
- **São Paulo**, Folha, edição de 17.07.94, Caderno 3, pág. 2.
- **Silva**, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, ⁹² edição, 1992.
- **Vaz**, Carlos, Evasão Tributária, Editora Forense, 1987.

M

109 CONGRESSO NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Belém, PA, 29/08 a 01/09/94

1

TEMA CENTRAL:

O MINISTÉRIO PÚBLICO: CORRUPÇÃO, CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA

SUB-TEMA:

MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

\$

TÍTULO:

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E PROVIDÊNCIAS ASSESSORATÓRIAS PENAS

:1

AUTOR:

PEDRO ROBERTO DECCMAIN
Promotor de Justiça em
Santa Catarina

ER

e

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, prosseguindo, no Brasil, no desbravamento da trilha que já começara a ser aberta com a Lei nº 4.729/65, definiu, em seus artigos 12 e 22, diversos crimes que podem ser praticados por particulares, em detrimento da receita tributária do Estado.

Através de práticas como as descritas naqueles dispositivos, legais, infelizmente bastante difundidas em nosso meio na atualidade, o fisco é severamente lesado a todo momento em seu legítimo direito à arrecadação de tributos, que são as primordiais fontes de sua receita, com as quais deve fazer face às sempre crescentes despesas estatais.

e A par então das sanções administrativas a que também se sujeitam os autores de tais condutas, e que lhes serão aplicadas independentemente de quaisquer sanções penais, também a estas ficam sujeitos, por força daqueles preceitos da lei.

Para recebimento dos tributos cujo pagamento é suprimido, reduzido ou omitido através de alguma das práticas indicadas naqueles dois artigos da lei, é certo que a administração tributária dispõe de mecanismos de fiscalização e, uma vez realizado e consolidado o lançamento do tributo na esfera administrativa, pela ausência ou improvidamento dos recursos administrativos pertinentes, pode também inscrever o débito tributário apurado em dívida ativa, extraindo depois certidão do correspondente termo de inscrição, para providenciar a execução fiscal.

e Mas convém não se olvidar que os crimes contra a ordem tributária, especialmente os do artigo 12 da Lei, e o do inciso II de seu artigo 22, são hoje crimes de resultado. Realmente, para que se consumem os delitos descritos nos vários incisos do artigo 19 da Lei nº 8.137/90, é de rigor ocorra, por força das práticas ali elencadas, redução ou supressão de tributo. Da mesma forma o tipo penal previsto pelo artigo 22, II, da mesma lei, tem como núcleo da conduta típica a omissão no recolhimento aos cofres públicos do valor correspondente a tributo descontado ou cobrado pelo agente a terceiro.

e Todos esses resultados caracterizam, como é curial, um significativo prejuízo para os cofres públicos, sendo de mister o emprego de todos os meios legais existentes, para que tal prejuízo seja ressarcido com a brevidade possível, por quantos lhe hajam dado causa.

A responsabilidade penal por tais crimes será de todos aqueles que, seja ou não no âmbito de alguma pessoa jurídica de direito privado, realizem deliberadamente qualquer daquelas condutas descritas nos artigos 12 e 22 da Lei nº 8.137/90 e com isso gerem supressão, redução ou omissão no recolhimento de tributo.

Noutra vertente, em se cuidando de crime praticado no âmbito de pessoa jurídica de direito privado, o artigo 135 do Código Tributário Nacional - CTN diz o seguinte:

"Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."

Desta sorte, quando os dirigentes, administradores, procuradores, gerentes, contadores, funcionários e mais agentes ou empregados de pessoas jurídicas realizem, no âmbito delas, alguma das condutas descritas nos artigos 19 ou 29 da Lei nº 8.137/90, a responsabilidade pelo recolhimento posterior do tributo, com todos os seus acréscimos, é da pessoa jurídica, mas também de seus diretores, gerentes ou representantes, que hajam concorrido para a prática do delito, nos termos do artigo 135 do CTN. Será, todavia, também de quaisquer outras pessoas que, mesmo sem revestirem essa qualidade de diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, hajam contribuído deliberadamente para a prática do ilícito.

Contudo, em relação a essas pessoas que não revistam a qualidade de diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, embora hajam concorrido para a prática do crime contra a ordem tributária, a responsabilização patrimonial pelos danos advindos ao erário por força dos aventados crimes, não pode ocorrer nos termos do artigo 135 do CTN.

Ocorrerá essa responsabilização, todavia, por força do aventado princípio de que todo crime que causa dano é também um ilícito civil, obrigando o seu autor ao ressarcimento dos prejuízos impingidos à vítima.

Naturalmente, porém, que por esse prisma serão responsáveis pelo ressarcimento do dano, que no caso significa o pagamento do tributo, com seus acessórios, também os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica, que hajam participado dos crimes, e não apenas aqueles dentre seus partícipes que não revistam essa qualidade.

Em suma, em hipóteses de crime contra a ordem tributária que acarreta prejuízo para o erário, pela supressão, redução ou omissão no recolhimento de tributo, respondem pessoalmente pelo respectivo pagamento todos aqueles que hajam participado dos ilícitos, sem prejuízo da responsabilidade da própria pessoa jurídica de direito privado, quando o crime haja sido praticado no âmbito dela. A responsabilização desta decorre do fato de ser a contribuinte do tributo. A daqueles, da circunstância de ser também um ilícito civil, toda conduta criminosa que acarrete dano à vítima (sem prejuízo da responsabilidade tributária decorrente do art. 135 do CTN, em relação a diretores, gerentes e representantes).

Mas a responsabilização judicial dos autores desses ilícitos pode demorar; e usualmente demora. Mesmo o processo de execução fiscal, que procura ser célere, por vezes se mostra inçado de incidentes e percalços de toda sorte, que lhe retardam sobremodo a marcha e o desfecho, antes mesmos, por vezes, da realização de penhora ou apresentação de outra garantia do Juízo.

De outra parte, a execução fiscal pode, desenganadamente, ser proposta contra a pessoa jurídica de direito privado, na condição de contribuinte, e também contra aqueles que possam revestir a qualidade de responsáveis tributários, nos termos

e

do artigo 135, III, do CTN (CPC, art. 568, V, e Lei nº 6.830/80 - Lei da Execução Fiscal - art. 42, V), mas não contra eventuais outros partícipes de crimes contra a ordem tributária praticados no âmbito da pessoa jurídica, e que não revistam essa condição.

Pode ocorrer também que, em virtude da eventual demora na solução do procedimento administrativo tributário, ao tempo em que esteja maduro para ajuizamento o próprio processo de execução fiscal, já o patrimônio da pessoa jurídica de direito privado (quando de alguma se trate), ou o patrimônio do contribuinte pessoa natural, assim como o daqueles que, no âmbito da pessoa jurídica, ou em colaboração com a pessoa natural, hajam participado dos crimes contra a ordem tributária que finalmente lesaram o fisco, já se haja esfumado, ou tenha sido, através de simulações mil, de tal modo acobertado que já se encontre quase inacessível à constrição judicial.

Exatamente para evitar que isso ocorra é que o Código de Processo Penal, em seus artigos 125 até 144, e o Decreto-Lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941, consagram uma série de medidas assecuratórias, a serem tomadas na esfera penal, e que se destinam precisamente a tornar indisponível o patrimônio do autor da infração, com o propósito de assegurar tanto o futuro ressarcimento do dano imposto à vítima do crime, quanto o pagamento das penas pecuniárias a que o infrator venha a ser condenado, e ainda o das custas processuais.

C,

Trata-se do seqüestro de todos os bens de quantos sejam indiciados por crimes de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública (crimes contra a ordem tributária incluídos, quando importem redução, supressão ou omissão no recolhimento de tributo - Decreto-Lei 3.240/41, art. 12); do seqüestro de imóveis adquiridos pelo criminoso com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros (CPP, art. 125), da hipoteca legal a recair sobre quaisquer imóveis do denunciado, mesmo que não tenham sido adquiridos com o produto da infração (CPP, art. 134), e do seqüestro (na verdade arresto) de bens móveis do autor do ilícito (CPP, art. 137), quando não seja proprietário de imóveis. Cuida-se, em todos os casos, de verdadeiras medidas cautelares, adotadas no Juízo Criminal e com o propósito, segundo já Be viu, de assegurar a futura reparação do dano decorrente do ilícito penal, bem como o pagamento de eventuais penas pecuniárias e custas processuais. É útil lembrar também que o artigo 827, VI, do Código Civil, confere hipoteca legal ao ofendido, ou a seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das custas. Essa hipoteca beneficia também a Fazenda Pública, sempre que se cuide de crimes que lhe hajam causado prejuízos.

*

Já restou salientado que os crimes contra a ordem tributária, especialmente os do artigo 12 e os do inciso II do art. 22 da Lei nº 8.137/90, representam crimes de resultado. Em todos eles o momento consumativo se dá apenas com a supressão, redução ou omissão no recolhimento de algum tributo. A falta de recolhimento do valor devido a tal título representa precisamente o dano sofrido pela Administração Pública, sujeito passivo de tais crimes, e cujo ressarcimento é dever de todos quantos hajam cometido a infração, devendo esse ressarcimento ser garantido o quanto antes, independentemente mesmo de providências na jurisdição civil, como a propositura de ações de execução de dívida ativa, por exemplo.

Por outro lado, a jurisprudência também já deixou assentado de há muito, mais precisamente desde que ainda vigia a Lei nº 4.729/85, que previa crimes de sonegação fiscal, com

tipos penais similares aos do artigo 12 da Lei nº 8.137/90, que a ação penal por tais ilícitos era totalmente independente de providências no âmbito fiscal. A ação penal por crimes contra a ordem tributária pode efetivamente ser proposta independente de qualquer procedimento administrativo fiscal. O assunto chegou a ser de tal forma pacificado, que resultou no enunciado nº 609, da Súmula da Jurisprudência Predominante do egrégio Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual "é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal."

O enunciado persiste válido para os crimes contra a ordem tributária, de tal sorte que a ação penal a eles correspondente pode ser intentada independentemente da existência de procedimento administrativo fiscal ou, quando seja nele embasada, independentemente de sua conclusão, ou da inscrição do débito em dívida ativa.

Referido procedimento administrativo, por outro lado, em atendimento ao princípio constitucional da ampla defesa, direito assegurado a todo aquele sobre quem pese a acusação da prática de algum ilícito, admite uma série de etapas recursais (duas, no Estado de Santa Catarina, ou seja, para o Julgador Singular de processos fiscais, e para o Conselho de Contribuintes), o que pode delongar bastante o seu definitivo desfecho. De outra parte, enquanto pendente de recurso administrativo, o crédito tributário consolidado através do lançamento resultante da ação fiscalizadora, tem sua exigibilidade suspensa, a teor do artigo 151, III, do CTN. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, impossível também a inscrição do débito correspondente em dívida ativa e mais ainda a propositura da execução fiscal.

Todavia, como já restou salientado, a ação penal por crimes contra a ordem tributária pode ser intentada independentemente da pendência de eventuais recursos administrativos interpostos do lançamento realizado em decorrência da ação fiscal.

Essa *circunstância* já demonstra a larga utilidade do emprego das medidas assecuratórias penais. Caso a ação penal seja proposta antes da execução fiscal, em hipóteses de créditos tributários decorrentes da prática de crimes contra a ordem tributária, a adoção de tais medidas torna indisponível uma parcela do patrimônio do autor do crime, ou de todos os seus autores, quando haja sido cometido mediante participação delitiva, em medida suficiente para garantir o posterior ressarcimento dos danos que tais ilícitos impuseram ao patrimônio público.

De outra parte, convém não olvidar que, a teor do CTN, nem sempre será possível o ajuizamento da execução fiscal contra todos os autores do ilícito penal, que representará também sempre, vale frisar, um ilícito tributário. A hipótese é especialmente válida em casos de crimes contra a ordem tributária cometidos no âmbito de pessoas jurídicas de direito privado, especialmente sociedades comerciais. Nesse casos, é certo que o artigo 135, III, do CTN, permite, como se viu, a responsabilização dos seus diretores, gerentes ou representantes, pelos créditos tributários decorrentes de atos praticados com infração de lei. Mas não a responsabilização de simples prepostos, mesmo no exercício de funções de confiança, que hajam participado da prática de crimes contra a ordem tributária no âmbito de tais sociedades.

É interessante observar também que, mesmo em se cuidando de tributo devido por pessoa natural (usualmente designada por pessoa física pela legislação tributária), pode ela ter a cooperação de terceiros (profissionais de contabilidade, por exemplo), para o cometimento de crimes contra a ordem tributária.

Tais pessoas, assim como os prepoatos de pessoas jurídicas de direito privado, não são, porém, havidas como responsáveis tributários pela legislação específica.

No entanto - vale frisar - também eles deverão responder pelo ressarcimento do dano imposto ao erário com tais condutas, posto tratar-se de crimes de resultado, sendo, como se viu, também um ilícito civil, todo o crime que causa prejuízo à vítima.

As providências assecuratórias passíveis de adoção no âmbito criminal, contudo, podem alcançar inclusive tais pessoas eventualmente não enquadradas na condição de responsáveis tributários, nos termos do artigo 135, III, do CTN.

No caso dessas pessoas, que não reves-tem, segundo a legislação tributária, a qualidade de responsáveis tributários, embora hajam concorrido para a prática de crimes contra a ordem tributária no âmbito de alguma pessoa jurídica de direito privado, vale lembrar que, sendo impossível a propositura da ação de execução fiscal contra elas, pode, no entretanto, ser intentada em relação a elas ação civil pública para ressarcimento dos danos que hajam imposto ao erário com suas condutas, independentemente da execução fiscal a ser proposta contra a pessoa jurídica e seus diretores, gerentes ou representantes legais, sendo caso. Legitimado para essa ação civil pública está o Ministério Público, nos precisos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal de 1988.

Desta sorte, fica claramente patenteada a larga utilidade da tomada de qualquer das providências assecuratórias penais previstas no CPP, dependendo a escolha delas das peculiaridades apresentadas pelo caso concreto, como instrumento para garantia da futura reparação do dano decorrente de crimes contra a ordem tributária, por parte de todos os que deles participem.

Nem se objete que a adoção dessas medidas acautelatórias antes do desfecho do procedimento administrativo tributário representa violação ao princípio constitucional da ampla defesa. Na realidade tal não acontece, posto que o denunciado está autorizado a produzir, no processo penal, exatamente a mesma argumentação defensiva que haja produzido em seus recursos administrativos, permitindo-se ainda no processo penal a mais ampla dilação probatória. Certamente que a matéria de defesa apresentada será objeto de prudente análise judicial, o que cerca o denunciado de garantia de defesa no mínimo tão ampla, quando não maior, do que aquela que tem no procedimento administrativo tributário.

O próprio seqüestro de todos os bens dos responsáveis pelo cometimento de crimes de que resultem prejuízos para a Fazenda Pública, autorizado pelo artigo 12 do Decreto-Lei nº 3.240/41, não conflita quer com o princípio constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, quer com o princípio da ampla defesa. Em primeiro lugar referido seqüestro (melhor denominado de arresto), deverá seguir-se do procedimento judicial de arbitramento preliminar da responsabilidade do delinqüente e avaliação dos bens seqüestrados (arrestados, seria melhor), com posterior especialização em hipoteca legal dos imóveis necessários a garantir o ressarcimento, ou permanência do arresto dos móveis a tanto bastante, liberando-se para o criminoso seus demais bens (ressalvados, naturalmente, os imóveis comprovadamente adquiridos com o produto do crime). Tudo segundo determina o artigo 135 do CPP. Além disso, tanto o seqüestro (arresto) de bens do criminoso, nos termos do Decreto-Lei 3.240/41, quanto as demais providências acat3telatórias inculpidas no CPP, não significam esteja o delinqüente sendo privado de seus bens. São eles apenas colocados

em temporária indisponibilidade judicial, exatamente para que cumpram o seu papel legal de garantia do ressarcimento do dano decorrente do crime, nos precisos termos do artigo 1.518 do, Código Civil, observada inclusive a solidariedade passiva ali expressamente insculpida.

Também o princípio constitucional da ampla defesa não resta ofendido pelo seqüestro cautelar de todos os bens do autor de crime que resulte em prejuízo para a Fazenda Pública. Nesse passo deve-se afirmar que efetivamente o par. 22 do art. 22 do Decreto-Lei nº 3.240/41, que permite embargos ao seqüestro apenas por parte de terceiros, acha-se revogado pela Constituição de 1988. Ao denunciado ou indiciado deve ser facultada ampla defesa, no próprio procedimento de seqüestro de bens, ainda quando o seqüestro em si possa (e deva mesmo) ser determinado liminarmente.

Como é fácil perceber, as medidas assecuratórias previstas pelo Decreto-Lei nº 3.240/41 e pelo CPP são mecanismos de extrema utilidade para garantir o ressarcimento do dano causado ao erário público pelos autores de crimes contra a ordem tributária, quer sejam eles contribuintes ou não do tributo objeto dos delitos, quer sejam ou não considerados responsáveis pelo seu recolhimento, nos termos do artigo 135 do CTN.

Por derradeiro, é importante frisar ainda que o Ministério Público está expressamente legitimado a requerer qualquer das medidas assecuratórias elencadas nos artigos 125, 134 e 137 do CPP, como também o seqüestro previsto pelo Decreto-Lei nº 3.240/41. Tal autorização está contida, no tocante à providência prevista pelo artigo 125 (seqüestro de imóveis eventualmente adquiridos com o produto do crime), pelo artigo 127 do Código. Tocante às demais providências (especialização de imóveis em hipoteca legal, ou seqüestro - melhor seria dizer arresto - de móveis), está autorizado a requerê-las, quando se trate de crime que haja trazido prejuízos para a Fazenda Pública, pelo artigo 142 do CPP. Tocante ao seqüestro de bens previsto pelo Decreto-Lei nº 3.240/41, está o Ministério Público expressamente autorizado a requerê-lo, consoante se vê do artigo 22 daquele diploma legal.

Em suma, da argumentação apresentada, permito-me extrair algumas singelas conclusões, para a criteriosa análise dos demais ilustres participantes deste Congresso:

1. É de toda conveniência que o Ministério Público, a par da propositura da ação penal pela prática de crime contra a ordem tributária, promova também as medidas assecuratórias penais cabíveis de acordo com as peculiaridades de cada caso.

2. Essas medidas compreendem o seqüestro (tecnicamente arresto) de todos os bens dos autores do crime, nos termos do artigo 12 do Decreto-Lei nº 3.240/41, que se encontra em pleno vigor, incluindo-se aí, sendo caso, o seqüestro (agora sim melhor empregado o termo) de imóvel comprovadamente adquirido com o produto do crime.

3. Em seguida ao seqüestro, deverá ser instaurado o procedimento previsto no artigo 135 do CPP, para especialização de imóveis em hipoteca legal, se forem objeto do seqüestro (melhor seria dizer arresto), até o limite do valor do dano causado pelo crime (que no caso corresponde ao montante do tributo suprimido, reduzido ou omitido, com todos os seus acessórios), ou para limitação do arresto de móveis ao mesmo valor, liberando-se os demais bens originariamente arrestados.

r.

COMISSÃO V

Ministério Público e os
Crimes contra o Patrimônio
Público

0

Os Poderes Investigatórios do Ministério Público

A questão do sigilo bancário

Luiz Fernando Bellinetti e Gilberto Giacóia

INTRODUÇÃO:

Uma das questões de grande relevância surgidas para o jurista contemporâneo é aquela atinente ao estudo dos meios de controle do poder estatal, tendo em vista a falência dos sistemas tradicionais, insuficientes para conseguir deter a sua má utilização por indivíduos e grupos gananciosos e inescrupulosos, gerando uma imagem distorcida do Estado perante a grande massa populacional, cada vez mais tendente a enxergá-lo como um monstro cobrador de impostos, que não consegue e nem pretende resolver os problemas básicos da população.

O objetivo do presente trabalho é fazer um breve estudo sobre um importante aspecto ligado aos poderes investigatórios do Ministério Público em sua fundamental atuação contra a malversação do patrimônio público, fundamentada na Constituição Federal de nosso país, que tem como o seu principal objetivo propiciar um eficaz meio de controle do poder estatal, tendente a recolocar o Estado brasileiro no bom caminho e livrá-lo da verdadeira epidemia de corrupção e incompetência administrativa que corrói suas entranhas e o impede de perseguir os seus reais objetivos, quais sejam, o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, bem como promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceitua o art. 1º de nossa Lei Magna.

Trata-se da questão do sigilo bancário e de sua quebra diretamente pelo Ministério Público.

- Como é intuitivo, em se tratando de investigar condutas lesivas ao patrimônio público, visando a punição dos responsáveis, a análise de movimentações bancárias é de capital importância para a verificação de eventuais desvios do dinheiro público, pois este sempre haverá de sair dos cofres governamentais, e o rastreamento da sua destinação nos meandros das contas bancárias dos envolvidos poderá revelar onde e quando os recursos públicos foram desviados para fins escusos.

Por mais que os corruptos se esmerem em inventar esquemas para mascarar tais desvios, sempre haverá o momento em que o dinheiro público, originalmente saído de uma conta bancária do governo, seja transferido para uma conta particular ou mesmo sacado por alguma pessoa, que deverá dar explicações sobre a sua utilização, pois não há como justificar um saque de valor considerável que posteriormente "some sem deixar vestígios".

Por essa razão, o poder de investigar contas bancárias é de fundamental importância para o Ministério Público.

Para tanto, poderá ele, conforme demonstraremos no âmbito deste trabalho, no curso de suas investigações - principalmente através de inquéritos civis - requisitar tais informações das instituições financeiras.

No entanto, tem havido uma forte reação de setores da sociedade interessados em diminuir ou mesmo negar essa possibilidade ao Ministério Público, através dos mais variados argumentos, todos tendentes a transmitir a idéia de que nosso sistema processual não tem a dimensão que a legislação atualmente **lhe dá** para o controle do poder estatal, razão pela qual o estudo do tema adquire grande relevância, a fim de que se possa espantar os esquilidos argumentos que tem sido utilizados.

Principalmente contra a atuação do Ministério Público através de suas investigações em inquéritos civis¹⁵ é que tem sido lançadas as críticas mais agudas e deletérias.

Embora essa atuação ainda seja tímida e muito longe daquilo que a legislação efetivamente permite, o movimento contra ela já é bastante acentuado.

E a razão é bastante simples: O reconhecimento de que o Ministério Público efetivamente tem instrumentos adequados que lhe permitem conduzir uma investigação independentemente da autoridade policial (sempre sujeita ao poder político dos governantes do momento), representa perigo àqueles que tem se dedicado ao desvio de recursos públicos.

Urge, pois, para as oligarquias que desde há muito tem espoliado o Estado brasileiro, limitar e conter essa atividade, pois representa real ameaça aos seus interesses.

¹⁵ a utilização do inquérito civil como supedâneo para fúturuo açõespeuai., confira-se Hugo NigroMazzilli, na obra Murais! do Promotor de Justiça, Saraiva, 1991, pag.195.

Por essa razão, mais do que nunca o papel do jurista é de fundamental importância para a definição do futuro da sociedade brasileira. Sem a sua participação dificilmente o povo brasileiro atingirá suas aspirações legítimas, esculpidas no art. 1º do Texto Constitucional.

Isto porque estamos num momento de **implementação** da Constituição, e inclusive de sua **revisão**, e se os profissionais do Direito não se despirem do seu tradicional agnosticismo axiológico e reconhecerem o seu papel político na sociedade, dificilmente conseguiremos implementar as conquistas trazidas pela Constituição e provavelmente verificaremos a sua exclusão quando da sempre mencionada revisão.

Reconhece-se generalizada e unanimemente que a sociedade não é justa; e se tem apregoado impunemente que o Direito existe para a manutenção da ordem social vigente!

Esta é, *"data vênia"*, uma visão míope do Direito. O Direito existe, sem dúvida, para preservar determinados valores. Todavia, como tem mostrado ultimamente a filosofia jurídica, em vez de servir apenas como instrumento de manutenção da ordem social, pede e deve ele ser utilizado como instrumento de **transformação** da sociedade.

Não significa isto aderir às teses do direito alternativo (que, frise-se, não se confunde com o uso alternativo do direito, que tem algumas proposições interessantes), mas simplesmente reconhecer que nossa Constituição, apesar de todos os seus defeitos (estes sim merecedores de correção na "revisão"), fornece o instrumental para a implementação de uma radical mudança reclamada pelos brasileiros — o controle efetivo do poder estatal pela sociedade, com a conseqüente profilaxia da epidemia de corrupção que tem assolado o país.

Basta apenas que nos convençamos disso e tenhamos a vontade política de agir.

Basta que se reconheça que o art. 3º da Constituição Federal é o lume que deve nortear a interpretação de seus dispositivos, e que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária implica no fim dos desmandos e da corrupção epidêmica.

Embora o poder do Ministério Público de determinar a quebra do sigilo bancário represente apenas um dos instrumentos que nosso sistema normativo fornece para esse fim, sem dúvida é um dos mais relevantes.

Para levar a efeito nosso propósito: faz-se necessário em primeiro lugar examinarmos a própria noção de sigilo bancário, a nosso ver muito mal compreendida, pois tem sido propagada pelos meios de comunicação uma idéia ambígua e enganosa do que efetivamente seja ele, deixando transparecer à população a falsa visão de que seria um instituto que poderia servir para proteger falcaturas e corrupção, tendo alguns chegado ao absurdo de afirmar que isso seria uma garantia constitucional. Tal fato, lamentavelmente, tem inclusive gerado algumas manifestações equivocadas de juristas e Tribunais (*"data vênia"*), que estão a merecer reparos.

Em seguida, passaremos a analisar todas as hipóteses legais de quebra de sigilo bancário, que entendemos importante sejam mencionadas, a fim de que o trabalho permita uma visão abrangente do tema, e finalmente apresentaremos os fundamentos que entendemos permitir que a sua quebra seja determinada diretamente pelo Ministério Público.

2. NOÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO.

Uma análise histórica da atividade bancária curiosamente revela seus laços genéticos com o sagrado.

Conforme assevera **Lauro Muniz Barreto**, *"na antigüidade, os templos eram não só o local para as cerimônias religiosos, como também para a guarda do dinheiro e da prática das atividades bancárias."*²

Naturalmente, pois, o caráter reservado e ritual presente nas práticas religiosas impregnava também as operações bancárias que ali se efetivavam.³

Posteriormente, embora paulatinamente a atividade bancária fosse sendo desvinculada das práticas religiosas e dos templos, não perdeu aquelas características de sigilo e discrição

² Questões de Direito Bancário, vol. I, 2ª ed., pag. 29.

Mvuuro MeSa Filho, coto muita felicidade, assim resume esse lato: 'Da inviolabilidade dos templos onde surgiram as instituições bancárias edo respeito ao divino que se irradiava às atividades, inclusive bancárias, levadas a cabo no âmbito daqueles templos, infere-se que desde os primeiros momentos o oculto, o arcano, o misterioso, o discreto e o segredo estão presentes em todas as operações bancárias.' (Dimensões Jurídicas do sigilo bancário, Rev. Forense, vol. 287, pag. 466/467.

inerentes à religião, mesmo porque percebeu-se que tais fatores eram importantes para o seu desenvolvimento e credibilidade.

No entanto, estando os bancos a se desvincularem dos templos, naturalmente perdiam o fundamento sacro que motivava o referido sigilo e, ante a importância de tal característica para o sucesso e ampliação das suas atividades, necessário se fazia a busca de um fundamento jurídico, o que veio a ocorrer claramente no Direito Romano.⁴

Nessa sua dimensão jurídica, o instituto passa a ser visto como um dever jurídico dos bancos para com as pessoas com quem mantém relações jurídicas.

Sérgio Carlos **Coveilo**, que escreveu monograficamente sobre o tema, define o sigilo bancário como *"a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional"*.⁵

A noção é bastante interessante pois deixa patente dois aspectos importantes do sigilo bancário, quais sejam, o de que não é uma obrigação dos bancos somente com seus clientes, mas com todas as pessoas com quem travam relações comerciais, bem como de que pode ser postergado em face de justa causa, que, como se verá posteriormente, diz respeito a hipóteses definidas em lei que permitem a quebra do sigilo.

Peca, no entanto, a nosso ver, quando utiliza o termo **atividade profissional**, porquanto isso poderia levar a se pensar que o sigilo bancário é o sigilo profissional do banqueiro, quando não podem ser confundidos os dois institutos, conforme exporemos adiante.

Além disso, contrariamente ao defendido pelo autor supra referido, entendemos ser mais adequado o termo **dever jurídico** em lugar de **obrigação**, pois enquanto esta vincula-se basicamente à idéia de relações jurídicas específicas entre credor-devedor, aquele tem um sentido mais amplo, necessário à exata definição do sigilo bancário, que não encontra fundamento somente em relações obrigacionais, mas também em relações jurídicas pessoais derivadas do direito à privacidade, de fundo constitucional e com caráter muito mais amplo que o âmbito do Direito das Obrigações.

S

Por essa razão, preferimos definir o sigilo bancário como **o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam**.⁶

Tal dever, é preciso que se diga, tem como contrapartida o direito das pessoas que com o banco travam relações comerciais de não terem suas informações particulares de conhecimento da instituição de crédito levadas à cognição de terceiros.

Em determinadas hipóteses constitui tal direito importante proteção à esfera da privacidade das pessoas, tendo neste sentido efetivamente um escólio de ordem constitucional, embora o sigilo bancário propriamente dito não tenha proteção específica na Constituição Federal.

• 3. SIGILO BANCÁRIO E SIGILO PROFISSIONAL.

Exposta a noção de sigilo bancário, toma-se importante distingui-lo do sigilo profissional, com o qual alguns o confundem.¹

Nas épocas primitivas em que surgiu a noção de sigilo bancário sem dúvida poderia ocorrer tal confusão, pois como já se salientou, a incipiente atividade bancária misturava-se às atividades religiosas e era impregnada pelas suas características.

No entanto, com a laicização das instituições de crédito, e com o seu conseqüente agigantamento, tomando-se poderosas organizações fomentadoras de desenvolvimento econômico, sofreram elas profundas modificações em sua estrutura, razão pela qual entendemos não ser mais possível nos dias presentes confundir o sigilo profissional, característico de pessoas naturais que exercem determinadas profissões, com o sigilo bancário, peculiar às empresas bancárias - pessoas jurídicas - somente de forma reflexa imposto também às pessoas naturais que nelas prestam serviços.

Nos dias presentes, dificilmente se pode afirmar que exista uma pessoa que seja efetivamente proprietária do banco (em sua quase totalidade são sociedades anônimas com milhares de acionistas), e que exerça uma profissão em função da qual deva guardar segredo a respeito dos fatos que

¹ Sobre a origem consulte-se a obra 'O SIGILO BANCÁRIO', de Sérgio Caiba Coveilo, LEUD. 1991, pag. 15118.

² A. M69.

⁶ A definição não é original. Aproveitamos uma jingão das definições de Sérgio Covatto e do Ortório **Horaiãodr** a fim de podermos oqasmar nossa noção sobre o assunto.

Confim-se, por exemplo, Lauro Limborço, no artigo O MNI - 'Manual de normas e instruções do Banco Contrai, in RT 570115, onde afirma que o sigilo bancário é espécie de segredo profissional. No mesmo sentido vê-se Sérgio Covello, ob. cit., pag.122.

conhece. No mais das vezes o banqueiro (quando existe) desconhece a esmagadora maioria das informações existentes nos arquivos do banco.

O dever jurídico, frise-se, é dos bancos, e as pessoas que neles trabalham devem manter o sigilo na qualidade de prepostos daqueles.

Observa-se que a noção de sigilo profissional tem um caráter pessoal, vinculado a um indivíduo que exerce uma profissão. Aqui o dever é da pessoa natural, diversamente do sigilo bancário, onde o dever é da pessoa jurídica.

Os institutos são sem dúvida semelhantes, mas não se confundem.

Poder-se-ia até cogitar do sigilo profissional dos bancários e dos banqueiros, mas este não se confundiria com o sigilo bancário propriamente dito, dever jurídico das instituições bancárias.

Aliás, é bem de ver que seria possível pensar-se em um "sigilo profissional" de pessoas jurídicas, dentre os quais estaria o sigilo bancário.

No entanto, tal instituto não poderia confundir-se com o sigilo profissional conforme tradicionalmente estabelecido, ligado a pessoas naturais, onde o profissional assume a figura de um confidente que deve manter segredo sobre as informações hauridas do cliente, em razão do forte vínculo humano e social formado entre eles.

Relativamente a pessoas jurídicas não há como cogitar-se de uma vinculação no mesmo nível. Existe, isto sim, um dever jurídico derivado de uma relação de ordem simplesmente comercial, onde a impessoalidade e uma das características marcantes

4. FUNDAMENTO JURÍDICO DO SIGILO BANCÁRIO.

Passaremos em seguida a analisar os fundamentos jurídicos que em nosso país supeditam a noção de sigilo bancário, ou seja, o conjunto de princípios e normas que impõe aos bancos o dever de manter segredo sobre os dados em seu poder, e o conseqüente direito da pessoa em ter o segredo mantido.

Antes, porém, faz-se mister um rápido exame do instituto no direito alienígena, e uma breve indicação das principais teorias que procuram explicá-lo, fatores que nos auxiliarão a entender a real dimensão do tema estudado.

4.1.0 SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO COMPARADO.

Limitaremos nosso estudos aos seguintes países: Alemanha, Itália, França, Suíça e Portugal.

4.1.1. Alemanha.

Não há tratamento específico pelo direito positivo, embora reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, que se valem de outras normas para dar sustentáculo ao sigilo bancário.

Como afirma **Carlos Alberto Hagstroni**, *"Na Alemanha não há regra específica nem definição legal para o segredo bancário, mas sua existência é observada, reconhecida pelo Direito Privado e pelo Direito Público, admitida em diversas leis, aceita pela doutrina e pela jurisprudência."*⁸

No entanto, sofre limitações decorrentes de interesses de ordem pública e social, casos em que pode haver a quebra do sigilo.⁹

4.1.2. Itália.

Assim como na Alemanha, na Itália também não há norma específica disciplinando o sigilo bancário, embora seja ele reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência¹⁰, utilizando-se dispositivos variados do sistema para supeditá-lo.

No entanto, também na Itália não é ele absoluto, cedendo ante interesse de ordem pública, nos casos previstos em lei.

Como afirma **Giacomo Moile**, *"L'obbligo della banca ai segreto non è senza limiti ed essendo essa, come si è detto, diretto alla tutela del cliente e quindi di un interesse privato, non vi*

⁸-O sigilo Bancário e o Poder Público', Rev. de Direito Mercantil 117, pag.37.

Confira-se a respeito o próprio Hagstroni, obra e página citados, e Sérgio Coveflo, ob. cit., pag.34.

Há autores que sustentam preciso legal específica no art. 10 da lei bancária italiana- Nesse sentido Guido Roda, citado por Covrilo, ob. cit., pag.31.

No entanto, a maioria dos Juristas italianos que estudam o tema entendem que o referido dispositivo legal não tem a extensão que lhe atribui Roda.

Confira-se a respeito Giacomo Moile, na obra "la Banca Nell'Ordinamento Giuridico italiano", Milano- Dcl. A. Giuffrè Editore, 1980, pag.153.

sono iimiti ad esso da parte dei legislatore. Prescindendo dai casi nei quali la rivelazione sia imposta dalla legge un dovere di comunicazione può sorgere nei confronti della autorità giudiziaria dei fisco e dei terzi. 12

4.1.3 França.

Também na França o sigilo bancário é protegido pelo ordenamento jurídico, embora inexistente uma norma específica, fundando-se a proteção num conjunto de regras de ordem penal, civil e comercial.

Da mesma forma, admite-se a quebra do sigilo em face de interesses de ordem pública. 12

4.1.4. Suíça.

País onde os bancos e a sua alardeada discrição são instituições nacionais, há previsão legal específica para a proteção do sigilo.

No entanto, também lá o segredo não é, como alguns supõem, absoluto.

Conforme aduz **Hagstrom**, "*Não pode ser invocado, em geral, perante a justiça penal. Na justiça civil, o juiz tem poder discricionário para decidir sobre a matéria, havendo algumas variações de conformidade com as legislações cantonais. Em procedimentos de taxação e recursos o segredo é preservado, perante o fisco; é afastado, contudo, no procedimento contencioso (penal fiscal). Algumas Outras exceções ao dever de segredo são contempladas expressamente em textos legais.*"¹³

4.1.5 Portugal

O sigilo bancário encontra em Portugal dispositivo legal específico a protegê-lo, que se situa entre os mais rígidos do mundo. 14

No entanto, também lá o sigilo não é absoluto.

Como observa **Antonio Menezes Cordeiro**, "*O segredo bancário poderá encontrar limites, perante Outros valores que se lhe deparem e que, em concreto, apresentem uma intensidade superior.*"¹⁵

Após esta ligeira análise da disciplina jurídica do sigilo bancário em diversos países, pode-se constatar que ele é universalmente aceito, embora nunca de forma absoluta, cedendo sempre ante motivos de ordem pública, previstos em lei.

4.2. TEORIAS FUNDAMENTADORAS DO SIGILO BANCÁRIO.

Várias são as teorias que procuram explicar e dar suporte ao sigilo bancário, encarado como dever jurídico dos bancos para com as pessoas que com eles travam relações comerciais, que são as titulares do direito ao segredo.

Na obra já mencionada de **Sérgio Coveilo** há uma exposição minuciosa e detalhada dessas teorias. 16

No âmbito restrito do presente trabalho, limitar-nos-emos a reproduzir apenas a noção básica de cada uma delas.

4.2.1. Teoria Contratualista.

Parte da premissa de que em todo contrato bancário, derivada de uma cláusula geralmente tácita ou implícita, existe uma obrigação acessória do banco em manter segredo sobre as informações da outra parte a que teve acesso para que se perfectibilizasse o referido contrato.

Tal teoria não nos parece adequada.

Como observa com acerto Coveilo, o Banco geralmente não assume expressamente a obrigação de guardar segredo e, mesmo a se admitir a hipótese da cláusula tácita, não estariam explicadas as hipóteses: a)-em que o contrato não chega a ser firmado e informações foram prestadas

¹¹ Ob. cit., pag. 158.

¹² Conf. a. se **Hagstrom**, ob. cit., pag. 38 e Coveilo, ei., cit., pa. 26127.

¹³ Ob. cit., pag. 39.

¹⁴ D. eto. Lri a' 02 de 09 de janeiro de 1978.

¹⁵ *dm de Direito Comercial e de Direito da Economia - Banca, Bolsa e Cr ~, vol. 1 - Mmcdiaa, Co ~ 1990, pag. 58159.*

¹⁶ *paga 95/144.*

ao Banco; b)-do dever jurídico para com terceiros que com o banco não celebraram contrato ; c)-dos contratantes incapazes e d)-do dever de sigilo dos auxiliares do banco, com os quais não-há contrato.

4.2.2. Teoria da Responsabilidade Civil.

Baseia-se na idéia de que os Bancos, como qualquer pessoa natural ou jurídica, tem o dever de não prejudicar a ninguém, sob pena de serem obrigados a reparar o dano.

Assim, ao tomarem conhecimento de informações de terceiros, não poderiam revelá-las, a fim de não lhes causarem prejuízos, podendo sofrer a responsabilização em caso de inadimplemento de tal dever.

Na verdade, a teoria também não nos parece correta, pois se não há dúvida de que o desrespeito ao sigilo pode ocasionar a responsabilização civil, ela é **consequência** da quebra do sigilo e não o seu fundamento.

4.2.3. Teoria Consuetudinária.

Os defensores desta teoria entendem que o fundamento do sigilo bancário estaria no seu uso reiterado e constante através dos tempos pela sociedade, alçando-o à categoria de norma jurídica costumeira ou consuetudinária.

A despeito de já termos salientado a origem costumeira do sigilo, parece-nos que a teoria é insuficiente para explicar o seu fundamento jurídico.

Juntamente com **Álvaro Meio Filho**, diria que *"esta teoria do uso pode ser válida nos sistemas jurídicos em que o sigilo bancário não foi consagrado legalmente. Desse modo, onde há uma configuração positiva do sigilo bancário, tal doutrina vê-se obrigada a ceder lugar a outras que tenham lindamento no campo legal."*¹⁷

No entanto, saliente-se que mesmo nos sistemas em que inexistente base legal, somente os usos são insuficientes para fundamentar juridicamente o sigilo que a nosso ver em certas hipóteses encontra seu principal esteio no direito à privacidade, como exporemos mais à frente.

4.2.4. Teoria do Sigilo Profissional.

Tal teoria se baseia no facto de que o sigilo bancário seria uma espécie de sigilo profissional.

No entanto, como já expusemos acima no item , ao qual ora nos reportamos, não podem as duas figuras serem confundidas, apesar das semelhanças que possam existir.

4.2.5. Teoria da boa fé ou do dever de lisura.

Seus defensores sustentam que o sigilo bancário está fundamentado em sua própria natureza e importância econômica e no caráter eminentemente fiduciário da atividade bancária, ainda que disposição legal alguma o sancione expressa e diretamente.¹⁸

Também não nos parece ela adequada para fundamentar o sigilo bancário, pois se a boa fé pode ser considerada inerente à validade dos atos jurídicos (a má-fé pode levar à anulação do ato), não é ela suficiente para explicar o dever dos bancos em não revelar informações a que tenham tido acesso, máxime se agem de boa fé ao transmiti-las.

4.2.6. Teoria do fundamento legal.

Segundo essa teoria, o fundamento do sigilo bancário deve ser um dispositivo legal , ainda que não necessariamente específico, sendo lícito recorrer-se a interpretações extensivas ou analógicas.

Também ela nos parece insuficiente para isoladamente explicar o sigilo bancário.

Particularmente entendemos que o fundamento consuetudinário ou legal, aditado em certos casos ao direito à privacidade, é que fornecem o fundamento e os limites do sigilo bancário, como exporemos à frente.

17. Gb cAl., pag.472.

18 Tal é a posição de Alk4II, citadopor covello, ob. cit., pag.123.

4.2.7. Teoria do direito à intimidade dos Bancos.

*Conforme explica Covello, "Contrariando as propostas tradicionais que vêem no sigilo bancário instrumento de defesa do indivíduo, esta elaboração doutrinária sustenta a existência de um legítimo interesse do estabelecimento de crédito em manter excluídas do conhecimento de outrem as operações que realiza e os fatos com estas relacionados."*¹⁹

Afigura-se-nos, Mata venia", insustentável a teoria.

Independentemente de considerarmos existente ou não o direito à privacidade de pessoas jurídicas, o fato é que o sigilo bancário não existe para protegê-lo, mas sim à privacidade das pessoas cujas informações estão em poder dos bancos.

4.2.8. Teoria do direito à privacidade.

Esta teoria sustenta que o sigilo bancário encontra escólio no direito à privacidade, que é um dos denominados direitos da personalidade, estando, pois, supeditado na própria personalidade humana.

Entendemos que efetivamente, em determinadas circunstâncias, o direito à privacidade é um dos fundamentos do sigilo bancário, embora com ele não se confunda e nem sempre possa lhe servir de base.

Face à importância desse tema para as nossas conclusões, será ele analisado mais profundamente na sequência do trabalho.

4.3. O SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO.

No Brasil, somente com a lei 4595 de 31112/64, que reorganizou o sistema financeiro, foi disciplinado expressamente o sigilo bancário, dispondo o art. 38 do referido estatuto normativo:

"Art.38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º - As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º - O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive do Banco Central do Brasil.

§ 4º - Os pedidos de informações a que se referem os parágrafos 2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos formem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimento e informações pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º - A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis a pena de reclusão de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

Relativamente ao crime previsto no § 7º, a Lei 7492186 introduziu uma alteração, com a seguinte redação:

¹⁹ Y, cit, pag. 130.

"Art. 18 - Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento; em razão de ofício: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

Há, de outro lado, outras normas que tem pertinência com o tema, embora não tratem especificamente do sigilo bancário, e que mencionaremos na sequência do trabalho, quando tratarmos da vinculação do sigilo com o direito à privacidade e das hipóteses de sua quebra.

De todo modo, importante é que se frise o fato de que a nosso ver o sigilo bancário é garantia legal e não constitucional.

Como já dissemos anteriormente, em certas hipóteses o fundamento para o segredo bancário seria a privacidade. No entanto, nesses casos o que se protege é a privacidade e não propriamente o sigilo.

Entendemos que uma coisa é garantir-se a privacidade da pessoa, com fundamento em norma constitucional; outra é garantir-se o segredo de informações bancárias de uma pessoa, coza base na legislação supra mencionada.

Sempre que a revelação de informações bancárias puder violar a privacidade da pessoa, parece-nos que mais do que garantia ao sigilo bancário (com fundamento legal), tem a pessoa garantia à sua privacidade (com fundamento constitucional).

No entanto, se a revelação da informação não invadir a esfera da intimidade da pessoa, sua garantia é meramente legal, do sigilo bancário.

Por essa razão, mister se faz que seja levada a efeito uma sucinta exposição da noção de direito à privacidade e de suas vinculações com o sigilo bancário.

S. DIREITO À PRIVACIDADE.

Conforme leciona Adriano de Cupis, *"existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privado de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais", com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade.*"²⁰

Tais direitos, admitidos pela doutrina, são, classificados das mais variadas maneiras pelos diversos autores que estudam o tema.

Particularmente, entendemos adequada a sintética enumeração feita por R. Limongi França, que considera direitos da personalidade os destinados à defesa da integridade física, da integridade intelectual e da integridade moral.

Entre os direitos inerentes à personalidade que visam a proteção da integridade moral encontra-se o chamado direito à privacidade, que genericamente pode ser definido como *"o direito de viver a sua própria vida isoladamente, sem estar submetido a nenhuma publicidade que não provocou nem almejou."*²¹

Trata-se, pois, de um direito fundamental do ser humano, que lhe garante a individualidade, reservando-lhe um âmbito no qual a sociedade não pode adentrar, a não ser quando o próprio indivíduo permita ou, em função de sua conduta, provoque.

Sem dúvida esse direito é inerente à personalidade, pois sem esse reduto de intimidade, dificilmente a pessoa conseguiria manter sua individualidade e facilmente teria sua personalidade diluída no organismo social, cada vez mais voraz em destruir a vontade individual, criando aquilo que Baudrillard denomina *massa*.²²

²⁰ m Oa Direitos da Personalidade', tossi. de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Livraria Moraes Editora, Lisboa, 1961, pag.17.

²¹ Conforme Lncle,a Marthse Wfflum Swasvller, citadas por José Ses'pa Santa Mas4a, 'iii' Curso de Direito - de Miguel Maria de Sapa Lopes, vol.1,6 mi., Freitas Bastes, pag.216.

²² Conflra-se a obra "e sombra das MAIORIAS SILENCIOSAS. O finado social e o surgimetito das massas", c Braailense, 1985. Nela, o autor chega a afinnar "o sentido não seria mais a linha de força ideal de nossas sociedades, sendo o que escapo apenas um resíduo destinado a ser reabsorvido qualquer dia - ao contrário, é o sentido que é somente um acidente ambíguo e sem prolongamento, um efeito devido à convergência ideal de um espaço perspectivo num momento dado (a História, opoder, etc), mar que na realidade nunca disse respeito senão a uma fração mínima e a uma camada superficial de nossas 'sociedades E taro também é verdadeiro para os indivíduos: nós somos apenas eplscdicamente condutores de

A privacidade é a fortaleza onde o indivíduo resguarda aquele mínimo de identidade e sanidade que a massificação da sociedade moderna ainda lhe permite. Sem ela, desapareceria o indivíduo e estaríamos a viver literalmente numa gigantesca colméia.²³

Por essa razão, é salutar que os ordenamentos jurídicos modernos busquem consagrar a privacidade como um dos direitos da, personalidade, inclusive alçando-o a nível de garantia constitucional.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo⁵⁰, inciso X, dispõe expressamente:

"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Observa-se que o direito positivo brasileiro segue uma tendência verificada na doutrina, de subdividir a privacidade em subespécies.

Adriano de Cupis, já citado, autor de obra clássica sobre o tema, deixa antever em seu livro que considera em sua órbita o direito à honra, ao resguardo (da intimidade e da imagem) e ao segredo.

Essa questão, no entanto, não nos parece crucial, pois a despeito do texto constitucional, entendemos possível considerar o direito à privacidade como o gênero no qual os demais se enquadram.

Importante é salientar, juntamente com **José Afonso da Silva**, que "A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, 'abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.'" ²⁴

De outro lado, também é importante salientar que apesar de ser um direito fundamental, como expusemos, tem ele limitações.

E a limitação encontra-se exatamente no fato de que se o direito à privacidade é uma proteção contra a invasão da sociedade na esfera íntima do indivíduo, por outro lado não pode protegê-lo quando ele sai de sua intimidade e atua na sociedade, provocando a necessidade de que esta tenha conhecimento de fatos que são próprios do indivíduo, a fim de manter o próprio equilíbrio social.

E esta é sem dúvida uma questão crucial no atinente ao direito à privacidade, pois diz respeito aos seus limites; diz respeito à demarcação da área que ficará intangível à sociedade e daquela que esta poderá conhecer. Somente um correto e equilibrado ajuste desse intrincado problema pelo Direito é que permitirá que, de um lado, o direito à privacidade tenha existência real e não seja apenas uma "garantia" vã e sem utilidade prática para as pessoas, protegendo-as efetivamente da curiosidade (ingênua ou maliciosa) do Estado e da população em geral, e, de outro, que não se torne um refúgio que garanta a impunidade de falcatuas e crimes de toda espécie.

Pontes de Miranda, com a sua característica objetividade, fornece bom referencial para a solução desse problema, através do seguinte raciocínio:

"Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública; todavia, esse direito sofre limitações, a) Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em que se desvelasse essa intimidade, - o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento intimidade; se A consentiu que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente. Se A praticou crime, em lugar íntimo, pré-excluiu a entrada desse lugar, como íntimo, no suporte fático, que, indo ao mundo jurídico, produziria o direito, a pretensão ou a ação de defesa da intimidade."²⁵

²³ É importante frisar que vislumbro sana colméia como uma reunião de indivíduos (abelhas) que aliam mecanicamente sem identidade própria como se essa colméia fosse um todo e os indivíduos meros elementos constitutivos desse todo, sem objetivos individuais. Se estiver enganado, perdoem-me os

²⁴ *Cumo de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., Malheiros Ed. pag. 188/189.
²⁵ *Tratado de Direito Privado*, 1ª ed., 1983, vol. VI, 1ª ed., pag. 125.

Assim, parece-nos claro que somente o exame de cada caso concreto permitirá saber se determinado fato particular de uma pessoa recebe ou não o manto protetor do direito à privacidade.

Sempre que houver interesse público ou de ordem pública no esclarecimento de determinadas situações, a justificar a revelação desse fato, ou então existir o assentimento do titular, entendemos que não poderá ser invocado o direito à privacidade para subtrai-lo do conhecimento do(s) interessado(s).

Isto porque, conforme bem expôs o inesquecível **Pontes de Miranda**, a própria ação do indivíduo, atingindo o âmbito social e interferindo em interesses de terceiros, exclui o fato da órbita protetiva do direito à privacidade.

Entretanto, em razão dessa peculiar característica típica da atividade de delimitação do direito à privacidade, também entendemos ser absolutamente necessário que sempre seja devidamente justificada e motivada a exclusão de um fato particular de uma pessoa da esfera protetora do referido direito, tomando-se a cautela de leva-lo ao conhecimento somente daqueles que efetivamente necessitem conhecê-lo para o perfeito esclarecimento da situação.

Esta última precaução é importante para evitar-se danos desnecessários à pessoa que teve o fato revelado, pois a final poderá constatar-se que não praticou ela qualquer ato lesivo a interesse de terceiros ou que realmente não assentiu em sua divulgação, de modo a justificar-se fique o seu conhecimento restrito apenas àqueles poucos que necessariamente tinham de conhecê-lo para que os eventos investigados fossem esclarecidos.

Esta é, a nosso ver, a correta dimensão do direito à privacidade, que será utilizada como escólio das conclusões do presente trabalho.

Finda esta sucinta exposição do direito à privacidade, cumpre agora indicar as suas vinculações com o sigilo bancário.

6. DIREITO À PRIVACIDADE E SIGILO BANCÁRIO.

Conforme já expusemos, entendemos que o sigilo bancário não encontra amparo expresso na Constituição.

Às vezes, quando a revelação de informações bancárias de uma pessoa possa violar-lhe a privacidade, haverá um fundamento constitucional a reforçar o sigilo dessas informações, baseado no direito à privacidade.

No entanto, o fundamento maior da reserva será o direito à privacidade e não propriamente o sigilo bancário.

Este encontra fundamento específico somente na lei ordinária.

E importante salientar que o direito à privacidade no seu âmbito mais * profundo nunca servirá de apoio ao segredo de informações bancárias.

Isto porque pelo simples fato do indivíduo ter revelado tais dados aos bancos, não serão eles mais tão íntimos. Já terá ocorrido uma mitigação à intimidade dessas informações, que já terão alcançado uma certa publicidade, ainda que restrita à instituição bancária.

E, em razão disso, sempre que existir um interesse público ou de ordem pública na investigação de determinado(s) fato(s) que justifique a necessidade de revelação das informações, deverão elas ser fornecidas.

Como afirma **Coveilo**, *"Toda vez que o interesse do conhecimento da notícia é considerado relevante, em face da ordem social, deve prevalecer sobre aquele da intimidade, porque a divulgação da circunstância coberta pelo sigilo se justifica por representar interesse superior, como ensina Anleita. Tem-se, então, a supremacia de bem maior de interesse geral."*²⁶

De outro lado, poderá ocorrer que não exista qualquer privacidade sobre a informação, que já seja de domínio público, mas ainda assim a instituição bancária, por força da lei ordinária, não poderá fornecê-la senão nos casos que a lei pennita.²⁷

²⁶ Ob. alt. paga 146/147.

²⁷ imagine-se, por exemplo, a hipótese em que uma pessoa muito conhecida em uma cidade e que tenha vades débitos, num programa de televisão em que esteja sendo entrevistado afirma que sua situação financeira é estável, pois apesar das dívidas possui uma importância específica aplicada em caderneta de poupança de determinado Banco, suficiente para o resgate de todas elas. Ora, essa informação perderá completamente a sua privacidade, pois foi espontaneamente divulgada. No entanto, ainda assim não poderá o banco informar a um credor que em seguida a essa entrevista o procureu inquirindo acesso dessa poupança ode seu valse

Neste caso, teremos a hipótese em que o sigilo bancário não está adjunto ao direito à privacidade, circunstância importante para demonstrar que ele não faz parte da essência do sigilo bancário e que são institutos diversos.

Todavia, parece-nos que exatamente em razão dessa vinculação do sigilo bancário com o direito à privacidade torna-se possível delinear o alcance da sua proteção:

a)- É uma garantia estabelecida pela lei ordinária, que em muitos casos atuará juntamente com a garantia constitucional da privacidade, nos casos em que a informação tiver esse caráter privado.

Nessas hipóteses, a quebra do sigilo bancário necessariamente haveria de ser motivada, a fim de caracterizar-se o interesse de ordem pública, pois como bem frisou **Pontes de Miranda** no trecho supra citado, sena necessário demonstrar que a conduta da parte, lançando-se no âmbito social e interferindo em interesses de terceiros, pré-excluiu a arguição da privacidade em defesa do segredo da informação, que passa a ser importante para o esclarecimento de um fato jurídico relevante para a sociedade.

Sem essa justificativa não seria possível a revelação da notícia, sob pena de violar-se a garantia constitucional.

b)- Não havendo perigo de violação à privacidade, o sigilo da informação bancária estará protegido unicamente pela lei ordinária.

Em razão disso poder-se-ia pensar que quando não estivesse envolvida a questão da privacidade, não haveria necessidade de motivação para a quebra do sigilo, bastando que a informação fosse requisitada por alguma das pessoas indicadas na lei.

No entanto, entendemos que ainda assim seria preciso demonstrar que a informação não tem caráter privado, impondo-se, em razão disso, também neste caso a motivação.

Na primeira hipótese deve ser justificada a postergação da privacidade; na segunda, que não há privacidade a ser postergada.

O conteúdo da justificativa será diferente, porém sempre será necessária a motivação, em respeito à garantia constitucional da privacidade.

A motivação é a garantia de que a quebra do sigilo bancário somente ocorrerá quando for efetivamente necessário, e nunca em atendimento a mera curiosidade.²⁸

Esta nos parece ser uma das consequências práticas mais importantes decorrente da vinculação do sigilo bancário com o direito à privacidade.

7. HIPÓTESES DE LIMITAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO.

Finalmente, após termos oferecido uma rápida noção de sigilo bancário e de § seus limites, podemos agora analisar as hipóteses concretas de superamento do segredo, que entendemos devam ser todas mencionadas no âmbito deste trabalho.

A doutrina cogita de limites legais e naturais ao sigilo bancário.

Conforme expõe Coveilo, *"A diferença entre os limites legais e os naturais está em que os primeiros constituem exceções de lei que dão nascimento à obrigação de revelar o segredo, sob pena de sanção, enquanto os limites naturais são, antes, faculdades do Banco para bem exercer o seu mister. Na expressão de Cottely, os limites naturais indicam até onde o Banco está autorizado a revelar o objeto do segredo sem violar o seu dever, ao contrário dos limites legais que impõem o dever de revelar. Os limites legais não admitem discussão, porque a norma não se discute, cumpre-se. Já os limites naturais prestam-se, não raro, a controvérsias, em vista de lhes faltar base normativa expressa."*²⁹

e

²⁸ Em razão disso parece-nos que o dispositivo originalmente inserido art.1 do Projeto de Lei que instituiu o IPMF poderia dar margem a violação da garantia constitucional da privacidade, pois nos termos em que o artigo fora redigido poderia o Ministro da Fazenda baixar normas detendo, minando a prestação de informações detalhadas sobre os dados bancários dos contribuintes, independente da **motivação específica necessário em cada caso concreto**. Em nome da fiscalização da cobrança do IPMF poderia o indivíduo ter todas as suas informações bancárias desveladas desnecessariamente. O texto dizia o seguinte: "Art.1 - As Instituições financeiras, as entidades referidas no art.8º III, desta lei, e as bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, ficam obrigadas a prestar informações referentes ao imposto à secretaria de Receita Federal, com identificação dos contribuintes, nos termos, condições e prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro da Fazenda. (grifos nossos). Ora, para a fiscalização do imposto bastaria à Receita saber o volume de dinheiro movimentado pela conta. Isto poderia ser estabelecido genericamente pela lei e dispensaria até uma motivação específica, pois ela estaria implícita relativamente à verificação do correto recolhimento do imposto. No entanto a lei permitiria que o Ministro da Fazenda fixasse os termos, condições e prazos das informações, que poderiam ser muito mais detalhadas que o necessário para a simples fiscalização do imposto. Com isso todas as informações bancárias da pessoa poderiam ser requisitadas pela Receita Federal, **sem motivação específica**, o que, anosso ver, violaria a norma constitucional que resguarda a privacidade.

²⁹ Oh. cit., paga. 1491150.

No âmbito do presente trabalho, no entanto, nos interessa apenas o exame dos limites legais ao sigilo bancário.³⁰

Presentemente, no ordenamento jurídico brasileiro encontramos as seguintes hipóteses de permissão legal para a quebra do sigilo bancário: a) requisições do órgão jurisdicional do Estado b) requisições do Fisco; e) requisições do Poder Legislativo; d) requisições do Ministério Público.

Antes de iniciar uma sumária análise dessas hipóteses, cumpre lembrar que em relação a todas elas vale a advertência de que o segredo bancário deve ser postergado apenas em relação àquelas informações, que sejam efetivamente necessárias para o esclarecimento do fato que envolve o interesse público ou de ordem pública, de forma a manter-se o equilíbrio que deve existir no cotejo entre o interesse da coletividade e o interesse particular.

7.1 Requisições do Poder Judiciário.

A previsão legal está no parágrafo 1º do artigo 38 da Lei 4595164, que acima transcrevemos.

Dois pontos importantes merecem ser salientados em relação a tal dispositivo.

Em primeiro lugar deve ser observado que o texto legal deixa claro que a requisição deve ser feita por membro do Poder Judiciário, não sendo possível por isso atender-se a solicitação exarada por auxiliar da Justiça.

Em segundo lugar, deve ser observado que a requisição judicial não implica em supressão do segredo mas apenas que a informação é estendida também ao Judiciário, que devesse mantê-lo, só permitindo acesso àquela às partes legítimas na causa, que não poderiam utilizar-se dela para outros fins que não os envolvidos na causa.

Em razão dessa parte final do §1º do art. 38, tem se sustentado que o Judiciário somente poderia requisitar as informações no curso de um processo instaurado.³¹

Não concordamos, no entanto, com esse posicionamento.

A nosso ver, o dispositivo legal não estabelece essa restrição. A parte final do parágrafo apenas regulamenta a manutenção do caráter sigiloso da informação no âmbito do Judiciário, que somente poderá permitir acesso a ela, além das pessoas e órgãos vinculados à própria Justiça e ligadas ao caso que estiver sob exame, às partes legítimas na causa.

Não fosse assim teríamos a maceável conclusão de que no curso de uma investigação criminal não poderia o Judiciário determinar a quebra do sigilo a fim de permitir a coleta de dados tendentes à caracterização de uma infração penal, circunstância que poderia vir em prejuízo da própria pessoa investigada, que poderia ter qualquer indicio contra si eliminado diante das informações obtidas.

Além disso, a história recente do país revela que o entendimento do Supremo Tribunal Federal esta de acordo com o nosso posicionamento pois e de conhecimento publico que o Pretório Excelso no curso das investigações do caso Coilor PC pela Polícia Federal determinou varias vezes a quebra do sigilo bancário de diversas pessoas atendendo solicitação daquela.³²

Tal ponto também é de grande relevância para o Ministério Público, visto que embora possa requisitar diretamente as informações bancárias (conforme se vera adiante) podem optar, já existindo inquérito policial em curso, por requerer à autoridade judicial seja feita a requisição das aludidas informações.

Todavia, cumpre lembrar que em qualquer caso sempre deverá o órgão jurisdicional do. Estado motivar sua decisão de quebrar o sigilo bancário, em razão do respeito à garantia constitucional da privacidade, conforme expusemos anteriormente.

7.2 Requisições do Fisco.

A matéria é regulada no §50 do artigo 38 da lei 4595164, anteriormente transcrito.

Tal dispositivo estabelece que a autoridade fiscal pode obter a informação bancaria quando a) existir processo administrativo instaurado b) que a informação seja considerada indispensável pela autoridade fiscal.

30. Sobre limites naturais confira-se Coado, ob. cit., p. 1811203.

31 Nesse sentido confira-se Covello, ob. cit., p. 651166.

32 Infelizmente não pudemos obter cópia dos procedimentos que a quebra do sigilo foi decretada. No entanto, o fato é público e notório, tendo sido noticiado portadas dos veículos jornalísticos do país.

Além disso, o ^{§60} do artigo 38 também estabelece em relação ao Fisco o dever de utilizar-se reservadamente da informação.

A norma nos parece adequada, pois delimita claramente a necessidade de motivação da quebra do sigilo; mantendo o caráter reservado da informação.

Alguns autores, no entanto, sustentam que essa regra estaria derogada pelo artigo 197 do Código Tributário Nacional, chegando a sustentar que perante o Fisco inexistia o sigilo bancário.³³

Creemos no entanto não ser esse o melhor entendimento pois o parágrafo único do referido art. 197 do CTN claramente afasta o sigilo bancário do âmbito das investigações ali permitidas, ao dispor:

Parágrafo. único - A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais esteja **legalmente obrigado a observar o segredo, em razão de cargo, função, ministério, atividade ou profissão.**

Assim, a nosso ver continua com plena vigência o disposto no §5º do artigo 38 da lei 4595/64.

7.3 Requisições do Poder Legislativo.

A matéria é regulada nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 38 da lei 4595/64.

Duas são as hipóteses cogitadas pela lei:

a)- Requisição genérica do Poder Legislativo, que deverá ser aprovada pelo plenário da Câmara ou do Senado, dependendo da Casa Legislativa que requisitar as informações;

b)- Requisição formulada por Comissão Parlamentar de Inquérito, que deverá ser aprovada pela maioria absoluta dos membros da Comissão.

Também nestes casos entendemos que a requisição deverá ser motivada,

sendo a lei adequada ao prever a possibilidade de as informações serem mantidas reservadas, quando necessário.

7.4 Requisições do Ministério Público.

Finalmente, chegamos à última das hipóteses de quebra do sigilo bancário, e aquela que é a mais importante para o âmbito do presente trabalho, instituída pelas recentíssimas leis 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público Estadual) e lei complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal).

Os dispositivos legais são oportunos em face da nova feição dada a instituição do Ministério Público pela Carta Constitucional de 1988, que o incumbiu da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como, entre outras atribuições, da promoção do inquérito civil e ação civil e penal públicas visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Para isso, evidentemente era necessário que tivesse o Ministério Público amplos meios investigativos ao seu dispor, inclusive o poder de quebra do sigilo bancário, o que aconteceu através das leis mencionadas.

Relativamente ao Ministério Público Estadual a regra é a do art.26, incisos 1, letra, II e §2º, da lei 8625/93.

Conforme se pode observar dos referidos dispositivos legais, tem o Ministério Público Estadual o poder de requisitar informações de entidades públicas e privadas, sem qualquer restrição, o que inclui necessariamente os estabelecimentos bancários.

Ademais, o §2º do aludido artigo 25 ainda mais reforça esta interpretação ao dispor:

§2º - O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, **inclusive nas hipóteses legais de sigilo.**

Deve ser ressaltado que a nosso ver o referido dispositivo também deixa claro que de forma correlata ao que ocorre com os outros órgãos que tem o poder de determinar a quebra do sigilo bancário, o Ministério Público também tem o dever de preservar o segredo.³⁴

33. Nesse sentido Coadio, ob. cit., *pag.1741175*.

34. Anão asç evidentemente, quando propuser ações penais ou civis públicas contra o titular da informação, pois nesse caso necessariamente deverá ela ganhar o âmbito público.

Relativamente ao Ministério Público Federal, a regra é a do artigo 8º, incisos II e IV, e §2º.

Observa-se das referidas normas, que assim como o Ministério Público Estadual, tem o Federal o poder de requisitar quaisquer informações de órgãos públicos e privados.

O aludido parágrafo 2º dispõe expressamente:

§2º - Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Vê-se aqui também a permanência do caráter sigiloso da informação, como ocorre em todas as outras hipóteses.

Por fim, cumpre salientar que a nosso ver, inegavelmente também o Ministério Público, em respeito à garantia constitucional do direito à privacidade, deverá sempre motivar suas requisições de quebra do sigilo bancário, conforme anteriormente sustentamos.

8. A INTERPRETAÇÃO RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se pronunciar a respeito da quebra de sigilo bancário por requisição do Ministério Público Estadual, em decorrência de recente e conhecido episódio ocorrido no Rio de Janeiro, através de sua Quinta Turma, em dois julgados, assim decidiu:

"PROCESSUAL PENAL - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS REQUISITADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - SIGILO BANCÁRIO. - O artigo 192 da Constituição Federal estabelece que o sistema financeiro nacional será regulamentado em lei complementar. - Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei n.º 4595164, que instituiu referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza. - Assegurado no art. 38 da Lei 4595/64, o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem violação ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, a apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade. - Ordem concedida" (HABEAS CORPUS N.º 2019-7 - RIO DE JANEIRO - DJJ 09.5.94 - p. 10.581/2)

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - PODERES. LEI 8625193. Sigilo Bancário. quebra por requisição direta do Promotor Público. Impossibilidade. A criação de novas hipóteses de quebra do sigilo bancário, não previstas na Lei 4595164, ou a forma de acesso a informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária, de que é espécie a Lei 8625, de 1212193, instituidora da Lei Orgânica do Ministério Público. Além disso, o artigo 26, II, da referida lei 8625 contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo. O § 2.º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, não de autorização de quebra de sigilo. O acesso a informações bancárias, cobertas pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo Ministério Público através do Poder Judiciário" (HABEAS CORPUS N.º 2352-8 - RIO DE JANEIRO - DJU 09.05.94 - p. 10.882)

Com a devida vênia à autoridade da colenda Corte, os argumentos postos no presente trabalho rebatem, dentro do rigor técnico-jurídico, com respaldo em pródigas citações doutrinárias, aquelas conclusões ao que parece um tanto alçadas do sistema pátrio, que descansa no precedente legal.

Inquestionável que o permissivo da quebra do sigilo bancário é derivado de legislação ordinária (Lei 4595/64), não podendo a construção pretoriana, mesmo a pretexto de invocação do artigo 192, da Magna Carta, transmutá-la de grau, introduzindo hierarquia inexistente com sua inconcebível elevação à categoria de norma complementar, ainda que com a alegada chancela da recepção constitucional.

Por óbvio, somente lei de comando suplementar ao invocado dispositivo constitucional, a ele subsequentemente editado, poderia autorizar a proibição de requisição de informações bancárias diretamente pelo Ministério Público Estadual.

Isto por estar ele devidamente autorizado por lei da mesma categoria hierárquica da de n.º 4595164 e posterior a ela (n.º 8625193). Acresça-se, sendo esta Lei Orgânica.

A doutrina tradicional, aliás, já vislumbrava semelhantes características entre as "Leis Orgânicas" e as "Leis Complementares". Confira-se a respeito o insuperável **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**, que afirma: *Leis orgânicas são as que dão organização às pessoas jurídicas, dispõem sobre os seus órgãos estruturais e sobre as respectivas atribuições"... outrossim, recebem essa designação as leis que desenvolvem os textos constitucionais, a fim de lhes permitir a sua aplicação."* E conclui: *"Constituem suas leis complementares."*³⁵

É importante salientar que essa Lei Orgânica (8625/93), embora elaborada sob a forma de lei ordinária, foi editada justamente para complementar o texto constitucional, permitindo a sua efetiva aplicação, e o dispositivo apontado simplesmente detalha o previsto no inciso VI do artigo 129 da Constituição Federal.

Portanto, é importante frisar que o poder de requisição das informações deriva do Texto Constitucional, que é complementado pela aludida Lei Orgânica.

Nem se argumente que a autorização nela estabelecida é genérica sem força de afastar a outra exceção legal, tanto que está contida no próprio texto, *expressamente*, no §2.º do artigo 26, de que trata, a previsão de responsabilidade do Membro do Ministério Público pelo uso indevido da informações e documentos, nas hipóteses legais de sigilo. Ou seja, evidente a vontade do Legislador em incluir a possibilidade de violação do sigilo bancário através de requisição do "Parquet", tanto que faz aquela expressa ressalva ao estabelecer genericamente o poder de requisitar.

Em outras palavras, acrescentou mais uma exceção legal às hipóteses de acesso às informações bancárias, que estão, repita-se, previstas em lei ordinária.

Diferente interpretação somente pode ser concebida em acanhada visão do Ministério Público, deixando de reconhecer validade às disposições constitucionais que o investem na vocação moderna de verdadeiro defensor da sociedade, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, negando-lhe os necessários instrumentos à árdua batalha da tutela do interesse público.

Tanto assim que, no atinente ao Ministério Público Federal, a sua respectiva Lei Orgânica, esta inclusive COMPLEMENTAR e posterior à Constituição da República, de forma ainda mais nítida (art. 8.º e seu parágrafo 2.º), cuida de lhe assegurar.

Na verdade, à luz do direito positivo vigente em nosso país, têm o Ministério Público Federal e dos Estados o poder de requisitar diretamente as informações das instituições bancárias, e somente lei posterior às Leis Orgânicas antes mencionadas poderá estabelecer vedação de seu acesso direto às informações bancárias sigilosas.

Enfim, não se trata de desenvolver uma postura corporativa em favor do Ministério Público, mas ao contrário, da sustentação de uma prerrogativa instituída pela Constituição Federal e pelas Leis em favor da própria sociedade brasileira, porquanto incumbe ao Ministério Público a defesa dos seus interesses.

9. CONCLUSÕES.

Após a sintética exposição que fizemos, podemos agora chegar a algumas conclusões acerca do tema:

1.0 sigilo bancário pode ser definido como "o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam."

II. Sigilo bancário e sigilo profissional são institutos diversos.

111.0 sigilo bancário é garantia legal e não garantia constitucional.

1V. A garantia constitucional à privacidade também atua em defesa de informações bancárias quando estiver presente o direito à privacidade.

- V. A quebra do sigilo bancário deverá sempre ser motivada, em respeito à garantia constitucional da privacidade.

VI. Em face do ordenamento jurídico brasileiro o Ministério Público da União e dos Estados pode determinar a quebra do sigilo bancário.

VII. Somente lei posterior às Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais pode estabelecer vedação de seu acesso direto às informações bancárias sigilosas.

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO:
novos tipos penais e normas processuais**

0

1 - INTRODUÇÃO

As administrações públicas rotuladas de democráticas, geralmente revestidas de um falso moralismo, muitas vezes autoritárias e arrogantes, são as que mais se aproveitam e deterioram o patrimônio público, atingindo toda a sociedade indiscriminadamente. No dia em que as INSTITUIÇÕES tidas como DEMOCRÁTICAS bálizarem suas ações de governo no sentido da verdadeira valorização da capacidade profissional do servidor público e na priorização consciente da execução de metas estratégicas, sem as injunções de conveniências pessoais ou de grupos privilegiados, colocando-se de encontro de quaisquer favoritismos, agindo criteriosamente, alcançaremos o estágio desejado para a administração pública como um todo.

*

Os cidadãos formadores de opinião e de posicionamentos junto às massas têm o dever, a incumbência, a nobilitante missão de acelerar o processo de transformação em todos os patamares da estrutura social e, em especial, a do Poder Público, cujo patrimônio deve ser resguardado integralmente, sendo imperativo que os atos de seus administradores repousem, sempre, sobre o paradigma da moralidade.

II - CONCEITOS

11.1 - Patrimônio - *"O Conceito de patrimônio, incluindo o meio ambiente, os bens artísticos, históricos, estéticos, paisagísticos, etc., abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história da Pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, estético, etc. Tais bens tanto podem ser realizações humanas quanto obras da natureza; tanto podem ser preciosidades do passado quanto criações contemporâneas. O poder regula tório do Estado se exerce não só sobre bens de seu domínio patrimonial, como também sobre as coisas e locais particulares, de interesse público".*

Na composição do patrimônio do Estado, teríamos, além destes elementos, a integração do erário público. Partindo deste pressuposto, é mister enfatizar que o DANO MORAL, causado pelos maus governantes e pelos irresponsáveis servidores do Poder Público, é o que mais abala a credibilidade da administração pública.

11.2 - DANO - *"é a redução patrimonial ou moral, oriunda de uma lesão de um direito subjetivo. Há, por conseguinte, duas espécies de dano: dano patrimonial e dano moral. Ambos são sancionados; o PATRIMONIAL, penalmente ou não, conforme o direito lesado se contraponha a um dever contratual ou extracontratual, o MORAL, penal e civilmente"*

O dano moral sempre se caracteriza quando o funcionário público, de qualquer escalão, usa do poder discricionário para um fim estranho à intenção do legislador, rompendo, assim, o equilíbrio da ordem administrativa.

III - CONCURSO PÚBLICO

Estabelece o artigo 37, inciso II, da Carta Política de 1988: *"a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos de comissão de livre nomeação e exoneração".* Para Hely Lopes, *"o concurso é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se a MORALIDADE, EFICIÊNCIA E APERFEIÇOAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei...".*

Dentro da atual ordem jurídica, o primeiro passo para a abertura de um concurso público 'é a composição da BANCA EXAMINADORA integrada por profissionais competentes, aptos a desempenhar esse encargo.

O EDITAL que regulamenta as normas do concurso não pode, em momento algum, desprezar os princípios da isonomia e o da legalidade, esculpidos na Constituição Federal, sob pena de ser o dito Edital questionado e anulado administrativa e/ou judicialmente. O Edital não pode ser dirigido no sentido de atender interesse particular ou de grupos. A observância da legalidade há de ser fielmente acatada, não se aceitando, em nenhuma hipótese, a deturpação e/ou desprezo da legislação vigente pertinente, inclusive, no que diz respeito ao contido no artigo 19, § 19, do ADCT, da Carta da República, que prevê: *"o tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação,, na forma da lei".* Inadmissível, pois, querer burlar esse dispositivo a fim de bene-

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

ficiar qualquer servidor da administração pública. Inconcebível se mostra a aplicação dessa permissão constitucional para beneficiar, indiscriminadamente, a todos os funcionários, pois contraria o princípio estabelecido no artigo 37, II, da Lei Maior.

, A PUBLICAÇÃO, a ampla divulgação do edital do concurso, é fundamental pois, além de evitar o risco de desvio de finalidade, ou seja, violação do princípio da impessoalidade, reflete a isenção, a transparência e a igualdade, condições necessárias para a validade do concurso público.

Constatado que o ingresso do servidor no serviço público se deu através de meio fraudulento e/ou ilegal, compete ao Ministério Público, com fundamento no artigo 129, III, da Constituição Federal e das **leis n.ºs. 7.347/85 e 8.429/92** (que ampliou a lei da ação civil pública), interpor, imediatamente, a competente ação civil, para que os responsáveis pela edição, materialização do ato administrativo de sua admissão e pelo consentimento de sua ilegal permanência no serviço, juntamente com o beneficiado, respondam, solidariamente, pelos danos causados. O Poder Judiciário deverá compelir os responsáveis a devolver aos cofres públicos o numerário recebido indevidamente.

IV - DA INVESTIDURA EM CARGOS PÚBLICOS

A primeira investidura em cargo ou emprego público se processa nos termos do artigo 37, II, da CF. A legislação ordinária compete estabelecer as normas para a reversão ex officio, reintegração, recondução e aproveitamento do servidor, bem como para o preenchimento dos cargos em comissão (não efetivos) e as funções de confiança do quadro específico da carreira técnica ou

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

profissional, os quais, de conformidade com expressa determinação constitucional (CF, art. 37, V), preferencialmente, serão exercidos por funcionários estáveis. É preciso, também, registrar que os cargos de chefia (diretorias e superintendências) e os de assessoramento em geral devem ser desempenhados por pessoas portadoras de nível superior e, sempre que possível, compatível com as funções a serem exercidas. Data máxima vênua, esse parâmetro contido na Carta Magna aplica-se, de pronto, para o preenchimento dos cargos de recrutamento amplo e limitado. A inobservância das disposições legais sobre a matéria em pauta constitui-se em ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, pois acarreta sensível abalo para a moralidade pública, ante a possibilidade da configuração do compadrio e o não acatamento do fator competência, quando se suas eventuais nomeações. Tais hipóteses são repudiadas pelas normas globais que regem a estrutura e os princípios de moralidade da administração pública.

a

V - LICITAÇÃO

'Determina o artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna: "ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

.0

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

A lei nº 7.291, de 04/07/1978, do Estado de Minas Gerais, estabeleceu: "Art. 33 - Para efeitos desta lei, LICITAÇÃO, o procedimento administrativo pelo qual, após consulta aos interessados, em cada caso concreto, o poder público escolhe a proposta mais vantajosa para contratação'... ". São modalidades de licitação: a) concorrência; b) tomada de preços; c) convite; d) leilão; e) concurso.

Verifica-se que o espírito do legislador é usar da licitação para limitar e controlar o poder discricionário dos responsáveis pela administração, com o intuito de resguardar o patrimônio coletivo de eventuais danos, decorrentes de licitações em desacordo com o interesse social.

O EDITAL se constitui no primeiro ato do processo licitatório da concorrência pública o meio mais usado de licitação; não podendo ser viciado, nem estabelecer privilégios ou discriminações em favor de quem quer que seja, sendo reprovável e inaceitável a cláusula que vise a limitar o número de concorrentes.

Ultimamente, os meios de comunicação mais prestigiados do nosso País têm denunciado superfaturamento nos serviços, obras e bens adquiridos pela modalidade da licitação em análise. Dentro desse quadro, é oportuna a lição do Professor Carlos Pinto Coelho Mota, ao afirmar: "A lei não pode evitar a corrupção. Mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância. Diante da falibilidade humana e da certeza de que o poder absoluto é fonte de corrupção, impõe o estabelecimento de limites à ação do Poder. A recuperação do acatamento da lei vai encontrar guarida em governos legítimos. O regime autoritário levou a administração, em nosso País (e bom ela o instituto da licitação) à descrença. A prevalência da lei e não do estéril lega-

lismo, deve inverter o processo". Com absoluto acerto o ilustre administrativista do nosso Estado; o importante é que se evite danos ao patrimônio público, haja visto que, muitas vezes, deslizes cometidos na formalização da licitação, que geralmente envolvem pequenas quantias, sem nenhuma consequência de danos para o poder público, não devem ser considerados, visto que, conformé presenciamos no dia a dia, as grandes fraudes licitatórias, envolvendo cifras milionárias, estão embutidas em concorrências formalmente inatacáveis, entretanto, impregnadas do "conluio" (ajuste doloso entre pessoas físicas ou jurídicas visando fraudar os cofres públicos), cujas comprovações, pelos atuais mecanismos legais, são praticamente impossíveis. Portanto, não podemos mais admitir a ausência de meios adequados para coibir as concorrências fraudulentas, com roupagem de legalidade, para encobrir acertos de grupos e agentes públicos com o intuito de lesar o patrimônio público e o consequente enriquecimento ilícito dos mesmos.

Comprovado o superfaturamento, e/ou outra modalidade criminosa assemelhada que atinja o patrimônio público, cabe ao Ministério Público, na esfera cível, defendê-lo, recompô-lo, independentemente de quem seja responsável pela conduta antijurídica, com base nas leis de ordem pública referidos no item III, visto que, *"o ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanecer meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à Moral. Quando, porém, se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e constrói á* **TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL***".* Assim sendo, todos aqueles que estejam no exercício de mandato eletivo, emprego ou função da administração direta, indireta e fundacional podem ser

processados civilmente, desde que enquadrados nos atos de improbidade administrativa antes enumerados.

Argumentando-se apenas por amor ao debate jurídico, levantamos a possibilidade de que as fraudes e/ou ilegalidades das licitações, concursos públicos e a investidura em cargo público, são adequadamente apenadas pela lei do "colarinho branco"; após um acurado exame da mesma (Lei 8.429/92), constatamos que somente para o caso de enriquecimento ilícito daquele que cometeu uma conduta antijurídica, em detrimento do erário, existe uma branda tipificação. A referida lei é voltada, basicamente, para viabilizar o ressarcimento de ordem material que venha a ser causado ao patrimônio público, no âmbito civil, sendo inaceitável que os atos administrativos de improbidade ali especificados não levem os seus infratores à segregação celular, em decorrência do enriquecimento sem justa causa e de imoralidade praticados no exercício dos cargos públicos dos quais foram investidos. Por essa ótica jurídica, moral e social que tornam desnecessárias maiores considerações, chegamos à fácil conclusão que é chegada a hora de criarmos meios legais mais específicos, rigorosos e eficazes capazes de proteger o patrimônio público de possíveis danos e punir exemplarmente, na área criminal, os seus eventuais deterioradores.

VI - DA TIPIFICAÇÃO PENAL

O Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores, dentre outras coisas, diz em seu artigo 19 que são tipificados os seguintes atos: *"XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e*

obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei".

Como **defendido** no tópico anterior, entendemos que já é hora de serem criadas figuras penais que na **verdade** protejam o patrimônio e a administração pública, **envolvendo** não apenas os prefeitos, mas todos os funcionários públicos **relacionados** no artigo 327 e seu parágrafo único (Código Penal).

VII - OS NOVOS TIPOS PENAIS

Ensina o Prof. Damásio E. de Jesus: "O fato social é j sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Di reito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à própria sobrevivência. É no direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica. O fato social que se mostra contrário-à norma do Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal que atenta contra os bens mais importantes da vida social. Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir e reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos do cidadãos". E continua: "Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de Direito Penal. O meio de ação de que se vale .o Direito Penal é a pena, em que já se viu a satisfação de uma exigência da justiça, constringendo o

autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por,ele causado".

Estabelece o artigo 12 do vigente Código Penal: *"Não há c.rime sem lei anterior que o defina., Não há pena sem prévia cominação legal".*

E, como bem disse o ilustre e culto Promotor de Justiça de Belo Horizonte, Dr. Alexandre Victor de Carvalho, *"A idéia de novos tipos penais, específicos para as condutas já mencionadas, repousa na necessidade premente de se dirimir dúvidas acerca da aplicação do delito contido no artigo 319 do Código Penal; de se libertar tais hipóteses das amarras estreitas do acima citado crime funcional; e de se adequar a legislação penal aos preceitos constitucionis exigidos para a Administração Pública no artigo 37, 'caput', da Carta Magna".*

VIII - FIXAÇÃO DA PENA

O parâmetro a ser utilizado para estabelecer a pena desses novos tipos legais, inspira-se nas disposições contidas no artigo 317 do CP (corrupção passiva) por tratar tal infração penal cometida contra o Estado, também com abuso de função.

IX - O INQUÉRITO PENAL

Constituir-se--é, no mecanismo de maior importância para a apuração dos delitos do "colarinho branco" praticados contra o patrimônio público.

"O inquérito, '4 genere', é todo procedimento legal destinado à reunião de elementos acerca de um ilícito, de uma in-



fração. .É a instrução extrajudicial".

A lei 7.347/85, através do artigo 82, § 12, instituiu o inquérito civil, dando sua legitimidade exclusiva ao Ministério Público. A lei federal 8.625/93, no seu artigo 25, inciso IV, letra "b", diz ser incumbência ministerial a instauração de inquérito civil público "para anulação ou declaração de nulidades de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações...".

1

Pois bem, sendo o inquérito policial presidido por funcionário público (delegado de polícia) sem as garantias constitucionais inerentes aos Promotores e Procuradores de Justiça e não tendo a Polícia Civil as mesmas prerrogativas constitucionais que possui o Ministério Público, é plausível que os delegados de polícia, na condução das investigações a respeito de danos causados ao Poder Público, fiquem muito mais expostos e vulneráveis a sofrer perseguição por parte da classe dominante, envolvida na prática de tais improbidades e diretamente interessada em inocentar algum dos seus afilhados, correligionários e/ou amigos. Acreditamos que a legitimidade para que a nossa Instituição, com exclusividade, instaure, sob a presidência de um dos seus integrantes, o INQUÉRITO PENAL para apurar ilícitos praticados contra o patrimônio do Estado, constitui-se numa maior segurança jurídica, visto que seus agentes ficarão mais imunes a possíveis retaliações e salvos de danos que poderiam ser provocados por governantes inescrupulosos e agentes corruptos.

\$

A instauração do inquérito penal, a exemplo do que acontece com o inquérito civil, não é obrigatória. Entretanto, o Ministério Público deve instaurar o inquérito penal quando tiver em mãos indícios da prática de delito cometido contra o patrimô-

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

nio público, por parte dos agentes antes mencionados. No nosso entender, essa atribuição já está delineada no capítulo da atual Constituição Federal, que trata do Ministério Público; seria o caso de apenas regulamentá-la, via lei ordinária.

Já o ARQUIVAMENTO dos autos do inquérito penal ou das peças informativas será promovido pela Administração Superior do Ministério Público, através de seu Conselho Superior, que fiscalizará a atuação dos integrantes da Instituição Ministerial, também nessa nova área de atuação. A implantação de tal mecanismo é altamente salutar, visto que proporciona a descentralização da decisão final sobre o arquivamento ou não do inquérito; a mesma passa a ser apreciada e deliberada pelo referido Colegiado. Entendemos, ainda, que a elaboração do inquérito penal deve observar, no que couber, as diretrizes estabelecidas para o inquérito policial e o civil e Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

X - CONCLUSÕES

n

Dentro dessa concreta perspectiva de mudanças, sugerimos a votação, promulgação e publicação de uma lei que tipifique as condutas a seguir articuladas e estabeleça normas processuais para a sua rápida, eficaz e isenta apuração e punição dos responsáveis:

- Os atos de improbidade administrativa praticados por qualquer governante, agente, servidor ou empregado público, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, do Ministério Público, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou

custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, serão punidos criminalmente, na forma desta lei, sem prejuízo das demais cominações cabíveis.

- Determinar ou consentir a realização ou homologação de concurso público sem a fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade ou permitir a investidura de qualquer pessoa, em cargo da administração direta, indireta e fundacional sem a observância da lei, e/ou mantê-la no seu exercício.

0

- Autorizar, consentir ou homologar licitação pública processada de modo fraudulento ou firmar, aditar, rescindir contrato de aquisição de bens, serviços e obras, sem a observância da lei, ou retardar providências para o ressarcimento do patrimônio público.

1

PENA - reclusão de 01 (um) a 08 (oito) anos.

- Na fixação das penas previstas para a prática dos delitos de improbidade cometidos contra o patrimônio público e a administração pública, o juiz levará em consideração a extensão dos danos causados, assim como o proveito obtido pelo agente e/ou servidor, e o grau da imoralidade constatada.

- O Ministério Público terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos na lei orgânica nacional da instituição.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

- Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamentos para a instauração da ação penal pública incondicionada, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito penal ou peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.
- Os autos do inquérito penal ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.
- A promoção de arquivamento será submetida a exame e
- deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.
- Deixando o Conselho superior do Ministério Público de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro integrante da Instituição Ministerial para o prosseguimento das investigações e/ou para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada.
- Aplica-se ao inquérito penal, no que couber, as disposições estabelecidas para o inquérito policial e, subsidiariamente, as previstas para o inquérito civil e na lei orgânica nacional do Ministério Público.
- ,
- FICAM REVOGADAS AS DISPOSIÇÕES PENAIS EM CONTRÁRIO.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Belo Horizonte, junho de 1994.

Procurador de Justiça -

BIBLIOGRAFIA -

- DIREITO ADMINISTRATIVO: Hely Lopes Meirelles
- DIREITO PENAL: Damásio Evangelista de Jesus
- PRÁTICA DE DIREITO ADMINISTRATIVO: Carlos Pinto Coelho Mota
- TEORIA E PRÁTICA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: José M. Zucheratto e Antônio Lopes Neto.

S

e

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

0

e

MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRIMES
CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO.

"A preservação das receitas públicas e o
enfrentamento da criminalidade tributária".

0

Autora: Márcia Aguiar Arend
Promotora de Justiça/SC

i. Introdução.

Durante muito tempo o Estado brasileiro, 4
pré-ocupado com as questões políticas e suas conseqüentes disputas de poder e de ideologia, submetido às prioridades ditadas por doutrinas de segurança nacional, no afeito aos compromissos com a cidadania (lato sensu) e ainda debruçado comodamente sobre o centralismo político e financeiro, parecia inclinado a no querer enfrentar a delinquência tributaria, patrocinando, péla inércia das instituições, essa mesma delinquência.

Tanto é assim que se acaso algum cientista social resolvesse pesquisar a índole do contribuinte brasileiro diante das suas obrigações para com o fisco e utilizasse como referencial de pesquisa os repositórios de jurisprudência dos tribunais do país, encontraria tão diminuto número de julgados que acabaria por concluir tratar-se o brasileiro de uma espécie rara sobre a face da terra dada a sua devoção em recolher os tributos expressada na quase ausência de condenações penais em sede tributaria

é evidente que esta no é a realidade do comportamento da maioria dos brasileiros. E a censura social que precede a censura penal parece agora incrementada frente à constatação da situação indigente do poder público que não recebe os recursos indispensáveis à satisfação de suas obrigações para com a sociedade.

"O Brasil possui uma das maiores concentrações de renda do mundo. Segundo dados do último censo, dez por cento da população detém quarenta e oito por cento da renda nacional. As estatísticas de qualidade de vida no Brasil são comparáveis às dos países mais atrasados do mundo. Sob este aspecto, e despeito de possuir um parque industrial amplo e diversificado e um razoável domínio tecnológico, o Brasil equipara-se às mais miseráveis nações africanas. Recente estudo do IPEA mostra que dezoito por cento da população não ganha o suficiente para sobreviver.

Já é trivial a observação dos sociólogos que o Brasil é um país bi-partido em que coexistem a modernidade e a miséria. Paralelamente, assiste-se a deterioração progressiva dos sistemas de saúde e educação públicas e da assistência social'. (i)

Sabemos nós que essa atroz e inquietante realidade resulta da precariedade dos recursos tributários efetivamente recebidos pelo Estado, receita essa que se perde pela evasão fiscal, seja ela lícita ou ilícita.

é importante ressaltar a diferença da evasão
 '- fiscal lícita decorrente do exercício discricionário das autoridades que conferem incentivos e benefícios fiscais - na sua maioria às elites - da evasão fiscal ilícita resultante das Práticas ardilosas nascidas da desonestidade e da intenção atávica de subtrair-se dos impostos para vingança contra o Estado.

O surpreendente é que é na mesma elite que usufrui das vantagens onde vamos encontrar os agentes dos crimes contra a ordem tributária, num ciclo perverso que, além de corromper a tessitura social vez que desequilibra a distribuição da

renda nacional, replica esse disseminado sentimento de justiça penal apenas para os pobres e desafortunados, quando não se promove contra o sonegador as ações penais devidas.

no sistema tributário que residem os elementos estruturais, e embaixadores do exercício da cidadania que se funde e se aperfeiçoa com a equilibrada distribuição de rendas.

A má distribuição de rendas difunde na sociedade premissas autofágicas que se não forem combatidas⁴ comprometerão o próprio Estado na medida em que fulminam a recepção das receitas públicas.

Neste sentido, a evasão fiscal lícita terá que ser enfrentada com o contingenciamento da discricionariedade hoje conferida às autoridades tributárias enquanto a evasão fiscal ilícita e criminosa deve ser prevenida e combatida com eficiência pela justiça penal.

Respeitando os limites estabelecidos pelo Regimento, afasto-me da questão desafiadora de evasão lícita, abordando então a evasão fiscal ilícita, a sonegação, respondendo às seguintes indagações:

Quais as razões justificadoras do reduzido* número de julgados em matéria penal tributária?

possível resgatar o compromisso ético moral do cidadão contribuinte exclusivamente com a imposição das sanções de ordem administrativa?

Qual o papel do Ministério Público no combate à criminalidade contra a ordem tributária?

2. A Reduzida provocação do Judiciário representa

a desarticulação das instituições do Estado.

O Poder Judiciário no atua sem ser provocado. Os magistrados no sentenciam sem a instauração do processo pelas partes ou pelo Ministério Público. A justiça é produto da provocação dos interessados em vê-la realizada.

Os chamados organismos do poder de polícia administrativa - e o fisco é um deles - acostumados a verem as sanções administrativas (multas, interdições, suspensões, fechamentos, etc.), como suficientes aos infratores, acostumaram-se a reter em seus organismos o conhecimento de práticas ilícitas que, ao mesmo tempo que caracterizam infrações administrativas, tipificam, também, condutas criminosas definidas na legislação penal.

Na área tributária, inúmeras são as infrações que também são crimes agora descritos na Lei nº 8.137/190.

A retenção do conhecimento das infrações nos limites geográficos da fiscalização fazendária contribuiu para a no deflagração de processos penais contra os sonegadores.

As causas dessa omissão têm gênese filosófica e ideológica. Normalmente o indivíduo que descumpra a legislação tributária no ostenta as características tradicionais dos delinquentes comuns, aqueles que no costumamos ver nas páginas policiais da mídia impressa. Afinal titulares de capital e de empresas são cidadãos de categoria, contribuem com o país, têm espírito empreendedor e do, através do salário, o sustento às famílias que empregam.

Numa primeira conclusão, por indução, o

próprio fisco no estava (está?) acostumado a ver delinqClnCIA em matéria fiscal. Vê infração tributária, no vê crime.

De outra parte, a natureza da vitima também difere da dos crimes comuns. Nesses a vítima ou sua família, comunga da dor e indignação e clama, com denodo e gana, pela aplicação da justiça. Nos crimes contra o Estado a vítima é ele próprio. E ele como vitima tem por característica a docilidade, O Estado no reage aos crimes contra si perpetrados com vigor. E a sociedade que é, na verdade, a vitima, no costuma, no Brasil, a se comportar como vitima. O Estado parece um ente dela divorciado e em lugar impalpável.

Entendo que a conjugação dessas duas circunstancias contribuiu e pode contribuir para no se levar ao judiciário o conhecimento de crimes praticados por delinqüentes tradicionalmente privilegiados pelo colarinho que ostentam.

3 - Resgate do Compromisso ético — , tributário através da responsabilidade penal.

"A funço primária da lei é a de comprimir, no a de liberar; a de restringir; no a de ampliar os espaços da liberdade, a de corrigir a árvore torta, no a de deixá-la crescer selvaQemente". (B)

4

Ao longo da história forjou-se a concepção de que a imposição de penas intimida a conduta criminosa. O temor às san es induz o homem a refrear seu impulso delinqüente.

Controvérsias de lado, o fato é que em sede de crimes contra a ordem tributária, dada à natureza dos sujeitos

ativos dos delitos, certamente a aplicação da lei penal tem potencial para conter a onda sonegatória.

Mais uma vez, o perfil do sujeito ativo ou do que costumo chamar de delinqüente tributário pode ser o determinante na diminuição dos crimes em decorrência da intimidação provocada pelo processo e da eventual condenação.

O delinqüente elitizado, em cuja categoria se enquadram os sonegadores, os servidores públicos corruptos e os especulatórios, gozam, no mais das vezes, de bom conceito no meio em que vivem, zelam pela preservação externa da dignidade, fama e imagem, e a perspectiva de estarem no polo passivo - acusados - de a lei penal é, por tudo, muito mais atemorizante e gravosa do que o é para o delinqüente comum.

Assim, a propagação de ações penais contra sonegadores em todo o país vem demonstrando ser um fator de incremento de receita. Os faltosos 1) para com seus deveres com o fisco quando vêm a prisão ou a notícia de processos contra outros faltosos (?) correm para que não venham a figurar em processos semelhantes.

O que o delinqüente tributário teme? Teme a perda da imagem pessoal e a da empresa. Começa a cumprir a lei sem práticas fraudulentas contra o fisco temendo vir a ser um dos próximos processados.

A imposição da lei penal, portanto, suplanta as sanções de natureza administrativa e ostenta notória capacidade intimidativa auxiliando, ao meu sentir, mesmo que seja, pelo medo, a recomposição de princípios ético-tributários que as sanções meramente administrativas - multa, inscrição em dívida ativa e

execução fiscal - no foram capazes de resgatar

evidente que no se está defendendo a capacidade do sistema penitenciário de recuperar o sonegador. Devemos evoluir para a imposição de penas à pessoa jurídica com medidas restritivas de direito e imposição de obrigações de fazer. Devemos lutar, inclusive, para que o direito penal conceba a responsabilidade penal objetiva nos delitos contra a administração e o erário públicos. Entretanto, para que consigamos chegar a estágios mais avançados devemos procurar exercitar os mecanismos legais a nossa disposição e testar, inclusive, a eficiência desses instrumentos na efetiva contenção do impulso sonegador.

4 - O papel do Ministério Público no Combate à Criminalidade contra a Ordem Tributária.

Por definição prevista no artigo 127 da Constituição Federal o Ministério Público é:

"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".

Vi-se, portanto que a atuação da instituição contra a criminalidade tributária não é faculdade dos seus agentes, é obrigação.

Os crimes contra a ordem tributária são de ação penal pública e o Ministério Público é o titular das ações Penais públicas, é ele quem a deflagra através da denúncia que é

4

e

peça técnica que inaugura o processo penal.

Ocorre que o Ministério Público no tem condições, solitariamente, de recolher do gigantesco universo fiscal, todos os fatos tipificados como delito tributário se no houver por parte do fisco e de seus fiscais a convergência e o devotamento em comunicar-lhe os fatos de que têm conhecimento em razão do ofício profissional.

- Aliás, além do artigo 16 da Lei nº 8.137/90, a antiga Lei das Contravenções Penais, em seu artigo 66 já definia como dever dos funcionários públicos a comunicação às autoridades dos fatos criminosos conhecidos em decorrência da atividade profissional. Assim, mesmo que no haja uma convergência filosófica de trabalho é fundamental que estes princípios legais sejam
- respeitados de modo a permitir que a justiça possa também ser promovida contra o delinquente tributário.

Conseqüentemente, o papel do Ministério Público no combate à criminalidade que ora se discorre no. é isolado, depende, obrigatoriamente, da contribuição das autoridades fiscais.

Destarte, a realização da justiça tributária no se exaure na atividade de lançamento ou até na revisão constitucional da ordem tributária, passa antes pela responsabilização criminal efetiva dos que cometem crimes contra o erário público e .subtraem da sociedade o direito de construir e usufruir do estado de Direito que é o Estado dos cidadãos.

O Ministério Público deve buscar a aplicação da punição aos sonegadores no apenas como um dever tradicional de processar criminosos mas com a visão de quem tem a missão imperiosa

de velar pelo regime democrático e pela tutela dos interesses sociais. Essas objetividades jurídicas ditadas pela Constituição Federal no serão efetivamente realizadas enquanto o sistema tributário estiver comprometido pela sonegação. E o comprometimento do sistema tributário irradia consequências destrutivas não só sobre o regime político como sobre os meios de garantia dos direitos dos indivíduos.

e

Conclusão

Como dizia Platão, a filosofia nasce do espanto. Espanto do homem em compreender a realidade que o cerca.

Nós temos necessidade de compreender essa realidade para termos a sensação do conforto de quem domina a própria morada. Temos o dever, creio, de compreender para transformar a realidade que nos espanta.

fundamental compreender que a realidade da sonegação fiscal no Brasil que tanto nos espanta pode ser transformada pela conjugação de esforços e ações entre o fisco e o Ministério Público. Nós não podemos retardar os meios que nos asseguram conter o impulso sonegador, devemos buscar exaurir a lei penal. Os países que aplicam com rigor as leis contra os fraudadores dos impostos experimentam o cumprimento das obrigações tributárias em maior escala do que aqueles que não o fazem.

Citei Bobbio e com ele concluo:

"Com relação às grandes aspirações dos homens

de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos no
aumentar esse atraso com a nossa incredulidade, com nossa
indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder".
(ap. cit. p. 64).

Florianópolis, 29 de junho de 1994.

Márcia Aguiar Arend
Promotora de Justiça

e

e

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Alter iora, Revista do Curso de Direito, ano 1, nº 1, maio/94.
- (2) Norberto Bobbio. A Era dos Direitos. Campus, R.J. 1992, P. 6>

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CRIMINALIDADE FISCAL

GILBERTO VALENTE MARTINS

PROMOTOR DE JUSTIÇA - PA

Para cada cidadão que paga impostos e respeita as leis existem dois que também pagam impostos mas não têm acesso à proteção da lei e aos serviços públicos. Estes agora têm um chefe - o traficante - que lhes garante tudo o que o Estado e o Governo negam."

HOMERO ICAZA SANCHEZ (i)

1

- INTRODUÇÃO - JUSTIFICATIVA

A tributação é o mais importante mecanismo jurídico de que dispõe o Poder Público a fim de buscar recursos para implementar suas atividades.

O imposto, como principal modalidade de tributo, consiste em obrigação que, "tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica em favor ou relativa ao contribuinte" (2), vem sendo objeto de debates, nas classes política e empresarial do País. Os principais pontos, abordados nessas * discussões, têm sido, por parte dos contribuintes, a elevada ou excessiva carga tributária, e, por parte de representantes do governo, a evasão fiscal.

Vários estudos acadêmicos e científicos já foram realizados para solucionar o problema acima exposto, existindo, inclusive, Partido Político respaldando

candidatura à Presidência da República em ampla reforma fiscal, com a criação de Imposto Único ⁽³⁾. Todavia, com o encerramento dos trabalhos da revisão constitucional, poucas possibilidades imediatas restam para modificar o sistema tributário nacional.

Embora os empresários não estejam totalmente equivocados quanto à excessiva carga tributária ora suportada pela sociedade, tal argumento não se presta para legitimar a sonegação fiscal, como também esta não deve ser utilizada para justificar a criação de novos impostos ou a elevação das respectivas alíquotas.

É imperioso que sejam combatidas a sonegação, bem como as modalidades criminosas que a facilitam, as quais acarretam múltiplas ofensas ao ordenamento jurídico e a sociedade. Tais delitos fiscais redundam em séria desestruturação da ordem econômica e social, na medida em que favorecem a concorrência desleal na iniciativa privada, a remessa de divisas para o exterior de forma ilegal e a concentração acentuada de riqueza, provocando o aumento da pobreza, além do conseqüente desatendimento dos serviços públicos às populações.

é

De outro lado o correto pagamento de impostos pela generalidade dos contribuintes terminaria por reduzir substancialmente a carga tributária imposta à sociedade.

A ineficiência do Estado em fiscalizar e reprimir a sonegação fiscal é, sem dúvida, o principal fator incrementador desta modalidade delituosa. A carência de recursos materiais e humanos nos órgãos fazendários favorece em muito o comprometimento da atividade fiscalizadora. Mas, visivelmente, são as condutas

e

delituosas de elevado número de agentes públicos a principal e preponderante causa da mencionada inoperância.

Nesta seara da criminalidade, pouco, ou quase nada tem feito o Ministério Público, raríssimos os casos de ações penais iniciadas e muito menos ainda de condenações judiciais.

Tudo indica inexistir vontade política suficiente para repreender a prática delituosa de agentes fiscais, talvez, pelo constante envolvimento de pessoas "influentes". Certo porém, é que a sociedade, o cidadão comum, não mais suporta assistir à tão grandiosa impunidade.

e

Os sinais exteriores de riqueza de alguns agentes fazendários saltam aos olhos em ostensiva afronta à sociedade, levando a inexorável presunção do envolvimento desta categoria de funcionários públicos com a delituosidade fiscal. Os fatos têm evidenciado a formação de verdadeiras quadrilhas ou bandos, com o fito de extorquir o contribuinte e evitar o ingresso de recursos nos cofres públicos.

A criminalidade entre os agentes fiscais a bastante tempo aflige a humanidade, sendo bíblica a história de Zaqueu, o publicano, coletor de tributos em Jericó, que com apenas um simples olhar de Jesus converteu-se, arrependendo-se de suas faltas e dizendo:

e

"Senhor vou dar metade dos meus bens aos pobres e os que fraudei devolver-lhe-ei quatro vezes mais"(4)

Referida passagem bíblica traz-nos profundo ensinamento, os quais se lograssem tocar, do mesmo modo o coração de tantos, certamente, faria com que revertissem aos cofres públicos valores incalculáveis.

Não esperemos, porém, que o milagre de Zaqueu venha a se renovar nos dias de hoje. Lutemos, sim, pela atuação urgente e pela vigilância constante do Ministério Público no combate aos delitos contra a ordem tributária e a administração pública. 0

II- DADOS TÉCNICOS DA EVASÃO FISCAL.

A dificuldade de se conseguir dados precisos sobre a evasão fiscal não se dá somente em razão do desinteresse dos órgãos fazendários em realizar um trabalho metodologicamente científico de levantamento estatístico. Embarçam, ainda a apuração dos índices e níveis de evasão fiscal a existência de uma economia informal na qual elevadíssima parcela da classe produtiva sequer se encontra cadastrada nos órgãos fazendários.

Através de dados fornecidos pela Superintendência da Receita Federal do Estado do Pará, baseados em estudos realizados pela Coordenação Geral do Sistema de Arrecadação da Secretaria da Receita Federal, constata-se 'que a sonegação, como forma de evasão fiscal, atinge patamares preocupantes.

Os estudos ⁽⁵⁾ realizados pela coordenação objetivaram demonstrar o hiato existente entre a arrecadação efetiva e aquela que, teoricamente, deveria ocorrer, com base na legislação e nos resultados contábeis das empresas.

Com tais estudos, tomou-se possível verificar o montante de recursos que o País perde com a evasão fiscal.

Alguns setores produtivos apresentam baixos índices de evasão, decorrência da maior facilidade na detecção do surgimento do fato impossível, diante da possibilidade de controle mais efetivo do fisco, como também, da atribuição da responsabilidade pelo recolhimento de tributos a contribuintes substitutos.

Em vários setores de atividades econômicas, verificou-se que a evasão fiscal, relativa a determinadas modalidades de tributos, situa-se em torno dos 50% (cinquenta por cento), incluindo a sonegação, a inadimplência e as isenções. Isso significa que, para cada um real arrecadado, outro deixa de ingressar na Receita Federal.

Certamente, os números obtidos nos estudos realizados pela Secretaria da Receita Federal situam-se muito próximos dos ocorrentes nos Estados e Municípios.

Lamentavelmente, em nosso Estado, a Secretaria da Fazenda não possui dados estatísticos sobre a questão. Porém, com a colaboração da Diretoria de Arrecadação, foi possível se obter informações que analisadas tecnicamente permite que se chegue a conclusão de que a sonegação, a nível estadual, atinge percentuais ainda mais elevado.

0

De um total de 54.593 contribuintes cadastrados na SEFA, 53.593 representam somente 20% (vinte por cento) da arrecadação do Estado, pois os 1.000

maiores contribuintes participam com 80% (oitenta por cento) da arrecadação, o que significa 1,83% dos contribuintes.

III - REPERCUSSÃO DA EVASÃO FISCAL NO SETOR PÚBLICO.

A sempre alegada insuficiência de recursos financeiros, por parte dos Governos, é consequência direta da evasão fiscal em todas as suas formas, inclusive da sonegação.

È evidente o fracasso do Estado em cumprir com os seus objetivos fundamentais, capitulados no Artigo 3º da Constituição da República.

Os sintomas de tal inoperância atingem todas as atividades dos setores públicos. O desatendimento dos serviços básicos à população é flagrante, privando grande parcela desta do acesso aos serviços de saúde, saneamento básico (6) e educação.

Outras atividades funcionam precariamente, como a segurança pública, o sistema penitenciário, a habitação (7) e o transporte.

O desaparecimento da máquina administrativa, a morosidade do Poder Judiciário e a sempre reclamada baixa remuneração do funcionalismo, dentre tantos outros problemas estatais são, também, reflexo da evasão fiscal.

e

Os órgãos fazendários, embora dentro da estrutura administrativa do Estado, pertençam ao Poder Executivo, objetivam, com suas atividades, propiciar o suprimento de recursos financeiros, também para os demais Poderes e para o Ministério Público, fato que, por si só, seria suficiente para justificar a presença de representantes destes órgãos nas atividades de arrecadação.

9

IV - A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CONDICIONANTE DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE.

9

"Por sonegação entende-se toda ação ou omissão consciente que busca impedir ou retardar, na totalidade ou pardo/mente, o conhecimento por parte do órgão fiscal ou faendá rio, do real fato gerador da tributação, as características da obrigação e a situação pessoal do contribuinte" (8)

•

No mesmo sentido é a conceituação dada pela Lei nº 4.502/1964 (Lei do Imposto de Renda), alterada pela Lei nº 8.137/1990, no que diz respeito aos crimes contra a ordem tributária.

A sonegação fiscal, necessariamente, tem que ser colocada ao lado de outros fatores condicionantes para o aumento da criminalidade, tais como:

- a) deficiência do setor educacional;
- b) insuficiência do mercado de trabalho;
- c) fluxo migratório;
- d) habitação e baixadas;

e) corrupção, alcoolismo e prostituição;

f) sistema penitenciário, a legislação penal e processual penal.

Por outro lado, a sonegação fiscal é uma modalidade criminosa (Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Artigos ¹⁰ e 2^o, perfeitamente tipificada e, por ser causa e efeito da criminalidade, deve merecer maior atenção dos órgãos responsáveis pela sua repressão, especificamente pelo Ministério Público e Judiciário.

V - CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DAS CONDUTAS ILÍCITAS DOS CONTRIBUINTES E DOS AGENTES PÚBLICOS.

Existe uma variedade de figuras típicas em que o particular pode • incidir, com o objetivo de impedir ou retardar o conhecimento, por parte dos órgãos fazendários, da existência do fato imponible, isto é, do real fato gerador da tributação.

Através do Decreto nº 982, de 12 de novembro de 1993, o Presidente da República, com o objetivo de implementar medidas eficazes de combate à evasão • tributária disciplinou a obrigação da comunicação ao Ministério Público Federal todas as vezes que, no exercício das atribuições de fiscalização, de lançamento ou de cobrança de tributos e contribuições devidos à Fazenda Nacional, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional apurem ilícitos que possam configurar crimes.

De forma quase que exaustiva, referido Decreto Presidencial enumerou várias figuras penais em que o contribuinte pode incidir. Porém, as modalidades elencadas, num total de 21 (vinte e uma), que incluiu, dentre outras, a apropriação indébita (Art. 11 da Lei nº4.357, de 16.07.1964); a sonegação fiscal (Art. 1 ^o

a,

da Lei nº 4.729, de 14.07.1965), o crime contra a ordem tributária (Arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27.12.90), etc, são exemplificativas, pois o, próprio inciso XXII do Art. 1º determina que "qualquer outro crime praticado, em detrimento da Fazenda Nacional, ou que concorra ou contribua para a sua consumação", deve ser comunicado ao "Parquet".

Algumas destas modalidades delituosas podem ser praticadas por funcionários públicos, em concurso com o particular ou, isoladamente, como, por exemplo, a exploração de prestígio (Art. 332 do Código Penal); o favorecimento pessoal (Art. 348 do Código Penal) entre outros.

Igualmente, o Decreto nº 325, de 1º.11.91, publicado no DOU de 04.11.91, procurou facilitar a apuração de ilícitos penais, previstos na legislação tributária e de crimes funcionais contra a ordem tributária, por parte do Ministério Público Federal.

Os Estados e os Municípios deveriam regulamentar os procedimentos, nos órgãos fazendários, à semelhança do que fez o Governo Federal.

a

Entretanto, no que diz respeito aos delitos funcionais, as dificuldades aumentam. O Ministério Público esbarra em fatores que embaraçam a apuração destes ilícitos.

A conduta delituosa, comumente adotada pelos agentes fazendários, é a tipificada no artigo 3º. inciso II, da Lei nº 8.137, de 27.12.90, que congrega, num só contexto, os núcleos dos tipos dos artigos 316 (concussão) e 317 (corrupção passiva) do Código Penal.

O funcionário delinqüente está sujeito, também, às sanções de ordem administrativa, com base na Lei nº 8.429, de 02.06.1992 (Enriquecimento Ilícito e Atos de Improbidade dos Agentes Públicos) especificamente quando agir na forma do inciso X do art. 10, que admite inclusive as modalidades culposas, ao tratar a questão da seguinte forma:

"Art. 10 - Constitui ato de improbidade que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratemento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito a conservação do patrimônio público;..."

Ocorre que a apuração dessas irregularidades funcionais se dá no âmbito do Órgão a que pertence o agente público, conforme disciplina o artigo 14 da referida Lei. Mesmo existindo a obrigação de levar ao conhecimento do Ministério Público da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade e este fazer-se representar para acompanhar as apurações (artigo 15, parágrafo único da Lei nº 8.429/1992), quando houver a rejeição da representação pela autoridade administrativa por questões de formalidade estabelecidas no § 1º do artigo 14, as ilegalidades poderão não chegar ao conhecimento do "Parquet".

e

Ficar aguardando a comunicação dos órgãos fazendários dessas ilicitudes funcionais é colocar o Ministério Público em situação omissa e inoperante. O corporativismo dos agentes fazendários impõe barreiras difíceis de transpor.

- Alguns contribuintes, insurgindo-se contra essas condutas, quase institucional, fundaram a Associação Nacional dos Extorquidos pelos Fiscais, com o
- objetivo de defender a classe, principalmente, do crime de concussão.

O Ministério Público deve contar com a colaboração de segmentos da sociedade civil interessada em punir essas modalidades delituosas.

●

VI- CONCLUSÃO - PROPOSTAS.

- O presente trabalho estaria incompleto, se não apresentasse sugestões e propostas para melhorar a atuação do Ministério Público na apuração de
- irregularidades e crimes contra a ordem tributária, praticados pelos particulares e por agentes públicos.

Algumas propostas para serem efetivadas necessitam da aprovação dos órgãos legislativos, outras, para serem levadas a efeito, basta vontade política, vejamos:

4

1^o - Criação de Promotoria de Justiça Especializada com o objetivo de apurar os crimes contra a ordem tributária, praticados, pelo particular, como pelo funcionário público.

2º - Investigação pelo Ministério Público, sobre o patrimônio do agente fazendário que apresente sinais exteriores de riqueza ou que tenham sido "denunciados» por contribuintes ou associações, de atos de improbidade ou enriquecimento ilícito, como também, por qualquer modalidade criminosa, através de inquérito civil, na forma do artigo 129, III, da Constituição da República para proteção do patrimônio público.

3º - Isenção total da multa (obrigação acessória) parcelamento do débito fiscal (obrigação principal) e extinção da punibilidade, para o contribuinte que apresentar "notitia-criminis» ao Ministério Público do agente fazendário, dando elementos probantes da ocorrência do delito.

4º - Utilização da requisição (art. 26 inciso III, da Lei nº 8.625/193 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) para realização de fiscalização dos órgãos fazendários sobre determinado contribuinte, acompanhada pelo Ministério Público, apurando-se, posteriormente, os resultados.

5º - Criação de uma Corregedoria nos Órgãos fazendários, composto por representantes do Poder Legislativo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, renováveis periodicamente, pois estes já possuem atividades fiscalizadoras da administração pública.

6º - Remuneração condigna com a relevância do cargo para os agentes fazendários.

4

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1 - Cientista social e Bacharel em Direito - Consultor da direção da Rede Globo - "UM ESPELHO PERVERSO" - Pronunciamento durante reunião do Conselho de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio, em 10.10.91.
- 2 - José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunais, 6a Edição.
- 3- Plano de governo do PL - Partido Liberal.
- 4- LC 19,1-10 (Lucas, Capítulo 19, versículo 1 à 10)
- 5 - "EVASÃO FISCAL DOS GRANDES CONTRIBUINTES NO BRASIL» Ministério da Fazenda - Secretaria da Receita Federal - Coordenação Geral do Sistema de Arrecadação.
- 6 - Somente 40% da Metrópole de São Paulo está servida de esgoto. Encarte da Revista Problemas Brasileiros, nº 288.
- o 7 - 67% da população moram em situação irregular. Encarte da revista Problemas Brasileiros, nº288 - nov/dez de 1991. - pag. 12.
- 8 - ROMAGEM BADARÓ "Delitos de Sonegação Fiscal" São Paulo, Juriscredi Ltda., 1971, pág. 16

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A Responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito

Luiz Fabião Guasque
Promotor de Justiça-RJ

Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992.

Dispõe sobre as sanções **aplicáveis** aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública **direta, indireta ou fundacional** e dá outras providências.

Da leitura da lei se infere claramente, que seu sentido teleológico é tutelar a responsabilidade do agente público, lato sensu (art.22), por conduta dolosa ou culposa no exercício do **dever** jurídico que lhe é imposto (art.50), além de presumir essa responsabilidade, desde que ocorra tipicidade a qualquer das hipóteses dos arts.99 e 11.

a

Com a constituição de um estado de direito o ordenamento regula relações da vida pré-existentes como o casamento e a posse, e cria outras como a propriedade.

As primeiras decorrem de situações verificadas em qualquer agrupamento humano e passam a ter a incidência da norma jurídica após já estarem faticamente constituídas.

Na segunda o Direito é que a cria, estabelecendo novo comportamento a partir de sua instituição. (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts-Diritto delle Pandette, vol.I par.37).

E esta a hipótese de dever jurídico imposto ao agente público, que neste caso, advém da própria Constituição da República, que no seu art.37, submete a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Portanto, a todos os agentes públicos, em sentido amplo, como assinalamos, é imposto dever de obediência a tais princípios, que nada mais são do que corolários de um regime democrático (demos=povo, cracia=governo) e de um governo Republicano (res-publica=coisa pública).

Quanto ao conceito de dever jurídico, ensina Hélio Torna-ghi, que é a necessidade imposta por lei de fazer (ou omitir) alguma coisa. Por vezes ela exige a prestação independentemente da vontade de quem quer que seja; de outras vezes a obrigação de fazer corresponde ao direito de exigir de outrem. A todo o direito corresponde um dever, mas a recíproca não é verdadeira: há deveres criados por lei independentemente de exigência de qualquer pessoa. Assim, por exemplo: o dever de pagar o aluguel corresponde ao direito do locador; mas o dever do médico de comunicar certas doenças (CP, art.269) é imposto em lei independentemente da vontade de quem quer que seja. (A Relação Processual Penal, pág.59).

Fis .2

E portanto na lei maior que se funda o dever jurídico de o agente público atuar de forma comissiva ou omissiva, em prol do interesse público, ou para usar as expressões da lei: atentar para a probidade administrativa.

A inobservância ao dever, se dolosa ou culposa, determinará tipicidade às hipóteses do art 10 da lei, para o caso de prejuízo ao erário.

Mas, outras formas de atuar comissivo ou omissivo fundadas em dever jurídico, de responsabilidade objetiva, e estranhas à análise sobre a vontade do agente, estão discriminadas de forma genérica no art. 92 e no caput do art. 11 e seus incisos.

No art. 92, inc. VII, a tipicidade engloba todas as outras, pois a lei determina esta responsabilidade objetiva do agente que, no exercício de *função* pública, adquire bens de valor desproporcional, à sua renda.

Aqui, como nas demais hipóteses, a responsabilidade é análoga à objetiva do Estado de que trata o parágrafo 62 do art. 37 da Constituição da República onde, existindo nexos entre o dano e a atuação do Poder Público haverá o dever de indenizar.

No caso do agente público, há uma presunção de responsabilidade se existir nexos de incompatibilidade entre o patrimônio e a renda auferida no exercício do cargo. O dano é presumido com a constatação da variação patrimonial injustificada. Por via de consequência, há inversão no ônus da prova, devendo o agente justificar a origem para escapar à sanção do art. 12 inc. I da lei.

Note-se, que nesta espécie de responsabilidade, não se fala em dolo ou culpa, ou melhor, não há necessidade de aferição de vontade no ato que dá origem à sanção da lei.

Nos casos de atuação dolosa ou culposa, a responsabilidade da lei terá nexos subjetivos com o ato de vontade causador do dano. Na de que tratam os arts. 92 e 11, e em especial a do inc. VII do primeiro, ela decorre da inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, e independe da vontade de qualquer pessoa. Neste caso, ao agente público é conferido o dever de praticar atos em prol do interesse da maioria sem que esta atividade, comissiva ou omissiva, determine a ampliação de seu patrimônio pessoal, além do limite que lhe possibilita a contraprestação de seu trabalho pelos cofres públicos.

4

É tipo de responsabilidade, que por sua natureza objetiva, também se assemelha à contratual. Nesta, o estabelecimento de direitos e correspondentes obrigações, determina a simples ocorrência do dever de indenizar pelo descumprimento. Não se perquire dolo ou culpa, apenas a não observância objetiva do pactuado. Na de que trata a lei de enriquecimento ilícito, apenas se constata objetivamente se ocorreram qualquer das hipóteses dos incisos dos artigos 92 e 11 e no caso do inc. VII, se houve variação patrimonial incompatível com os vencimentos. Evidenciada tal situação, o desvio de finalidade no dever de probidade administrativa é presumido e implica na necessidade de comprovação de origem do patrimônio.

As cominações para a hipótese de tipicidade ao art. 92

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Fls. 3

são:

"perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos"

Para o art.11:

"ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

No que respeita ao espectro das sanções, são elas aplicáveis àqueles que, mesmo não sendo agente público, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem de forma direta ou indireta (art.32).

Nesse sentido foi a posição do Juiz Vittorio Paraggio, um dos expoentes da "operação mãos limpas" italiana, que em sua palestra no Hotel Rio Palace, em recente visita ao Brasil, afirmou que a lei italiana punia o agente público que não justificasse a variação patrimonial auferida durante o exercício de cargo público. Entretanto, alertou o ilustre magistrado, que essa lei, após resultados significativos no combate a corrupção e o desvio de finalidade no exercício do *munus* público, infelizmente foi revogada, por aqueles que hoje são os maiores destinatários desse preceito.

Mas, da leitura da lei decorrem indagações

1. Como se viabiliza a indisponibilidade ou o perdimento de bens?

2. Isto se dá por ações cautelares ou incidentes no processo para a perda de bens dquiridos ilicitamente ?

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Fis .4

3.Em favor de que pessoa juridica reverterão os bens havidos ilegalmente?

Vejamos se conseguiremos responder a tais indagações.

1.Como acabamos de ver,a perda de bens cumulada com o ressarcimento ao erário ou demais implicações,têm natureza de sanção,e como tal,se sujeitam aos corolários de um regime democrático fundado na segurança jurídica, com os principios do contraditório e da ampla defesa,todos direitos fundamentais da pessoa,conforme o art.52 inc.LV da Constituição da República,que evidentemente serão observados no processo judicial.

Mas,anteriormente ao processo judicial,pode haver procedimento investigatório para apurar o ato de improbidade,e como este é apenas preparatório para a ação principal,à semelhança do inquérito criminal,sua natureza é inquisitória,o que significa dizer que não se sujeita ao principio do contraditório e da ampla defesa (art.14 e segs),pois não possibilita a imposição de qualquer penalidade.

O art.15,de forma imperativa:darã?,impõe o conhecimento do procedimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas,o que indica que cada um ,dentro de suas atribuições, deverá zelar pela probidade na colheita de provas,podendo ainda,segundo o parágrafo único,designar representante para acompanhá-lo.

E importante frisar,que a legitimação constitucional genérica deferida ao Ministério Público no art.127 da Constituição da República,de defender a ordem jurídica,o regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis,o faz tutor do principio da legalidade expresso no art.59 inc.II, direito fundamental do regime democrático,que vem repetido no art.37 afeto à administração pública,o que já o legitimava a tomar *qualquer* medida para sua observância.

Esta atuação inclusive,torna possível a eficácia da doutrina dos freios e contrapesos expresso no art.22 da lei magna,que de forma harmônica determina que unia função deve fiscalizar a outra.

Não foi por outro motivo que a lei 8.625/93,Lei Orgânica Nacional do Ministério Público,estebeleceu no art.26,que:

No exercido de suas funções,o Ministério Público poderá:

1-instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Fls.5

Pode, para tanto, tomar todas as medidas das letras a", "b" e c', como: condução coercitiva, requisição de informações, promover inspeções e diligências investigatórias etc, junto a todas as pessoas jurídicas a que se refere a lei em análise.

Na verdade este atuar nada mais é do que a regulamentação detalhada de como o parquet zelará pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, conforme dispõe o art.129 inc.II da carta política.

2.Mas, para que a sanção não se torne inócua, prevê o art. 16 a hipótese de ação cautelar para decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Para a pretensão e seu conseqüente acolhimento, bastam **"fundados indícios de responsabilidade"**.

Tal medida, restritiva de direitos, por esta natureza é jurisdicional, e deverá ser requerida ao juízo competente. Sô no exercício de função anômala da administração, quando julga seus funcionários ou outras hipóteses assemelhadas, a atividade administrativa se sujeita aos princípios referidos..

A indisponibilidade é conseqüência da medida, que visa a assegurar a execução da sentença de perdimento de bens e garantir o ressarcimento ou até pagamento da multa possível às três penalidades dos artigos citados.

interessante notar que a lei mais uma vez foi pouco técnica ao falar em "seqüestro e referir-se ao procedimento do Código de Processo Civil (arts.822 e 825).

Em primeiro lugar porque este, seguindo o modelo italiano, distinguiu o seqüestro do arresto. Aquele é para quando há dúvida sobre a propriedade do bem, e este para a garantia da execução, como é o caso de que trata a lei.

Em segundo, porque como a lei trata de enriquecimento ilícito, devia referir-se ao seqüestro de que trata o Código de Processo Penal (art.125 e segs), este sim, sem a distinção técnica referida, e mais próprio à hipótese. Ao que parece, a preferência pelo juízo cível determinou a escolha.

A pretensão cautelar pode incluir investigação, exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, isto nos termos da lei e dos tratados internacionais (par.22 do art.6). De pouca utilidade em face do art.26 da LOMP, que possibilita tais medidas ao Ministério Público na esfera administrativa.

A eficácia da cautela fica sujeita ao ajuizamento da ação principal em 30 dias (art.17), se não requerida liminarmente com a principal.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Fls. 6

3.Como indica o art.19 da lei,esta se dirige a punir atos de improbidade em detrimento da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cujo criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Assim,afora a penalidade pecuniária ,que deverá reverter à pessoa jurídica de direito público correspondente,o ressarcimento e a perda de bens devem ser incorporados à receita da pessoa jurídica lesada.

Não é outra coisa o que determina o art.18 da lei,que impõe à sentença a determinação do pagamento ou a reversão dos bens,conforme o caso,em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

E importante notar,que embora o artigo fale em ação civil',não há obrigatoriedade de utilização da ação civil pública de que trata a lei 7347/85,que é de rito especial.

Isto porque, como defendido anteriormente,a legitimação do Ministério Público é de natureza constitucional,não podendo ser limitada pela legislação infra-constitucional.

Dentro desta linha de raciocínio é que o art.17 determina o procedimento ordinário para a ação que visa à aplicabilidade da sanção da lei,indicando apenas que a mesma é de conhecimento,declarando a responsabilidade e aplicando a penalidade correspondente.

•, A Constituição da República de 1988,legitimou o Ministério Público a fazer uso de qualquer ação presente no ordenamento jurídico brasileiro,para defesa de direitos subjetivos públicos nela assegurados e que expressem interesses difusos por esta natureza,como o são os casos da lei de enriquecimento ilícito,pois que é direito de todos o respeito à lei e aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.O princípio da legalidade(art . 5º, inc. II), desdobramento da segurança jurídica procura limitar a ação do Estado contra seus súditos,determinando no art.37,que a administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes de todos os entes federados deve obedecê-lo,bem como,ao da impessoalidade,moralidade e publicidade,além de outros que discrimina.Dever jurídico, que advém da própria Constituição da República, como assinalamos.

Tal posicionamento,foi defendido e aprovado no Congresso Estadual do Ministério Público do Rio de Janeiro,em setembro de 1992,quando apresentamos a tese:O Ministério Público e a Tutela dos Interesses Difusos,publicada da Revista do Ministério Público de Minas Gerais-JUS/16-p217/236.

COMISSÃO VI

Ministério Público e os
Crimes contra a Natureza

**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA
JURIDICA EM MATÉRIA AMBIENTAL: uma
necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 30,
da Constituição Federal**

Sílvia Cappelli,

Promotora de Justiça /

4

INTRODUÇÃO

O arcabouço legislativo ambiental brasileiro é pacificamente considerado como um dos mais modernos da atualidade, possuindo satisfatórios meios materiais e excelente

- instrumentação processual para sua tutela.

Entretanto, se no plano civil assim é, na seara penal a legislação posta à disposição é extremamente deficiente, resultando insignificante o número de ações penais ajuizadas e raras as condenações.

Essa situação se deve à precária técnica legislativa, com normas penais em branco; que se limitam a sancionar penalmente o descumprimento de comandos administrativos; previsão em legislação esparsa e com diferentes e incongruentes regras para a fixação da pena de multa.

Exemplo típico da caótica situação penal ambiental vivenciada no Brasil é a política criminal absolutamente distinta no que se refere ao trato da flora e da fauna, pois enquanto os danos perpetrados contra a última são considerados crimes¹, aqueles cometidos contra a primeira não passam de meras contravenções².

Ademais, a par da existência de Promotorias especializadas na defesa do \$ meio ambiente na maioria dos Estados, os membros do *Parquet* que nelas atuam, em muitos deles, têm atribuição circunscrita à esfera cível, fato que agrava o deficitário combate aos delitos ambientais, vez que frente ao largo espectro de atribuições do Promotor de Justiça criminal, este tenderá a minimizar a importância desses delitos frente a outros, prioritários, face ao violento contexto social vivido.

Por outro lado, não podemos olvidar que embora esteja firmada a atuação do Ministério Público na tutela ambiental, através, especialmente, da ação civil pública, a obtenção de decisões, judiciais favoráveis neste tipo de demanda nem sempre é simples por envolver macroconflituosidade e, quase sempre, por impor escolhas políticas ao magistrado. Também por essa razão, faz-se necessário o enfrentamento das deficiências existentes na tutela penal ambiental, até porque, quero crer, devido à consagrada atuação ministerial como *dominus litis* e o trato circunscrito à verificação da ocorrência do delito - ausentes causas de exclusão da ilicitude - o proferimento de sentenças condenatórias não se mostraria tão traumático ao Judiciário³.

Em outras palavras, a ausência de conflituosidade de massa, típica dos interesses difusos, minimiza o enfrentamento de escolhas políticas pelos magistrados, tornando mais segura a obtenção de resultados satisfatórios à tutela ambiental.

e

Urge, pois, envidarem-se esforços para, num primeiro momento, implementar-se a legislação penal ambiental existente, sem descuidar de uma necessária e geral reforma dos diplomas penais incidentes sobre os bens ambientais para adaptá-los à realidade atual, superando-se a defasagem dos tipos previstos no Código Penal⁴, a insuficiência dos insculpidos na Lei das Contravenções Penais⁵ e a má técnica legislativa presente em inúmeras leis esparsas que contemplam ilícitos penais ambientais⁶.

e

É nesta proposta de reformulação que tem lugar a reflexão sobre o polêmico tema da responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria ambiental.

DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM MATÉRIA

●

Tema amplamente discutido, atualmente, é o da criminalidade não-convencional⁷. qual seja, a praticada por empresas ou grupos dessas, contra um largo espectro de vítimas, nem sempre identificáveis. Exemplos dessa delinquência, também conhecida por *white-collar criminality*⁸ são os delitos perpetrados no mercado econômico e contra o ambiente natural.

No campo da responsabilização penal da pessoa jurídica vige no Brasil a parêmia *societas delinquere non potest* que, remontando ao direito romano, desde a Idade Média predomina na doutrina⁹ brasileira e estrangeira, especialmente no países de origem romano-germânica.

0

As considerações que se possam fazer acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica passam, necessariamente, pela análise, ainda que brevíssima, das teorias que fundamentam sua natureza jurídica, sendo as principais a teoria da ficção e a da realidade ou organicista.

A primeira, consagrada pela parêmia suso aludida, ganhou definitividade com Savigny, em ¹⁸⁴⁰¹⁰, para quem as pessoas jurídicas só existem ficticiamente, sendo incapazes, portanto, de atuar. Faltam-lhes condições psíquicas para tal, eis que só o homem é dotado pela natureza para ser sujeito de direitos e de personalidade.

A teoria da realidade ou organicista, cujo principal representante foi Otto Gierke", afirma a existência de vontade própria à pessoa jurídica, vontade esta que não se confunde com a soma das de seus sócios ou diretores. As pessoas jurídicas são corpos sociais que o direito não cria, limitando-se a declarar-lhes a existência.

A par da reponsabilidade penal basear-se na culpa, novas tendências vêm sustentando a necessidade de questionamento sobre a suficiência do regime para obstar a neocriminalidade arrimando-se, principalmenté,, no direito alienígena fuicrado na teoria da realidade.

Essa nova tendência é relatada por João Marcelo de Araújo Júnior ¹² para quem os Códigos Penais Francês (art. 121,2) e Português (art.11) a contemplam excepcionalmente. Ademais, a Comissão de Reforma do Código Penal Belga, bem assim a Comissão Governamental contra a Criminalidade Econômica da Suécia prevêem tais sanções às pessoas morais na reforma de seus diplomas repressivos. Ainda, a Suíça possibilita a instituição dessa responsabilidade na legislação de seus Cantões, sem olvidar da consagrada responsabilidade penal dos entes morais nas legislações da Grã Bretanha, Irlanda do Norte e Holanda, ainda que restritas às violações à economia, ao ambiente, à saúde pública e à segurança no trabalho. Ainda possibilitam responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas os Estado Unidos da América do Norte, o Canadá e a Austrália e, na América Latina, México, Costa Rica e Cuba¹³, tudo isso sem descurar da legislação alemã que, a par de reconhecer exclusivamente a responsabilidade

individual, contempla punição às pessoas jurídicas pelas chamadas contravenções à ordem, no que intitula de Direito Penal. Administrativo.

O Conselho da Europa recomendou aos Estados Membros, em 1977, que "*buscassem soluções para a responsabilização dos entes coletivos, em casos de violação do meio ambiente*" (grifado). Assim, o Comitê Europeu para os Problemas Criminais, pertencente ao Conselho da Europa apresentou, em 4.6.87, as seguintes propostas ou opções para a responsabilização penal da pessoa jurídica⁴: a) admissão da responsabilidade penal da empresa (enterprise); b) sistema misto, consistente em sanções penais e extrapenais; e c) responsabilidade social decorrente de penalização independentemente do tradicional conceito de culpabilidade.

- De todo o exposto, verifica-se a tendência contemporânea, em especial européia, de transformação da responsabilidade penal, hoje arrimada na parêmia *societas delinquere non potest* para prever, ainda que em casos excepcionais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

- Nesse sentido, a lição de Paulo José da Costa Júnior e Giorgio Gregoris.⁵ 'A sobrevivência do princípio *societas delinquere non potest* constantemente é colocado em crise perante as leis penais especiais, que não só evidenciam a carência da sanção penal, insuficiente para contrabalançar as vantagens que as empresas auferem com o agir criminoso, como ainda a insuficiência do preceito, do qual não se apercebe o aparato organizado que causa em realidade o prejuízo aos bens tutelados. Esse fenômeno, de que, se vem tomando consciência, determina tentativas várias de libertar o direito penal societário do caráter personalista da responsabilidade penal, para que se dê vida a uma forma anômala de responsabilidade penal das empresas, de natureza direta ou indireta".

A PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, no art. 225, § 3º, prevê a aplicação de sanções penais e administrativas, sem obstar a reparação civil, àqueles que degradem ou poluam o meio ambiente, nos seguintes termos:

"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".

A interpretação do mencionado dispositivo constitucional tem dividido a doutrina brasileira.

Aos que afirmam ter o texto constitucional contemplado a responsabilização penal da pessoa jurídica ou admitem-na para a criminalidade não convencional, filiam-se: João Marcelo de Araújo Júnior¹⁶, Gerson Pereira dos Santos¹⁷, Viadimir Passos de Freitas e Gilberto Passes de Freitas¹⁸, Toshio Paulo Affonso Leme Machado²⁰, Paulo José da Costa Jr.¹², Celso Ribeiro Bastos, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento e Júlio Fabrini Mirabete²² e Áda Pelegrini Grinover²⁰. Em sentido oposto posicionam-se René Anel Dotti²⁴, José Henrique Pierangeli²⁰, Luiz Regis Prado²⁰ e Fernando Fragoso²⁷.

Os ilustres autores que infirmam tenha a Constituição Federal previsto a responsabilidade penal da pessoa jurídica sustentam faltar aos entes morais capacidade de ação, de culpabilidade e de pena. Ausentes tais requisitos e sendo a conduta criminosa uma atividade finalista, não haveria margem para amparar tal responsabilidade no direito brasileiro. Ademais, sustentam a errônea do texto em exame, na medida em que deveria contemplar a palavra

respectivamente após prever a aplicação de sanções penais e administrativas às pessoas físicas ou jurídicas, de modo a esclarecer que as penas são exclusivamente aplicadas às pessoas físicas ou, ainda, seguindo o mesmo raciocínio pautado em uma má técnica legislativa, argüem que a previsão sancionatória deveria vir agregada a cada destinatário e, não, entre vírgulas.

- * Acompanho o posicionamento do ilustre Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Eduardo Roth Dalcin, que em magnífico trabalho intitulado A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e o Descumprimento das Normas de Segurança e Medicina do Trabalho²⁸ concluiu estar a expressão entre vírgulas justamente para explicitar o substantivo infratores. Ademais, conforme o mencionado autor, em argumento que me parece irresponsável, caso se admitisse aquela interpretação restritiva reconhecer-se-ia 'a inutilidade do preceito constitucional, haja vista a desnecessidade de afirmar-se, no contexto da Lei Maior, a responsabilidade das pessoas físicas e o sancionamento administrativo às pessoas jurídicas porque inerentes aos conceitos de direito penal e de direito administrativo, respectivamente'.

Assim, dado que as Constituições Federais anteriores jamais previram tal hipótese, certo é convir que a Carta Magna vigente teve o intuito de inovar prevendo a possibilidade de que a legislação infraconstitucional venha a contemplar delitos ambientais perpetrados por pessoas jurídicas. Evidentemente que, respeitado o Princípio da Legalidade, não haverá nenhum óbice para que tal possa ocorrer, dada a hierarquia das normas.

§

Àqueles que se opõem a tal possibilidade, argumentando a inutilidade de tal sancionamento, na medida em que os entes morais podem ser apenados administrativamente, bastando, ainda, sancionar penalmente seus representantes legais, contrapõe-se a dificuldade de provar a culpabilidade de tais dirigentes, especialmente pela estrutura organizacional de tais

empresas, praticamente inviabilizando o nexo causal entre a ordem e o resultado, daí porque restam apenas os empregados e executores, prevalecendo a odiosa impunidade. De outro lado, pode-se questionar o "valor" de tal trabalhador frente ao fácil lucro advindo desses procedimentos, fazendo com que tais dirigentes prefiram o risco de um difícil apenamento ao resultado prático obtido no mercado de consumo ou na consecução de obra impactante ao ambiente.

1

Ademais, a teoria da ficção acha-se superada, segundo a doutrina civilista²⁹. Nesse sentido, Maria Helena Diniz e Washington de Barros Monteiro³⁰ afirmam não se poder aceitá-la por não corresponder à realidade, arguindo que se o Estado é uma pessoa jurídica, concluir ser ele uma ficção, também o seria o direito que dele emana. Silvio Rodrigues, por sua vez, assevera a existência efetiva das pessoas coletivas porque ninguém nega atuem elas na vida jurídica e que, através de sua vontade, numerosos negócios se aperfeiçoam. Para o direito brasileiro tais entes têm realidade objetiva, tanto que o art. 20 do Código Civil proclama terem as pessoas jurídicas existência distinta da dos seus membros.³¹

Ora, se assim é juridicamente, no plano fático a situação não se distancia porque as individualidades se subsumem no contexto empresarial, nem sempre equivalendo à vontade de seus dirigentes e vice-versa.

Portanto, frente a tais considerações e tendo em vista a inarredável dificuldade em provar-se o nexo causal entre a ordem emanada da direção empresarial - escudada no aparato organizacional - e o delito, o que leva à impunidade de seus mentores, resulta a necessidade de reprimir-se criminalmente a própria pessoa jurídica.

A preocupação com a ausência de meios repressivos à conduta "impessoal" da empresa é tamanha que levou o legislador a prever a desconsideração de sua personalidade nos casos 'de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou contratos sociais 'e ilicitude, nos termos 'do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Efetivamente, a repressão penal às pessoas jurídicas afigura-se como não sendo possível dentro dos pressupostos estatuídos no Código Penal, mas não invencíveis pelo ordenamento constitucional.

Exner³² afirma que 'o crime de uma pessoa jurídica não é uma impossibilidade conceitual, nem a pena seria nconcebível no sentido de voluntária produção de um mal, porque quem tem direitos pode ser deles privado. Julga, porém,' inaplicável a pena, porque, no caso, não há ligar para os seus efeitos psicológicos".

Entretanto, se há vedação legal à aplicação de pena, a situação afigura-se distinta em relação às medidas de segurança.

Com efeito, o diploma repressivo de 1940 previa medida de segurança consistente na interdição, de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação, nos seguintes termos:

"Art. 99 - A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a 15 dias, nem superior a seis meses, se o estabelecimento,

sociedade ou associação serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal.

Segundo Aníbal Bruno³³ a medida de segurança patrimonial sugere a importante questão relativa a posição das pessoas morais diante do Direito Penal. "Privados dos elementos biopsicológicos da pessoa natural, que integram a culpabilidade e permitem o funcionamento da pena, esses estabelecimentos ou associações são incapazes de punição, mas, porque se constituem em perigo de motivar ou favorecer a prática de infrações penais, **interessam à Política Criminal e põem** em função o Direito Penal ou o Administrativo.

Ainda, conforme Nélson Hungria³⁴ o Código Penal de 1940, nesse particular, seguiu o modelo do Projeto de Código Penal francês, em seu artigo 88. Lembra, o mesmo autor, a previsão de disposições semelhantes nos Códigos Penais Cubano, Rumeno, Costa-riquense e Mexicano³⁵.

Na esteira do que hoje preconiza o art. 173, § 5º, da Constituição Federal o Decreto-Lei nº 9.840, de 11.09.46, que sancionava os crimes contra a economia popular e a saúde pública, previa, no art. 40, que a sentença condenatória do gerente, administrador ou proprietário determinasse o fechamento do estabelecimento comercial ou industrial, pelo prazo que fixas ³⁷.

Evidentemente não se está aqui sustentando o mero retorno da medida de segurança prevista no art. 99 do vetusto Código Penal de 1940, situação que representaria inegável involução.

Entretanto, o que não parece correto concluir - embora os respeitáveis argumentos dos renomados autores que sustentam a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas - é a existência de óbices intransponíveis para que a legislação infraconstitucional venha a reconhecer aquela responsabilidade, com suporte na norma constitucional insculpida no art. 225, §30

E que, mesmo não sendo factível apená-las, imprescindível surja meio legal de coibi-las ao cometimento de ilícitos de que são vítimas um número indeterminado de pessoas, como sói acontecer nos delitos contra o meio ambiente, à economia popular, à ordem financeira e tributária.

CONCLUSÃO

Em suma, a neocriminalidade ou criminalidade não convencional está a exigir do legislador enfrentamento no que concerne à prática de fatos ofensivos excepcionais, quais sejam, os capazes de causar lesões disseminadas em massa, frente à reconhecida insuficiência das regras existentes para obstá-las.

Legislação e doutrina européias vêm contemplando a responsabilidade penal da pessoa jurídica, especialmente nos países filiados ao sistema da *common law*, resultando em um movimento doutrinário no plano nacional tendente à introdução de tal responsabilidade em casos excepcionais, relativos aos delitos contra o meio ambiente, mercado de consumo e ordem financeira e tributária.

A teoria da ficção acha-se superada na doutrina, ensejando novel doutrina preconizadora do sancionamento penal da pessoa jurídica especialmente para refrear a impunidade decorrente' de seu aparato organizacional.

Nesse sentido e, excepcionalmente, a Constituição Federal previu a aplicação de sanções penais ha pessoas jurídicas causadoras de danos ambientais, dependendo a norma constitucional da promulgação de lei ordinária prevendo tais hipóteses, em respeito ao Princípio da Legalidade.

Por força da Lei nº7.653, de 12.02.88.

² Exceção feita ao art. 45, § 3^o que, inserido na Lei nº 4.771/65, pela Lei nº 7.803, de 18.07.89, prevê o crime de comercialização ou utilização de moto-serras sem licença da autoridade competente.

É que na ação penal tutela-se o interesse público que, diferentemente do difuso, não alberga a conitituosidade de massa, razão por que o magistrado não é levado a escolhas políticas.

Exemplo típico 6 o do art. 271 do CP que prevê, o crime de corrupção de água potável. A jurisprudência tem entendido que para que se tipifique o delito em apreço é necessário que a água, antes da poluição, fosse apta ao consumo humano sem qualquer tratamento, bem coinoingerida habitualmente por um número indeterminado de pessoas. Nesse sentido, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas em Crimes Contra a Natureza, ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1990, p. 114 e Paulo Affonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, ed. Malheiros, 0 edição, São Paulo, 1992, pp. 269/273. Assim, força é convir que dificilmente ocorrerá tal ilícito penal, na medida em que raras são as fontes de água potável em nosso país.

⁶ Arts. 38 - emissão de fumaça, vapor ou gás e 42 - perturbação do trabalho ou sossego alheios.

Como exemplos podem ser citados o Código Florestal (Lei nº4.771/65); Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/67); Código de Pesca (Decreto-Lei nº221/67); Código de Mineração (Decreto-Lei nº227/67); Lei de Agrotóxicos (Lei nº 7.802/89), e outros. Tais diplomas, em sua maior parte, limitam-se a declarar como criminoso, em determinadas hipóteses, o agir que também transgrida norma de natureza administrativa, simplesmente remetendo à leitura das últimas. Ademais, cada qual traz critérios distintos para a aplicação da pena de multa.

A expressão foi utilizada por Gerson Pereira dos Santos em conferência intitulada Atividades Nucleares e Criminalidade: Para não esquecer Goiânia, publicada em Fascículos de Ciências Penais, ano 2, v.2, n.1, janeiro de 1989, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, p. 6.

⁸ O conceito de *white collar crime* foi utilizado pela primeira vez em 1939, em conferência de Edwin H. Sutherland, perante a Sociedade Americana de Criminologia, que o definia como o delito da classe *white-collar* ou elevada, composta por profissionais ou homens de negócio respeitáveis ou ao menos respeitados, cf. Odone Sanguiné, Introdução aos Crimes contra o Consumidor. Perspectiva Criminológica e Penal, in Fascículos de Ciências Penais, ano 4, v. 4, n.2, p. 18, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre-RS.

⁹ Assim, José Henrique Pierangelli, em A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídica e a Constituição, Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, v. 1, nº28, 1992, p. 56.

¹⁰ Assim José Henrique Pierangelli, *ob. cit.*, p. 56.

¹¹ Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, parte geral, Saraiva, 22ª edição, 1983, São Paulo, p. 99.

¹² Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos e a Empresa 1992, publicado em Fascículos de Ciências Penais, ano 2, v. 2, n. 4.abril/1989.

¹³ Nesse sentido René Anel Dotti, em Meio Ambiente e Proteção Penal, Revista Forense, v. 317, jan/mar 1992, pp. 199c200.

¹⁴ Referência de Marino Barbero Santos em A Reforma Penal - Ilícitos Penais Econômicos, Rio, Forense, 1987, p. 61, ardené Anel Dotti, *ob. cit.*, p. 199.

¹⁵ Em Direito Penal Ecológico, CETESB, São Paulo, 1981, p. 80.

¹⁶ obra citada.

¹⁷ obra citada.

¹⁸ Crimes contra a Natureza, ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1990, São Paulo, p. 14.

¹⁹ Direito Ambiental Sistematizado, Forense Universitária, 1ª edição, 1992, Rio de Janeiro, p. 79.

²⁰ Direito Ambiental Brasileiro, ed. Malheiros, 4ª edição, São Paulo, p. 35.

²¹ obra citada.

Os três autores citados por de Eduardo Roth Dalcin, Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, em trabalho intitulado A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e o Descumprimento das Normas de Segurança e Medicina do Trabalho, inédito.

Em artigo intitulado Ações Ambientais de Hoje e Amanhã, publicado na obra Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão, biblioteca de Direito Ambiental, coord. de Antonio Herman V. Benjamin, ed. RT, São Paulo, 1993, p. 254.

²⁴ Obra citada.

idem.

Direito Penal Ambiental, ed. RT, 1ª edição, São Paulo, 1993.

²⁷ Em Os Crimes contra o Meio Ambiente no Brasil, Revista Forense, 317, jan/mar 1992, p. 113.

Inédito, ob. cit.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 99; Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º volume, Teoria Geral de Direito Civil, ed. Saraiva, S.P., 5ª edição, 1987, p. 113; e Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 1, Parte Geral, Saraiva, S.P., 17ª edição, 1987, p. 69.

³⁰ Idem, ibidem.

¹ Ob. cit., p. 70.

³² Die Theorie der Sicherungsmittel, p. 52 e segs., *apud* Anibal Bruno, Direito Penal, Parte Geral, volume 1, tomo 3¹, rua e medida de segurança, Forense, S.P., p. 338, rodapé.

³ Ob. cit., pp. 22 e 23.

³⁴ Comentários ao Código Penal, Vol. I, arts. 75 a 101, Forense, Rio de Janeiro, 1961, p. 258.

Ob. cit., p. 257.

³⁶ Leia-se a transcrição do artigo em Nelson Hungria, ob. cit., p. 259. A obra Sistema de Direito Penal Brasileiro, Introdução e Parte Geral, vários autores, José Konfno Editor, Rio de Janeiro, 1957, p. 453, também afirma que a aplicação da medida de segurança de interdição de estabelecimento comercial ou industrial versada no art. 99 do CP de 1940 poderia ser freqüentemente aplicada ao crimes contra a economia popular.

³⁷ No mesmo sentido, Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, Vol. 1, Tomo II, 1ª edição, 1952, Max Limonad, São Paulo, p. 629.

**PROPOSTA: CRIAÇÃO DOS CADASTROS REGIONAIS DAS
RESERVAS LEGAIS E DAS MATAS CILIARES.**

Autor: *Silvio Aparecido Garcia de Oliveira*
Promotor de Justiça de Rondônia do Meio
Ambiente de Porto Velho, Rondônia.

Sumário: *Introdução*
Cadastros Regionais
Banco de Dados
Fiscalização
Conclusões
Propostas

INTRODUÇÃO

Em 20 de setembro de 1993, a Secretaria-Geral do Planaforo-Plano Agropecuário e Florestal de Rondônia instituiu através da Portaria número 003/GAB-SEPLANAFLORO o Comitê Interinstitucional da Fiscalização, ligado à área • ambiental, composta pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental-Sedam, Polícia Militar Florestal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-Ibama, Fundação Nacional do Índio-Funai Secretaria-Geral do Planafioro e entidades não governamentais como a Ecopore Incha Paca e Aparai objetivando a formalização das diretrizes de fiscalização para os próximos cinco(5) anos, e racionalizando os trabalhos dos órgãos envolvidos.

Após várias reuniões, coube a cada um dos componentes do comitê delinear, suas propostas, tendo o Ministério Público do Estado de Rondônia, por sua 138.

e

Promotoria de Justiça, com atribuições nesta área, inserido na sua previsão de trabalho gestões no sentido de implementar as averbações junto aos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado das áreas de **reservas legais** previstas nas disposições do Código Florestal vigente, Lei número 4.771, de 25 de setembro de 1965, com as modificações da Lei número 8.803 de 18 de julho de 1989, que determina para a região Norte que 50%(cinquenta por cento) das áreas rurais sejam destinadas à preservação ambiental, que assim se manifesta:

"artigo 44 - Na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste, enquanto não for estabelecido o decreto de que trata o artigo 15, a exploração a corte raso só é permissível desde que permaneça com cobertura arbórea, pelo menos 50% da área de cada propriedade.

parágrafo único - A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 50%(cinquenta por cento de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá (g.n) ser averbada à margem da inscrição da matrícula do imóvel no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área."

Destacamos, aqui, o enfoque da lei **"deverá ser averbada"**, pelo que entendemos ser a regra de caráter cogente, obrigando os proprietários a assim fazerem, bem como também no dever dos oficiais de registros de imóveis de exigirem por ocasião das inscrições das matrículas e/ou nas transmissões imobiliárias a qualquer título esta providência, o que lamentavelmente ocorre.

O espírito da lei do Código Florestal é neste sentido porque no artigo 16, parágrafo segundo, quando trata da regulamentação das reservas legais nas demais

regiões do país, estipulando um mínimo de 20%(vinte por cento), novamente usa a expressão deverá, clarificando ao interprete a idéia da obrigatoriedade da norma.

Ainda, há o princípio maior insculpido no artigo 10. do Código Florestal que considera as florestas existentes no território nacional e demais formas de vegetação como bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente as estabelecidas nessa lei, enquanto que o parágrafo único declara que qualquer omissão ou ação contrária às disposições legais são consideradas uso nocivo da propriedade.

Idealizou-se solicitar à Corregedoria do Tribunal de Justiça que baixasse Provimento regulamentando o trabalho das serventias extrajudiciais de registro de imóveis, tomando clara a obrigatoriedade da averbação das reservas legais, uma vez que atualmente estas averbações são apenas realizadas quando o proprietário toma a * iniciativa ou por exigência dos bancos oficiais por ocasião da liberação dos financiamentos agrícolas. Por outro lado, o Incra-Instituto Nacional de Colonização, ao expedir os títulos de propriedade, insere nos mesmos a obrigação dos proprietários de reservarem 50%(cinquenta por cento) dos lotes para preservação. Contudo, esta imposição contratual não se materializa, uma vez que não há a vinculação por ocasião do registro do título definitivo com a obrigação da averbação da área, com seus limites e confrontações, tomando letra morta a cláusula constante nos títulos pelo Incra. *

Ainda, pela proposta do Ministério Público do Estado de Rondônia ao comitê intermstitucional previa-se que os cartórios imobiliários notificassem os proprietários para procederem a averbação da reserva legal, encaminhando-se ao Ministério Público do Estado a relação dos que permanecessem sem proceder esta iniciativa objetivando permitir que a instituição ministerial compelissem os mesmos amigável ou judicialmente, se assim fosse necessário, através de Ação Civil Pública por obrigação de fazer, com base nas disposições previstas no Código Florestal.

e

Através do pedido de providências encaminhado à Corregedoria-Geral da Justiça de Rondônia em 04 de fevereiro de 1994 o Ministério Público do Estado de Rondônia solicitou essa regulamentação, cujo feito encontra-se em tramitação sob número 003/94.

No Encontro Nacional do Promotores do Meio Ambiente ocorrido na ilha de Comandatuba, município de Una, Bahia, nos dias 21 e 22 de maio de 1994, o tema foi discutido, ocasião em que Rondônia, Amazonas e Roraima, apresentaram ao plenário proposta de trabalho para todo o Brasil, no sentido de regulamentação das reservas legais, a qual foi aprovada à unanimidade, nos seguintes termos:

Regulamentação das Reservas Legais:

a) As Promotorias do Meio Ambiente, nos Estados, procederão pedido de providências às Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados, para baixar provimentos tornando obrigatória a averbação da reserva legal, por ocasião das transmissões "causa-mortis" ou "inter-vivos";

b) Feita as averbações, que deverão conter a descrição completa da reserva legal com seus limites e confrontações, bem como sua localização geográfica(para possibilitar o momtoração por satélite), os oficiais de registro de imóveis, enviarão cópias do ato à Secretaria Ambiental do Estado para montagem do banco de dados e fiscalização das mesmas;

c) Os oficiais de registro de imóveis deverão, também, notificar os proprietários dos imóveis para procederem a averbação das reservas legais de suas propriedades;

d) Nos casos em que os proprietários não procederem a averbação da reserva legal, os oficiais de registros de imóveis comunicarão ao Ministério

Público do Estado, que compeliará o proprietário, amigavelmente ou judicialmente a cumprir sua obrigação legal,

e) Nos casos dos pequenos proprietários, pobres na forma da lei, o Ministério Público deverá requisitar do Estado o levantamento topográfico e posteriormente aos cartórios de registro de imóveis a respectiva averbação;

Com essa proposta, buscou-se solucionar a omissão dos proprietários no dever de averbação das reservas legais de suas propriedades, considerando aqui, apenas o universo daqueles proprietários que detém o domínio do imóvel, isto é, título do Jncra ou escritura pública devidamente registrada. Mas, no caso do problema fundiário no Brasil percebe-se que uma grande quantidade, talvez uma imensa maioria seja constituída de posseiros os quais garantem-se na terra apenas por seu uso e com documentos precários que não podem ser registrados nos cartórios, impossibilitando também a averbação das reservas legais. Em Rondônia, estima-se que entre 40% a 60% dos lotes rurais sejam constituídos de posseiros.

O Ibama em Rondônia, via convênio, lamentavelmente já cancelado, com a Sedam-Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental, nos pedidos de exploração de madeira através do corte seletivo ou o próprio desmatamento, exigia dos proprietários rurais detentores do domínio a respectiva averbação da reserva legal nos cartórios de registros de imóveis, enquanto que colhia dos posseiros declaração em que se comprometiam a preservar 50%(cmqüenta por cento) da área de seus lotes. Contudo, tais declarações, mesmo que registradas nos cartórios de títulos e documentos(evitando o extravio e tornando-os públicos), nenhuma utilidade tinham, - pois a fiscalização era e é inexistente, restando somente a mera formalidade para justificar o cumprimento da lei e permitir o expedição da autorização de desmate. Ainda, diga-se que o problema dos posseiros é maior, pois é comum que os grandes proprietários e latifundiários usem "testas-de-ferrou para formularem os pedidos de desmate, loteando fictamente suas propriedades, conseguindo assim autorizações e

e

licenças que não conseguiriam se fizessem um pedido único e no nome do real proprietário.

Alguma solução há de existir para o problema, pois não se pode fechar os olhos para a questão possessória e simplesmente não expedir as autorizações de manejos florestais por eles pretendidas, obrigando-os a agir na clandestinidade.

e

A posse no Brasil é reconhecida pelo legislador, sendo salutar mencionar que o Código Civil Brasileiro, no livro II - Do Direito das Coisas, em seu título 1, regulamenta a questão possessória no País, ficando claro na leitura dos artigos 499 e seguintes onde estabelece os efeitos da posse, os direitos do possuidor de usar e dispor da coisa que lhe pertence, inclusive interpondo-se contra terceiros para manutenção de seus direitos, sendo razoável entender que estes direitos também podem ser exercidos junto ao órgãos ambientais no sentido de regulamentar sua atividade rural, sendo dever da administração pública reconhecer a relação possessória, admitindo os pedidos de exploração racional dos recursos da terra.

CADASTRO REGIONAL DAS RESERVAS LEGAIS E MATAS CILIARES

4

Independentemente das averbações nos cartórios de registros de imóveis das reservas legais, dando cunho legal às mesmas, a devida publicidade e conseqüentemente efeitos entre as partes e terceiros, há necessidade dos Estados, por suas Secretarias Ambientais, de terem um banco de dados das reservas legais, incluindo aí as matas ciliares, com sua localização geográfica, medidas e confrontações, efetuando o monitoramento destas áreas por satélite, e, através de visitas "in loco" objetivando a preservação e manutenção das mesmas, aplicando aos proprietários as sanções que couber no caso de descumprimento de suas obrigações.

Por outro lado, a existência desse **banco de dados** permitirá o uso racional pelos posseiros de seus lotes, possibilitando que se dirijam aos órgãos ambientais próprios, Ibama ou Secretaria Estadual Ambiental, no sentido de obter a permissão de desmate e manejo ambiental quando necessário, sem necessidade de trabalharem na clandestinidade, sem assistência técnica e sujeitos a pressões de toda espécie, tomando-os vítimas de um sistema inócuo que lhes tolhe o direito de bem possuir suas propriedades, dando-lhes a destinação social necessária, dali trazendo a subsistência de suas famílias e produzindo alimentos e riquezas, aliado à proteção ambiental necessária.

A inclusão no cadastro a ser criado das matas ciliares é de suma importância, uma vez que a Lei 4.771/65, já citada, em seu artigo 2o., eleva as matas ciliares, conceituada aqui como as faixas de florestas e vegetações que margeiam os rios e igarapés como de preservação permanente, faz-se de extrema relevância pela sua importância ao meio ambiente como fator de equilíbrio da pureza das águas e como meio de combate à erosão dos campos, além dos benefícios à fauna e flora ali existentes.

BANCO DE DADOS - SUA FORMAÇÃO E IMPLANTAÇÃO

Esse **banco de dados**, obrigação de cada Unidade da Federação, será formado através dos seguintes elementos:

a) através das averbações existentes nos cartórios de registros de imóveis, os quais, por meio de provimentos dos Tribunais de Justiça ou de modificação da legislação, seriam obrigados a informar às Secretarias Estaduais e ao Ibama as averbações já existentes, bem como as que forem feitas posteriormente, sem prejuízo de maiores informações quando estas repartições públicas assim exigirem;

b) através dos pedidos de licenciamentos ambientais, devidamente protocolados, onde se exigiria também a averbação das reservas legais nos casos possíveis, incluindo-as no banco de dados, e dos posseiros o termo de compromisso que será obrigatoriamente arquivado na Secretaria para os efeitos legais, bem como a inclusão no banco de dados da delimitação da reserva legal existente naquela posse, servindo o compromisso devidamente arquivado na secretaria como documento válido e oponível entre as partes e terceiros;

c) tomar obrigatório ao mera, via legislação ou norma de serviço interno, por ocasião de seus projetos de assentamentos e emissão dos títulos de ocupação, inserir nos documentos expedidos a descrição das reservas legais respectivas, com sua localização geográfica, medidas, limites, divisas e confrontações, bem como a delimitação das matas ciliares, cuja cópia destes documentos de propriedades serão encaminhados obrigatoriamente às Secretarias Ambientais próprias para inserção no banco de dados, independentemente das iniciativas que o proprietário vier a tomar;

d) os cartórios de registros de imóveis, por ocasião do registro de qualquer escritura, solicitarão, obrigatoriamente, certidão das Secretarias Ambientais Estaduais competentes, sobre a existência no banco de dados de reserva legal incidente sobre o imóvel objeto do registro, objetivando com isso evitar erros na averbação das reservas legais com duplicidade, bem como fazendo com que aquelas reservas legais inscritas no banco de dados por título precário oriundos da posse, sejam respeitadas por ocasião da legalização da propriedade;

e) com relação às matas ciliares, a alimentação do banco de dados deverá ser feita pelos levantamentos do lucra e através de levantamento a ser procedido pelas Secretarias Ambientais, por meio do estudo das águas, nascentes e rios existentes e por imposição da mesma obrigação aos proprietários;

1) fora estas hipóteses, poderia-se pensar na possibilidade de tornar obrigatório aos proprietários, fazer a averbação das reservas legais e matas ciliares de suas propriedades nos registros de imóveis, dentro do prazo a ser fixado pelo legislador;

g) inclusão na legislação (preferencialmente no Código Florestal, onde couber) a obrigação da averbação das reservas ciliares junto aos cartórios de registros de imóveis;

A FISCALIZAÇÃO DAS RESERVAS E MATAS CILIARES

Composto o banco de dados a partir das informações acima, acatando-se ainda outras sugestões que surgirem, cujo banco de dados, nos parece, dever ser da atribuição das Secretarias Estaduais Ambientais dos Estados, prioritariamente, dando seqüência ao projeto de descentralização promovido pelo Ministério do Meio Ambiente, ficando ao Ibama a incumbência de fazer supletivamente o banco de dados naqueles Estados que não tomarem a iniciativa após o fixação de um prazo máximo que entendemos não poder ultrapassar a um ano.

Montado o banco de dados, preferencialmente informatizado, as reservas legais e matas ciliares seriam monitoradas através da comparação das fotos dos satélites das regiões onde os técnicos verificariam as alterações existentes nas áreas, devendo o órgão encarregado multar os infratores que descumprirem suas obrigações, bem como o dever de dar orientação técnica necessária para o aprimoramento e conscientização de atitudes fortalecedoras do compromisso de preservação ambiental.

A fiscalização "in loco" será o complemento do monitoramento por satélite, restando aos técnicos e fiscais comparecerem nas áreas que apresentarem alteração

ambiental, dispensando-se a existência de grandes equipes, as quais atuariam com base nas informações constantes do banco de dados e monitoradas pelas fotos dos satélites.

Em Rondônia, a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Ambiental-Sedam é capaz de detectar e localizar novos focos de queimadas e garimpos, sem possibilidade de falhas Isso e possível graças a instalação do Laboratório de Sensoramento Remoto que utiliza as imagens obtidas de Rondônia pelo satélite americano Landsat TM-5, sabendo-se pormenorizadamente o que acontece na superfície do Estado, via convênio com o INPE-Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais.

O que se propõe, na verdade, é a utilização da tecnologia já existente e estrutura montada na formação do banco de dados das reservas legais.

CONCLUSÕES

Destas análises as conclusões que se impõem são no sentido de que embora a Lei 4.771 de 15 de setembro de 1965, com as modificações trazidas pela Lei 7.803 de 18 de julho de 1989, prevê, de forma obrigatória, a averbação das reservas legais nos Registros de Imóveis, este mandamento legal não vem sendo cumprido no Brasil, havendo então necessidade do Ministério Público do Brasil exigir o cumprimento efetivo da lei, dando resposta aos seus deveres institucionais, fazendo gestões junto aos Tribunais de Justiça para regulamentação da atividade das escriturarias extrajudiciais de registro de imóveis.

Faz-se necessário que a legislação federal normatize estes procedimentos, dando uma unidade de tratamento nacional para o problema, modificando as leis atuais, tomando efetivo o cumprimento pelos proprietários rurais da averbação das reservas legais, sob pena de pagamento de multas e outras sanções como por exemplo o aumento dos impostos devidos.

Ainda, nota-se o descaso com as matas ciliares, necessitando-se também colocar na legislação a obrigação de sua averbação como já ocorre com as reservas legais.

A criação dos Cadastros Regionais das Reservas Legais e Matas Ciliares é providência que se impõe por imperativo do cumprimento da legislação, uma vez que não existe atualmente controle nenhum, sendo inócuo apenas a feitura de averbação das reservas junto aos Cartórios se os órgãos administrativos não tornarem efetivo o monitoramento das áreas objeto de preservação.

Por último, conclui-se que a legislação não pode deixar de contemplar a necessidade de regularização dos imóveis com título precário, com base na simples posse, uma vez que trata-se de realidade nacional, sendo inconveniente jogar uma multidão de proprietários na clandestinidade.

á

PROPOSTAS

1. Reitera-se, primeiramente, **moção de trabalho**, já aprovada no Encontro Nacional dos Promotores do Meio Ambiente referida, para os órgãos do Ministério Público do Brasil, no sentido do cumprimento do artigo 16, parágrafo 2o. que determina a averbação de 20%(vinte por cento) de cada propriedade como reserva legal, para as regiões Leste Meridional, Sul, Centro-Oeste e cerrados(3o. art. 16) e artigo 44, parágrafo único, que determina a averbação de 50%(cinquenta por cento) para as regiões Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste, utilizando-se como referencial as ações sugeridas neste trabalho;

2. Criação de lei determinando a implantação dos CADASTROS REGIONAIS DAS RESERVAS LEGAIS, utilizando-se o monitoramento por satélite para uma fiscalização eficaz, de responsabilidade das Unidades da Federação;

W

3. Inserção, na lei de criação dos Cadastros Regionais das Reservas Legais, da obrigação da União Federal de assumir este ônus no caso dos Estados que negligenciarem esta providência, possibilitando à União Federal compensar os gastos efetuados através dos repasses devidos aos Estados;

4. Na hipótese de criação do cadastro proposto, modificar a legislação em vigor (Lei 6.015/73), obrigando os oficiais de registro de imóveis a informar às Secretarias Estaduais e ao Ibama as averbações já existentes, bem como as que forem feitas posteriormente, sem prejuízo de maiores informações quando estas repartições públicas assim exigirem;

5. Na hipótese da criação do cadastro proposto, modificação na legislação vigente, determinando aos cartórios de registros de imóveis, por ocasião do registro de qualquer escritura, a solicitar, obrigatoriamente, certidão das Secretarias Ambientais sobre a existência no banco de dados de reserva legal incidente sobre o imóvel objeto do registro, objetivando evitar erros na averbação das reservas legais, com duplicidade, bem como fazendo com que aquelas reservas legais inscritas no banco de dados por título precário oriundos da posse, sejam respeitadas por ocasião da legalização da propriedade;

6. Inclusão na legislação (Código Florestal) a obrigação da averbação das matas ciliares junto aos cartórios de registros de imóveis, a exemplo do que já ocorre com as áreas de reserva legal;

7. Tomar obrigatório, através da modificação do Código Florestal, **com cominação de multa e maior incidência de impostos**, aos proprietários, no prazo que a lei fixar, fazer a averbação das reservas legais e matas ciliares de suas propriedades nos registros de imóveis,

8. *Modificação das lei 6.015 de 31.12.73(acrescentado um item no artigo 167 II) de Registros Públicos tornando obrigatório aos oficiais de registro de imóveis a proceder a averbação das reservas legais por ocasião das matrículas e registros dos imóveis rurais, sendo obrigatório a localização geográfica do imóvel para possibilitar o monitoramento por satélite, além da metragem, divisas, limites e confrontações do lote, incluindo no artigo 176, como requisito da matrícula a averbação da reserva legal e matas ciliares do imóvel;*

ó

9. *Permitir que os Cadastros Regionais de Reservas Legais admitam a existência de posseiros de lotes rurais os quais prestarão compromisso de preservação da reserva legal, o qual será arquivado, tomando-o público e oponível contra terceiros;*

São estas 'as sugestões que apresentamos ao Plenário do X Congresso Nacional do Ministério Público como forma de melhorar a atuação da sociedade em geral e principalmente dos órgãos públicos na defesa intransigente do meio ambiente, uma vez que sabemos que assim estaremos lutando pela preservação do próprio homem.

*

BIBLIOGRAFIA.

1. AMAZÔNIA NOSSA. Revista Mensal, Rondônia, Editora Fênix, 1994, ano II, número 11.
 2. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E LEGISLAÇÃO CIVIL EM VIGOR, Negrão, Theotonio(org)-12a. Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
 3. MILARÉ, Édis - Legislação Ambiental do Brasil. São Paulo, edição AMMP-1991.
 4. VELOSO, Manilha Lomanto- O Ministério Público e a Proteção ao Meio Ambiente,
- * m TESES. 7o. Congresso Nacional do Ministério Público-Edição AIVIMP/CONAMP- abril/1987.

b

Q

e

COMISSÃO VII

e

Ministério Público e os
Crimes contra as Relações de
Consumo

e

1. Introdução

A criminalização de certas condutas, capazes de perturbar a ordem social, constitui-se em instrumento destinado à contenção da prática delas. A simples previsão de castigo para o cometimento de delito já exerce função inibidora

- Sabedor de que à sua ação criminosa corresponderá reação punitiva, o indivíduo pensará duas vezes antes de decidir pela sua perpetração. Tal propósito não é alcançado, porém, com a mera tipificação. É necessário que com ela concorra a efetiva concretização da pena nas hipóteses em que o preceito for violado. Do contrário, a norma acabará desacreditada, tornando-se absolutamente nulo o seu papel dissuasivo.

— A situação em que vivemos é aterradora. As pessoas encontram-se aprisionadas em seus lares, receosas da violência que grassa pelas ruas. E as estatísticas não oferecem perspectivas animadoras, apontando números cada vez mais crescentes.

Tal quadro não se deve à falta de leis incriminadoras. As que temos são, certamente; mais que suficientes. Sabemos, contudo, que boa parte delas

Procurador de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo - CENACON.

jamais saiu do papel. E isso contribui, não há como negar, para que outra não seja a nossa realidade.

Nesse ponto, fundamentalmente importante a busca, pelo Ministério Público, titular da ação penal, de alternativas que possam conduzir à mudança de tal estado de coisas.

Vale aqui, então, a lembrança da pregação sempre atual de CESARE BECCARIA: *"Quereis prevenir os delitos? Fazei que as leis sejam claras, simples que **toda a força da nação esteja aplicada a defendê-las**, e nenhuma parte desta seja empregada a destruí-las"*².

Não se pretende sugerir com isso, é lógico, tão-somente que o Ministério Público lute pelo respeito às leis, o que é a sua destinação. Pensamos, contudo, que os resultados de sua investida se farão bem mais notados se ele atuar de modo planejado o que fica mais fácil de ocorrer quando é identificada uma modalidade específica de delinquência, como é o caso por exemplo do jogo do bicho

E o momento nos parece bastante oportuno para que tal ocorra, segundo se verá adiante.

II. O momento

Extenuado pelos efeitos do processo inflacionário, evidenciado na elevação desenfreada dos preços e responsável pela total perda de noção do valor das coisas, o povo brasileiro já assistiu ao insucesso de vários planos econômicos engendrados pelos seus governantes. Apesar disso, vê-se nele renovada nos dias

²"Dos delitos e das penas", trad. Marcílio Teixeira, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979, p. 110, com grifos nossos.

atuais, fase inicial de um novo plano, a esperança de que o futuro lhe traga dias melhores.

Há um pequeno contingente de pessoas, porém, que desse processo sempre se aproveitou³ e que, a exemplo do que já assistimos no passado, tudo fará para ver frustrada mais essa tentativa de reversão da situação.

Nesse sentido, presenciamos a remarcação descontrolada dos preços nos dias que antecederam à implantação da nova moeda - o Real, conforme amplamente divulgado nos noticiários em geral. O próprio retraimento do mercado, porém, findou fazendo com que os preços se acomodassem, em função do que tivemos oportunidade de ver, como em outras raríssimas vezes ocorreu, aliás, os indicadores econômicos registrando índices de deflação.

Mas os consumidores não estão totalmente livres da gana de lucros.

Com a moeda estável, ressurgiu o interesse pelas compras para pagamento a prazo. O grande problema, porém, está em que, tendo como parâmetro os acréscimos que faziam, até há pouco tempo, com que os preços cobrados nos casos de compra pelo crediário crescessem geometricamente, o consumidor perdeu a capacidade de identificar os abusos que contra ele têm sido praticados, supondo generosos todos os negócios que lhe aparecem pela frente, sem se dar conta de que, expurgados de inflação, os acréscimos agora aplicados têm significativo real.

Há, contudo, dispositivo legal que se destina à repressão de abusos que nesse sentido vierem a ser cometidos.

*

³ **Nesse** mesmo diapasão a observação lançada em editorial publicado no jornal O Estado de S. Paulo, ed. do 03108194, p. A3: "No Brasil, que durante 30 anos viveu num regime de indexação, Ó difícil renunciara esse veneno que vinha criando **euforia entre uma minosla'**(grifamos).

III. A liberdade de vender-se a prazo

É inegável que cabe ao fornecedor a decisão sobre a conveniência, ou não, da realização de vendas a prazo, a não ser que ele a tanto tenha se obrigado por meio de oferta, apresentação ou publicidade⁴. A propósito disso não discordamos de FÁeto ULHOA COELHO, que sustenta que *"o fornecedor concede crédito aos seus consumidores se e quando quiser e do modo que bem entender"*, prosseguindo: *"Sendo a outorga de crédito sua prerrogativa, o empresário pode simplesmente não vender a crédito; ou vender a crédito apenas a partir de determinado valor; ou vender a crédito somente com o pagamento, pelo consumidor, dos custos financeiros decorrentes. Quem pode o mais (negar o crédito) pode o menos (negar o crédito, salvo com certas condições)"* ("Legalidade do acréscimo em pagamento com cartão de crédito", artigo publicado no jornal Tribuna de Direito, ed. julho/94, p. 19).

Não tem ele, porém, plena liberdade para estipular os acréscimos que sobre o preço de a vista devam incidir. Ao contrário disto, o fornecedor está obrigado a, nas vendas a prazo, não elevar os preços além dos limites que a lei lhe impõe, sob pena de ver a sua conduta penalmente enquadrada, conforme segue demonstrado.

✱

Em tal hipótese, incidirá o art. 35 do CDC, *verbis*: "Art. 35 - Se o fornecedor de produtos o serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e a sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar Outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos".

IV. Relevância penal da imposição de juros abusivos nas vendas a prazo

Inspirado no art. 173, § 3º, da Constituição Federais, o legislador erigiu à condição de crime o procedimento consistente na elevação, sem justa causa, de preço de bem ou serviço, fazendo-o por força do art. 4º, III, C, VII, da Lei nº 8.137/190, *verbis*:

leⁱ

"Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

<<->

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado"

Seu propósito, porém, teria restado parcialmente alcançado se ele não houvesse traçado disciplinamento para as vendas a prazo, o que foi feito no art. 7º, inc. V, do mesmo diploma referido, assim redigido:

"Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

"V- elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais".

Interessa-nos, no momento, o exame do segundo dos tipos penais transcritos.

0

*" 3º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao **aumento arbitrário dos lucros**" (grifamos).*

Depreende-se do teor do *caput* do artigo ⁷⁰ que ele tem abrangência restrita às relações de consumo, ou seja, aquelas havidas entre consumidor⁶ e fornecedor⁷. Não alcança, portanto, as relações comerciais estabelecidas entre fornecedores, como é o caso, por exemplo, das que ocorrem entre o lojista e o fabricante.

Ao incluir dentre os crimes contra as relações de consumo a hipótese aludida, visou o legislador impor limites à elevação do valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, ou seja, em todas aquelas vendas em que o pagamento do preço, total ou parcial, fica, de qualquer modo, diferido para momento posterior a elas (a hipótese abrange, portanto, também as vendas feitas para pagamento com cheque pré-datado, modalidade de uso bastante freqüente entre nós). O que se espera, enfim, é que tal elevação ocorra de modo criterioso, sem exageros.

E o próprio dispositivo indica que parâmetros devem ser observados na fixação do montante final a ser cobrado: abusivo será o acréscimo que *resultar da imposição de "comissão ou de taxa de juros ilegais"*.

A avaliação acerca da amplitude da hipótese contemplada passa, pois, necessariamente, pela investigação a respeito das taxas de juros cuja cobrança a lei admite, o que é objeto do tópico que segue.

Antes, porém, pensamos ser interessante deixar consignado que à consumação do delito de que se trata basta a simples cobrança de preço elevado de modo indevido,, sendo prescindível o efetivo recebimento dele pelo fornecedor.

⁶ consumidor é, consoante dispõe o art. ²⁰ da Lei nº 8.078/190, *Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*. 1

Segundo define o art. ³⁰ do Código de Defesa do Consumidor, fornecedor. é *"toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"*

V. Juros ilegais

Para melhor compreensão da questão dos juros, conveniente se mostra breve digressão acerca do tratamento a eles dado por nossa legislação.

A matéria vinha regulada pelos arts. ^{1.063}⁸ e 1.262⁹ do Código Civil. Segundo neles se dispunha, estavam os contratantes livres para convencionarem a respeito dos juros, inclusive quanto à sua taxa, que, se de modo diverso eles não estipulassem, deveria ser calculada à razão de seis por cento ao ano. Por legais, pois, poderiam ser havidos os juros em qualquer taxa, desde que tivesse sido ela estabelecida de comum acordo pelas partes. Prevalencia, assim, a máxima *"pacta sunt se, vanda"*.

Caminho fértil para a prática de abusos, a liberdade referida veio a sofrer restrições, certamente em razão da prática deles. Com efeito, proibida restou, com a edição do Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, a estipulação de juros em taxas superiores ao dobro da taxa legal. De tal modo, as taxas de juros findaram limitadas ao máximo de doze por cento ao ano ¹⁰

Referindo-se a eles - aos juros - a Constituição Federal de 1988 não dispôs de modo diverso. Com efeito, ao estabelecer, em seu art. 192, § ³⁰, a

⁸ "Art. 1.063. Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada"

"Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização"

¹⁰ "Art. 1. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal"

proibição de juros em taxas superiores a doze por cento, ela reiterou a vedação antes referida, de sorte a recepcionar, pois, a antiga Lei de Usura - o Decreto nº 22.626/33, linha' atrás citado.

É bem verdade que a aplicabilidade do dispositivo constitucional referido tem dado ensejo a muita discussão. Sustenta-se que ele depende de regulamentação, não tendo aplicação imediata, esta sendo a orientação encontrada em farta jurisprudência¹¹ embora sem apoio pacífico da opinião doutrinária¹².

Aceita-se a resistência que contra a limitação constitucional tem partido das instituições financeiras, porque elas seguem regramento próprio. Tal, aliás, a tônica de vários pronunciamentos judiciais já ocorridos¹³.

Quanto aos demais (por exemplo, os fornecedores que resolverem parcelar, diretamente, os valores das vendas que realizarem), contudo, essa discussão é absolutamente despicienda, haja vista que o preceito constitucional apenas repetiu o limite imposto no Decreto nº 22.626/33, nada trazendo de novo.

Nem sob o aspecto econômico cabe, segundo entendemos, o argumento de que é desarrazoada a diferença de tratamento entre os agentes financeiros e os fornecedores. Tenha-se em conta, por primeiro, que eles precisam ver remunerada a.

Nesse sentido, os acórdãos proferidos pelo E. Supremo Tribunal Federal nos autos dos RExts. nos 162.702-6, 163.069-8, 164.293-9, 165.120-2, 161.264-9-RS, 154.919-0-RS, 170.184-6-MG, 162.341-1-Rs, 163.213-5-Rs, 167.550-1-RS, 164.195-9-PR, 170.009-2-MG, dentre inúmeros outros.

¹² JOSÉ AFONSO DA SILVA, por exemplo, sustenta de modo contrário (*in* "Curso de Direito Constitucional Positivo", 7^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 694/695), enquanto que WALTER CENEVIVA partilha de entendimento que se filia à jurisprudência referida (*in* "Direito Constitucional Brasileiro, 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 276/277).

¹³ Nesse sentido, os acórdãos insertos nos Recursos Especiais nºs 29.264-9-RS, 19.294-0-SP e 40.506-8-GO.

atividade que exercem. E se é certo que os últimos não o fazem à razão de doze por cento sobre o valor de aquisição dos seus produtos, baseando-se, sim, nas regras de mercado, por que esperar-se do agente financeiro, no fornecimento do seu produto - o dinheiro, o cálculo de margem de lucro naqueles níveis? Do mesmo raciocínio, ainda, decorre que, se é o próprio fornecedor quem banca o parcelamento, a imposição de limites aos acréscimos oriundos dessa circunstância - do simples parcelamento - não lhe representará gravame especial algum, haja vista que a sua remuneração já estará

- computada no valor por ele estipulado para a venda a vista.

VI. Adequação típica

Feitas todas estas considerações, parece-nos inafastável concluir que, nas vendas a prazo de bens ou serviços, está o fornecedor obrigado a não aumentar em mais de doze por cento o preço que cobraria se o negócio fosse realizado para pagamento a vista. Caso desrespeite este limite, o seu comportamento encontrará adequação típica no crime definido no art. ^{70,} inc. V, da Lei nº 8.137/190.

E porque a aferição a respeito da observância do limite legalmente imposto depende de mera operação matemática, cremos que a responsabilização penal possa ocorrer de modo ágil. Não é demais, aliás, lembrar que na hipótese das vendas de que se cuida está o fornecedor obrigado a, previa e adequadamente, informar o consumidor sobre, dentre outros dados, a taxa efetiva anual de juros, consoante prescreve o art. 52, II, do CDC.

E se a luta pelo respeito ao limite legalmente imposto pode resgatar o sentimento de que as leis existem para ser cumpridas, com todos os demais benefícios que disso certamente advirão, parece-nos recomendável o aproveitamento do momento para o enfretamento planejado - e não dificultoso, como vimos - dessa modalidade de delinquência.

VII. **Conclusões**

1) *O efeito preventivo visado com a tipificação penal de determinadas condutas somente se fará alcançado se a sanção estabelecida para a hipótese de sua ocorrência restar concretizada contra os respectivos infratores*

2) *A prática de ilícitos sem a correspondente responsabilização dos seus autores constitui-se em fator que contribui para os índices alarmantes de criminalidade.*

3) *A estabilização da moeda, decorrente das mudanças provocadas pelo advento do novo plano econômico, constitui-se em estímulo às vendas a prazo.*

3) *Nas vendas a prazo, estão os fornecedores obrigados a respeitar o limite legal de juros de doze por cento ao ano.*

4) *A cobrança, nelas, de juros superiores à taxa mencionada constitui crime, como define o art. 7º, inc. V, da Lei nº 8.137/90.*

5) *O momento presente, em que se tem verificado que nas vendas a prazo os preços têm sido acrescidos em percentuais superiores ao limite fixado em lei, revela-se bastante propício para o estabelecimento de uma ação planejada contra os abusos assim verificados.*

6) *Pelos resultados que oferece, o enfrentamento planejado de tal modalidade específica de delinquência pode resgatar o sentimento de que as leis existem para ser cumpridas, inculcando de novo nas pessoas o receio de infringi-las.*

**A INICIATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A AÇÃO PENAL
PÚBLICA E O RECURSO DE OFÍCIO NOS CRIMES CONTRA A
ECONOMIA POPULAR E SAÚDE PÚBLICA.**

MARCO ANTONIO ZANELATO
Promotor de Justiça em
São Paulo

Sumário: 1. **Introdução. E. Origem e conteúdo do artigo 79 da Lei no 1.521/51. 3. A norma do Art. 129, 1, da Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público a exclusividade da iniciativa da ação penal, no revogou o art. 79 da Lei no, 1.521/51. 4. Conclusões.**

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público a exclusividade da iniciativa da ação penal', de modo a revogar a Lei no 4.611, de 2 de abril de 1.965, e os artigos 26. e 531 do Código de Processo Penal, que estabeleciam uma verdadeira anomalia no nosso direito positivo, ao cometerem à autoridade policial e ao juiz o exercício esdrúxulo da titularidade da ação penal, nas hipóteses neles previstas. A finalidade dos dispositivos revogados era a de conferir celeridade processual aos feitos, conquanto afrontassem eles, o espírito do

- Cf. art. 129, inc. 1

2 - A Lei no 4.611/65, ao estabelecer, para os crimes previstos nos artigos 121, parágrafo 3 (homicídio culposo), e 129, parágrafo 6º (lesão corporal culposa), do Código Penal, o rito sumário disciplinado pelos artigos 531 a 538 do Código de Processo Penal, cometia ao juiz e à autoridade policial a iniciativa da ação penal nessas infrações, exceto quando a autoria permanecia desconhecida por mais de quinze dias, caso em que caberia ao delegado instaurar inquérito e o processo seria iniciado por denúncia. De outra parte, de acordo com os artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal, nas contravenções, a ação penal era iniciada por portaria da autoridade judiciária ou policial, ou mediante auto de prisão em flagrante.

nosso direito, que reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação.

Andou bem o legislador constituinte ao reservar ao Ministério Público o exercício da ação penal uma vez que é ele - e sempre o foi - o titular da pretensão acusatória nos crimes em que a *persecutio* desenvolve-se mediante essa ação. Anómalas eram as atribuições conferidas ao juiz e ao delegado de polícia para promover a ação penal, pois no lhes incumbia -- como não lhes incumbe hoje -- o exercício da pretensão acusatória. A situação do juiz era mais aberrante, porque, cabendo-lhe julgar com imparcialidade, instaurava a ação penal em que iria proferir a decisão, agindo, assim, num primeiro momento, como órgão acusador e, depois, como órgão julgador. Exercia, pois, no mesmo processo, duas funções incompatíveis entre si: a de acusar, própria de quem é parte, e a de julgar, que não pode ser exercida por quem é ou foi parte na relação jurídico-processual, sob pena de parcialidade.

3

Com a retirada, da Justiça Criminal, do sistema inquisitivo da Lei nº 4.611/65, em face do advento da Carta de 1988, pode-se afirmar que ficou bem definida a figura do *actorum trium personarum*, pois a tutela penal ficou exclusivamente a cargo do Ministério Público, a defesa do direito de liberdade continuou a ser exercida pelo acusado ou por seu patrono e o juiz permaneceu no vértice da relação triangular, na nobre função de julgar e aplicar imparcialmente a lei, sem poder, contudo, promover a ação penal, de sorte a se atender ao princípio *ne procedat iudex ex*

O que se indaga, hoje, diante da nítida separação das funções de acusar e de julgar, decorrente da função específica do Ministério Público de promover privativamente a ação penal pública, prevista no art. 129, 1, da Constituição da República, é se estariam revogadas, por esta norma constitucional todas as normas infraconstitucionais que abrigam os Juizes criminais a recorrerem de ofício, quais sejam, o artigo 574, incisos I e II, do Código de Processo Penal, e o artigo 7º da Lei nº 1.521/51 (Lei de Economia Popular).

4

Interessa-nos, na presente tese, apenas o recurso necessário previsto no artigo 7º da Lei nº 1.521/51. Assim, trataremos, a seguir, de examinar esse recurso e procurar demonstrar o seu cabimento, a despeito do disposto no art. 129, inc. I, da Lei Maior.

é

2.. ORIGEM E CONTEUDO DO ARTIGO 7º DA LEI Nº 1.521/51

Em meio ao conturbado período ditatorial do Estado Novo, em que se estabeleciam modificações importantes no seio da sociedade, na luta da democracia social contra o individualismo liberal, sobreveio o nosso primeiro diploma legal protetivo da chamada economia popular -- "resultante dos interesses

3 - Fala-se no primeiro diploma legal disciplinando crimes contra a economia popular porque, antes dele, embora existissem figuras penais que tutelavam, esse bem jurídico, elas não estavam, concentradas numa única lei, mas esparsas em textos legislativos

económicos domésticos, familiares e individuais, embora como
fzctio jw'is, constituindo *in abÉtrecta* um património do POVO,
isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em
sociedade' -, qual seja, o Decreto-lei no 869, de 18 de novembro
de 1938, resultante de um projeto de NELSON HUNGRIA, inspirado no
Projeto do Código Penal argentino, de Jorge Eduardo Coil e Eusébio
Gomez, nas Propostas da Comisso de Reforma do direito, penal
alemo e no manancial costumeiro e jurisprudencial do *case law*, do
direito norte-americano.

A propósito do Decreto-lei no 869, assim se
manifestou o saudoso NELSON HUNGRIA: As ávidas concentrares
capitalistas, o arbítrio dos interesses individuais coligados, a
opresso econômica, a artificial. desnmaliza;Olo dos pre;os, os
lucros onzenários, o indevido enriquecimento de alguns em prejuízo
de maior número, as erpuces para capta o do dinheiro do povo, as
cláusulas leoninas nas vendas a presta es, o viciamento dos pesos
e medidas, e, em geral, as burlas empregadas em detrimento da
bolsa popular Jt não poderão vingar impunemente (...). O Decreto-
lei nq 869 declara guerra aos gananciosos, *aosdardanetrias*, aos
p,-ofiteurs e burlbes, e nO(o aos que sabem acomodar seu próprio
interesse com os do público e não desconhecem que direito algum
pode ser exercido em contraste .com o principio de solidariedade
social'

O

diversos, cujas contamos foras tornados mais nitidos, além de serem desenvolvidos de conformidade com as hipóteses surgidas na vida
moderna e terem as penas agravadas, por força do imperativo da ConstituiçXo de 10 de novuérn de 1937.

4 - Cf. ELIAS OÇ IIWIRO, crimes contra a Econosia Popular e o Júri Tradicional, Rio de Janeiro, 1952, Ed. Freitas
Distas, p.9

5- Cf. Crimes contra a Economia popular', Livraria Jacinto, 1939 - ELIAS DE CHIOEIRA, é. cit., p. 14

Como se vê da citada advertência, contemporânea ao advento do pioneiro diploma de proteção da economia do povo, o legislador, daquela época objetivou dar ao juiz mecanismos que possibilitassem a efetiva punição dos criminosos que antes ficavam impunes, de modo a se propiciar a repressão de maneios dos mais fortes, economicamente, contra os fracos e pobres, e fomentar e defender a pequena economia (chamada de popular) contra os *trustes, cartéis, monopólios* e outras formas de abuso do poder econômico, que terminam colocando o povo na, sua inteira dependência econômica.

A fim de exigir a maior seriedade e segurança possíveis nas decisões absolutórias de acusados por prática de crimes contra a economia popular, dentro de sua preocupação em garantir a guarda e o emprego da economia popular, além da finalidade de evitar o bloqueio da livre concorrência, o Estado legislador resolveu introduzir a figura do recurso de ofício na legislação protetiva da economia do povo. Foi com a edição do Decreto-lei no 9.840, de 11 de setembro de 1946, que, no seu art. 7, assim estabelecia: *Os juizes recorrer(o) de ofício para o Tribunal Superior., sempre quando, em processo por crime contra a economia popular e contra a saúde pública, absolverem os acusados".*

Posteriormente, esse dispositivo teve a sua redação ampliada pelo art. 7º da Lei no 1.521, de 26 de dezembro de 1951,

que sobreveio ao Decreto-lei nSI 569/38 e vigora ainda hoje, embora com muitos artigos revogados pela Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990. E a seguinte a dicção do art. 7o da Lei no 1.521151: "Os juizes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento do respectivo inquérito policial".

Referido *typus specivlis*, como se depreende de seu texto, impe ao juiz a obrigação de recorrer à Instância Superior sempre que absolver o acusado em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde publica, ou quando determinar o arquivamento de inquérito policial instaurado para apurar a prática e autoria desses mesmos crimes.

Trata-se de recurso necessário que no pode, evidentemente, ser ignorado pelo juiz. Como adverte ELIAS DE OLIVEIRA, "se a autoridade judiciária no o interpuser, além de **é** incorrer em responsabilidade, terá dado lugar a uma nulidade (art. 564, no III, alínea 'n, do Código de Processo Penal), que, entretanto, só atingirá os atos posteriores à sentença, que sejam consequência ou dependência dela.

6 - A propósito da revogação de dispositivos da Lei :9 1521151, pela Lei 09 8.137190, veja nosso 'Apontamentos sobre crises contra as relações de consumo e contra a economia popular", is Cadernos de Doutrina e Jurisprudência Civil e Criminal, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, o. 5

7- *Id.* cit., págs. 226-227.

3. A NORMA DO ART. 129, 1, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, OIJE ATRIBUIU AO MINISTERIO PUBLICO A EXCLUSIVIDADE DA INICIATIVA DA AÇÃO PENAL, NfLO REVOGOU O ART. 7º DA LEI N. 1.521/51.

¶, doutrina ainda n(º se manifestou com profundidade a respeito do tema, malgrado a sua relevncia no contexto atual, em que o Estado volta a preocupar-se com a proteção da ordem pública económica, como nos tempos do Decreto-lei no 869/38, génese da maioria das infra;bes penais contra a ordem económica previstas na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1.990.

Ao lado do silêncio da doutrina vem sendo construída jurisprudência a respeito da matéria em comento. No Estado de São Paulo, por exemplo, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal tem produzido jurisprudência divergente sobre o assunto, de sorte a não se poder, ainda, apontar uma posição predominante sobre tal tema.

Entendendo ser impossível a coexistência do recurso obrigatório - ou *ex officio* - previsto no art. 7º da Lei n. 1. 21/51 com a prevalente sistemática da ordem constitucional, que conferiu exclusivamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, encontramos os seguintes acórdos TACRIM, 40 Câmara, Apelação no 689.691/1, Relator Passos de Freitas, J. 14.01.92, v.u. (R3DTACRIM no 13, p. 118) TACRIM, 4º Câmara, Recurso de Ofício no 676.117/3, Relator Passos de Freitas, J. 19.11.91, v.m, (RJDTACRIM no 13, p. 204) TACRIM, 3ª Câmara,

Apelação no 687.969/0 Relator Roberto de Almeida J. 28.01.92
v.m. (R3DTACRIM no 13, p. 124).

De outra parte, entendendo ser admissível a interposição de recurso de ofício após a vigência da Constituição Federal de 1.998 podem ser localizados os seguintes arestos: TACRIM, 6ª Câmara, Recurso de Ofício no 736.65513, Relator David Haddad, J. 3.09.92, v.u. (RJDTACRIM no 13, p. 206); TACRIM, 6ª Câmara, Recurso de Ofício no 721.42713, Relator Almeida Braga, v.u. (RJDTACRIM no 14, p. 209); TACRIM, 9ª Câmara, Recurso de Ofício no 692.331/8, Relator Lourenço Filho, v.u. (RJDTACRIM no 14, p. 211); TACRIM, 9ª Câmara, Recurso de Ofício no 690.553/5, Relator MARREY NETO, v.u. (RJDTACRIM no 14, p. 212).

4

è

Os v.v. acórdãos que negam vigência ao art. 7º da Lei no 1.521/51 sustentam que, com o advento da Carta Política de 1988, o sistema inquisitivo da administração da Justiça Criminal, existente na vigência da Lei no 4611/65, com relação ao homicídio e lesão corporal culposos, e dos artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal, no tocante às contravenções, foi totalmente banido do nosso ordenamento jurídico, implantando-se tão-somente o sistema acusatório, que tem como característica fundamental a perfeita separação, entre os órgãos, das funções de acusar e de Julgar.

O art. 129, inc. 1º da Constituição da República, por conferir ao Ministério Público, de forma expressa, a função de

promover privativamente a ao penal pública, é, segundo a mesma corrente pretoriana, o responsável pela implantao da exclusividade do sistema acusatório, onde fica bem definido que, a tutela penal - a dedução da pretensao acusatória - **div**e ficar a cargo do órgão do *parqL,et*, enquanto a defesa do direito de liberdade ao acusado ou a seu patrono, devendo o Juiz permanecer no vértice, equidistante das partes, uma vez que a ele fmcumbe aplicar imparcialmente a lei.

Arazo expendida nesses arestas como fundamento da tese da incompatibilidade do reexame necessário com a norma do art. 129, 1, da Lei Máxima, está no fato de que o desempenho da *Ø*, pretensao acusatória pelo MP, no exercício da titularidade da ao penal pública,, desenvolve-se po meio de atos processuais que percorrem todo o processo de conhecimento, estendendo-se, também, à fase recursal, em que se busca um novo julgamento, dentro da fase de cognição do processo⁸ A interposição do recurso *ex affrio* pelo juiz configuraria, assim, usurpação da titularidade • da ao penal pública, a cargo exclusivo do Ministério Público. Ademais, no caso de sentença absolutória, o único legitimado para recorrer é o Ministério Público, que deu início à ao penal, porquanto é o sucumbente. O juiz, de modo algum, pode ser visto como sucumbente, uma vez que a decretação da improcedência resulta de seu entendimento, aspecto que também torna "impossível a coexistência do recurso obrigatório previsto no art. 7o da Lei n

8 - Vide, especificamente, o Pcédlo proferido na Pçelação rio 689.69111, pela 4a Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de INo Paulo, relatado por Passou de Frutas, publicado na RJDTADUM no 13, p. 119. O acórdNo cita liçã do eminente Procurador de Justiça aposentado VIC89fLE UM FILIE, no sentido de que no recurso é uma fase do mesas processo, um deedeCrasento da mmoma açNo. do ser interposto, o procedimento desenvolve-se em nova etapa da messa relaçaNo processual (...). No recurso, a relaçaNo processual o,iginal continua vigente, desdobrando-se, apenas, em nova fasV (Manual de Processo Penal, Saraiva, 1991, p. 8).

Por essas razões, basicamente encontram-se revogados, pela nova ordem constitucional, todas as normas que obrigam os magistrados penais a recorrer de ofício (art. 574 1 e II, do C P. P., e art. 7º da Lei no 1.521/51).

ó

Data verua das substanciosas e doughtas razões jurídicas esposadas nos acordos que formam essa corrente jurisprudencial no podemos concordar com o entendimento por ela defendido, uma vez que infringente de normas processuais cogentes, de direito pública, que não foram revogadas pelo art. 129, inc. 1, da Constituição Federal, nem expressa, nem tacitamente.

Filiamo-nos, por via de consequência, à corrente que vem entendendo, ao reverso daquela, que o fato de a Constituição Federal de 1982 atribuir ao Ministério Público a exclusividade da iniciativa da ação penal no acarretou a revogação das normas determinadoras do reexame obrigatório de certas questões pela E. Superior Instância, pois, ao recorrer de ofício, de forma alguma estará o juiz a instaurar a ação penal, mas apenas a determinar a aplicação da lei nos casos em que a previsão legal torna obrigatório o duplo grau de jurisdição.

9 - CL addRe referido na nota anterior.

10 - Vide Acórdão prolatado no Recurso de Ofício nº 692.331/88, pela 9ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, relatado por Lourenço Filho, publicado na R.D.T.A.C.R.I.M. nº 1, p. 211.

Num dos acórdos antes citados, o eminente Juiz SERSIO CARVALHOZA, vencido, apresentou declara;o de voto que dá A questão contornos corretíssimos, pelo que nos pertimos aqui transcrev-lao

"Ousei divergir da douda maioria, porque;

4

O art.. 129, 1, da Constituição Federal de 1988, diz respeito, tão-somente, à titularidade do Órgão do Ministério Público para promover, privativamente, a ação penal publica.. Mas, o recurso não passa de mera consequência da sentença absolutória em matéria de ordem pública, cuja finalidade é submeter questues de evidente interesse social ao duplo grau de jurisdição, independentemente de recurso voluntário. Não se trata aqui de uma genuína iniciativa da ao penal, tanto que a exclusiva titularictade ministerial, na espécie dos autos, sempre existiu sem sofrer qualquer prejuízo em face do recurso de oficio."

4

Com efeito, o recurso *em officio* no constitui, em verdade, propriamente um recurso, mas mera providência imprescindível A tutela da ordem pública, tanto que as partes no o arrazoam e o juiz no formula pedido de nova decisão. Traduz-se, assim, numa espécie de ordem de devolução da causa à Instância Superior, para que dela conheça integralmente.

0

11 - cf. Recurso de Oficio no 676.11713, 4a Câmara do Tribunal de Alçada Crial de Sai Paulo (RJDTA(1M no 13, p. 206)

12 - No meio diapasai, assim se expressou o Juiz LIOETÇO FILHO: O reexame obrigatório, aliás, sequer A propriamente um recurso, consoante o melhor entendimento doutrinário, mas medida prevista se lei para situações especiais, nas quais interesses superiores exige maior cautela nas soluções dos litígios. Evidentemente, o Juiz nAi A parte, nAi fica vencido e seu tem interesse na reforma das decioes que prefere' (Recurso de Ofício no 692.33118 - RJDTAOM ba 14, p.. 211).

O eminente Juiz MARREY NETO, um dos grandes nomes da magistratura paulista, bem demonstrou, mm acórdão por ele relatado, que, nem de longe, mesmo em tese, o recurso necessário traduz-se em violação da exclusividade do exercício da ao penal pelo Prquet¹ .

E que o aludido recurso no tem e jamais teve o **3** condo de fazer instaurar, por determinao judicial, ao penal pública. Seu objetivo é de apenas fazer com que determinadas matérias, pelo interesse público que seu soluçionamento provoca, sejam necessariamente apreciadas em duplo grau de iurisdi o¹.

Se eventualmente, em qualquer caso de recurso necessário, a Instância Superior entender por bem de prove-lo, estará, como é sabido, adstrita a fazer aplicar o art. ES do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador Geral de Justiça, que, no exercício da titularidade exclusiva da ação penal, tanto poderá designar outro Promotor de Justiça para eferecer a dentincia, quanto insistir no arquivamento, hipótese em que o Tribunal estará obrigado a mandar arquivar o feito¹

Por derradeiro, cumpre consignar que, em se

13 - Cf. Recurso de Ofício no 690. 15, 91 Caiara do Tribun1 de Alç a criminal de São Paulo (RJOTAOUA no 14, p. 2)2).

14 - Cf. Adriano Narrey, ROJTAIM no 14, p. 213.

15- Ide., *ibidem*.

tratando de crimes contra a economia popular -- muitos deles agora com *nomens juris* diferentes': crimes contra a ordem econômica (v. Lei no 8.137/90) e crimes contra as relações de consumo (v. Lei no 8.137/90 e Lei no 8.078/90) - existem interesses a merecer proteção que, inequivocadamente, exigem maior cautela na solução dos litígios. E que o crime contra a economia popular, por definição, todo fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número 'de pessoas'¹⁶. De igual relevância, evidentemente, é a tutela da saúde pública, bem jurídico que integra a própria ordem pública econômica.

- Verifica-se, assim, que, no crime contra a economia
- popular, a conduta do agente (positiva ou negativa) causa um dano ou expõe a perigo o patrimônio de um indeterminado número de pessoas, sendo, pois, atentatórias do bem jurídico "economia popular". Portanto, "a proteção não é dada pela lei a um indivíduo, eventualmente considerado vítima, mas a todos os membros da comunidade, que ficam igualmente expostos ao dano ou ao perigo de sofrerem as consequências de igual a o ou omissão'.

Da relevância do bem jurídico tutelado nesses crimes, criados pelo legislador como *ultima ratio* em favor da economia coletiva, 'de um indefinido número de pessoas', nasce o

4 enorme e superior interesse do Estado em fiscalizar as decisões absolutórias ou as que determinam o arquivamento de inquéritos relacionados com essas infrações penais. Daí por que a necessidade

16- Cf. IEL PEDRO PFLINIEL, 'Legislação Penal Especial, São Paulo, Ed. RT, 1972, p. 33.

17 - *Ibid.*

da existência do recurso de ofício, instrumento por via do qual o Estado-juiz exerce essa necessária fiscalização, paralelamente àquela que é realizada pelo *Farquet* nos processos em geral, como guardião da lei e dos interesses sociais e indisponíveis.

4. CONCLUSÕES

4.1. A Constituição Federal ao atribuir ao Ministério Público, a exclusividade da iniciativa da ação penal pública (art. 129 I), no revogou o art. 7º da Lei nº 1.521/51 que impõe o reexame necessário das decisões que absolverem os acusados em processos por crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública ou que determinarem o arquivamento dos autos de inquérito policial nos mesmos crimes.

4.2. O recurso em *officio* previsto na Lei de Economia Popular (art. 7º da Lei nº 1.521/51) longe de constituir uma usurpação da titularidade da ação penal, privativa do Ministério Público representa um benefício processual ao consumidor, à medida que lhe assegura o duplo grau de jurisdição.

: 7 7

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TEMA: O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRIMES CONTRA AS
RELAÇÕES DE CONSUMO.

*

AUTOR: Dias, Imaias Costa
Promotor de Justiça-RO

O Constituinte de 1988, sensível às grandes mutações sociais por conta do avanço industrial e tecnológico, regulou a ordem econômica nacional escorado em vários princípios no escôpo, dentre outros, de reduzir as desigualdades sociais e proteger o consumidor (art. 170 a 174, C.F.) e, com a mesma mão elevou a defesa do consumidor ao postulado dos chamados Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5, XXXII, C.F.).

Nesse desiderato, alguns diplomas foram editados (Lei n2 8.078, de 11.09.90, intitulado Código de Defesa do Consumidor; Lei n2 8.137, de 27.12.90, reguladora das garantias delituosas contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; Lei n2 7.913, de 07.12.89, destinada a salvaguardar os altos interesses do mercado mobiliário; Lei n9 8.884, de 11.06.94, conhecida como Lei Antitruste), além de outros estatutos já existentes (ex.: Lei n5 7.492, de 16.06.86, destinada a reprimir os delitos contra o sistema financeiro nacional; Decreto-Lei n2 7.903/45, batizado como Código de Propriedade Industrial, além do Decreto-Lei ~~ris~~ 7.661, de 21.06.45, regulador do processo falimentar, etc) a enfeixar o sistema da ordem macroeconômica.

O Código de Defesa do Consumidor tem base nos princípios da vulnerabilidade, da transparência, da boa-fé e da

responsabilidade, em tese, objetiva, porquanto visa a proteção da incolumidade física, psíquica e econômica do consumidor (arte. 12/25; 30/35; 39/41).

Nada mais justo, portanto, a adoção de um sistema integrado de controle dos contratos, seja de forma preventiva ou repressiva, seja. in concreto ou in abstrato.

No âmbito administrativo, esse controle é feito pelo Ministério Público, no corpo de Inquérito Civil Público, através do "Compromisso de Ajustamento" (art. 52, § 62, Lei nº 7.347/1985).

No âmbito judicial, o controle se efetiva por meio de provocação do Ministério Público e demais legitimados (art. 103, C.F.; art. 90, CDC), seja por intermédio de ação direta de inconstitucionalidade ou de sentença normativa, seja mediante sentença de mérito transitada em julgado (arte. 269 c/c/art. 467, C.P.C.).

Consequentemente, o Estado tem a obrigação de instituir os órgãos públicos que se fizerem necessários no sentido de levar a termo a efetiva proteção e defesa do Consumidor (art.52, C.D.C.).

Ora-, qualquer estudante- do curso de direito sabe que o Direito é o conjunto de normas reguladoras da conduta humana, tem por objetos as chamadas "pretensões" ou "condições", e tem por característica básica a obrigatoriedade do texto legal, o qual adquire vida por meio da interpretação da norma.

No mundo jurídico dos contratos, -isto é, do direito das obrigações, por largo tempo dominou entre nós a doutrina do liberalismo puro segundo "à contrato era lei entre as partes". Com o passar do tempo os inconvenientes dessa teoria se fizeram sentir, a tal ponto de, a doutrina e a jurisprudência passarem a adotar a liberdade- de contratar- com restrições, para cujo exemplo se afloram vivos os princípios da "ordem pública" e "social" (art. 19, C.D.C.), aliás, verdadeiros sobreconceitos normativos, conforme alude Alcides Tomasetti Jr.

No direito privado comum essas restrições têm fonte natural nos arts. 145 a 147, do Código Civil c/c o art. 52, da Lei de Introdução ao Código Civil. No denominado microsistema de proteção do consumidor, aquelas restrições tem escora nos arts. 12 e 51, do C.D.C.

Do exposto indaga-se: qual a natureza dos serviços educacionais prestados por Estabelecimentos de Ensino Particulares

e

aos seus alunos?

Ora, insculpido no Capítulo II, do Título II (Dos Direitos (Dos Direitos e *Garantias* Fundamentais), da Constituição Federal, reza o art. 62, "verbis":

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma, desta Constituição.

Deitando comentários ao dispositivo retro mencionado, afirma J. Creteile Júnior: "Direito à educação" é o primeiro dos direitos que o legislador constituinte enumera entre os direitos sociais, antepondo-o à saúde, capitulado em segundo lugar. Com efeito, saúde e educação caminham juntas. Sem grande campanha educacional, a defesa da educação é esforço inútil (autor citado, in Comentários à Constituição de 1988, Vol. II, pág. 879).

4

A seu turno, assevera José Afonso da Silva, a propósito:

"Diz-se que o núcleo central dos direitos sociais é constituído pelo direito do trabalho (conjunto dos direitos dos trabalhadores) e pelo direito de seguridade social. Em torno deles, gravitam outros direitos sociais, como o direito à saúde, o direito de previdência social, o de assistência social, o direito à educação, o direito ao meio ambiente sadio (autor citado, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 911 edição, pág.407).

- Destarte, os serviços educacionais, embora de conotação privada, na verdade tem substrato público dada a sua relevância no contexto econômico-social do país (arts. 170 e 193, C.F.).

Inobstante isso, observa-se que do confronto da Lei nº 7883189 com a Lei Delegada nº 4, de 26.09.62, aliás, recepcionada pela Carta Política, não se verifica incompatibilidade no tocante ao enquadramento da "educação" como serviço ou atividade essencial ao consumo e uso do povo.

No tocante ao aspecto fático, não se descure que o nosso país está povoado por grandes contingentes de analfabetos. Sob o aspecto jurídico, porém, e malgrado os esforços, permanece incompreensível o conteúdo do V. Acórdão prolatado em 10.09.93, nos autos de Recurso Especial ri2 35.644-0, Relator, Sr. Ministro Garcia Leite, Primeira Turma, do Superior Tribunal de Justiça, cuja Ementa é a seguinte:

Ação Civil Pública - Mensalidades Escolares - Repasse do aumento dos professores - Ministério Público - Parte Ilegítima.

De resto, sustenta o Ministério Público como parte ilegítima a defender os interesses ou direitos de grupos de alunos de um determinado Colégio particular.

Inegável que os pedidos revelados naquela súplica visavam espancar ilegalidades a direitos de natureza econômica e social (arte. 62, 170 e 193, C.F.), para cuja ordem a legislação infraconstitucional faz côro de efetividade (arte. 81, Parágrafo único, II e III, e 90, do C.D.C.), até porque o Ministério Público tem a seu cargo, também, a defesa dos interesses sociais (art. 127, "caput", C.F.).

Com efeito, os Estabelecimentos de Ensino Particulares, ao desenvolver atividades econômicas (princípio da livre iniciativa), prestam serviços relevantes (serviço público por delegação) à coletividade (alunos, seus pais ou responsáveis).

Desse modo, os Estabelecimentos de Ensino Particulares, ao recusar cunprir a lei no tocante à prestação adequada dos serviços educacionais, além de insuflar a anarquia, produzem danos à coletividade, danos esses oriundos do exercício abusivo do poder econômico (Lei n² 8.884/94; Lei n2 8.137/90).

CONCLUSÕES =

- 1 - Os serviços educacionais são considerados "essenciais ao consumo e uso do povo" e fazem parte integrante da própria ordem econômica e social (arte. 170 e 193, C.F; art. 12, Lei Delegada n² 4/62);

2 - Ao violar os direitos de seus consumidores (alunos, pais e/ou responsáveis) no tocante a prestação dos serviços educacionais, frutos de conduta abusiva do exercício do poder econômico, os Estabelecimentos de Ensino Particulares, em tese, cometem infrações não penais (Lei nº 8.884/94, art. 20 e 21, XXIV) e /ou penais (Lei nº 8.137/90, art. ⁴⁹⁾, hipóteses a legitimar a intervenção ministerial (art. 127, "Caput", C.F; art. 90, C.D.C; art. 19, Parágrafo Único, Lei nº 8.884/94).

3 - Em consequência das conclusões anteriores, resta inaplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça contido no Acórdão já mencionado, quando o litígio versar sobre serviços educacionais prestados por-Estabelecimentos de Ensino Particulares.

Alves, Moreira, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319 - Distrito Federal - Requerente - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - Requeredor - Congresso Nacional e Presidente da República -. São Paulo, 1992, Vol. 160

Benjamin, Antonio Herman Vasconcelos e outros, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Edição de 1991, Editora Saraiva.

Filho, Antonio C. de Azevedo Sodré e Lionel Zaclis, Comentários à Legislação Antitruste, 1992, Editora Atlas, São Paulo.

Grau, Roberto Eras, Lei Antitruste - Palestra Proferida em 22.06.94, Auditório do Ministério da Justiça, em Brasília.

Grau, Eros Roberto, Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março
- 1993, Vol. 5, Editora RT.

Júnior, José Creteila, e Outros, Comentários ao Código do
Consumidor, Edição de 1992, Editora Forense, Rio de Janeiro.

Junior, José Creteila, Comentários à Constituição de 1988, 1
edição, 1989, Editora Univertsitária, Volume II.

Junior, Alcides Tomasetti, Direito do Consumidor, Número Especial
1992, Vol. 4, Editora RT.

Juatitia, Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo,
Vol. 160, 1992.

Luna, Everardo da Cunha, Abuso de Direito, 20 edição, 1998, Editora
Forense - Rio de Janeiro.

Maluf, Carlos Alberto Dabus, As Condições no Direito Civil, 2
edição, 1991, Editora Saraiva.

Mazzilli, Hugo Nigro, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 5
edição, Editora RT, 1993.

Silva, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo,
edição, Malheiros Editores, 1992.

4

Vieira, Garcia, Recurso Especial nº 35.644-0 - Minas Gerais -
Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais - Requerido:
Instituto Ternely Ltda.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EXEGESE DA EXPRESSÃO "DEVERIA SABER" DO ART. 67 DA LEI 8.078/90

PARISINA LOPES ZEIGLER

MARCO ANTONIO ZANELATO

Promotores de Justiça em São Paulo

e

1. INTRODUÇÃO

e

Segundo o ensinamento do notável Jean CalaisAuloy, o Direito do Consumidor surgiu na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos da América, de onde se propagou para diversos países europeus. O seu nascimento coincidiu - ou decorreu naturalmente - do crescimento da indústria, que passou a produzir bens em série e grande escala, de modo a ampliar sobremaneira a esfera de consumo (aquisição em massa de produtos) e permitir uma crescente manipulação do consumidor pelas empresas, na esferas de produção, distribuição e publicidade, mediante um extraordinário desenvolvimento das técnicas de venda (marketing) e dos meios de comunicação de massa.

Essas mudanças, que acabaram consagrando uma superioridade dos fornecedores em relação aos consumidores,

.. Droit de la cons., 2 ed., Paris, Dalloz, 1986, p. 25.

despertaram a necessidade da criação de uma política global de proteção dos consumidores. Daí o surgimento de toda uma legislação protetiva das relações de consumo, imprescindível para se estabelecer um efetivo equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores.

No Brasil, é bastante recente a proteção legal do consumidor. Ela teve início com o advento da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, editada em atendimento a mandamento constitucional (CR, art. 5º, XXXII).

Esse diploma legal, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, criou um verdadeiro tripé de proteção do consumidor, ao estabelecer regras protetivas nas esferas civil, administrativa e penal.

E. TIPIFICAÇÃO PENAL DA PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA

No plano penal, a grande novidade do Código foi, sem dúvida a criminalização da publicidade enganosa, de há muito reclamada para a proteção dos direitos e dos interesses do consumidor. O CDC tipifica como crime a conduta de **fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva** (art. 67).

Como se vê, no mesmo dispositivo legal, o Código tipifica penalmente tanto a publicidade enganosa, quanto a abusiva. Trata-se de norma penal em branco, cujo preceito primário

- V. PIETRELLA, Nivaldo Peão, "Atualização do Código de Defesa do Consumidor", É RT 661/ .

encontra complementação nos parágrafos 1 e 20 do artigo 37 d CDC, que conceituam, respectivamente, a publicidade **enganosa** e **abusiva**.

A enganosidade publicitária pode manifestar-se de modo **comiseivo** ou **omissivo**. Na forma comissiva (conduta positiva) a publicidade é suscetível de enganar ou porque é **falsa** (informações contrárias à verdade, me, idazes), ou porque é **ambígua** (conjunto de dados imprecisos que compem a mensagem são capazes de induzir ao equívoco).

O sujeito-agente do crime em consideração pode ser o **anunciante** (fornecedor), o **responsável pela agancia** e o **responsável pelo veiculo**.

Ordinariamente, os responsáveis pelo anuncio enganoso são o anunciante - uma vez que é ele quem aprova a mensagem publicitária a ser, veiculada - e o responsável pela agência, pois é esta que elabora o anúncio enganoso ou abusivo, criando-o, normalmente, a partir ***briefing*** recebido do anunciante. Extraordinariamente, o sujeito ativo poderá ser o responsável pelo veiculo (televiso, rádio, jornal, etc.), quando o anúncio é **manifestamente** enganoso ou abusivo, em virtude do que deve recusar a sua veiculaçlCo.

O sujeito passivo no é o consumidor eventualmente enganado pelo anúncio (neste caso, pode-se cogitar do crime do art. 7a, VII, da Lei na 8.137/90), mas, sim, toda a

- Ver T , Alberto Iacharias, 'depectas praia da proteçba e Cesuvider', η Fecicijias de Ci lu Praia, Perto Alegre, 1991, WE, vai. 4, o. 2, p. 5.

coletividade de consumidoras exposta à mensagem publicitária veiculada. E que se trata de crime formal, que se consuma com a simples realização da conduta descrita no tipo, não exigindo que o consumidor seja efetivamente enganado, na hipótese de publicidade enganosa. Basta, para a incidência do art. 67,, a mera potencialidade de engano ou de abusividade.

Trata-se, assim, de um tipo penal de perigo de lesão ao consumidor difusamente considerado. É um **perigo abstrato**, pois se presume *jurs, et de jure*, o perigo para o bem jurídico tutelado. Não há, pois, possibilidade de prova em contrário, bastando a comprovação da realização do comportamento típico⁴.

3. CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DO TIPO DO ART. 67 DO CDC

Questão controvertida que terá de ser enfrentada pelo Ministério Público, na qualidade de *dominus litis* e *custos legis*, é a interpretação do art. 67 da Lei nº 9.078, de 11 de setembro de 1990,, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, no tocante ao elemento subjetivo que integra o aludido tipo penal. Ela decorre da existência, no *typus*, da expressão "deveria saber", capaz de suscitar dúvida a respeito da configuração subjetiva do tipo seria ele só doloso (dolo direto e eventual) ou seria doloso e culposo?

Sustentam alguns que, na hipótese do dispositivo em comento, o agente somente poderá ser punido a título de dolo, tendo em vista a ausência de previsão expressa da

- Wacium, JM, Manual de direito penal, Parte 98ª, 1989, p. 169.

forma culposa, enquanto outros entendem que a locução **"deveria saber"** indica que o agente poderá ser punido na forma culposa.

O eminente. Damásio E. de Jesus perfilha entendimento de que a aludida expressão **"deveria saber"** indica **dolo eventual**. Em abono de sua posição, o ilustre mestre do Direito Penal elenca vários argumentos, dentre os quais destacam-se os seguintes:

a) tendo em vista a adoção, pelo ordenamento Jurídico pátrio, do chamado "sistema da descrição específica", em que a maioria dos delitos são punidos a título de dolo, admitindo-se a culpa, excepcionalmente, **os crimes culposos devem ser expressamente previstos** na Parte Especial do Código Penal, em conformidade com o disposto em seu art. 18, parágrafo único;

b) o legislador penal brasileiro descreve o crime culposos de três maneiras: 1) empregando as expressões "se o **homicídio é culposo.**"; "**se a lesão é culposa...**"; "**no caso de culpa**" (CP, arts. 121, parágrafo 3, 129, parágrafo 6º, e 261, parágrafo 3º, respectivamente), referindo-se na indicação marginal à modalidade culposa; 2) sem mencionar a modalidade culposa na indicação marginal, descreve-a na norma incriminadora com a expressão "**no caso de culpa**" (CP, art. 260, parágrafo 2º); 3.) o legislador se refere à culpa no *noímen* jurístico do crime, empregando no texto expressões que a indicam, como ocorre na receptação culposa., em que o termo "culpa" **só aparece na indicação marginal**

. JE, Damásio E. de, 'Dolo e Culpa no Código de Defesa do Consumidor', iii Revista do Direito do Consumidor, v. 1, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Delito dos Tribunais, p. 95/10.

(CP, art. 180, parágrafo 1) dos exemplos citados resulta importante principio norteador: o parágrafo único do art. 18 do CP, **quando diz que a culpa exige definição expressa, exige interpretação literal e restrita, sob pena de ser invalidado o principio da excepcionalidade do crime culposos;**

c) caso se entenda que o "deveria saber" dos arts. 67 e 68 do CDC configura culpa, pela mesma razão e por coerência deve-se considerar indicadora de culpa a expresso "devendo saber" do art. 174 do CP, chegando-se ao absurdo de admitir-se a existência de estelionato culposos;

d) adotada a tese da forma culposa contida na expresso "devendo Saber", impe-se a concluso de que o **legislador cominou a mesma pena abstrata para o delito doloso e o culposos, ignorando a maior gravidade da conduta dolosa;**

e) no é correta a concluso de que a equiparação do dolo e da culpa, para fins sancionatórios, Justifica-se porque o juiz, na fixação da pena, levará em considera o o elemento subjetivo do tipo; é que, na doutrina finalista, dolo e culpa no so mais elementos da culpabilidade, mas elementos do tipo, n(o mais podendo ser utilizados como critérios diretivos da fixação da pena, o que constitui mais uma razos para que no se considere a locução "deveria saber" como indicadora da forma culposa. *

Eduardo Arruda lvim- também entende que,

* - XVIM, Edcaro n4a, in 'Cddigo do eei&r Ccertado, ED. R.viib dci Tribueis IWI, p. 145.

e

na hipótese do tipo penal em someitm, esmente se pune a conduta dolosa do agente indicando a expressão "deveria saber" **dolo eventual**, por força da aplicação subsidiária do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, que exige a menção expressa da culpa.

Entendem outros, como Antônio Herman V. Benjamin" e Renê Anel Dotti, que a expresso **deveria saber'**, inserida no tipo penal sub *examine*, é indicativa de culpa.

Argumenta Benjamin que, por razas de politica criminal, entendeu o legislador de dar a ambas as condutas (dolosa e culposa) a mesma reprovabilidade social, cominando-lhes penas idênticas, tendo em vista que os agentes abro profissionais altamente qualificados e o potencial danoso é idêntico em ambos os casos; assim, torna-se desnecessário prever, em parágrafo autônomo, a figura culposa, o que somente se justifica quando são diversas as sanções impostas,. como no caso do art. 66, capLit e parágrafo 2, do CDC (crime de informação não-publicitária enganosa).

O

Invoca, ainda, em abono de seu entendimento, o direito comparado, a fim de Justificar a inexigibilidade do dolo para a caracterização do delito de publicidade enganosa, bastando, para tanto, a simples negligência, consoante jurisprudência da Corte de Cassação francesa..

- ~TO, Muco ktoulo, i 'Cade'n05 de Iitrina e JúriWrsócia, nq 5, So Pelo, deociação Paulista do Nioletório Público, pp. 39141.

Et1IN, mtelo W~ Y., ia 'Revista de Direito do Ceausidor', cit., v. r4 4, 1992, pp. 111/112.

* - IOTTI, Reaí kiel, la ¶ rtárias e Código do Casaide', Ed. Feiosa, Rio de Jaisiro, 1992, p. 267.

A nosso ver, com o devido respeito aos que esposam entendimento diverso, assiste razão aos que não admitem a punição da publicidade enganosa a título de culpa, ante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido.

E que, dispõe o art. 18, parágrafo único, do Código Penal, que **"salvo nos casos expressas em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente"**, resulta que a locução **"deveria saber"**, inserida no art. 67 do Código do Consumidor só pode ser indicativa de dolo eventual.

Lembre-se, a propósito, que é da tradição do Direito Penal brasileiro a ,previsão do crime culposo em dispositivo legal autônomo, não se admitindo, no respectivo tipo, expressões que exijam esforço de interpretação para que se chegue à conclusão de que se pune a conduta culposa, o que violaria o princípio da reserva legal, expresso no art. 1º do Código Penal bem por isso, quando o legislador não utiliza, no tipo, locuções expressas indicativas da culpa, pelo menos as utiliza no *nomen juris*, como ocorre no delito de **receptação culposa** (art. 100, parágrafo 1º, do CP).

Por isso, embora tenha entendido a doutrina que, no crime de contágio venéreo, a expressão "deve saber" indica culpa, vem sendo revisto tal posicionamento conforme anota saudoso Celso Delmanto^o que passou a sustentar que, no

LWMTQ, C1e, à ICAU90 Penal citado', Ed. Freitas Betos, 1ª ed., 1986, p. 31 e 222.

podendo ser desrespeitado o princípio da reserva legal, é "mais seguro apontar o dolo eventual e no a. culpa", diante da referida expresso.

Ressalte-se, de outro lado, que, no apenas no Código Penal, mas também no âmbito do que podemos chamar de Direito Penal do Consumidor, integrado, basicamente, pelas normas do CDC e da Lei no S. 137, de 27 de dezembro de 1990, quando quis punir a título de culpa, o legislador recorreu á previso expressa, em dispositivo autónomo, em consonância com a tradição do direito pátrio (cfr. arta. 63, parágrafo 2, e 66, parágrafo 2, do CDC, e 7, parágrafo único, da precitada lei).

Consigne-se, .ainda, que repugna ao senso de Justiça a punição do agente que, em momento algum sequer assumiu o risco de produzir o resultado danoso, com a mesma pena abstrata cominada àquele que, agindo conscientemente, no crime de publicidade enganosa, quis enganar o consumidor para obter vantagem patrimonial ilícita. Impe-se considerar que no se pode
1 atribuir a mesma gravidade às condutas dolosa e culposa, ainda que sejam igualmente graves os seus efeitos.

No se compreende, também, numa interpretação sistemática dos dispositivos penais do Código, que possa no ter sido atribuído o mesmo desvalor às formas culposas dos arts. 66 e
* 67 do CDC, dado que, embora seja maior o âmbito de abrangência do art. 67, no tocante aos efeitos da conduta nele descrita (atinge toda a coletividade), também no art. 66 a conduta é multiofensiva, podendo atingir amplo segmento do mercado, demais disso, nos dois dispositivos os agentes são profissionais

especializados, sendo o do art. 66 o fornecedor, que, melhor ainda que o publicitário, deve conhecer o produto anunciado.

Nato pode o Ministério Público, que além de titular da ao penal, atua no processo como fiscal da lei, admitir a violação de princípio que constitui garantia fundamental insculpida no art. 5o, inciso XXXIX, da Constituição da República, indispensável à segurança Jurídica.

Forçosa, portanto, a conclusão no sentido de que, ainda que o legislador objetivasse a punição do sujeito ativo do crime em tela a título de culpa, disse menos do que pretendeu, Importando, após a publicação da lei, a *mens legis*, e, no mais, a vontade do elaborador da norma.

Contudo, não se pode negar que, no obstante a falha legislativa, o delito em questão é daqueles que devem ser punidos tanto por dolo como por culpa, dado que, em ambas as formas, os efeitos da conduta reprovável atingem todo o público alvo da publicidade, ou seja, violam direitos difusos do consumidor, muitas vezes relativos à sua saúde e segurança, impondo-se a revisão legislativa para a solução do problema com que se depara o intérprete no momento do desencadeamento da persecução penal

. CONCLUSÕES

- a) O crime culposos deve ser previsto expressamente, em dispositivo

- V. ENARIN, Lo 'Revista do Co~ cit., P. 100.

autônomo, como determina o art. 18, parágrafo único, do Código Penal, sob pena de violação do princípio da reserva legal.

b)) *De logo lata*, a expresso **'deveria saber'** contida no art. 67 do CDC indica dolo eventual.

c) *De Zege ferenda*, sugere-se a criação da modalidade culposa do crime de publicidade enganosa ou abusiva, a ser prevista expressamente em dispositivo autônomo, mediante acréscimo de um parágrafo ao artigo em tela.

*

coMIssÃO vm

Ministério Público e os
Crimes Eleitorais

4

Não houve apresentação de Teses

COMISSÃO IX

Ministério Público e os
Crimes da Área da Criança
e Adolescência

CORRUPÇÃO DE MENORES (CORROMPER), CRIME MATERIAL
OU CRIME FORMAL? CONSEQUÊNCIAS DA DISTINÇÃO.
ASPECTOS PROCESSUAIS.

Geraldo Batista de Siqueira

Procurador de Justiça e Professor de Direito
Penal e Processual Penal

Henrique Barbacena Neto

Promotor de Justiça e Professor de Direito Penal

Geraldo Batista de Siqueira Filho

Advogado

Sarah Siqueira de Nílanda

•

SUMARIO

- 1 - Introdução
- 2 - Crime Material ou Crime Formal? Consumação
- 3 - Consequências da Distinção entre Tipo Formal e Tipo
Material: Dolo e Crime Continuado
- 4 - Aspectos Processuais Decorrentes da Distinção entre
Crime Formal e Crime Material: Denúncia ou Queixa e
Crime Continuado
- 5 - Conclusões
- 6 - Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O delito de Corrupção de Menores, em *nostra* legislação (art-218, CP), se apresenta através de um tipo misto. Dois núcleos tipológicos expressam a figura acima indicada: corromper ou facilitar a corrupção. Crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, só nos interessa, no presente trabalho, a figura da Corrupção de Menores, sob o aspecto típico de corromper, ficando de fora a modalidade típica de facilitação da corrupção.

O interesse que o tema desperta decorre muito da classificação da infração em comento: é crime formal ou é crime material? A importância desse aspecto da questão encontra evidência na tomada de posição do legislador futuro, através do art-230 do projeto de parte especial, conforme veremos mais à frente. Faz-se, ali, clara opção, com redação transparente, por uma das definições discutidas na doutrina e na Jurisprudência.

Da classificação da figura penal, em epígrafe, se crime material ou crime formal, decorrem consequências significativas no campo do Direito Penal e Processual Penal, desdobramentos, aliás, que se constituem no objeto do presente trabalho.

2. CRIME MATERIAL OU CRIME FORMAL? CONSEQUÊNCIAS

Tanto na opinião doutrinária, como nas decisões dos Tribunais, é crescente a divergência acerca da classificação do tipo Corrupção de Menores, na modalidade de corromper.

A definição procurada não é matéria de interesse meramente acadêmico. Ao contrário, assume papel de relevo na aplicação do Direito

ao caso concreto, principalmente no que toca à consumação. Na concepção formal do tipo legal, em apreço, a consumação, momento terminal de várias figuras -penais, prescinde-se, para seu aperfeiçoamento, da realização do resultado, embora inserido na definição do tipo legal. Verificando-se a efetivação do resultado, a corrupção do sujeito passivo da Infração, teremos etapa posterior ao resultado, o exaurimento. Diz-se o crime, exaurido.

A distinção, no caso, entre tipo formal e tipo material, projeta efeitos práticos sobre a caracterização do momento consumativo da infração penal. Segundo a moldura material, a consumação requer, para sua **perfectibilidade**, o advento do resultado "corrupção", coroando a atividade do agente corruptor. Trata-se de crime de dano, traduzido na efetiva lesão à moral sexual de menor entre 14 e 18 anos de idade, enquanto formal o crime, sua configuração estaria satisfeita ante a simples prática de atos de libidinagem, dispensando-se qualquer questionamento acerca da corrupção do ofendido ou ofendida, como resultado das práticas de libidinagem.

O crime é material, quando o tipo que o enuncia é compreensivo da conduta e resultado naturalístico, exigindo, como elemento da consumação, o resultado derivado da ação. Formal é a figura penal se o tipo, que o expressa, embora descrevendo em seu contexto, como se observa no tipo material, conduta e resultado, prescinde-se, entretanto, do resultado para alcançar a fase consumativa. São exemplos de crimes, consumáveis independentemente de resultado, formais, portanto, o rapto (art-219, CP), a calúnia (art-138, CP), etc. Ostentam, os respectivos tipos penais, a conduta, definida pelo verbo, e o resultado, consistente na corrupção da vítima, e a ofensa à honra,

consumando-se, entretanto, antecipadamente, sem a ocorrência, portanto, dos resultados mencionados, inseridos nos tipos correspondentes.

Já o tipo de mera conduta, de mera atividade, que se consuma com a simples ação do agente, como nos exemplos de delitos formais, destes se diferenciam, porque o tipo correspondente é alheio ao resultado, como consequência necessária da ação típica empreendida pelo autor do crime. O adultério (art-240, CP) se consuma com o 'cometer adultério, posto que seu modelo não prevê qualquer desdobramento da conduta masculina ou feminina, como prescrevia o Código Penal alemão revogado em 1974: 'Cometer, adultério, causando o desfazimento do casamento. O encerramento das relações conjugais, lá na Alemanha, em tempos idos, erigia-se um resultado, exigido pelo tipo, que nosso modelo legal (art-240, CP), construído segundo um tipo de mera conduta, torna-o completamente prescindível no campo doutrinário nacional, ao contrário da jurisprudência, não prevalece a opção pelo crime material.

Merece realce, no entanto, a posição do Prof. Fernando de Almeida Pedroso, definindo-se pelo crime material, fazendo-o em seu magnífico trabalho, com várias publicações: "Corrupção de Menores: Corrupção Efetiva e Corrupção Potencial" (1). Julio Fabbrini Mirabete, em sua festejada obra, já em 72 edição, Manual de Direito Penal, faz o registro de que, na doutrina, "não se exige, para a consumação do crime, que sobrevenha a efetiva corrupção da vítima, que é sempre presumida **juris et de jure** da prática de qualquer das ações típicas constantes da descrição legal do crime, lembrando, ainda, mais nomes da doutrina, com Heleno Cláudio Fragoso, Bento de Faria, Nelson Hungria

(1) PEDROSO, Fernando de Almeida. "Corrupto de Menores: Corrupção Efetiva e Corrupção Potencial" - Justia - 3137; Revista dos Tribunais - 5081309; Revista Forense - 2651467.

e Magalhães Noronha, reconhecendo, entretanto, a prevalência do tipo material, nos domínios da jurisprudência, que reclama, para sua caracterização, o estado de corrupção da vítima, situação não decorrente, necessariamente, do congresso sexual ou de outro ato libidinoso(2). O saudoso Magalhães Noronha, uma das glórias do Ministério Público Paulista, ia mais longe, contentando-se com o simples induzimento da vítima(3).

Na classificação doutrinária, objeto do presente estudo, Damásio E. de Jesus acolhe a tese do crime material, fundamentando sua posição doutrinária, na seguinte passagem: Se a vítima não sofreu influência de ordem moral, capaz de modificar sua personalidade, a infração não se configura(4).

Em conclusão, a consumação no delito de Corrupção de Menores, na modalidade típica de corromper, subordina-se à posição que se tomar em relação ao dilema: crime material ou crime formal.

3. CONSEQUÊNCIAS DA DISTINÇÃO ENTRE TIPO FORMAL E TIPO MATERIAL: DOLO E CRIME CONTINUADO

Autores ternos que, embora adotando o conceito material do tipo (art-218, CP) esposa, no entanto, a tese, segundo a qual, no crime em epígrafe, seu elemento subjetivo, o dolo, dispensa a vontade de corromper a vítima, como componente de sua caracterização: "n2(o é

(2) MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** - 21445.

(3) NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal** - 312271229.

(4) JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal** - 31115.

necessário o dolo de corromper, por parte do agente (5) • O dolo, nesta concepção, no ultrapassaria a prática de atos de libidinagem, limite que coincidiria com a aceitação, do crime formal, em matéria de Corrupção de Menores.

Outra corrente doutrinária, filiada, porém, à construção formal do tipo (art-218, CP) vislumbra a **inexigibilidade** específica de corromper a vítima(6).

Ora, se a infração penal, em estudo, se expressa através de um tipo material e de dano, consumando-se na dependência de produção de um resultado danoso, tais circunstâncias típicas são decorrência da natureza assumida pelo dolo, dolo, conseqüentemente exigente de resultado no momento consumativo da infração penal.

O simples elemento volitivo, dirigido, com exclusividade, à efetiva realização de atos de libidinagem, só é aceitável no contexto do tipo, formal, no qual a corrupção é presumida *juris et de jure* da prática de atos de libidinagem.

O raciocínio, até agora exposto, é válido e extensivo ao tratamento do instituto do crime continuado no âmbito da disputa entre crime formal e crime material, na interpretação do art-218, CP.

Material o tipo legal, subsumido no art-218, CP, só terá \$ viabilidade a continuidade delitiva, se a atividade delinquencial recair sobre vítimas diversas. O objeto material, representado pela mesma pessoa, Inadmissível é o reconhecimento do concurso de crimes, na forma do art-71, CP, tal como sucede no delito de sedução (art-217, CP), porquanto elementares dos crimes mencionados se afiguram a

(5) JESUS, Damásio Evangelista de. obra citada, volume e página.

(6') MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal - 2/446.

ausência de corrupção da vítima e a prática de conjunto carnal, diferentemente da figura penal Estupro, quando realizado reiteradamente, contra o mesmo sujeito passivo.

Numa viso formal do delito (art-218, CP), tem inteiro cabimento a Interpretação retrornencionada, vez que a corrupção da vítima, embora presente no tipo penal correspondente, é indiferente ao seu aperfeiçoamento final.

A corrupção da vítima não teria a cobertura total do dolo, por seus elementos intelectual e volitivo, somente na hipótese de a consumação concretizar-se nos limites da realização efetiva de práticas sexuais, alheias à repercussão no estatus moral da ofendida (ou do ofendido).

E a continuidade delitiva, no mesmo raciocínio, procederia, mas na perspectiva de uma exegese coincidente com a concepção formal do crime, que prescinde da efetiva corrupção da vítima, no momento do Juízo de consumação.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS DECORRENTES DA DISTINÇÃO

ENTRE CRIME -FORMAL E CRIME MATERIAL:

DENUNCIA OU QUEIXA E DESCLASSIFICAÇÃO

Li

As questões processuais, que passamos a examinar, guardam estreita relação com a distinção acima anotada.

Denúncia ou queixa, ato processual inicial da ação penal, subordinando-se ao princípio da tipicidade processual tem, no tipo do , art-41, -CPP, o seu paradigma: a narração do fato típico com todas as - suas circunstâncias. A descrição da conduta, dado inicial do tipo, na integralidade de seus componentes, é imperativa, sob pena de nulidade,

bem como, nos tipos materiais, a narrativa clara, de forma a propiciar a exercicio da defesa em toda sua amplitude, do efeito da aço do agente, o resultado, assim como, para o completo aperfeiçoamento da imputação, a rele.ção de causalidade entre conduta e evento naturalistico *corrupção*.

No crime em foco, encarado como um modelo material, a peça acusatória, denúncia ou queixa, deve ser elaborada segundo feliz sugestão do Professor Paulo Cláudio Tovo: " Seria de boa técnica aclarar na narrativa que se tratava de menor incorrupta (ou incorrupto) e que resultou corrompida (ou corrompido) da aço delitiva, apontando além disso os fatos concretos indicativos desta corrupç3o(7).

A inicial acusatória, denúncia ou queixa, segundo o modelo material, requer, do autor da aço penal, maior atenção, quando da narrativa das elementares informadoras da Imputação, como meio de evitar-se a eiva de inépcia, vicio processual insanável, ense5ador do despacho liminar negativo, no momento processual do juizo de prelibaç. Já o crime, visto sob o ângulo formal, o tipo em estudo, facilita o labor processual da parte acusadora, visto ser indiferente à validez do ato acusatório, como requisito da satisfação do tipo processual, inserido no art-41, CPP, o resulttado, consequente da aço tipica do acusado.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão convergente, acolheu a arguiço de inépcia de uma denúncia porque, concebendo o tipo penal (art-218, CP) como material, sentiu, na mesma, carência de elementares, indispensáveis à Imputação na espécie

(7) TOVO, Paulo Cláudio. **Apontamentos e Guia** Prático sobre A Denúncia no Processo **Penal Brasileiro** - p. 45.

delitiva: *É inépta a denúncia ou queixa que não diz ter a vítima se corrompido*" - RT-5291329.

A desclassificação do tipo penal sedução para o modelo típico Corrupção de Menores por implícito seu conteúdo fático na imputação, tem possibilidade, desde que condicionada ao reconhecimento do modelo típico formal, classificação, como já ficou demonstrado, que prescinde do resultado corrupção da vítima.

Mirabete, citando pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (RTJ-70/81) dá pela possibilidade da desclassificação, sena observância,, contudo, da distinção acima(8). Contrariamente, pela impossibilidade desclassificatória, ausente a prova de efetiva corrupção da vítima, em razão de atos de libidinagem, já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJ TJSP-20/428).

5. CONCLUSES

a) O tipo penal, inserido na primeira figura do art-218, CP (corromper) é estruturado, segundo um modelo material, porquanto é clara a exigência de resultado (corrupção) no momento da consumação, quando descreve corromper ou facilitar a corrupção (que é crime formal);

b) O tipo legal mais se afirma, como um modelo material, quando confrontada sua estrutura típica com a tipicidade que dá substância ao art-230 do projeto do Parte Especial em discussão pelo país: *"Praticar com pessoa Ingénua, menor de dezoito anos, ato de libidinagem diverso da conjunção carnal ou induzi-la a praticá-lo"*.

(8) MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** - 2.

c) Na futura Parte Especial, se resultante do projeto em estudo, o tipo penal terá, indubitavelmente, estrutura formal, solução que contribuirá para afastar dificuldades exegéticas, com repercussão construtiva na prática forense, evitando decisões díspares, que no somam em benefício da justiça.

d) O desdobramento processual a se evidenciar na acusação e na possibilidade de desclassificação, é simples consequência de matéria penal: a natureza formal ou material do fato tipo em exame.

6. BIBLIOGRAFIA

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal* - 31115.

obra citada, volume e página.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal* - 2/445.

0

_____ • *Manual do Direito Penal* - 2/446.

_____ • *Manual de Direito Penal* - 2.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal* - 3/2271229.

0

PEDROSO, Fernando de Almeida. "Corrupção de Menores:

Corrupção Efetiva e Corrupção Potencial" - *Justia* - 98/37/

Revista dos Tribunais - 508/309; *Revista Forense* - 265/467..

TOVO, Paulo Cláudio. *Apontamentos e Guia Prático sobre A Denúncia no
Processo Penal Brasileiro* - p. 45.

ê

0

Ana Maria Schinestsck,
Coordenadora-Adjunta das Promotorias
da Infância e Juventude no RGS

Ó

EMENTA:

O artigo 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente para ser aplicado ao fato concreto necessita da complementação de outra norma jurídica.

JUSTIFICAÇÃO:

Ao estabelecer a responsabilidade penal ao médico, enfermeiro ou dirigente de maternidade que **não identificar** corretamente o neonato **e a** parturiente, por ocasião do parto, o legislador foi vago, já que não fez constar os procedimentos a serem observados para tal identificação. Poder-se-ia argumentar que, no artigo 10, inciso II, do mesmo diploma legal, encontra-se a maneira: registro da impressão plantar e digital do recém-nascido e da impressão digital da mãe. Entretanto, ainda que esta norma aponte como deve ser feita a identificação, seu conteúdo continua vago, necessitando de complementação. Deveria constar o tipo de tinta a ser utilizada para a coleta, o sistema (somente do polegar ou decadactilar), a técnica recomendada e o momento da tomada. Da mesma forma, a referida norma penal estabelece como conduta penal **deixar de** proceder aos exames referidos no artigo 10 dessa lei. Ocorre que o dispositivo citado é muito amplo ao deixar de especificar os exames a serem feitos, deixando margem a incompreensões e discussões legais.

Assim, conclui-se que o artigo 229 do ECA é uma norma penal em branco que deve ser regulamentada pela autoridade administrativa competente.

4

No Rio Grande do Sul, a Coordenadoria das Promotorias da Infância e da Juventude instaurou expediente administrativo, já que as impressões digitais colhidas nas maternidades estaduais estavam sendo feitas com tinta de carimbo, não se prestando à identificação. Considerando que é grande o número de mães que dão à luz em hospitais públicos e abandonam o filho no próprio estabelecimento, além do que fornecem nomes falsos e endereços incompletos, chegou-se a conclusão de que era urgente a regulamentação do artigo 10, inciso II, do ECA. Foram feitas várias reuniões com médicos, com o Diretor do Instituto de Identificação e 4. com o Secretário da Saúde, optando-se pela regulamentação por portaria do referido secretário, cuja minuta está pronta, devendo ser publicada nos próximos dias.

Entretanto, além deste ato administrativo não poder ter sua aplicação estendida a outros estados-membros da federação, sua eficácia cinge-se à esfera administrativa. Tratando-se de matéria criminal, a regulamentação somente poderá ocorrer a nível nacional, pelo 4 Ministério da Saúde, posto que compete privativamente à União legislar sobre direito penal (artigo 22, inciso 1, CF).

4

*

"A súmula 108 do stf não traduz inovação ou divergência quanto à aplicação de medidas sócio-educativas, e espelha a realidade e os objetivos do ECA".

Luís Achilles Petiz Bardou

Vera Lúcia Quevedo

Angela alia Paim Garrido

Eleonora Machado Pogliã

Promotores de Justiça da infância e Juventude no

RGS

é

JUSTIFICATIVA:

Duas situações são encontradas:

1. Em sentença, com o devido processamento, é aplicada medida sócio-educativa pelo juiz da infância e juventude.
2. Em sede de remissão, a medida sócio-educativa só vai ser aplicada quando o juiz homologar a medida ajustada pelo promotor de justiça.

A assertiva é baseada no fato de que sendo a jurisdição exclusiva do juiz, a ele cabe aplicar a medida. No caso do promotor de justiça, o ajuste, o acordo, com remissão

cumulada com média sócio-educativa, será ela homologada pelo juiz e, neste instante, gerará efeitos de execução.

A aplicação, no caso de remissão, com cumulação de medidas sócio-educativas - salvo a de advertência - de representação de serviços à comunidade, reparação de danos e liberdade assistida é possível desde que, no momento do ajuste com o promotor de justiça, esteja o adolescente acompanhado de seus representantes legais, só havendo necessidade * de presença de advogado na audiência admonitória de execução da medida.

O último Parágrafo é a conclusão.

**TÍTULO: - INIMPUTABILIDADE. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE
INTERNAÇÃO. PRESCRIÇÃO. QUESTÕES DO ESTATUTO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

WILSON DONIZE TI LIBERA TI

Promotor de Justiça
da Infância e da Juventude
de Porto Velho/RO

1- INTRODUÇÃO.

A Lei, quando editada e promulgada tem abrangência "*erga omnes*", impedindo a declaração de seu desconhecimento.

Tal princípio, já consagrado em nosso ordenamento jurídico tem a função de aplicar a lei equitativamente e coercitivamente. Sua interpretação, todavia, merece estudo e análise.

Assim, é a leitura dos artigos 121 e 122 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que disciplinam a medida Sócio-Educativa de Internação.

A análise desses dispositivos reclama um estudo sócio-psicológico da inimputabilidade do agente que desagua numa consequência "*sui generis*" em nosso sistema jurídico que é a não aplicação de medidas sócio-educativas ao infrator que atingiu 21 anos (ECA, Art. 121, § 5º).

Essa vedação imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente poderia conduzir os menos desavisados à conclusão de que a lei é discriminatória e parcial, protegendo o infrator e fazendo com que se estabeleça uma "extinção forçada da punibilidade" operada pela prescrição. .Ø

Outra dificuldade de interpretação dos citados artigos decorre da possibilidade de não iniciar, continuar ou interromper o procedimento de apuração da prática de ato infracional quando o infrator já completou 18 anos.

O assunto é interessante e polêmico e, quase sempre, incompreendido pelos profissionais com visão exclusivamente criminal que querem ver diminuída a idade da impunibilidade.

II- INIMPUTABILIDADE

• O Art. 228 da Constituição Federal consolidou a inimputabilidade dos menores de 18 anos, deferindo a esses infratores a observância de norma especial, consubstanciada na Lei nº 8.069/90, especificamente nos seus Arts. 2º e 104.

Nosso Código Penal estabeleceu, no Art. 27, a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos, tendo tal posição obedecido, exclusivamente, o critério biológico.

Por isso, quando se fala em inimputabilidade em razão da menoridade, seu significado deve ser amplo para atingir o sentido de não responsável criminalmente, não praticante de crime ou contravenção penal, não sujeito à pena, não sujeito a processo criminal, proibido de ser interrogado, etc.

Em sentido contrário, entende-se que a imputabilidade é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento.

Esse entendimento pode até adequar-se à conduta do adolescente que praticou um ato infracional. Contudo, por questão de política criminal, nosso ordenamento jurídico, considerou tão somente o aspecto biológico para a apreciação da inimputabilidade para os menores de 18 anos, deixando de perscrutar a intenção, o dolo, o *"modus operandi"* enfim, a culpabilidade do agente.

É por isso que, com frequência, ouvimos dizer que um jovem de 17 anos matou, estuprou, sequestrou ou roubou, consciente de sua conduta criminoso, que praticou o ato infracional

- com requintes de crueldade, etc., mas que escapou do alcance do Código Penal por ser menor de 18 anos. Essa é uma das consequências do critério biológico adotado no Código Penal que fundamenta a presunção absoluta de inimputabilidade.

Sendo assim, outro assunto é correlato: a data da prática do ato infracional. Pelos artigos já citados e incluindo aqui o parágrafo único do Art. 104 do ECA, conclui-se que estando o

adolescente na faixa etária entre 12 anos completos e 18 anos (ECA, Art. 2º) estará sujeito ao procedimento previsto na Lei 8.069/190.

Isso quer dizer que, tendo o adolescente praticado o ato infracional antes de completar 18 anos, deverá percorrer o caminho processual até o *final*, com a prolação da Sentença, mesmo que já - tenha ultrapassado esse limite. O que importa é a data do fato.

Mais à frente veremos que o limite de idade máximo permitido pelo Estatuto para a aplicação de medidas sócio-educativas é de 21 anos.

Então, não é correto extinguir o procedimento de apuração do ato infracional, pelo • arquivamento ou pela remissão pelo fato de ter o infrator completado 18 anos. Se assim fosse, todos aqueles adolescentes que, aos 17 anos e alguns meses tivessem praticado atos infracionais considerados graves (homicídio, roubo, estupro, seqüestro, etc.) estariam livres de jugo da Lei ou isentos de receber as medidas sócio-educativas previstas no Art. 112 do ECA, quando atingissem a idade de 18 anos.

Em outras palavras, o fato de o infrator ter completado 18 anos não é motivo suficiente que autorize o encerramento ou a extinção do processo.

E tal assertiva vem gravada e sacramentada nos §§ 3º e 5º do Art. 121 que determinam, respectivamente, que *"em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos"* e *"a liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade"*

Isso vem provar que o adolescente, com 17 anos e 11 meses, considerado autor de ato intracional poderá, em cumprimento a medida de internação aplicada pelo juiz, permanecer privado 6 de sua liberdade até quase completar 21 anos, vencendo o triênio estipulado pelo § 3º acima citado.

Mesmo já tendo completado 18 anos e estando o adolescente, considerado autor de ato infracional, sendo *"processado"* por ato praticado dentro do limite da inimputabilidade, não poderá a autoridade judiciária aplicar-lhe alguma *"pena"* ou dar-se por *"incompetente"* remetendo os autos à Vara Criminal para que lá continue a apuração de seu ato.

Tal procedimento fere frontalmente o princípio constitucional da proteção da S inimputabilidade e do devido processo legal a que todos têm direito.

Como consequência da inimputabilidade dos menores de 18 anos, observamos, ainda, alguns aspectos interessantes.

Se o adolescente, considerado autor de ato infracional, é inimputável por determinação constitucional então temos que: ele não comete crime ou contravenção penal, não pode ser interrogado, não pode receber "*pena*", enfim, tecnicamente, não pode submeter-se a processo criminal para a apuração de seu ato.

Assim, podemos concluir, sem sofismas, que o procedimento que apura a autoria de ato infracional atribuída a adolescente não segue os parâmetros estipulados pelo Código de Processo Penal, mas concretiza-se num procedimento próprio, fixado pelo M. 184 e seguintes do Estatuto, il natureza estritamente civil.

"Tanto é verdade que, sendo inimputável, o adolescente não é "*interrogado*" mas apresentado em audiência perante a autoridade judiciária; não é "*processado*" à revelia, mas o juiz determina sua busca e apreensão enquanto o feito é sobrestado; não está sujeito à condenação para cumprir uma "*pena*", mas ser-lhe-á aplicada uma medida sócio-educativa; o Promotor de Justiça não oferece a "*Denúncia*" e sim a Representação, que diversamente da primeira, independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade" (ECA, MI. 182, § 20).

Se isso não bastasse, o Ali. 198 do ECA dispõe que "*nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil*", com algumas modificações e não o sistema recursal do Código de Processo Penal.

Em resumo, todos os procedimentos que tramitam na Vara da Infância e da Juventude são de natureza civil, mesmo, aqueles que apuram a prática de um ato infracional e mesmo que, ao final de um procedimento, o juiz aplique a medida sócio-educativa de Internação, caracterizada pela privação de liberdade. Ainda aqui, o procedimento será de natureza civil porque o adolescente não é "punido", não é "*condenado*", não recebe "*pena*", porque é inimputável e estará sujeito às normas de legislação especial.

e

III- IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS sócio-EDUCATIVAS QUANDO O INFRATOR ATINGE 21 ANOS.

A medida mais enérgica proposta pelo Estatuto é, sem dúvida, a de internação, que tolhe a liberdade de locomoção do adolescente, privando-o do convívio em sua comunidade.

Sem entrar no "*modus operandi*" da medida, tem-se que ela, às vezes, demonstra rigor mais intenso a um adolescente, por exemplo, que praticou o ato infracional de lesões corporais consideradas graves, do que a um maior de 18 anos que cometeu o mesmo ato ilícito.

Nesse caso, o adolescente poderá cumprir até três anos de internação (ECA, Art. 121, § 3º) enquanto que o maior de 18 anos tem sua pena fixada entre dois e oito anos de reclusão, cumprindo desde já sua pena em regime aberto ou semi-aberto.

Evidentemente o exemplo apresentado tem mais efeito na teoria do que na prática, pois a medida de internação é caracterizada "pelos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" (ECA, Art. 121).

Além do mais, existem critérios assinalados nos Arts. 121 e 122 para a aplicação da medida de internação, que devem ser criteriosamente analisados.

E aqui, surge uma questão interessante: ao atingir a idade de 21 anos o infrator deverá ser "*liberado compulsoriamente*"

Já mencionamos acima as hipóteses dos §§ 3º e 5º do Art. 121 do ECA impondo e fixando os limites de internação.

Poderá, no entanto, ocorrer a seguinte hipótese: um adolescente, com 17 anos e 2 meses pratica um ato infracional qualquer; é representado, não comparece à audiência de apresentação e o mandado de busca e apreensão determinado pelo juiz é frustrado pelo desaparecimento do infrator; um belo dia ele aparece, com 21 anos. Poderá a autoridade judiciária aplicar-lhe alguma medida sócio-educativa por aquele ato infracional praticado aos 17 anos e 2 meses?

A resposta é negativa. Não importa o "*grau de gravidade*" do ato infracional nem a quantidade de pena fixada no Código Penal. O que interessa é a data do fato.

Daí entendemos que "*in casa*" opera-se uma "*extinção da puni* fri/iivde *prescrição*" e, aqui, colocada entre aspas e grifada porque não há pena a ser extinta, nus, analogicamente, poder-se-ia configurar a Impossibilidade do Estado Juiz de aplicar qualquer medida sócio-educativa pela prescrição da pretensão de "*punir*" caracterizada pelo decurso de tempo.

e

Além do mais, o Estatuto fixa que até aos 21 anos o Estado, através do Poder Judiciário, pode aplicar medidas sócio-educativa. Após, não.

Assim, é comum que alguns processos estejam tramitando nessas condições. Nesse caso, constatada a idade igual ou superior a 21 anos do infrator o procedimento deve ser extinto ou arquivado sem a apreciação do mérito.

IV - CONCLUSÕES

a) A Constituição Federal fixou a inimputabilidade aos menores de 18 anos em seu Art. 228, sendo que o critério adotado foi o biológico, estabelecendo a presunção absoluta da inimputabilidade;

b) O fato de o infrator ter completado 18 anos no curso do procedimento de apuração da prática do ato infracional não é motivo suficiente que autorize o encerramento ou a extinção do processo, e, muito menos, a remessa dos Autos à Vara Criminal para continuar a apuração;

c) Os procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude são de natureza civil mesmo aquele específico para a apuração da autoria de ato infracional e aplicação de medida sócio-educativa restritiva da liberdade;

d) Ao adolescente considerado autor de ato infracional poderá ser aplicada a medida sócio-educativa de Internação, com duração máxima de três anos, respeitados os critérios avaliativos exarados nos Arts. 121 e 122 do ECA.

e) Ao atingir 21 anos o infrator, processado na Vara da Infância e da Juventude, por ato infracional praticado antes de completar 18 anos, não poderá mais receber medidas sócio-educativas, *nem ao Estado é lícito aplicá-las, em virtude da determinação contida nos §§ 3^o e 50^o do Art. 121 do ECA, operando-se a extinção do feito pela prescrição.

TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA

* Geraldo Batista de Siqueira e Ivana Farina

S U M A R I O

1 - INTRODUÇÃO

2 - TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE TIPO PENAL AUTÔNOMO

3 - CONFLITO APARENTE DE NORMAS

4 - CRIME HEDIONDO,

5 - COMPETÊNCIA

6 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

7 - CONCLUSÕES

Carlos Maximiliano, em sua monumental obra, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, deixou-nos a lapidar passagem: "O legislador no tira do nada, como se fora um. Deus; é apenas o rgo **da** consciência nacional. Fotografa, objetiva a idéia triunfante; no inventa, reproduz; no cria, espelha, concretiza, consigna" (01).

O direito, parte integrante de uma superestrutura ideológica, assenta-se em uma realidade subjacente, segundo a lição do saudoso baiano, o Professor Orlando Somes (02).

A evolução da crise social no mundo, Brasil no meio, acaba por suscitar a iniciativa de medidas superestruturais, via de experiência legislativa, até que providências de natureza **estruturais** possam vir a ser concretizadas entre nas. Sintonizado com essa realidade emergente, o constituinte de 88, num esforço compreensivo e até elogiável entra em cena, inserindo no texto constitucional., art. 59, XLIII, recurso legislativo, exigente, porém, de complementa que viria por lei ordinária, tudo na busca, que no é de nossos dias: a resposta mais severa e eficiente à criminalidade ; violenta crescente, destacando-se a previsão dos crimes **violentos contra** criança e adolescente, traduzida no Art. 233 da Lei 8069/90, de 13/07/90: 'Submeter criança e adolescente sob sua autoridade, guarda ou *vigilância a tortura".

A escalada da violência contra menores em todo o território nacional explica, sociologicamente, a tomada de posição **do** legislador ordinário, amparado em permissivo constitucional, já referido. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei dos crimes **he**

diondos vêm bem a propósito da realidade nacional.

A violência contra a criança e o adolescente, entre nós, conta, em apreciável percentual, com a participação de integrantes da Polícia Militar. A deputada Cidinha Campos, do Rio de Janeiro, inclui até juizes nos grupos de extermínio.

2 - TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Tramitam, no Congresso Nacional, várias iniciativas, colimando o cumprimento do disposto no Art. 59, XLIII, da Constituição Federal. Procura-se, nas Casas Legislativas, através de projetos, dotar o país do instrumental legislativo necessário à repressão da tortura, o que poderá encontrar viabilidade por meio da tipificação o dessa prática ignominiosa.

A tortura, como tipo penal autônomo, não logrou acolhida no Código Penal. Aparece, sim, no referido diploma, na condição de circunstância agravante genérica, incidente sobre a maioria dos tipos delitivos (Art. 61, II, letra "d", 40 figura) e de qualificadora, qualificando o tipo penal homicídio (Art., 121, 29, III, 5 modalidade). No Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1001, de 21/10/69) a situação é a mesma: a tortura surge na qualidade típica de agravante genérica (Art. 70, II, letra "e"), bem como qualificadora no homicídio, através do recurso à cláusula exemplificativa, meio cruel (Art. 205, 29, III, penúltima parte).

Todavia, em lei especial, a Lei 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 233, temos, indubitavelmente, o tipo penal tortura, assim construído: "Submeter criança ou adolescente

sob sua. autoridade, guarda ou vigilância a tortura.

PENA - recluso de 01(um) a 05(cinco) anos'.

O Ministro Josi Celso de Mello, em acórdão do Tribunal Pleno pontifica: "O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma, cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no Art. 233 da Lei nº 8069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, Art. 59, XXXIX)".

Ainda que no abrigo de todas as situações fáticas, a tortura, sujeito passivo a criança ou o adolescente, está enquadrada como tipo autônomo que, por ser um modelo tipológico aberto, poderá conter figuras penais outras, encontradas dispersas em nossa ordem jurídico-penal.

3 - CONFLITO APARENTE DE NORMAS

A doutrina, na interpretação da lei Penal, demonstra a impossibilidade de conflito de normas penais, de tipos penais. Uma situação fática é suscetível de um juízo valorativo. Um comportamento humano, se infração penal, será objeto de subsumção. Consoante o princípio do *ne bis in idem*. O conflito, conforme a preferência terminológica, portanto, é apenas aparente. O ordenamento jurídico é harmônico. A solução, fácil, vem pela aplicação de princípios, conforme o caso concreto que se quer equacionar.

Damião E. de Jesus, entre muitos autores, estuda bem

os três princípios mais lembrados, na prática forense: princípio da especialidade, princípio da subsidiariedade e princípio da **consum**ção (04).

O tipo penal tortura (Art. 233 da Lei 8069/90), por sua estrutura aberta, realiza-se, algumas vezes, mediante o concurso de outro tipo, a lesão corporal (Art. 129, CP e 209, CPM), por exemplo. 1

Se a lesão corporal, por seu elemento teleológico, adquire corpo em razão da submissão de criança ou adolescente ao acusado, que a tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, o **tipo** penal resultante é o da tortura.

é

O princípio da especialidade, segundo o. qual *lex specialis derogat generalis*, indica a solução para a prevalência do tipo adequado, uma vez que o tipo (Art. 233 da Lei 8069/90) apresenta requisitos especializantes, ausentes na moldura da lesão corporal (Art. 209, CPM). Submeter a criança ou o adolescente a tortura, por processos executórios, que configurariam, isoladamente, crime autônomo (Art. 209, CPM), caracteriza o ilícito penal do Art. 233 da **Lei** 8069/90. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem erige-se em crime, por meio do qual se consuma a tortura (Art. 233 da Lei 8069/90) contra a criança ou o adolescente, quando o elemento subjetivo, que impulsiona o agente, é submeter a vítima a tortura, se esta (criança ou adolescente) está sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Prevalece, sem muita dificuldade exegática, a tipicidade fornecida pela Lei 8069/90, Art. 233.

A prática de tortura contra criança ou adolescente, a pretexto de exercício de atividade policial, à assemelhada a crime hediondo e submete seu agente, Policial Militar, às consequências do Art. 29 da Lei 8072/90.

1

Sobre a tortura contra preso, como qualificadora ou agravante genérica de outros tipos penais, não incidem as consequências de ordem material ou processual, do Art. 29 da Lei 8072/90, porque a lei, injunção de mandamento constitucional (Art. 59, XLIII), não proporciona o supedâneo requerido à moldura de um fato típico autônomo, abrangente de todas as hipóteses de tortura. O tipo penal de tortura restringe seu alcance à proteção de criança e adolescente.

5 - COMPETÊNCIA

segundo a Constituição Federal, Art. 125, § 49, c/c o

Art. 99 – I e II, CPM, a competência para o julgamento dos delitos previstos no Código Penal e, simultaneamente, no Código Penal Militar (Arts. 129 e 209) é da Justiça Militar, desde que satisfeitos, no último caso, o disposto no Art. 99, II, letras "a", "b", "c", etc. São crimes militares impróprios, como preleciona Mirabete, em seu Manual de Direito Penal (05).

A competência da Justiça Castrense, na conformidade da Lei Maior e do Código Penal Militar recai, unicamente, em crimes previstos naquele código. Ausente previsão legal, o crime, ainda que realizado por Militar, no exercício de suas funções, refoge à competência da Justiça Militar. Há exemplos: o crime de abuso de autoridade

de (Lei 4898/67), da responsabilidade de militar nas condições ad
rua, tem seu julgamento deferido à Justiça comum, o mesmo se verifi
cando em relação i tortura contra criança ou adolescente, praticada,
embora, por militar em situação de serviço, uma vez que a figura pe
nal mencionada não encontra tipicidacte do Estatuto dos Militares.

Finalizando, oportuna é a citação de mais um trecho
do julgado já invocado: "O crime de tortura contra criança e adoles •
cente, cuja pratica absorve os delitos de lesées corporais leves,
submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que
esse ilícito penal, por não guardar correspondência tpica com qual
quer dos comportamentos previstos pelo Cédigo Penal Militar, refoge
é esfera de atribuições da Justiça Militar estadual'.

Praticada a tortura, crime fim contra criança ou ado
lescente, competente para o julgamento é a Justiça comum,, mesmo que,
ao materializar-se, tenha como meio executério tipo penal da compe
tência da Justiça Militar. A lesão corporal, leve, grave, gravissi
rua e letal, crime meio, inserido no Art. 233 da Lei 8069/90, é por
este absorvido, firmando-se, consequentemente, a competência da ju 0
risdição comum.

6 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Compete ao Ministério Publico, como autor da ação pe
nal e fiscal da lei, formular a acusação no juízo competente. Conven
cido da existência de vícios na relação processual, ainda que benefi
ciada a defesa, deve o Ministério Publico argui-la, decidiu o Supre
mo Tribunal Federal em acérdo, cuja ementa saiu publicad.a hoje (24/
07/94), na coluna diária Direito e Justiça do jornal "O. Popular",

sob a responsabilidade dos jornalistas Luiz Otávio e Elvione Faria.

7 - CONCLUSÕES

A) A tortura contra criança ou adolescente, praticada por militar, a pretexto de exercício de função policial, é crime comum, erigindo-se em tipo autônomo, à vista do disposto no Art. 233 da Lei 8069/90.

B) A tortura contra criança e adolescente, como tipo autônomo, assemelha-se a crime hediondo, sujeitando-se às regras do Art. 29, da Lei 8072/90.

C) A competência para o julgamento do crime acima, praticado mediante o emprego de violência, causadora de lesão corporal (Art. 209, CPM) é da jurisdição comum, independentemente de sua inserção no estatuto militar.

8

D) Cabendo ao Ministério Público formular em juízo a acusação criminal, segundo uma técnica que, a um tempo, assegure a validade dos processos e a possibilidade da ampla defesa, como escreve Guido Roque Jacob (06), toca à instituição, na busca de processo válido, pugnar pelo julgamento do autor do crime em apreço no juízo competente: a Justiça comum.

BIBLIOGRAFIA

01 - Carlos Maximiliano - Hermeniutica e Aplicação do Direito.
P g. 38

02 - Orlando Gomes - A Crise do Direito.
Pg. 05

03 - José Celso de Mello - Ministro Relator
Habeas Corpus nQ 70389-5/SP - STF

04 - Damsio E. de Jesus - Direito Penal
1/94

05 - Mio Fabbrini Mirabeta - Manual de Direito Penal
1/94

06 - Guido Roque Jacob - Notas sobre a denincia no Anteprojeto
Justitia - 76/95

COMISSÃO X

Ministério Público e os Crimes de Imprensa

Não houve apresentação de Teses

COMISSÃO xi

Ministério Público e os
Novos Tipos Penais

Dr. Paulo Pinto de Carvalho,
Promotor de Justiça no RGS

SÍNTESE DA TESE: O "sistema penal" que se objetiva com a promulgação das leis e de sua execução, com a redução e a prevenção do crime, com a preservação dos direitos do acusado, com o objetivo de sua reabilitação, está sob o impacto de uma irreversível crise estrutural, em todo o mundo e, em especial, no Brasil.

FUNDAMENTAÇÃO DA TESE: Em verdade, força é reconhecer que a prescrição ronda e corrói os processos criminais, as Comarcas por vezes se encontram sem Juízes e Promotores, a inexistência de peritos indispensáveis à realização da prova material, o direito penal apenas voltado para a sua expressão formal e dogmática, que não evita o crime e a reincidência e, sobretudo, não reabilita o criminoso, e se exaure na sua estigmatização e sofrimento.

É imperioso que, à semelhança dos países do primeiro mundo, o Brasil tome em linha de conta, entre outros princípios, os seguintes:

1) a implantação do princípio da oportunidade, isto é, a disponibilidade da ação penal (modelos europeus, japonês);

2) a política da 'desinflação penal', com a redução das leis e tipos penais, no objetivo de um direito penal de intervenção mínima, uma vez que a jurisdição penal já não suporta a carga dos processos que recebe;

3) a eliminação dos crimes de bagatela, que os penalistas franceses chamam de 'processos de papel', procura a efetiva e necessária, urgente e irrecusável realização de um

direito penal de resultado, segundo o modelo japonês, no qual, o número de condenações corresponde a cerca de quase 93 a 97% das ações penais propostas;

4

4) hoje, na Europa e nos Estados Unidos, há uma preocupação enorme e permanente com a *figura* da vítima, que é protegida por leis especiais (a lei americana é federal), uma vez que se reconhece a vítima como a própria vítima do sistema penal;

5) é urgente e imperioso agora, que há um movimento para a reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal, no Brasil, que esse objetivo seja realizado à luz do direito comparado, sobretudo, na Europa.

4

A nova lei alemã de luta contra a criminalidade do meio ambiente, apesar da Alemanha ser um dos países mais ricos e cultos da terra, é considerada de difícil aplicação pelos recursos que exige e pela complexidade dos crimes de natureza ecológica (a lei é de 1980).

A lei penal alemã sobre tóxicos (ano de 1982) fere mortalmente todos os princípios do direito penal clássico, voltada precipuamente para um direito penal de resultado.

Em todos os congressos havidos recentemente, na Europa, de 1980 para cá, a uma só voz, os congressistas confessam:

4

"O Direito Penal faliu, pois não evita o crime, a reincidência, nem ressocializa o criminoso. A inflação penal elimina os espaços de liberdade do direito penal clássico, o princípio da culpabilidade está corroído, por terra está a presunção de inocência e seus corolários. "

E proclamam: Direito Penal não mais é a resposta adequada à criminalidade proteica, internacional e transnacional, e nós, penalistas, estávamos desarmados e ultrapassados.

4

Importa, pois, que o Ministério Público, sensível à sua função histórica, como agente e ator principal do drama penal, e, em especial, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, neste Congresso, se volte para estes temas cuja solução diz respeito ao seu prestígio e à sua sobrevivência institucional e funcional.

Diretamente ligada às considerações supra expostas, cabe examinar a função do Ministério Público, que decorre constitucionalmente do artigo 127 e seguintes da Constituição Federal, os quais lhe traçam o elenco de suas atribuições.

O Ministério Público, à luz da Constituição Federal, se reveste dos contornos de um quarto poder, defensor primeiro da ordem jurídica, do regime democrático e, sobretudo, dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Se o art. 129 da Constituição Federal discrimina a soma de atribuições do Ministério Público, cujo leque se abre desde a proteção dos direitos individuais aos interesses coletivos, o seu agente deve dispor, no exercício de sua onímoda atividade, de efetivos e reais recursos de toda a ordem, para a realização de sua meta constitucional.

Hoje, como temos sustentado, o "Promotor é um juiz à porta da Justiça, um Poder à porta dos Poderes e um Poder no caminho dos poderosos", como está acontecendo agora, no Brasil, em face dos crimes de toda a ordem que abalam a nação brasileira.

A autoridade do Ministério Público se revela na sua independência em relação aos três poderes do Estado.

* Entretanto, não lhe bastam os seus predicamentos constitucionais, O Ministério Público deve dispor de reais recursos de toda a ordem, materiais e administrativos, para a efetivação de sua atividade funcional especializada, sob pena de sua autoridade se esvaziar, comprometendo a função constitucional que lhe foi deferida e fraudando as expectativas populares

de uma nação progressivamente marginalizada, sofrida, injustiçada e que agora se volta diuturnamente para o Ministério Público como um refúgio de segurança e de paz.

Descer ao povo exige mais do que colóquios e simpósios, visitas a bairros, mas, em realidade, a efetiva realização da justiça, da justiça material, voltada para o polo da justiça distributiva, O Ministério Público deve lutar para que a Justiça, junto ao povo, perca a sua fisionomia kafkiana e seja um efetivo instrumento de ordem e de segurança.

Cabe, aqui, de passagem, lembrar a linha de um congresso europeu, sobre a justiça e seus atores.

O modelo francês postuvala menos leis penais, efetivos recursos orçamentários para o real cumprimento das leis e mais Juiz, isto é, não mais Juízes, mas um Juiz com mais poderes e meios funcionais de exercê-los.

Este Congresso deve se voltar para a reivindicação desses objetivos:

1) em relação à reforma das leis penais, menos leis, sobretudo despidas de ornamentalidade e disfuncionalidade;

*

2) efetivos recursos orçamentários para o real cumprimento de sua missão constitucional;

3) mais Promotor, isto é, um Promotor que esteja revestido de garantias e recursos de toda a ordem para a realização de sua complexa, grave e, por vezes temerária, hoje, no Brasil, atividade funcional.

Se não deve haver processo-crime de papel, muito menos promotor de papel a exercer burocrática e formalmente uma missão que o coloca à porta dos Poderes e no caminho dos poderosos, como determina a Constituição Federal.

Este congresso deve cumprir a tarefa de questionar estes temas, equacioná-los e, ao final, oferecer à sociedade nograndense um elenco de soluções que o coloque à altura de sua missão constitucional.

*



CRIMES HEDIONDOS E CRIMES MILITARES

Tupinaflbá Pinto de Azevedo,
Procurador de Justiça no **RGS**

SINOPSE: O sistema penal brasileiro mostra-se inadequado ao enfrentamento da criminalidade. Mas embora muitas razões desse fracasso já estejam detectadas, as reformas legislativas indispensáveis, ainda que mínimas, tardam.

Esta tese tem por finalidade conscientizar da urgência dessas reformas, focalizando apenas dois diplomas emblemáticos: a lei dos crimes hediondos e o Código Penal Militar. A escolha é estratégica: além de serem ambos os diplomas alvo de críticas contundentes, o estudo comparativo aqui proposto leva a conclusões verdadeiramente inaceitáveis. O argumento ad **terrorem** é, às vezes, o único capaz de comover.

O autor propõe a ativa mobilização do Ministério Público para que, evidenciados os vícios da lei 8.072/190 e o absurdo dos chamados crimes impropriamente militares, finalmente se produzam as reformas legais. Punido com rigor, mas com respeito aos direitos humanos, os autores de crimes hediondos; e punindo os que, abrigados pela farda, cometem crimes comuns.

1.- INTRODUÇÃO

a) As imperfeições da lei dos crimes hediondos (lei no 8.072/190) são largamente conhecidas. Desde sua promulgação, a unanimidade dos penalistas brasileiros tem apontado vícios de inconstitucionalidade, incongruências, dificuldades de interpretação, além do pecado original caracterizado pela crença na repressão, pura e simples, como panacéia.

Em fins de 1990 mestre DAMÁSIO já denunciava:

"A lei nº 8.072/90, inovando em matéria penal e processual penal, não procurou amoldar-se ao sistema legislativo criminal brasileiro, como se inexistisse, apresentando contradições, erros e imperfeições técnicas e de conteúdo, trazendo grande inquietação, espanto e perplexidade aos estudiosos dessa matéria, tal o número de confusões e dúvidas." (Dainásio de Jesus, Anotações **à lei no 8.072/90**, in Fascículos de Ciências Penais, v.3, n.4, p. ³, out/nov/dez,90).

A questão não é puramente de técnica legislativa. O malsinado diploma atinge diretamente conquistas significativas no terreno penal, fazendo **tabula rasa** de princípios como, v.g., os da proporcionalidade e individualização das penas.

- b) Por outro lado, vigora no país um sistema penal com dois códigos: o
- Código Penal (e legislação complementar), tratando dos chamados crimes comuns, e um Código Penal Militar, exclusivamente destinado aos delitos de determinada categoria profissional.

E mais: essa legislação especial é aplicada por justiça também especial, a Justiça Militar.

Não se trata de juízo de exceção, dedicado a aplicar com maior rigor a lei. Bem ao contrário, a jurisdição castrense é exercida por colegas dos acusados. A hierarquia militar é criteriosamente mantida no curso do processo (o que se evidencia na realização de perícias), e o **esprit de corps** transparece em suas decisões.

Entre muitos, selecionemos dois aspectos controvertidos:

- 1) crimes não-militares praticados por militares; II) crimes comuns praticados por policiais-militares, em serviço.

2.- CRIMES IMPROPRIAMENTE MILITARES

1) Justiça militar existe em todos os países. Mas sua jurisdição limita-se à disciplina interna dos quartéis.

No Brasil, ao lado dos crimes militares existe - no próprio Código Penal Militar - longa lista de crimes não-militares. No art. 232, p. exemplo, está previsto o crime de estupro; no art. 242, o roubo; o estelionato está no art. 251 CPM.

é

Diante da dificuldade de classificar tais delitos, fala-se em crimes militares impróprios.

II) A Constituição de 88, atendendo ao lobby das polícias militares, manteve o sistema de duplicidade policial. O combate à criminalidade se faz através de dois corpos policiais: polícia civil e polícia militar. É pública e notória a dificuldade de relacionamento entre ambas as corporações, em prejuízo da população. Isso, que seria argumento paia fusão em um único corpo policial, sem rivalidades, propiciou o maior afastamento entre as duas forças, já que trabalharam em sentidos opostos, nos bastidores constituintes.

E a polícia militar logrou manter um privilégio já alcançado em 1977 § crimes praticados em atividade de policiamento são crimes da competência da Justiça Militar. A própria tipificação não é a do Código Penal, mas do estatuto penal militar. O privilégio foi obtido durante o regime militar. Mas é incompreensível sua preservação em uma Carta constitucional democrática.

A policia militar não exerce atividades militares.

4

O serviço de policiamento é de natureza civil - tanto que praticado igualmente pelas policias civis estaduais e pela polícia federal. Aliás, no âmbito federal, inexistente a corporação militarizada...

Esse sistema institucionalizou gravíssimo atentado à isonomia: JOSÉ AMADO DE FARIA SOUZA, Promotor de Justiça classificado de 88 a 91 na Justiça Militar estadual paulista, escreveu:

"Uma menina de 11 anos de idade foi estuprada numa delegacia de polícia por cinco policiais - um era militar, ou outros quatro eram civis. Todos os envolvidos estão presos, mas o caso está sendo investigado em duas esferas diferentes. A polícia civil abriu sindicância interna para apurar as responsabilidades de seus agentes. A polícia militar levanta a culpa apenas do policial-militar." (Rev. Veja, Ponto-de-Vista, 15101192, p. 86).

3.- IMPUNIDADE

A impunidade resultante dos aspectos expostos - crime comum - transformado em crime militar e policial-militar equiparado a militar, nos crimes praticados em serviço - tem suscitado movimentos de reforma, no parlamento, com o apoio unânime dos estudiosos da ciência penal.

Hélio Bicudo realiza verdadeira cruzada nacional pela restrição da Justiça Militar aos problemas internos dos quartéis; Mário Thomaz Bastos postulava, perante a Comissão Constitucional Revisora, no mesmo sentido ("Crimes como os que aconteceram no Carandiru deveriam ser julgados pela Justiça comum."); e o desembargador Celso Limongi, da associação **Juízes para a democracia**, simplesmente propõe a extinção da Justiça Militar estadual. (Cfr. Folha de S. Paulo, 14.3.93, caderno 4, p. 2).

4.- LEI 8.072/90 E CÓD. PENAL MILITAR: CONFLITOS

a) O que existe de comum entre a lei dos crimes hediondos e a legislação penal militar?

Além das inúmeras impropriedades que contêm, e esse é o primeiro ponto de contacto, identificam-se também na inércia de seus detratores. Discute-se muito. Mas são mantidas incólumes. E aplicadas, embora as injustiças segregadas por essa aplicação.

Mesmo o Ministério Público, vocacionado para a defesa do regime democrático, não raro se mostra, por alguns de seus agentes, à aplicação de dispositivos da lei 8.072/190, embora inconstitucionais e contrários aos direitos humanos. E omisso, frente à impunidade gerada pela aplicação do Código Penal Militar. Como instituição, cabe-lhe importante tarefa de aperfeiçoamento da ordem jurídica.

b) Buscamos, aqui, uma forma de sensibilizar os lidadores do direito, talvez até de os escandalizar, através de uma leitura simultânea, comparativa, entre a lei dos crimes hediondos e o Código Penal Militar.

O mesmo colega paulista; JOSÉ AMADO DE FARIA SOUZA, já havia referido, de passagem a vexatio quaestio que desejamos destacar, ao mencionar o estupro da menor em delegacia de Itapeverica da Serra, grande São Paulo:

"O mais grave é que eles (policiais civis e policial-militar) podem ser condenados a penas diferentes. Os policiais civis estão sujeitos à legislação dos chamados crimes hediondos. Podem ser condenados de 9 a 15 anos de prisão. O militar não está sujeito a essa legislação e pode receber uma pena mais branda, de 3 a 8 anos de reclusão. O legislador, ao criar normas mais rigorosas para os chamados hediondos, se esqueceu de estender seus efeitos para a legislação penal militar." (Aut. e loc. cit.).

Optou o legislador pela pura e simples enumeração dos crimes hediondos. Arrolou-os no art. 1^o, referindo o **nomen juris** e, entre parêntesis, os dispositivos correspondentes:

"latrocínio (art. 157, § 3^o. l.ii flue), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2^o)," etc.

O rol é exaustivo. Não há possibilidade de extensão, via interpretativa ou analógica. E inexistem referências ao Código Penal Militar. Indo mais longe, a lei 8.072/190 elevou as penas abstratamente cominadas.

Resultado: o estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, é punido com reclusão de 6 a 10 anos.

- Examinemos delito idêntico, no Código Penal Militar: reclusão de 3 a 8 anos, sem prejuízo da correspondente 'violência.

Embora inacreditável, o policial-militar co-autor de estupro através de grave ameaça, atuando juntamente com indivíduo estranho à corporação, está sujeito à pena mínima de 3 anos de reclusão. Mas o outro não poderá ter pena menor que 6 anos, sem progressão de regime, sem anistia, graça ou indulto, com livramento condicional após cumprimento de maior fração de pena.

- Se o delito é latrocínio, sendo a morte da vítima culposa, o policial-militar (ou o militar **stricto sensu**) sujeita-se à pena mínima do roubo simples (4 anos), aumentada de um terço até metade (de 1 ano e 4 meses até 2 anos). O que dá, como mínimo, 5 anos e 4 meses de reclusão (art. 242, § 2^o, VI,

Mas se o latrocínio não tem características de crime militar *impróprio*, a pena mínima é de 20 anos de reclusão, seja a morte culposa ou dolosa (art. 157, § 3^o, in fine, CP).

4

E desde que a vítima não tenha menos de 14 anos, pois se tiver, a pena será acrescida de metade. E o mínimo alcançará ... 30 anos de reclusão (art. ⁹⁰ da lei 8.072/190).

5.- INCONSTITUCIONALIDADE

Diz o art. ⁵⁰, caput, da Constituição Federal:

«Todos são iguais perante a lei, (...) 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.»

Os incisos do art. ⁵⁰ abrem algumas exceções ao princípio da igualdade, como no caso de imprescritibilidade do crime de racismo (XLII), privando o agente da mais comum e freqüente das causas de extinção da punibilidade. Ou no caso dos próprios crimes hediondos e equiparados, em que se veda graça ou anistia e se criminaliza a mera convivência (XLIII).

Em muitos outros capítulos a Constituição afasta a isonomia (aposentadorias especiais, competências por prerrogativa de função, p. ex), normalmente diante de circunstâncias desiguais. **P**

Em nenhum dispositivo, porém, a Constituição autoriza a mesma conduta delituosa, cominação de penas desiguais. A lei não pode, descrevendo o crime de estupro em dois diplomas diversos, sem acréscimo de circunstância relevante, cominar limites inteiramente desiguais.

Na comparação que estamos realizando, a circunstância de ser o delito *militar* poderia recomendar maior rigor, nunca o contrário.

b.- O problema está colocado.

A lei dos crimes hediondos, na medida em que prevê penas exarcebadas para delitos também criminalizados em lei especial, traz o vício da inconstitucionalidade. Viola o

e

princípio constitucional da igualdade (que, em termos penais, se traduz pelo princípio da *proporcionalidade* das penas).

E no sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis, cabe ao Juiz, já no seu primeiro grau de jurisdição, declarar o vício e negar eficácia a seu comando. Por arguição do órgão do Ministério Público, exercendo atribuição institucional.

Até que novas leis corrijam a anomalia, aplicáveis serão as penas previstas no Código Penal Militar (sic).

Esperamos sinceramente que o procedimento ora recomendado, a partir do posicionamento do Promotor de Justiça no trabalho diário do foro, oficiando *nos autos* e portanto no mundo real, e não simplesmente em gabinetes ministeriais ou parlamentares, afastados do cotidiano, possa finalmente desencadear a reforma da lei 8.072/190, afeiçoando-a ao Estado de Direito. É preciso lembrar, ainda, que a lei 8.072/190 não fere o princípio da proporcionalidade apenas no confronto com o Código Penal Militar, mas também na exacerbação de penas, para alguns delitos, retirando do Código Penal toda a feição de sistema e, ao cabo, gerando injustiça.

e

6.- CRIMES A= ~~A~~ RES

O paralelo esboçado deixou claro, ainda, que os chamados crimes *impropriamente militares* não tem razão de ser.

Afinal, qual razão levou o legislador a se esquecer de estender os efeitos da lei 8.072/190 à legislação penal militar?

Simplesmente, o fato de que os delitos arrolados na lei dos crimes hediondos não são crimes militares! Por isso, foram omitidas as remissões.

É hora, pois, de mobilização para que a legislação militar somente contemple questões de disciplina interna dos quartéis, o que já é projeto de emenda constitucional do deputado HÉLIO BICUDO.

A natureza do presente trabalho, tese submetida à crítica do Ministério Público brasileiro, em mais um congresso nacional, recomenda-nos evitar maiores O desdobramentos.

Mas não nos furtamos de conclamar a comunidade jurídica a que utilize todos os meios legais de pressão para que a famigerada lei dos crimes hediondos seja, com urgência, reformada, não só no aspecto aqui mencionado, de proporcionalidade das penas, mas em sua própria filosofia penal.

A criminalidade violenta, em crescimento no país, origina-se de condições sociais perversas. Sua erradicação não depende de leis penais. O agravamento da sanção carcerária, por sua vez, não altera as *causas* do delito, além de, muitas vezes, paralisar a ação do Magistrado, receoso de pronunciar uma condenação injusta, pela desproporção. Também não se pode fugir dos princípios inscritos constitucionalmente. Se penas perpétuas estão banidas, se a * individualização da pena tem *status* de garantia constitucional, é porque acreditamos na recuperação do ser humano. O regime progressivo é o único sistema capaz de ensejar a reforma do apenado, pois ele tem em suas mãos a melhoria de sua própria condição pessoal. Imposição de regime fechado como única forma de cumprimento da pena é demitir-se do compromisso de recuperar o criminoso.

No particular, há que retornar, em parte, ao anteprojeto inicialmente elaborado no Ministério da Justiça, abandonando-se a técnica de relacionar aprioristicamente os crimes hediondos. Diante de cada caso concreto deverá o Juiz, por provocação do Ministério Público ou a pedido da autoridade policial (neste caso, ouvido o Ministério Público), considerar

e

hediondo o delito, praticado com violência à pessoa ou grave ameaça, segundo decisão fundamentada.

O critério exclusivamente legal para definição do crime hediondo coloca o Ministério Público e o Magistrado em camisa-de-força, sem a necessária flexibilidade para adequar o rito e as conseqüências penais ao caso oncreto.

8.- CONCLUSÕES

1. A cominação de penas desiguais, para crimes idênticos, como ocorre com os crimes hediondos e os crimes *impropriamente militares* correspondentes, importa em inconstitucionalidade dos dispositivos mais gravosos, por violação ao princípio isonômico.

2. Na ausência de solução legislativa, o agente do Ministério Público deve postular, no caso concreto, a observância dos limites de pena mais favoráveis ao réu, reconhecida a perda de eficácia, por inconstitucionalidade, do art. 6º da lei 8.072/90 (prevê penas exarcebadas para os delitos dos arts. 157, # 3^{II}, 159, *caput* e seus 01⁰, 2⁰ e 3^o, 213, 214, 223, *capui* e seu # único, 267, *caput*, todos do C. Penal).

3. A competência da Justiça Militar deve se limitar aos crimes *propriamente militares*, isto é, ligados à disciplina do quartel, com revogação dos dispositivos que tipificam os chamados crimes *impropriamente militares*.

4. Impõe-se imediata reformulação da lei dos crimes hediondos, com abandono do critério puramente legal para definição de tais crimes, cabendo ao órgão do Ministério Público, na fase investigatória ou no oferecimento da denúncia, manifestar-se sobre a característica de hediondez do crime praticado com violência ou grave ameaça.

5. A classificação *in concreto* do delito, como hediondo, deve exigir decisão fundamentada da autoridade judiciária.

O CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA E A CONTINUIDADE

JOSÉ FERNANDO GONZALEZ

Promotor de Justiça no RGS

EDILSON MOUGENOT BONFIM

Promotor de Justiça em São Paulo

SÍNTESE: A inaplicabilidade do parágrafo único, do art. 71, do Código Penal aos crimes dolosos contra a vida, quer pela impossibilidade de ficção jurídica de unidade em tais delitos, quer por quebra do princípio constitucional de assegurar soberania aos veredictos do Tribunal Popular.

FUNDAMENTAÇÃO: Em especial no delito de homicídio, vemos como impossível ¹⁰ imaginar desígnio único de vontade a mover a conduta do agente que mata mais de uma vítima. Pelo contrário, o dolo que move o agente em tais delitos é particularíssimo em relação àquela vítima e nenhuma outra.

Salvo a figura rara de um "franco atirador", via de regra inimputável, não há como estender o raciocínio à idéia de que aquele que mata tenha agido em mera continuidade. O agente do homicídio escancara dolo dirigido a cada uma de suas vítimas por personalíssimos motivos, sendo tais motivos que o fazem agir contra uma ou mais pessoas.

Afora isso, cabe-nos dizer que no homicídio, como regra, a sanção tem um caráter unicamente retributivo. Pune-se o homicida ocasional mesmo com a certeza de que, em liberdade, não voltará a praticar delito; pune-se o homicida com prisão mesmo sabendo que o presídio nada lhe trará senão malefícios à personalidade.

Ora, a marcante característica de retributividade da pena no homicídio só se justifica frente à gravidade do delito e à irreversibilidade de suas conseqüências. Aplicar a regra

WM

da continuidade delitiva seria, nesse passo, dizer que uma vida humana vale menos que a outra; ou importaria concluir que, após matar a terceira vítima, o Estado estaria entregando ao homicida uma autorização para matar quantas mais quisesse, sem que isso lhe trouxesse qualquer consequência.

4 O argumento de que a sanção esbarraria no limite de trinta anos não se presta à espécie, haja vista que, em caso de uma punição além desse limite, haveria profundas implicações à luz da Lei de Execuções Penais, fazendo-a, na prática, em tudo e por tudo desigual ao apenamento originariamente fixado aquém dos trinta anos.

Por outro lado, o obstáculo processual é ainda mais severo, senão vejamos:

- O réu que é julgado pelo Júri, acusado de mais de um homicídio, verá cada um dos delitos separadamente avaliados pelo Conselho de Sentença. Daí a exigência de que o libelo contenha **uma série de quesitos para cada um dos delitos** (art. 417 CPP).

A Constituição Federal (art. ^{50,} inc. XXXVffl), assegura ao Júri "soberania dos veredictos". Isso implica dizer que o Juiz Presidente fica fundamentalmente vinculado à decisão do Conselho e que a sentença deverá seguir rigorosamente a vontade do Tribunal Popular.

Cabe então indagar, por lógico, como ficaria a soberania do Júri no caso de condenar por mais de um crime e, logo depois, ver o Magistrado aplicar a pena de um deles tão somente, acrescida de um percentual pela continuidade?

Pensamos nós que a questão é insuperável, sob pena de não se justificar o exame individuado de cada um dos crimes pelos Julgadores do Povo. Ou que razão haveria de o Júri decidir sobre qualificadoras, agravantes, atenuantes e até homicídio privilegiado, afora teses absolutórias, em delito **não autônomo, parte apenas de um todo continuado?**

A possibilidade que se chega a discutir (e até aplicar em alguns casos que conhecemos), de o Juiz formular ao Conselho uma espécie de "sobrequesito", perguntando se é caso de continuidade, se nos afigura igualmente insustentável.

É que ao Júri não é dado responder sobre regra de aplicação de pena e, afora isso, a unificação pela continuidade pode ser aplicada, quando cabível, em sede de execução penal, quando seria de todo impossível reunir um Conselho para decidir sobre o caso.

A conclusão, portanto, é de que a mencionada regra legal é inaplicável a tais crimes, cabendo ao Ministério Público atacar, pelo recurso cabível, o entendimento, que já começa a tomar vulto, de que é perfeitamente possível tamanho benefício ao homicida.

RR

MODIFICAÇÃO TOPOGRÁFICA DO INFANTICÍDIO

Cláudio Barros Silva,
Procurador de Justiça Rio Grande do Sul

O tipo penal do infanticídio, descrito no artigo 123 do Código Penal diz: Matar, sob a influência **do estado puerperal, o próprio filho, durante o** parto ou logo após. Comina, a quem realiza a conduta típica, a pena de dois a seis anos de detenção.

Por certo, esta é uma forma privilegiada de cometer o homicídio, desde que preenchidos os elementos do tipo penal, que são descritivos, normativos e subjetivos.

Todavia, o legislador de 1941 pretendeu de criar um tipo autônomo, que tem, como qualificação oferecida pela doutrina, entre outras, de ser delito próprio, delito instantâneo, delito principal, delito simples e delito material. Com estas características, sendo um delito autônomo e principal, bem como pelo fato de descrever circunstâncias elementares de caráter pessoal, passam a ocorrer problemas sérios quando estamos diante do concurso de pessoas.

A reforma penal de 1984 trouxe modificações quanto ao concurso de agentes, onde, pela norma do artigo 29 do Código Penal, **quem, de** qualquer modo, concorre **para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.**

Assim, o autor, direto ou indireto, bem como o partícipe (parágrafo 10), respondem pela prática do crime.

Já o artigo 30 do Código Penal afirma que **não se- comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.**

Para o infanticídio praticado em concurso de pessoas, o problema está, com certeza, na norma do artigo 30 do Código Penal, quando diz que as **circunstâncias e as condições de caráter pessoal nunca se comunicam, salvo quando elementares do crime.**

No crime de infanticídio, as circunstâncias de caráter pessoal são sempre elementares do crime. Estas circunstâncias são: matar o próprio filho, pois este é um crime próprio que exige qualificação especial do sujeito ativo, **a mãe; o próprio filho**, também se exige qualificação especial do sujeito passivo do delito; **durante ou logo após o parto**, requisito especial à mãe, bem como ao nascente ou neonato; sob a influência do estado puerperal, ou seja, a mãe deve estar sofrendo as perturbações psicológicas e físicas em face do fenômeno parto.

4

Presentes estas circunstâncias, estamos diante do delito de infanticídio, pois o delito é prurissubsistente. Somente com todos os elementos há o fato típico.

Todavia, se o crime praticado por terceiro, a pedido da mãe, que está sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto? Também, se a mãe e o terceiro realizam o fato de matar a filho, durante ou logo após o parto, sendo que a mãe está sob a influência do estado puerperal? Por fim, se a mãe, sob a influência do estado puerperal, é instigada ou induzida, por terceiro, a matar seu próprio filho, durante ou logo após o parto?

➤

O terceiro, que realiza atos de execução nas duas primeiras hipóteses e, de qualquer modo, concorre para o crime, na última, será considerado pela sistemática do Código Penal vigente co-autor do delito de infanticídio, pois as circunstâncias e condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, se comunicam.

Este fato, com certeza, causa aos lidadores do direito grave estranheza, pois se o terceiro conscientemente e querendo o resultado, mata a criança por asfixia a pedido da mãe,

praticando o tipo penal do homicídio qualificado, cuja pena mínima é doze anos de reclusão, responderá por infanticídio cuja pena mínima é dois anos de detenção.

A comunicabilidade das circunstâncias elementares causa dificuldades de aceitação, principalmente quanto ao dolo na conduta finalística desenvolvida. Por certo, o terceiro queria matar e o fez conscientemente, todavia será punido pela prática do delito de infanticídio, muito mais benéfico a ele, apenas porque a mãe estava sob a influência do estado puerperal.

A tese propõe, então, que se sugira à Comissão de Reforma Penal a modificação topográfica do delito de infanticídio, para que ele esteja dentre as circunstâncias que podem privilegiar o homicídio (artigo 121, parágrafo ¹⁰, do Código Penal), deixando de ser um tipo autônomo e principal.

Aceita a proposta, a descrição do infanticídio estaria como privilegiadora do homicídio, ou seja, a mãe que matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal, teria a pena do homicídio diminuída, nos termos da lei.

Com isto, as circunstâncias e condições de caráter pessoal não seriam mais elementares do crime de infanticídio, mas circunstâncias de ordem pessoal e subjetivas que poderiam, caso presentes, diminuir a pena, como minorante. Como causa especial de diminuição da pena, estas circunstâncias ou condições não se comunicariam, resultando, como consequência, que o terceiro responderia por homicídio e a mãe, presentes as circunstâncias de caráter pessoal, por homicídio privilegiado.

t Este acerto topográfico é necessário e imperativo, propondo a tese que o parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal passasse a ter a seguinte redação:

§1º. Se O agente:

1 - comete o crime impelido por motivos de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço;

a

II - mata, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, o juiz diminuirá a pena de um sexto."

Com a modificação proposta o infanticídio seria forma de privilegiar o homicídio, deixando de ser tipo autônomo previsto no artigo 123 do Código Penal.

ó

*

ABORTO HUMANITÁRIO - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA

Procurador de Justiça - GO

Professor de Direito Penal

e Processo Penal

MIRTHES DE ALMEIDA GUERRA MARQUES

Procuradora de Justiça

JORGE GABRIEL MOISES

Procurador de Justiça

Professor de Direito Penal

e Processo Penal

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO

2. ABORTO LEGAL: ABORTO TERAPÊUTICO E ABORTO SENTIMENTAL

3. A FIGURA DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - EXIGÊNCIA

4. A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL TERIA EFICÁCIA DESCRIMINALIZANTE?

5. CONCLUSÃO

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO

Aborto, palavra derivada de **ab-ortua**, tem o significado de privação do nascimento. Entende-se por aborto a interrupção voluntária da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção, escreve o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, citando preciosa bibliografia, vinda de Florian, Micéforo e Pende. (1)

A conceituação -típica do aborto, em nossa legislação (art. 124, CP), guarda inteira correspondência com a posição, acima enunciada: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. No importa, para o nosso legislador, a fase de desenvolvimento em que se encontra a gravidez da mulher, isto é, se o aborto é ovular, embrionário ou fetal, como se exige em alguns códigos penais alienígenas.

O aborto só alcança satisfação do requisito da tipicidade se a gravidez já atingiu certa faixa etária, medida por meses ou por semanas. Não participa, entre nós, dos atributos da tipicidade, essa elementar requerida alhures.

O aborto, etimologicamente conceituado, seria o produto morto da concepção, esta resultante de conjunção carnal, enquanto que o ato de abortar, que nossa legislação especifica denomina de aborto, seria o abortamento.

O aborto, como ato de abortar, seria classificado, na perspectiva da doutrina, onde pontifica JULIO FABBRINI MIRABETE, em espontâneo ou natural (causado por problemas de saúde da gestante), acidental (nos casos de queda, atropelamento, etc) e provocado que é a

(1) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. "Comentário ao Código Penal" - 232.

forma de aborto que se qualifica como criminosa ou legal, arts. 124/128, Código Penal. (2)

A classificação do delito que motiva o presente trabalho, é a do aborto provocado, traduzida em rica variedade típica, em contradição na parte especial de nosso Código Penal, bifurcando-se em hipóteses proibidas (arta. 124/127, CP) e permitidas (art. 128, 1 e II, Código Penal).

I- Segundo estudo do último autor citado, as causas do aborto criminoso são múltiplas, podendo destacar-se as de natureza econômica, moral ou individual (vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade). (3)

Sobre a figura do aborto permitido, parte do objeto desse trabalho, o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal traz necessárias e oportunas inovações, que veremos nos tópicos seguintes.

2. ABORTO LEGAL: TERAPÊUTICO E SENTIMENTAL

Na parte especial de nosso Código Penal (arts. 121/1361) aparecem, ao lado de uma extensa tipologia incriminadora, exemplos de tipos permissivos, alguns deles se aperfeiçoando com a exigência de capacidade especial do sujeito ativo: o aborto terapêutico e o sentimental ou humanitário (art. 128, II, CP), cujo sujeito ativo deve ser médico, sob pena de descaracterizar-se, são alguns dos modelos, presentes em nosso código. Só o profissional de medicina, por exigência típica, pode provocá-los. Na moldura do tipo permissivo inscreve-se o

(2) MIRABETE, Júlio Fabbrini. "Manual **de Direito Penal**" - 2/73.

(3) MIRABETE, Júlio Fabbrini. ob. e p. cit.

requisito especial: ser o tipo realizado por médico, desde que acompanhado das demais elementares previstas.

Ocorre exclusão de ilicitude, exclusão especial, quando o aborto é praticado por médico e não há outro meio de salvar a vida da gestante. É o chamado aborto terapêutico ou necessário, cujos limites confinam com a necessidade de salvar a vida da gestante.

No aborto, necessário ou terapêutico, obra do médico, com o escopo de salvar a vida da gestante, o tipo penal correspondente é resumido, sintético no que tange à exigência de autorização: ele não fala, é omissivo sobre tal requisito. O médico, sujeito ativo do fato, é o juiz único de sua oportunidade, respondendo por qualquer desacerto, porventura ocorrente, nem mesmo a opinião da gestante, ainda que capaz, é invocada como parcela do tipo permissivo. O médico não está, assim, vinculado a qualquer opinião estranha a sua.

Já o aborto por indicação ética, o conhecido aborto sentimental ou humanitário, têm a exclusão da ilicitude condicionada ao requisito do consentimento prévio da gestante ou de seu representante legal, quando a mesma for incapaz de consentir.

O aborto sentimental, na previsão do Código Penal, (art. 128, II, CP) erige-se também em causa especial de exclusão de ilicitude, desde que realizado por médico, a gravidez da gestante seja resultado de estupro (art. 213, CP).

Por influência da doutrina, o anteprojeto em discussão, amplia o âmbito da justificativa, inserindo-se, neste rol, mais a figura do atentado violento ao pudor (art. 214, CP), que vem no art. 228 do anteprojeto mencionado.

Os autores nacionais, por expressiva maioria, já acolheram a ampliação acima, amparados no recurso à analogia in bonam partem,

admissível por .no ser alcançada pela proibição do artigo primeiro (1a) do Código Penal.

No exercício do magistério superior, já defendíamos, faz algum tempo, um elastério maior na aplicação da analogia para incluir outras figuras penais, cuja realização pode resultar na gravidez da vítima como a posse sexual mediante fraude (art. 215, CP) e o Atentado ao Pudor Mediante Fraude- (art. 216, CP). O anteprojeto, infelizmente, descriminaliza as duas condutas acima mencionadas, descriminalizaMo que reflete, principalmente em relação à figura penal do art. 215, CP, nossa realidade social.

Antes de encerrar a referência à participação da doutrina, vale a pena lembrar que o Prof. JAMES TUBENCHLAK, em sua mais recente obra, já em segunda edição, dentro do ano em curso,- Tribunal do Júri - Contradições e Soluções, pág. 33-, escreveu: Pro analogia in bonam partem, é válida a inclusão de prenhez decorrente de outro delito contra a liberdade sexual (art. 214, 215 e 216, CP). (4)

A Polônia, recentemente, vem de descriminalizar o aborto, quando a gravidez é resultante de crime.-

3. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, EXIGÊNCIA -

O aborto necessário, provocado por médico para salvar a vida da gestante, à falta de outro recurso, não suscita, na doutrina nem na Jurisprudência, qualquer Indagação a respeito da necessidade de consentimento ou autorização de alguém para sua realização. A

(4) TUBENCHLAK, James. "Tribunal do Júri - Contradições e Soluções". p. 33, 2.ed., 1990.

problemática suscitada por esse requisito prévio, necessário ou no ao aperfeiçoamento do tipo permissivo, surge, apenas, a partir do aborto realizado para interrupção da gravidez, resultante de estupro.

Na próxima legislação, se convertido em lei o anteprojeto que circula nos meios universitários, só o aborto fundado em probabilidade, atestada por dois médicos, de o nasciturno apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais dependerá de prévio consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge (art. 128, III).

Como se depreende dos textos legais transcritos, referentes aos casos de aborto permitido, condição prévia que aparece é a que provém do consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz, ,a mesma, de consentir.

O médico que atende a mulher, quando a gravidez é resultante de Estupro, Atentado violento ao Pudor, Posse Sexual mediante Fraude (os dois últimos tipos pela aplicação da analogia) pratica comportamento típico, mas conforme o direito, quando provoca o aborto com o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

A autorização judicial, cuja exigência a imprensa nacional tem emprestado tanto destaque nos mais variados recantos do país, é figura absolutamente alheia, estranha aos requisitos da tipicidade especial, insculpidos na moldura da norma descrita no art. 125, 1 e II Cp.

A vítima de crime de estupro, quando capaz, ou o seu representante legal, na hipótese contrária, postula a referida autorização judicial, o Magistrado ouve o Ministério Público, *decidindo* a seguir, pela autorização ou negativa da realização do aborto requerido.

No procede, por absoluta ausência de respaldo legal, a prática forense referida, o Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, instado a manifestar-se deve recusar-se a fazê-lo, aproveitando, porém, a oportunidade para impugnar a competência do Juiz, dada a incompatibilidade de atuação jurisdicional do Estado. Defeso é, ao representante do *Parquet*, manifestar-se pela procedência ou improcedência da pretensão, por tratar-se de matéria fora da seara da jurisdição penal, em virtude de expressa disposição legal. (art. 128, I e II CP).

Em costumeiros e lamentáveis equívocos têm laborado advogados, juizes e promotores de Goiânia, Brasília, Belo Horizonte, etc, acerca do assunto autorização judicial.

O equívoco assinalado, responsável por tantas incertezas, vem possivelmente da opinião do saudoso NELSON HUNGRIA, em seus célebres comentários ao Código Penal, que afirma ser conveniente que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado. (05)

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR limita-se, no tema, a acolher a orientação do mestre. (06)

O mestre HUNGRIA/sempe fez escola entre nós, ainda que enfrentando texto claro da lei. Outro exemplo, temo-lo no tema concurso de pessoas, em crime de infanticídio. Aquele que concorresse para que a me, sob a influência do estado puerperal, durante, ou logo após o parto, matasse o próprio filho, não responderia pelo delito de

(5) HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal" - v/313.

(6) COSTA JUNIOR, Paulo José da. "Comentários ao Código Penal" -2138.

infanticídio, mas por crime autônomo, diverso do infanticídio, o homicídio. Unidade de fato, pluralidade de crimes sem expressa previsão legal, como ocorre nas hipóteses de aborto (art. 124, 251 parte e 126) e bigamia (art. 235, parágrafo 12) todos do Código Penal. Era a opinião do Sumo Pontífice do Direito Penal, expressa nas quatro primeiras edições do 52 volume, rejeitada por ele mesmo, na 62 edição (p49. 266, nQ 56). (07)

Nesta Última edição, publicada após o falecimento do saudoso mestre, edição que contou com comentários de outro saudoso penalista, o Prof. HELENO FRAGOSO, HUNGRIA revê sua posição acerca do concurso de pessoas e infanticídio.(08)

Na literatura nacional só o Prof. JULIO FABRINI MIRABETE deu pela nova posição de NELSON HUNGRIA (09) nesta questão do concurso de pessoas no delito de infanticídio.

A matéria concernente à necessidade ou possibilidade de autorização judicial, como condição de licitude do aborto humanitário, expressa-se através de uma redação no texto legal, que a maioria dos autores nem a abordam, por inteira desnecessidade. Chega-se quase a Justificar o brocardo: **in cláris non fit interpretatio** - JAMES TUBENCHLAK, na obra citada, é o mais enfático: 'No exige a lei, no *aborto necessário*, prévia comunicação ao Poder Público ou autorização Judicial". Quanto ao *aborto sentimental*, idem.(10)

(7) HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal" - v/266.

(8) FRAGOSO, Heleno C. (in NELSON HUNGRIA) ob. cit. p.,542.

(9) MIRABETE, Júlio Fabbrint. "Manual de **Direito** Penal" - 2170.

(10) TUBENCHLAK, Sarnes. ob. p. cit.

Dentre os autores que cuidaram, em suas obras, da autorização judicial, para negar-lhe procedência destaca-se MIRAETE pela explicitação com que encarou a matéria..(11)

- E o médico, que não depende de autorização judicial,, nem de processo instaurado contra o estuprador, que provoca o aborto, induzindo em erro sobre o estupro pela mulher engravidada, em que situação penal ficaria? Sua conduta, objetivamente típica, porque
- provocadora do aborto, é atípica por ausência de dolo, em razão de erro de tipo como escreve JULIO FÀBBRINI 'MIRAETE na obra acima citada.(12)
- PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, emérito professor da Sao.Francisco, entende que tal hipótese teria a cobertura do erro sobre a ilicitude do fato (art. 21, CP) (13) EDGAR MAGALHES NORONHA, grande figura do Ministério Público paulista, de saudosa memória, baseando o aborto na boa-fé do médico, afirmava a ocorrência de isento de culpa, respondendo a mulher pelo delito do art. 124, 24 parte. (14) É a posição do ilustre professor paulista e membro do Ministério Público, WILLIAM WANDERLEY JOSÉ.(15)

Encerrando o tópico, a conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre do texto explícito, indicando como , pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

(11) MIRABETE, Júlio Fabbrini. "Manual de Direito Penal" - 2170.

(12) Idem - ob. cit. p. 84.

(13) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. "Comentários ao Código Penal" o),. cit. p. 38.

(14) NORONHA, Magalhães. "Direito Penal" - 2/61.

(15) JOSÉ, Willliam Wanderley. "Curso de Direito Penal" - 1.1 - 120 - 6.ed.

questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez redacional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

4. A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL TERIA EFICÁCIA DESCRIMINALIZANTE?

Autorizado o aborto, via judicial, tal ato seria apto à * formação de coisa julgada? A resposta demanda indagação acerca da natureza jurídica desse ato do Juiz.

No se trata de ato processual de feição jurisdicional.

O ato autorizador, embora de emanção judicial, no se revestindo dos atributos processuais da coisa julgada, por ausente conteúdo jurisdicional, no tm o condo de produzir a descriminalização judiciária, como ocorre em outros casos, tal como o exemplo do estelionato na modalidade de emissão de cheque sem a suficiente proviso de fundos (art. 171, 22, VII CP). A jurisprudência pátria transmudou esse tipo rigorosamente formal em crime material, abrindo espaço para uma ampla descriminalização judiciária, quando se exige, como condição consumativa, o efetivo prejuízo para o sujeito passivo da infração penal. Descriminaliza-se, também, via jurisdicional a Casa de Prostituição (art. 229, CP encarando-se o tipo representativo como um modelo de crime habitual, quando o mesmo, pela estrutura típica com que se apresenta, define-se bem como um exemplo de delito permanente, cuja consumação (art. 303, CPP) facilitaria o exercício dos atos persecutórios, notadamente com a compatibilidade da prisão na flagrância delitiva. Aliás, esse ilícito. penal no entrará na próxima

e

legislação, via de descriminalização legislativa, motivada por lobbies, justificando a indagação: quem faz as leis no Brasil?

Ausente a eficácia da descriminalização judicial, no ato do Juiz, autorizando o aborto por indicação ética, nada impede que a autoridade policial instaure, de ofício, inquérito policial ou prossiga na investigação já iniciada, os quais remetidos ao Ministério Público, poderá dar ensejo ao oferecimento da denúncia. Recebida, que poderá ocorrer em razão do apelo às vias recursais (art. 581, 1, CPP), o resultado do julgamento do Tribunal do Júri poderá ser a condenação do médico no art. 126, CP, ao lado da gestante, que responderá pela imputação a título de outra figura penal (art. 124, 22 Parte, CP) em razão da incidência do princípio da exceção pluralística à teoria unitária do crime.

5. CONCLUSÕES

a) O aborto na mulher, cuja gravidez resultara de estupro, no depende, para configuração de sua licitude, que o médico receba autorização judicial;

b) A chamada autorização judicial não compõe o tipo permissivo excepcional, contido na disposição do art. 128, 1, do Código Penal;

c) A autorização judicial, erroneamente requerida, e, às vezes concedida, é irrelevante como causa obstativa da persecução penal contra o médico e a gestante, no caso de falsidade do estupro, por não concorrer para a formação da coisa julgada.

Samia Saad Gallotti Bonavides
Luiz Fernando Belinetti
Gilberto Giacoia

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho, pela sua parvidade, no tem outra pretensão senão a de reunir as expressões doutrinarias mais significativas a respeito do tema, ofertando, à guisa de conclusão, solução que ensaie ao menos o debate académico, convergindo à reflexão conciliatória entre os postulados que informam o Direito Penal moderno e as medidas cada vez mais necessarias de proteção social.

Muito se tem debatido a respeito da responsabilidade pelos atos praticados através dos entes coletivos, em sede penal.

O principio *societas delinquere non potest*', sobre o qual até há pouco tempo, no se admitia questionamento, ainda continua norteando grande parte das legislações modernas, embora se observe gradativa tendencia de revisão.

Com efeito, o crescimento industrial e o progresso tecnológico tm forçado os juristas a uma reavaliação de certos principios porquanto cada vez mais comum a complexidade das relações sociais, escondendo-se nas pessoas morais as praticas altamente danosas de seus representantes, cuja contribuição pessoal nem sempre se consegue suficientemente apurar.

Assim sendo, embora objeto de ficção legal, a dificuldade de se estabelecer a participação pessoal de diretores e gerentes de tais pessoas juridicas, tem levado o Direito moderno a caminhar no sentido da responsabilização das mesmas reconhecendo-lhe a Ordem Jurídica personalidade e titularidade de direitos e obrigações.

Entretanto, no campo do Direito Penal, embora se constata gradual corrente buscando dar relatividade aquele invocado principio, em contra maior resistncia sua sede revisora por esbarrar em principios conquistados com tanta dificuldade ao longo dos tempos, lapidando os institutos a que se refere.

2. AS TEORIAS.

Varias teorias disputam as preferencias a respeito do tratamento juridico dos entes coletivos.

Delas, duas merecem destaque.

A primeira, da ficção idealizada por Savigny, sustenta que as pessoas juridicas so entidades fictícias, sem consciencia e vontade próprias, resultado de criação legal.

Em oposição a ela, a 'da realidade, que tem como expoente Gierke, defende serem elas entes reais, reconhecidos e disciplinados pela lei, portanto, portadoras de vontade.

Disso resulta que, para aquela, as pessoas jurídicas não são capazes de ação e, conseqüentemente, não são passíveis de punição na esfera penal, só podendo esta incidir sobre as pessoas singulares que as compõem, enquanto que, para esta, possuindo capacidade de ação, podem ser sujeitos ativos de condutas puníveis.

Abstendo-se essas singelas anotações da crítica às teses acima referidas, por não comportá-la os seus estreitos limites, pode-se concluir, como com maestria o faz Luiz Vicente Cernicchiaro, que "o raciocínio penal prescinde da definição da natureza jurídica da entidade, relegando a plano secundário aquelas conhecidas teorias, uma vez que a ciência do Direito elabora conceitos próprios, devendo o analista se libertar do positivismo ortodoxo, "que buscava identificação do raciocínio das ciências do ser e das ciências do dever ser" (iii, Direito Penal na Constituição, RT, 2B edição - 1991 - p. 136).

3. A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

Notícia a Professora Sheila Jorge Selim de Sales, em sua excelente monografia 'Do Sujeito Ativo, ser amplamente acolhida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Direito anglo-americano. Cita o Heleno Fragoso, refere-se ao 'Interpretation Act', de 1889, que emprega apenas a palavra 'pessoa', incluindo a jurídica, consoante inclusive interpretação dos tribunais.

O mesmo ocorrendo no Direito Penal holandês.

Embora no expressamente consagrada pelo Legislador Penal português a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, não pode ser ela descartada diante da redação do artigo 82, do Código Penal:

'Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal'.

Já o Direito Penal alemão, ainda segundo notícia a nominada Professora, não abandona o velho princípio 'societas delinquere non potest', cominando aos entes coletivos apenas sanções de natureza administrativa, em especial a multa.

Na mesma linha o sistema penal italiano, que estabelece punição administrativa às hipóteses de atividades ilícitas das pessoas jurídicas. Pertinente, ainda, a referência ao Direito Penal Administrativo feita pela legislação italiana.

Em igual diapasão, referentemente às medidas administrativas, os legisladores espanhóis, argentinos, suíços, dentre outros.

3. A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA PRÁTICO.

Da referência teórica e do confronto da legislação comparada, verifica-se que a consagração ou não da responsabilidade penal dos entes coletivos assenta-se muito mais em razões práticas do que científicas.

Com efeito, as conveniências da prevenção geral da criminalidade, aliadas às dificuldades lógicas de serem identificadas as contri-buições dos sócios e gerentes nos atos lesivos à ordem social, têm levado o Direito Penal a caminhar no sentido de serem as pessoas jurídicas criminal-mente responsabilizadas, com aplicação de sanções penais compatíveis.

Cientificamente, contudo, não há como considerá-las agentes de crimes sem alterar a realidade ontológica e postergar a validade do princípio da culpabilidade (Cavaleiro de Ferreira, Lições de Direito Penal, Lisboa, 1985, v. 1, p. 156), pois o fenómeno volitivo é exclusivo do ser humano.

Nel campo del diritto penale può agire unicamente l'uomo (Giuseppe Bettiol, Diritto Penale, Padova, 1986, p. 287).

A responsabilidade penal pressupõe a culpabilidade, pois o juízo de censura somente se impõe ao agente que tenha atuado com consciência da ilicitude. Aí o carácter estritamente pessoal da acção delituosa.

4. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA.

A resistência científica à revisão do princípio *societas delinquere non potest* encontra respaldo em autorizadas lições doutrinárias.

Assim, Jescheck ressalta em relação às corporações:

...carece de sentido la desaprobación ético-social inherente a la pena, ya que el reproche de culpabilidad solo puede formularse respecto de personas individuales responsables y no frente a miembros de una sociedad que non han participado en el hecho ni frente a una masa patrimonial (Tratado de derecho penal- Parte general - Trad. Mir Puig e Muñoz Conde - 1981 - p. 300, v. 1).

Sobre o mesmo tema, leciona Reyes:

Decir que una persona jurídica pueda matar, robar, falsificar, injuriar, secuestrar e ejecutar cualquier otra de las conductas descritas en los tipos penales, no pasa de una ficción, aún en las hipótesis en que aquella se haya comprometida en una actividad semejante. Supóngase que la empresa X, para eliminar la competencia de la empresa Y, haya decidido pagarlo a un sujeto con el fin de que sustraiga una valiosa maquinaria de esta firma y así se hace: podrá decirse que aquella empresa es autora intelectual del hurto? No, porque solo tiene tal categoría quien, pudiendo realizar directamente la conducta típica, se abstiene de hacerlo y entonces la empresa valiéndose de otro individuo (La tipicidad - 44 ed. p. 48).

Giulio Battaglini salienta sobre o assunto:

'A infração criminal é violação de uma norma de comportamento, suscetível de valorização moral. Ora, tal valorização moral. Ora, tal valorização não pode respeitar senão a uma ação humana, porque só nesta se pode encontrar uma vontade culpável' (Teoria da infração criminal. Trad. Augusto Coimbra - 1961 - p.32).

E Manuel Antonio Lopes Rocha esclarece e que:

a moderna tendência de se responsabilizar as pessoas jurídicas no Direito Penal, e, de forma especial, no Direito Penal português, tem sido inspirada em razões pragmáticas, no fundo as mesmas que têm levado outros a não se deixarem impressionar pelos argumentos de ordem doutrinária que se opõem à consagração da responsabilidade criminal não individual' (A responsabilidade criminal das pessoas coletivas - Ciclo de estudos de direito penal e económico - Coimbra - 1985).

No mesmo sentido, Eduardo Correia, para quem:

"A possibilidade da responsabilidade coletiva das sociedades, de que hoje tanto se fala, constituirá, eventualmente, um caminho para alargar as reações contra delitos antieconómicos (Notas críticas à penalização de actividades económicas - Ciclo de estudos de direito penal e económico, 1985).

A posição da doutrina espanhola, refletindo a situação predominante no mundo, é ilustrada por Muñoz Conde que, ao tratar do 'sujeito da ação', observa:

'Igualmente, não podem ser sujeitos de ação penalmente

relevante, ainda que possam sê-lo em outros ramos do ordenamento jurídico, as pessoas jurídicas. Do ponto de vista penal, a capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o direito atribui capacidade para outros efeitos distintos do penal" (Teoria del delito, Bogotá, Temis, 1984). Barbero Santos também sustenta:

"Exigência de capacidade de ação, de culpabilidade é de pena do autor do fato criminoso só impróprios para envolver também as pessoas jurídicas. Há que ficar claro que não repelimos a ideia de que se possa usar do Direito Penal para sancionar atuações das pessoas jurídicas. Manifestamo-nos, então, no sentido de que os princ -

pios que servem de fundamento do Direito Penal atual dificultam que ele possa abarcar hoje, em países que não sigam o sistema do "Common Law, os entes coletivos. Nada haverá a objetar se estes princípios mudarem (A Reforma penal - Ilícitos penais econômicos, Rio, Forense, 1987).

Mesmo Araújo Junior, defensor entusiasta da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, reconhece que o grande problema, o ponto central da matéria é definir o fundamento da referida responsabilidade (A Reforma penal, obra citada).

Johannes Wessels afirma que:

As pessoas jurídicas e associações não são capazes de ação em sentido natural, e também não podem, conseqüentemente, serem infligidas com pena criminal. Sobre a responsabilidade de órgãos e entidades, compare os §§ 14 do C. Penal, 29 e 30 da Lei de Infrações e Ordem: Jescheck, Lb § 23: Maurach, AT § 15, com outros dados' (Direito Penal- Parte Geral - Fabris Editor- Trad. Juarez Tavares- 1976, p. 26).

E o arremate do gênio de Zaffaroni:

En el derecho penal 'stricto sensu' las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual: solo un individuo es posible autor de un delito, nunca una persona moral'. En definitiva, el problema se resuelve según se siga el criterio de Savigny con la teoría de la ficción o el de Gierke con la 'teoría de la realidad' u 'orgánica', lo que, por cierto, marca una actitud general dentro de un ordenamiento jurídico.

Entendemos que en el derecho penal 'stricto sensu', las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana. Si bien hay leyes penales 'stricto sensu' que sancionan a personas jurídicas, entendemos -que tales leyes no hacen más que conceder facultades administrativas al juez penal, o sea que las sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino consecuencias administrativas de las conductas de los órganos de las personas jurídicas (Tratado de Derecho Penal - Parte General - III - Ediar - 1981 - Eugenio Raúl Zaffaroni).

*

5. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A Nova Parte Geral do Código Penal pitagórico foi elaborada com

assentamento no princípio *nuilum crimen sine, culpa*

Este é incompatível com as pessoas jurídicas, não se podendo, por ele, prescindir da culpa em relação ao fato de relevância penal, sendo consagrada, pois, a responsabilidade pessoal.

Os princípios defluentes e constantes do mesmo Estatuto Repressivo não se adequam, igualmente, aos entes coletivos, bastando citar os da culpabilidade, que tem o homem, capaz de agir com dolo ou culpa, como pressuposto e, portanto, como objeto de censura, e o da individualização da pena, cujo critério orientador repousa na reprovação e prevenção destinado à reeducação do condenado.

\$

Afastar-se da responsabilidade pessoal para aceitar a responsabilidade social com o objetivo de abrandar o fundamento da culpabilidade, além do retrocesso, importará no estabelecimento de outros princípios diferentes daqueles que informam o Direito Penal em seu atual estágio.

Com base nisso, os doutrinadores patricios já proclamavam:

Por ora basta a conclusão de que a responsabilidade objetiva não tem guarida no Direito Penal e, por isso mesmo, não há como responsabilizar-se criminalmente a pessoa jurídica. E quanto à responsabilidade dos diretores, gerentes, sócios, ou mandatários das empresas, o problema se resolve pela sua individualização, respeitadas as limitações impostas pelos princípios da causalidade e da co-autoria.

Apressamo-nos, porém, em ressaltar que somente as pessoas físicas podem praticar delitos. Seria uma contradição termos de usar a expressão crimes societários para indicar ilkitos penais praticados por pessoas jurídicas (Direito Penal Económico, Manoel Pedro Pimentel, RT, 1973, pp.73/74).

O conteúdo ético que se desenvolve como consequência da atenção às categorias lógico-objetivas pressupõe, portanto, que a observância da norma penal seja fisicamente possível, que se harmonize com a ordem objetiva dos objetos que quer regular, que se vincule ao homem como pessoa, não estabeleça contradições na sua valoração e seja produto do exercício da cidadania... Dessas exigências decorrem resultados práticos imediatos, como a total insubsistência de leis penais confusas, a necessida-

de de uma atualização na terminologia jurídica de modo a ajustá-la ao conhecimento do leigo, o reconhecimento da conduta humana como objeto exclusivo de regulação da norma penal incriminadora." (Critérios de seleção de crimes e cominações de penas - Juarez Tavares - Rev.Bras. de Ciências Crim! nais, 1992, p.85).

E Dotti:

O primado nulia poena sine culpa e expressamente declarado pelo art. 19 do Código Penal. E a culpabilidade é indicada como o primeiro elemento referencial para o momento judicial da aplicação correta da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovacão e prevenção do crime (art. 59)... Não há que se falar, portanto, em culpabilidade da pessoa jurídica', expressão manifestamente incompatível não apenas com a realidade ontológica das pessoas coletivas, mas, também, com o conceito minucioso de culpa' (Meio ambiente e proteção penal, RT v.655, p.252).

A Constituição Federal de 1988, entretanto, em dois dispositivos, estabeleceu:

"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" (artigo 173, § 52)

'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' (artigo 225, § 32).

Frente à Magna Carta, portanto, é possível afirmar-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica?

Não faltam aqueles que respondem afirmativamente à questão. Confira-se, é propósito, Julio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal, Atlas), dentre outros.

Melhor, contudo, postura doutrinária que se inclina em sentido oposto.

O argumento do Ministro Cernicchiaro é irrefutável. Pode ser resumido na afirmação de não trazer a Constituição nenhuma novidade, limitando-se a mencionar que a caracterização de ilícito penal, administrati-

vo ou civil, nos termos das leis, projetaria as respectivas relações jurídicas e, logicamente, a aplicação de penas compatíveis com as características da pessoa física (responsabilidade pessoal) e da pessoa jurídica.

Da mesma forma, René Anel Dotti assevera que:

"Não obstante, prima facie, a norma contida no art. 225, § 39, da Constituição, possa sugerir a admissibilidade, em nosso sistema jurídico, da responsabilidade penal das pessoas coletivas, a disposição em questão deve ser compreendida 'como a possibilidade tanto da pessoa natural como da pessoa jurídica responderem civil e administrativamente. Porém, a responsabilidade penal continua sendo de natureza e de caráter estritamente pessoais (Texto citado, p.25)

O sistema constitucional, ademais, conforma-se aos aludidos princípios da individualização da pena e da culpabilidade, consoante se infere de inúmeros dispositivos, dentre os quais se pode invocar o artigo 52, incisos XLV, XL e XLVII.

Efetivamente, a Constituição vigente, como as anteriores, ao tratar dos direitos e garantias individuais, reuniu as linhas mestras do Direito Penal.

É, aliás, com arremata, com seu peculiar brilho Luiz Vicente Cernicchiaro:

"Se fosse propósito do constituinte definir-se, quanto ao tema, evidentemente ter-lo-ia feito de maneira explícita, considerados o relevo e a polêmica da matéria, no capítulo que definiu os princípios do Direito Penal" (Obra citada, p.140).

6. O SISTEMA COMPATÍVEL

Não se pode negar a necessidade de serem incluídas, na legislação pátria, vigorosas sanções para coibir que os entes coletivos, como vem acontecendo, transitem impunemente na ilegalidade.

Os próprios penalistas não desconhecem a presença cada vez maior deles nos diversos setores da sociedade, particularmente no econômico.

Não é justo que o Direito Penal se omita.

Contudo, mais injusto é que interfira violando princípios tão arduamente conquistados.

Deve-se, pois, buscar um sistema que supere tal incompatibilidade.

Neste ponto, invoca-se novamente a lição do insuperável Zaffaroni:

De cualquier modo, entendemos que la disputa en torno de la capacidad penal de las personas jurídicas es casi especulativa. Hemos visto que esta capacidad es defendida con argumentos de corte defensivo o bien de naturaleza formal, pero lo cierto es que en último análisis, la discusión es perfectamente inútil, porque la circunstancia de que la persona jurídica no tenga capacidad penal no implica - en modo alguno - que no se pueda sancionar a los directivos que en el desempeño de sus cargos cometen delitos. Nada impide tampoco la aplicación de una sanción administrativa a la persona jurídica, que no afecta el principio penal de la intranscendencia de la pena - porque no es pena - ni altera los principios que fundan la culpabilidad penal. ... Las sanciones que les corresponden, como bien lo dice Jeschek, son Ordnungsstrafe gegen Verbände (penas administrativas contra sociedades), pudiendo ser ambas aplicadas por el mismo juez penal y en la misma sentencia, puesto que ello no pasa de ser una mera cuestión de competencia que no hace a la naturaleza de fondo de la sanción. Entendemos que de esta manera práctica y realista se puede defender la sociedad contra las acciones individuales escudadas en personas jurídicas, aplicándole sanciones sin alterar lo psicológico de la voluntad.

Por supuesto que la circunstancia de que la sanción sea una consecuencia accesoria de un delito, hará que esa sanción sólo pueda imponerse con ciertas exigencias que no sean exactamente las mismas que las del derecho administrativo ordinario, tal como también lo sostiene Jescheck, pero eso no cambia la naturaleza misma de la sanción' (Obra citada, p. 59).

Evidente que sanções enérgicas devem ser impostas às pessoas jurídicas, mas todas de natureza administrativa, fiscais ou civis.

Basta, para assim se concluir, invocar mesmo aqueles que fazem apologia à responsabilidade penal das corporações, pregando, porém, a aplicação de penas adequadas à sua natureza, tais como o confisco de bens, a multa e a suspensão ou interdição de atividades. Todas de cunho administrativo.

CORREIA, Eduardo (Notas críticas á penalização de actividades económicas – Ciclo de estudos, 1985):

DOTTI, Renê Anel (Meio Ambiente – proteção penal – RT 655):

FERREIRA, Cavaleiro de (Lições de Direito Penal – Lisboa, 1985);

JESCHECK (Tratado de derecho penal, 1981, Tradução Mir Puig e Muñoz Conde);

MIRABETE, Júlio Fabbrini (Manual de Direito Penal – parte geral, -Atlas):

PIMENTEL, Manoel Pedro (D.P.económico, RT, 1973):

REYES, Alfonso E (La tipicidad, Bogotá- 44 ed.);

ROCHA, Manuel Antonio Lopes (A responsabilidade criminal das pessoas coletivas- Ciclo de estudos, Coimbra, 1985):

SANTOS, Barbero (A Reforma Penal – Ilícitos Penais económicos, Forense, 1987):

TAVARES, Juarez (Critérios de seleção de crimes e cominações penais – Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1992):

WESSELS, Johannes (Direito. Penal – Fabris – Trad. Juarez Tavares – 1976).

Tais sanções, não estando sujeitas às exigências mais estreitas e demoradas da pena criminal, que interfere no estado da liberdade, inclusive ensejam maior proteção social, sem atropelar os princípios que fundamentam a culpabilidade penal.

Não se vê muita dificuldade de sua imposição pelo próprio juiz penal, tendo efeito de sentença condenatória, uma vez que, nesta sede, trata-se de mera questão de competência que não determina a natureza da sanção, conforme o Mestre argentino citado.

O sistema instituído mesclaria sanções penais (penas ou medidas de segurança) e sanções extrapenais, distribuindo-as conforme as respectivas responsabilidades, adequadas aos princípios norteadores do Direito Penal, inclusive o da intranscendência da pena na lição do mesmo Autor.

7. CONCLUSÕES.

Do exposto, à guisa de conclusões, se poderia extrair:

1. Enquanto não forem reformulados os princípios que norteiam o sistema penal pátrio, não há como serem incluídas as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de infrações penais.

2. A Constituição Federal de 1988 não quis aceitar para tal reformulação, mas apenas disciplinou a caracterização de ilícitos penais e extrapenais, nas áreas econômica e ambiental, para fins de projeção das respectivas e compatíveis responsabilidades.

3. Pode, no entanto, a lei instituir sanções administrativas vigorosas, de natureza extrapenal, a serem impostas dentro de um sistema misto, aceitando-se tenham o efeito de sentença condenatória, objetivando coibir a prática de atos lesivos pelas pessoas morais.

4. A sentença penal condenatória deve ser pressuposto de efeitos jurídicos que atinjam o ente coletivo relativamente à responsabilidade administrativa, comercial, civil, fiscal e de outros setores do Direito, adaptáveis a ele.

8. AUTORES CITADOS:

ARAÚJO JUNIOR, (A Reforma Penal, Forense, 1987):
 BATTAGLINI, Giulio (Teoria da infração criminal, Tradução Augusto Coimbra, 1961):
 BETTIOL, Giuseppe (Diritto Penale, Pádova, 1986):
 CERNICCHIARO, Luiz Vicente (Direito Penal na Constituição, RT, 1991):
 CONDE, Muoz (Teoria do delito, Bogotá, 1984):

**Criminalização do preconceito - Recusa na admissão do
trabalhador portador de deficiência**

A presente tese busca demonstrar a insatisfatória efetividade da criminalização do preconceito, referente à negativa de trabalho ou emprego à pessoa portadora de deficiência (art. 8º, inciso ifi, da Lei nº 7.853/89), em razão da inserção no tipo penal do elemento normativo **sem justa causa**, inexistindo a necessária lei reguladora da seleção e contratação do trabalhador portador de deficiência. Contudo, por se tratar de inegável avanço legislativo e ter o Ministério Público o dever institucional de atuar no sentido da defesa dos direitos dessas pessoas, registra-se a necessidade de, num primeiro momento, proceder à verificação nas empresas privadas com 100 (cem) ou mais empregados do preenchimento dos cargos com pessoa portadora de deficiência habilitada ou beneficiário reabilitado, no percentual estipulado pela Lei nº 8.213/1991, artigo 93. Abrir-se-á, por conseguinte, campo inestimável tanto para o exercício do direito ao trabalho quanto, em caso de descumprimento dessa obrigação pelas empresas, para a utilização da norma sancionadora em exame.

Portanto, vê-se como necessária a fixação legal das causas e circunstâncias que justificariam a recusa do trabalho ou emprego. Tal silêncio no nosso sistema normativo propicia a insatisfatória efetividade da criminalização enfocada. Assim, imperiosa é a elaboração legislativa referente aos critérios de seleção e contratação da pessoa portadora de deficiência, em qualquer setor da iniciativa privada, seja qual for o número de empregados já contratados.

Estabelece o artigo 8º, da Lei nº 7.853/89:

"Constitui crime punível com reclusão de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa:

inciso ifi- negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho."

Entretanto, para o ingresso no tema proposto parece-nos fundamental a fixação de conceitos e o exame de dados e princípios. Senão vejamos.

Vários são os conceitos de *deficiência*, encontráveis nas obras e nos textos relativos ao tema. Tendo em vista a objetividade buscada neste trabalho, consideramos apropriado adotar, desde logo, o critério do Rehabilitation Act (1973, nos EUA), da deficiência se constituir em qualquer fator limitante - físico ou mental - apresentado pelo indivíduo. Por conseguinte, podemos definir a pessoa portadora de deficiência como alguém que sofre limitação substancial em uma atividade importante da vida, por apresentar debilidade ou incapacitação mental, física ou emocional, que faz sua sobrevivência normalmente difícil.

É importante já de plano lembrar a distinção existente entre capacidade jurídica e a deficiência, pois toda pessoa que traz consigo incapacidade por saúde cabe na definição de pessoa portadora de deficiência, mas apenas uma parte do grupo das pessoas portadoras de deficiência pode ser incluída na categoria dos incapazes para os efeitos da nossa legislação. Assim, a incapacidade jurídica diz respeito fundamentalmente à impossibilidade de expressão válida da vontade. Deficiência, ao revés, ocorre face à limitação física ou mental e, muitas vezes, não atinge os limites da incapacidade jurídica

Segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS, 10% da população de cada país é portadora de algum tipo de deficiência física, visual, auditiva ou mental.

No Brasil, pelos cálculos da OMS, no mínimo 5% da população é deficiente mental, 2% da população é deficiente físico, 1,5% da população é deficiente auditivo, 0,5% da população é deficiente visual e 1% da população é deficiente múltiplo. 16

Ocorre que, sabe-se, a miséria é produtora de deficiências, pois os órgãos internacionais de saúde indicam que nos países de acentuada carência econômica, elas têm como causa predominante a desnutrição de mães e crianças, incluindo aí a insuficiência de vitaminas. Dessa forma, a miséria é uma cruel fábrica de deficiências ao trazer consigo a falta de saneamento, a já citada desnutrição, vacinação falha ou inexistente, falta de acompanhamento pré-natal e aconselhamento genético, acidentes de trabalho, precária ou inexistente assistência médica, acesso a terapias, etc..

Outrossim, entendemos fundamental *fazer* algumas considerações acerca da problemática das pessoas portadoras de deficiência no contexto social, já que todos os direitos previstos - atendimento educacional e de saúde especializados; benefício mensal; acesso e locomoção; aquisição de próteses, órteses; medicamentos e recursos necessários a tratamento; garantia de admissão em cargo público; vedação de preconceito; proibição de discriminação quanto a salário e critérios de admissão de trabalhador portador de deficiência, eliminação de barreiras arquitetônicas, etc.. - estão, na verdade, assegurando um direito primeiro, anterior e primordial, que é o da habilitação, **reabilitação e integração social**. Lógo, por essa ótica deve perpassar toda a análise e interpretação das normas que tutelam os direitos das pessoas portadoras de deficiência.

Quando refletimos sobre o tema integração social, não podemos ignorar o preconceito existente em todos os níveis da sociedade, haja vista até mesmo a terminologia empregada do tipo "excepcional", "inválido", "aleijado", "anormal", etc., reveladora de idéias pré-constituídas de que a pessoa portadora de deficiência é alguém definitivamente improdutivo e excluída das relações normais da vida - desde a família até o trabalho - pois são valores sociais a competição, a aparência, a organização e eficiência máxima como requisitos básicos ao sucesso e, por conseguinte, à capacitação social. Ocorre que os homens são socialmente desiguais e, além da diferenciação obscurantista e anti-humanitária entre portadores e não portadores de deficiência, nas palavras de João B. Cintra Ribas, "a divisão estrutural entre classes permeia todas as demais divisões. Se a sociedade está dividida entre ricos e pobres, empresários e trabalhadores assalariados e, por extensão, ideologicamente, entre superiores e inferiores, melhores e piores, estas divisões vão acabar por permear todas as outras" (**in O** que são Pessoas Portadoras de Deficiência, Ed. Nova Cultural/Brasiliense, São Paulo, 1985, p. 13/14).

Portanto, há que se refletir com seriedade quando adotamos a idéia de que "todos somos iguais". Existe, sim, o princípio constitucional da isonomia mas que não é, por si só, terminativo de conflitos, exclusões, etc. Muito mais que isso, é um espaço de luta para buscarmos a igualdade de oportunidades para os cidadãos e, no terreno das deficiências, garantir a mais honesta integração social daqueles que as portam e secularmente vêm sendo marginalizados.

Corroborar esse raciocínio o questionamento trazido pelo autor referido acerca da exclusão das pessoas portadoras de deficiência das relações sociais, defendendo que o "deficiente" é segregado, não obstante exista na sociedade uma **ideologia da integração** que consiste em apregoar a igualdade entre os cidadãos e por isso ninguém deve ser excluído do convívio social.

Mas, aceitar neste momento histórico que todos são iguais é escamotear realidade diversa e esse mecanismo social é altamente discriminador. Afirmar que todos são iguais, que ninguém é excluído ou discriminado da sociedade e exatamente aceitar comodamente as injustiças vivenciadas diariamente pelo cidadão portador de deficiência.

No dizer de Tércio Sampaio Ferraz Junior, os portadores de deficiência são reconhecidos como seres humanos e, sem a menor cerimônia, ignorados como cidadãos de direitos e garantias.

Assim, forçoso é concluir que, inobstante contarmos com recentes conquistas legislativas asseguradoras dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, a análise crítica de nossa realidade social toma-se imperiosa para que a integração social, habilitação e reabilitação dessas pessoas não passem de mera terminologia conveniente para manutenção de uma aparência de tutela legal baseada na isonomia mas inócua, ineficiente, escamoteadora na verdade das exclusões e injustiças presentes em nossa sociedade. Tal análise se impõe pela própria previsão de uma dessas conquistas legislativas - a Lei nº 7.853/89, ao determinar para sua interpretação e aplicação, como valor básico, entre outros, a **justiça social** (art. 1º, § 1º).

Nessa esteira, temos que se às pessoas portadoras de deficiência habilitadas ou reabilitadas for oportunizado o pleno ingresso no sistema produtivo, haverá redução de necessidades econômicas e sociais, dependendo, por conseguinte, menos de benefícios e pensões previdenciárias. O resultado disso é a diminuição dos encargos sociais para toda a Nação e a possibilidade, ao menos teoricamente, de remuneração mais condigna àqueles que realmente não podem trabalhar e aposentados. O aproveitamento do apreciável contingente de mão-de-obra dessas pessoas significa claramente beneficiar economicamente o País.

Então, se o trabalho é a mais eficaz forma do cidadão se integrar socialmente, predicado da cidadania e amenizador das carências econômicas e sociais, todos os mecanismos legais devem ser utilizados para assegurá-lo aos portadores de deficiência.

Contudo, há uma inexplicável resistência por parte de nossa sociedade em admitir para o trabalho pessoa portadora de deficiência. Pequeno exemplo disso é de que o SINE de Curitiba, possui uma lista de aproximadamente 400(quatrocentas) pessoas portadoras de deficiência mental, auditiva e visual, aptas para o trabalho, sem conseguir colocação.

O nível de desemprego entre os portadores de deficiência é sabidamente mais alto em relação à média da sociedade, pois são alvo de grande discriminação no momento da seleção, em função da crença generalizada de que a deficiência abrange todas as outras habilidades e o lamentável descrédito na capacidade de serem produtivos e independentes. Mas, por óbvio, a discriminação se concretiza através de sutis e estratégicas formas de recusa ao trabalho ou emprego por parte daquele que oferta a vaga, pois a liberdade de utilização de subjetividade para admitir ,ou não alguém é de tal ordem que torna difícil a conclusão do cometimento do crime em exame.

Um portador de deficiência efetivamente habilitado para uma vaga ofertada pelo empregador, em geral (e isso a prática demonstra), encontra dificuldades misteriosas, barreiras disfarçadas para ser admitido já que os critérios de seleção na iniciativa privada são variáveis de empresa para empresa e acentuadamente subjetivos, como se disse. Raríssimamente o empregador afirmará ao candidato que não o contratará por ser portador de deficiência, com toda gama de crenças equivocadas acerca dessa circunstância: que é doente, precisará constantemente se licenciar para tratamento de saúde, que jamais desempenhará bem suas funções, que irá se aposentar por invalidez tão logo consiga o trabalho, que sua aparência poderá impressionar os colegas de trabalho, clientes, fregueses, etc.. corroborando para que as idéias obscurantistas,
41 pouco humanitárias e, frise-se, em desacordo com a lei, sejam infinitamente repetidas e cristalizadas.

Numa seleção para vaga de telefonista, v. g., ao se apresentar uma candidata portadora de deficiência física e outras candidatas ditas "normais", o empregador pode

simplesmente alegar que uma destas saiu-se melhor no teste e apresentou-se como mais indicada para exercer o cargo, sem ter em momento algum feito a exclusão vinculada à deficiência. Está criado o impasse.

Em 1971, a Assembléia Geral do ONU aprovou, por Resolução, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardamento Mental. Em 09.12.75 aprovou a Resolução n.XXX\3.447, consistente na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, cujo item 7 prevê: "As pessoas deficientes têm direito à segurança econômica e social e a um nível de vida decente e, de acordo com suas capacidades, a obter e manter um emprego ou a desenvolver, atividades úteis, produtivas e remuneradas, e a participar de sindicatos."

A proibição de discriminação quanto a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e garantia de acesso aos cargos públicos, como já visto, estão expressas na Constituição Federal. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, assegura ao adolescente portador de deficiência trabalho protegido.

Na Lei nº 7.853/89 há determinação de apoio governamental à formação e orientação profissional, garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos regulares voltados à formação profissional; empenho do Poder Público quanto ao surgimento e manutenção de empregos, também de tempo parcial, destinado às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos cargos comuns; à promoção de ações eficazes que propiciem a inserção nos setores públicos e privados de pessoa portadora de deficiência; a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em favor dessas nas entidades de Administração Pública e do setor privado e que regule a organização de oficinas congêneres integradas ao mercado de trabalho e a situação nelas das pessoas portadoras de deficiência, constituindo crime obstar sem justa causa ao acesso de alguém a cargo público, por problemas de deficiência, e o tipo penal em exame - negar, por motivos derivados de deficiência, sem justa causa, emprego ou trabalho (Art. 8º, incisos II e m).

A Lei Federal nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, estipula que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários da previdência

reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, nas seguintes proporções: 1 - ate 200 empregados - 2%; 11-de 201 a 500- 3%; **iii** - de 501 a 1000- 4%; **IV**- de 1001 em diante - 5% (art. 93). A dispensa do trabalhador reabilitado ou portador de deficiência habilitado só pode ocorrer após contratação de substituto de condições semelhantes, cabendo ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social gerar estatística sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e habilitados, fornecendo-a, quando solicitado, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

Convém o registro de que, na questão do trabalho, inexistente norma prevendo concretamente direitos, deveres, horários, salários diferenciados para as pessoas portadoras de deficiência nos empregos comuns.

A Instrução Normativa nº 05191, do Ministério do Trabalho, instituiu o trabalho supervisionado, que não configura vínculo empregatício se realizado sob a assistência e orientação da entidade a que está vinculada a pessoa portadora de deficiência e destina-se a fins terapêuticos ou de desenvolvimento da capacidade laborativa. Há restrições por parte de algumas entidades quanto a essa modalidade de trabalho, sob o argumento de ensejar exploração de mão-de-obra barata do portador de deficiência.

Em nossa Constituição está inscrito o princípio do "livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão"(artigo 5º, inciso Vif). Tal, certamente, somado ao princípio da isonomia, aplica-se às pessoas portadoras de deficiência.

Retornando à questão criminal, em que consiste a discriminação?

A Organização Internacional do Trabalho - OIT, traz na Convenção nº 11, a seguinte definição:

"Art. 1º Para os fins da presente convenção o termo "discriminação", compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na cor, raça, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá

ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificação exigidas para um determinado emprego não são considerados como discriminação!

Adiante, temos o artigo ⁵⁰ prevendo:

"As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2 - Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, invalidez, os encargos de família ou nível social ou cultural.

O artigo 168, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho determina o exame médico para avaliação da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deve exercer. Essa etapa é cenário para as mais variadas avaliações médicas discriminatórias, às vezes fundadas em dogmas científicos ultrapassados, às vezes tomando perfil protecionista como, por exemplo, a alegação da exposição do candidato a risco de acidente de trabalho. Os médicos das empresas, em geral, desconhecem a grandiosa evolução alcançada na área da habilitação e reabilitação para o trabalho.

O artigo 7º, inciso XXXI da Constituição Federal, estabelece:

"São direitos dos trabalhadores..

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência"

Tal norma, programática que é, teve regulamentação em parte pela Lei nº 7.853/89, quando prevê o tipo penal em exame. A regulamentação se deu em parte porque não há na legislação pátria norma clara sobre critérios de admissão e somente o tipo penal é insuficiente, pois

carece de efetividade satisfatória. Com efeito, é notório que as pessoas portadoras de deficiência são discriminadas quanto ao acesso ao mercado de trabalho e, no entanto, desconhecemos qualquer medida criminal adotada concretamente.

Há, como se disse, um espaço de subjetividade muito grande para o empregador contratar. Aliás, é direito dele selecionar seus funcionários e **a justa causa** do tipo penal é inespecífica, insatisfatória para a efetividade da própria norma, ao contrário da lei trabalhista que elencou justa causa nos artigos 482 e 483 da CLT. Porém, o fez para aplicação a contratos de trabalho já celebrados e como motivo para rescisão deles.

Tanto é insatisfatória a criminalização nos termos postos que uma das sugestões extraídas do Encontro Nacional com Procuradores Gerais de Justiça e da República, realizado de 06 a 08 de outubro de 1993, em Petrópolis-RJ, é no sentido da reforma da Lei nº 7853\89, no aspecto criminal (Sugestão nº2).

Entretanto, referida Lei constitui inegável avanço legislativo, por se constituir em postura moderna e corajosa na defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. Mas, enquanto se direciona no sentido da concretização desses direitos e não vê a edição legislativa indicada, deverá contar, defendemos, com o preceituado na já referida Lei nº 8213191, artigo 93, conforme adiante veremos.

A legislação trabalhista é sabidamente protetiva dos interesses dos trabalhadores. Ocorre que, no caso em exame, não há proteção alguma pois é fase anterior à instalação, à vigência do contrato de trabalho. Aliás, a legislação trabalhista deveria voltar-se mais a interesses coletivos do que aos privatistas.

Portanto, a norma programática do artigo 7º, inciso XXXI da Constituição Federal regulamentada parcialmente pelo artigo 8º, inciso I, da Lei nº 7853189, deverá contar com elaboração legislativa voltada a regulamentar os critérios a serem adotados na admissão do trabalhador portador de deficiência, no setor privado, fixando critérios objetivos e definindo também claramente em que se consubstancia a justa causa para a negativa do trabalho ou emprego.

Alguns autores afirmam que se o empregador deixar de admitir candidato portador de deficiência ao emprego ou trabalho, deverá fazê-lo flindainentadainente, isto é, demonstrando a justa causa Mas refletimos, norma trabalhista ou de cunho administrativo mexiste no sentido de limitar a mais absoluta liberdade de contratar ou não; podendo os critérios de seleção, ao menos teoricamente, ser adotados conforme as conveniências, convicções, e perfil da empresa. Resta a cruel realidade para o candidato portador de deficiência da inversão do ônus da prova por assim dizer, porque além das tensões e dificuldades normais para qualquer pessoa em obter emprego, precisará convencer exaustivamente de que não é doente ou inútil e, além disso, se discriminado tentar demonstrar o indemonstrável que a sua maceitação foi discriminatória e desvendar o mistério da subjetividade inculcada em idéias pré-concebidas que levam a julgamentos excludentes ou seja, trazer para o plano objetivo a subjetividade da discriminação Nessa tarefa, estará também o Promotor de Justiça que irá se deparar com a ausência de critérios científicos razoáveis e seguros.

O tipo penal em exame é anormal, aberto pois nele está inserido o elemento normativo sem **justa causa**, sendo que a avaliação de qual causa é justa ou deixa de ser não pode ficar a critério do Juiz, até porque o princípio da reserva legal - como modernamente admitido - não se estende às normas penais não incriminadoras. A lacuna de previsão legislativa nas causas de exclusão de ilicitude pode ser suprida pelos processos de auto-integração da lei.

Ora, a antijudiricidade se fundamenta em valores sociais, morais, políticos, etc Como existem condutas consideradas justas pela consciência social e a maceitação do trabalho do portador de deficiência é regra em nossa sociedade, o fato típico poderá eventualmente ser entendido como não revestido de antijudiricidade penal. Dessa forma, a **justa causa** deve necessariamente estar prevista em lei.

Assim, indica-se na presente tese, deve a atuação do Ministério Público se dirigir, num primeiro momento, à apuração do cumprimento pelas empresas privadas com 100 (cem) ou mais empregados, do percentual de contratação de 2 a 5% dos seus car s com pessoa portadora de deficiência habilitada ou beneficiário reabilitado, mediante os mecanismos de que dispõe(procedimentos administrativos inquérito civil ação civil pública, etc..). No caso do não

cumprimento de referido percentual, clara resta a resistência pela empresa em admitir mão-de-obra de pessoas que portam algum tipo de deficiência, sem motivo justificável, apresentando-se aí campo para a utilização da norma penal, estabelecendo-se desde já, porém, como verdadeira a idéia de que no confronto do direito, da liberdade de contratar do empregador com o direito ao trabalho do portador de deficiência, este deve ser privilegiado, não aceitando que aquele o sobreponha, pois a matéria é de interesse social e a própria Lei nº 7.853/89 manda levar em conta, para sua aplicação e interpretação, entre outros valores, o da **justiça social**, conforme já dito anteriormente.

A plena efetividade almejada para o tipo penal em exame, no sentido da atividade real, do satisfatório e amplo resultado a nível prático, inobstante leve em consideração que a hermenêutica deve procurar um mínimo de efetividade normativa, aqui fica defendido que a justa causa só poderá decorrer de lei referente às contratações no setor privado da mão-de-obra do portador de deficiência. Assim, poder-se-á, com maior clareza e cientificidade detectar o cometimento do ilícito de discriminação.

Justifica-se tal estratégia de atuação do **parquet** em razão de que, presentemente, com tamanha possibilidade de subjetividade na contratação, é muito fácil desobedecer a norma sancionadora, fazendo por manter a resistência verificada em nossa sociedade em relação ao trabalhador portador de deficiência. Os destinatários da norma (empregadores) podem lançar mão de uma infinidade de argumentos para não ajustarem seu comportamento ao comando legal pois, claro, se não se sabe precisamente o que é justa causa e, diante do princípio da reserva legal, a efetividade do multicitado tipo penal perde força.

O fato social, hoje, faz lamentável oposição ao tipo penal: a regra é a discriminação, o preconceito. Portanto, o trabalho do Ministério Público, no sentido de evitar que a vedação do preconceito seja **letra morta**, pode e deve, neste momento, alavancá-lo com norma de cunho civil: o artigo 93, da Lei nº 8.213/91. Assim, poderão Promotores e Procuradores de Justiça interferir, mediante o exercício dos mecanismos legais disponíveis (procedimento administrativo, inquérito civil e ação civil pública) e potencializar a eficácia sociológica da norma proibidora do preconceito. Deixará este de ser verificável apenas em raríssimos casos (quando o

empregador afirma taxativamente ao candidato que não irá empregá-lo tão somente por portar deficiência).

Não se olvida que a sistemática de trabalho ministerial aqui proposta não abarca, num primeiro momento, as empresas com menos de 100(cem) funcionários. Restará sim essa lacuna enquanto a elaboração legislativa já indicada e relativa à fase pré-contratual não se fizer realidade. Poderá, por óbvio, eventualmente, e, em raros casos, alcançar a demonstração do cometimento do crime, mas permanecerá a norma sem o amplo alcance desejado.

Se entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º incisos I, ff e VII , da Constituição Federal) e se ao Ministério Público foi dada a incumbência de defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exsurge claramente o papel da Instituição em fazer valer a cidadania especialmente daqueles que estão marginalizados do convívio, oportunidades e benefícios sociais.

O objetivo de todos nós deve ser de garantir a participação e igualdade de oportunidades, respeitando as diferenças individuais como meio de atingir a justiça social e, via de consequência, possibilitar que a plena cidadania seja algo efetivamente vivo e presente no nosso cotidiano.

CONCLUSÕES:

1) A criminalização do preconceito quando da negativa de trabalho ou emprego à pessoa portadora de deficiência (cujo tipo penal é aberto, devendo necessariamente a justa causa estar definida em lei, é de efetividade insatisfatória por não haver em nosso ordenamento jurídico norma que explicita os critérios de seleção e admissão dessas pessoas, bem como quais causas justificam a inadmissão.

*

2) Em razão disso, deve o Ministério Público atuar no sentido de exigir o cumprimento ao disposto no artigo 93 da Lei 8.213/1991, fazendo valer, assim, tanto o direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência quanto, em caso de descumprimento inescusável da norma, dar início às medidas criminais relativas ao tipo penal em tela.

3) Imperiosa é a elaboração legislativa referente aos critérios de seleção e contratação da pessoa portadora de deficiência, em qualquer setor da iniciativa privada, independentemente do número de empregados anteriormente existentes, lembrando que a legislação trabalhista não abrange a fase pré-contratual.

Rosana Beraldi Bevervanço Ludwig, Promotora de Justiça, Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência do Estado do Paraná.

JULHO de 1994

[I

COMISSÃO XII

Ministério Público e a
Nova Ordem Processual Penal

*

TESES AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Delmar Pacheco Da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nilo Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no **RGS**.

EMENTA:

Deve ser mantido na Reforma do Código de Processo Penal o dispositivo que faculta a leitura de peças do processo por ocasião do julgamento em plenário, a requerimento das partes.

*

JUSTIFICATIVA:

A leitura de peças do processo em plenário tem sido instrumento de grande valia, utilizado criteriosamente pelas partes.

Especialmente nos casos de processos muito volumosos, com grande número de depoimentos e outros documentos, muitas vezes se torna imprescindível a leitura de * peças pelo escrivão, tendo em vista a impossibilidade de dá-las a conhecer ao Conselho de Sentença face à limitação do tempo dos debates.

Busca-se assegurar, assim, a possibilidade de o jurado ter efetivo acesso a todas as provas existentes nos autos.

TESES AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Delmar Pacheco Da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nilo Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no **ROS**.

EMENTA:

A reforma do código de processo Penal não deve contemplar o desentranhamento do inquérito policial dos autos do processo, após o recebimento da denúncia ou queixa.

JUSTIFICATIVA:

O inquérito policial serve de fundamento à denúncia e orienta a própria instrução criminal. O seu desentranhamento importa, por exemplo, na impossibilidade de confrontar-se o depoimento prestado pela testemunha perante a autoridade policial e o que está prestando em Juízo.

Além disso, como determinar que certos atos são repetíveis em Juízo ou não? É comum não se localizar novamente a testemunha por ocasião da instrução criminal.

Que sentido teria a permanência das peças desentranhadas em cartório à disposição das partes, se não podem ser trazidas aos autos?

TESES AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Delmar Pacheco da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nilo Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no RGS

EMENTA: A proposta de Reforma do CPP não deve contemplar a defesa preliminar para o procedimento ordinário antes do recebimento da denúncia.

JUSTIFICATIVA: Sendo propósito da Reforma justamente a celeridade processual, não se justifica a introdução de uma defesa preliminar, precedendo o recebimento da denúncia.

O exame da existência de elementos autorizadores da instauração da ação penal já é feito através do Magistrado, ao receber ou não a denúncia, independentemente da existência dessa nova fase no procedimento.

É verdade que o atual CPP já admite esse tipo de defesa nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

Essa exceção à regra geral, porém, tem sua razão de ser, como já escreveu Eduardo Espínola Filho, há quarenta anos: Dadas as precauções, que, no próprio interesse do serviço público, se devem tomar, antes de sujeitar os funcionários públicos a processo criminal, por crimes funcionais, que se lhes imputem, outra providência se tornou tradicional, no nosso direito judiciário penal, em complemento à exigência de documentação apta a fazer presumir a

existência da infração; é a permissão duma manifestação prévia, do acusado, sobre a acusação, antecedendo, até, o recebimento da queixa, ou denúncia, apresentadas." (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 3^{ll} edição, vol. V, pág. 167).

Não se justifica, portanto, o propósito de estendê-la a todo e qualquer delito, com evidente prejuízo para a celeridade processual, haja vista o que hoje ocorre com os processos pelos crimes contemplados com essa providência.

Delmar Pacheco da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nilo Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no RGS

EMENTA: A proposta de nova redação do art. 468 do Projeto de Reforma do CPP não deve ser acolhida, mantendo-se a atual ordem das recusas imotivadas (art. 459, § 2º do CPP).

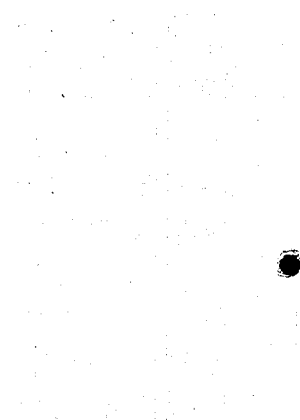
JUSTIFICATIVA: A atual ordem de manifestação das partes para eventual recusa imotivada de jurado assegura às defesas a possibilidade de provocar a cisão do julgamento mas, ao mesmo tempo, dá ao Ministério Público a possibilidade de escolher qual ou quais dos co-réus irão a julgamento primeiro.

A alteração dessa ordem, conforme a proposta, dará as defesas não apenas o controle sobre a cisão ou não do julgamento, como a oportunidade de escolher qual dos co-réus será julgado e em que momento.

Tal orientação atende exclusivamente ao interesse dos Réus, que estabelecerão a ordem que mais lhe convier para o julgamento, podendo inclusive levar a julgamento primeiro o partícipe de menor atuação, reservando apenas para o final o julgamento do autor principal.

Os Réus poderão ainda determinar que seja julgado primeiro o autor do crime conexo, para só depois ser julgado o acusado de delito da competência originária do Júri. Levando o situação de perplexidade, quando no segundo julgamento o Conselho de Sentença desclassifica a imputação para outra que não de sua competência.

O texto atual assegura melhor o equilíbrio entre as partes, garantindo aos Réus a cisão do julgamento, de acordo com sua conveniência, e ao Ministério Público a escolha do Réu a ser julgado, de acordo com a conveniência da sociedade.



Delmar Pacheco da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nio Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no RGS.

EMENTA: A proposta de nova redação do art. 581 do Projeto de Reforma do CPP não deve contemplar recurso contra a decisão que recebe a Denúncia ou Queixa.

JUSTIFICATIVA: A lei processual penal não deve estabelecer qualquer recurso contra o ato judicial de recebimento da denúncia ou queixa.

A eventual instituição de um recurso nessa fase do processo contraria o próprio espírito da Reforma, que é justamente contemplar a celeridade do feito e o fim da impunidade.

É evidente que nenhum réu com defensor constituído deixaria de utilizar-se de tal recurso, protelando ao máximo o julgamento do processo. E logo alguém sustentaria que dito recurso deve ser obrigatório para o defensor dativo.

A atual sistemática, consagrada no direito brasileiro, facultando a interposição de Habeas-Corpus quando o processo for instaurado sem a verificação das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir - justa causa - e legitimidade de parte), tem preservado suficientemente os direitos dos cidadãos, sem necessidade de estabelecimento de recurso ordinário nesta fase processual.

TESES AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO

Delmar Pacheco da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nio Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no RGS.

EMENTA: Com a Reforma, deve ser incluído no CPP um dispositivo que determine que o Juiz, no momento da formulação dos quesitos aos jurados e antes de recolher a resposta, explique a consequência do voto.

JUSTIFICATIVA: Considerando que, como regra, os jurados são leigos, muitas vezes cidadãos com grau de instrução médio, é indispensável que eles sejam informados sobre a consequência do seu voto no momento de depositá-lo.

Sendo o Jurado o verdadeiro Juiz da causa, precisa saber as exatas decorrências de sua decisão, sob pena de poder sair do Júri com a sensação de não ter julgado a causa como realmente desejava.

Não deve assustar às partes o esclarecimento de que tal ou qual resposta significa a aplicação de pena maior ou menor, pois embora esta matéria, no momento derradeiro, seja da competência do Juiz Presidente, o Júri é que deverá marcar os grandes limites da sanção (Ex: homicídio simples ou qualificado).

*<

O esclarecimento da consequência de cada voto ao jurado desmistifica o julgamento e dá tranqüilidade ao jurado, que dará à causa exatamente a solução que sua consciência indicar, de acordo, aliás, com o compromisso que presta no início da sessão.

PRISÃO PREVENTIVA

Agenor Casaril e Octávio Augusto Simon de
Souza, Procuradores de Justiça no Rio Grande do
Sul

Deverá ser mantida, na Reforma do Código de Processo Penal, a redação do atual artigo 312 do CPP: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria".

Justificativa:

A exposição de motivos do anteprojeto sugere, e este contempla, "a substituição da referência à expressão 'garantia da ordem pública', como motivo que autoriza a prisão preventiva, fórmula de conteúdo indeterminado, pela existência de fundadas razões de que o indiciado, ou acusado, praticará novas infrações penais de criminalidade organizada, de ofensa à probidade administrativa, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa".

Pensamos que a expressão "garantia da ordem pública" é mais abrangente do que as hipóteses mencionadas pelo anteprojeto, que restringe a possibilidade de decretação da prisão preventiva aos casos nele referidos.

É necessário que o magistrado tenha alargada a sua área de atuação nessa questão. Sendo a Reforma do CPP projetada para o futuro, e sabendo todos que a criminalidade avança a passos mais largos do que a legislação e suas mudanças, não é hora de restringir a possibilidade de decretação da prisão preventiva, sob pena de a autoridade policial e o Ministério Público ficarem manietados.

A lei Antitruste criou uma quarta hipótese de prisão preventiva tendo em vista garantir a ordem econômica. Isso bem revela a preocupação de tutela do interesse social da nova norma processual.

O anteprojeto, ao especificar os casos concretos e restritos, em lugar da expressão garantia da ordem pública, busca acentuar ainda mais a visão individualista do processo penal. Deve-se, ao contrário, afirmar a função tranquilizadora que deve ter o processo penal em relação à sociedade.

TRANSAÇÃO PENAL CONDENATÓRIA. **Necessidade de prévia lei** definidora da espécie.

Agenor Casaril e Octavio Augusto Simon de Souza

Proposição

1

"Inviabilidade jurídica e inconveniência institucional da prática da transação penal condenatória, nos delitos de menor potencial ofensivo, sem prévia lei definidora da espécie e reguladora do respectivo juizado especial."

Justificativa

A prática, parcialmente disseminada no Rio Grande do Sul, do que denominamos transação penal condenatória, embasada no artigo 98, inciso 1, da Constituição Federal, não deve ser levada a efeito, assim no âmbito jurisdicional como no administrativo, enquanto não houver lei definidora do que sejam delitos de menor potencial ofensivo e regulamentadora do juizado especial das pequenas causas criminais.

✱

Com efeito, a prática da transação penal, que resulta em condenação do acusado, nos moldes da **pica bargainiug** americana ou do patteggiamento italiano, sem lei regulamentadora da regra constitucional permissiva, é, juridicamente, inviável e, institucionalmente, inconveniente, porquanto conduz à condenação do acusado sem o devido processo legal, que significa a negação das garantias processuais constitucionais da instrução contraditória, da ampla defesa, da culpabilidade demonstrada por provas judicializadas outras que não apenas a confissão do acusado.

0

É de eficácia contida a norma permissiva do artigo 98, 1, da Constituição Federal. Logo, não é auto-aplicável, carecendo de regulamentação prévia à aplicação.

Ao Ministério Público incumbe a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública segundo o processo penal vigente no Brasil.

MODIFICAÇÕES AO ART. 532 DO PROJETO DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antônio Gomes Duarte
Promotor de Justiça do Pará

1 - APRESENTAÇÃO

A presente tese objetiva ver reconhecida, mediante a apreciação dos doutos participantes do X Congresso Nacional do Ministério Público, a necessidade de modificar-se a redação do art. 532 e seu parágrafo primeiro, do Projeto de Lei que visa alterar o Código de Processo Penal, tendo em vista conflitar com a Carta Magna, no que se refere a titularidade da ação penal, que a nóvel Lei pretende legar à autoridade policial.

Não remanessem dúvidas de que o legislador pátrio foi muito ^{feliz} ao estabelecer o rito sumário para as infrações de menor potencial ofensivo, prevendo uma fase preliminar destinada à conciliação, onde se privilegia a transação no campo cível e a condenação nas custas processuais, tornando o processo mais célere e eficaz. No entanto, olvidou-se o legislador, de que a titularidade da ação penal pública é do Promotor de Justiça, e por isso cabe a ele provocar a Jurisdição, apesar dos ferrenhos defensores da chamada "discricionanidade regulada" apontarem em direção diversa

II - DO PROCESSO SUMÁRIO

- A Lei que pretende alterar artigos diversos do Código de Processo Penal, objetivando adequá-los à modernidade, vivificou o rito destinado ao processamento das contravenções e dos crimes a que for cominada pena máxima de 2 (*dois*) anos de detenção, ao prever alterações aos artigos 531 a 539 do Estatuto de Ritos Penais.

Segundo exposição de motivos, as alterações previstas, se coadunam com a maior valorização da vítima e objetivam a reparação rápida dos danos sofridos em razão do crime, como fator de apaziguamento dos ânimos entre os envolvidos na cena criminosa.

O rito sumário tem como característica precípua, a celeridade, e como tal, é de suma importância à sua operacionalidade para a desobstrução do recesso judiciário, onde processos de pequeno potencial ofensivo se arrastam pelos corredores forenses por vários anos, sem atender aos ingentes clamores da sociedade.

- Talvez pela tentativa de dar maior celeridade ao procedimento, ou em função da inspiração na legislação Peninsular, onde Magistratura, Ministério Público e Polícia se constituem em um único Órgão, o legislador atropelou os princípios constitucionais estatuídos no art. 129, 1, deixando o representante da sociedade a quem cabe privativamente a ação Penal pública em segundo plano.

III - DO DESTINATÁRIO DAS INFORMAÇÕES POLICIAIS

O Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública e assim, somente seus agentes podem provocar, a jurisdição nestes casos. A condenação nas custas, prevista na Lei, é atividade junsdicional.

O art. 532 e seu parágrafo primeiro do Projeto em testilha, estabelecem que, quando a autoridade policial tomar conhecimento da prática de infração de menor potencial ofensivo, lavrará boletim de ocorrência e o encaminhará ao juiz competente. No ato da lavratura daquele documento informativo, intimará as partes, da designação de audiência de conciliação, a ser realizada no prazo máximo de 10 (dez) dias daquele ato, e para tal deverá se comunicar com o juiz competente.

O parágrafo quarto do mesmo artigo prevê que quando a intimação for impossível ou ineficaz, o processamento assumirá desde logo o rito sumário, visto que a tentativa de conciliação fica prejudicada.

No que se refere ao destino das informações colhidas pela autoridade policial, o Projeto, trilha o mesmo caminho do Código de 1941, que no art. 10 § 1º disciplina a remessa do inquérito policial diretamente à autoridade judiciária.

No art. 534 do mesmo Projeto, encontra-se que não ocorrendo a transação, o Ministério Público oferecerá, de imediato denúncia oral. Ora, como poderá o Representante do Parquet proceder o seu mister, se sequer tem conhecimento dos fatos, visto que é na audiência de conciliação que o Órgão irá entrar em contato com o fato

* **delituoso (art. 533)** Como poderá opinar sobre o possível acordo, se desconhece a extensão do dano que se pretende reparar?

Outro aspecto que provoca nosso mais veemente protesto, como já ficou patente, é a remessa do boletim de ocorrência diretamente ao Magistrado.

Ora, é ponto pacífico que a autoridade policial não tem legitimidade *ad causam* para provocar a jurisdição, ademais, sabe-se que o delegado é mero administrador da Delegacia de Polícia, deixando todos os procedimentos, inclusive a presidência dos inquéritos com o escrivão, que por falta de conhecimentos técnicos, muitas vezes por desídia e até mesmo para favorecer "interesses" seus, conclui inquéritos cheios de falhas, na maioria das vezes com

- tipificações incorretas, pouco contribuindo para a formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça. Como querer que na Delegacia, onde são cometidas as maiores aberrações jurídicas, se faça uma seleção dos crimes que serão submetidos ao rito célere dos morosos?

Quantas vezes o princípio da obrigatoriedade se viu frustrado pelos "acordos" celebrados na Delegacia? Não se pode admitir que o legislador pretenda que o escrivão seja capaz de selecionar os delitos e contraventores que serão submetidos ao processo ordinário dos que serão processados pelo rito sumário.

é

IV - CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, propomos alteração no art. 532 e seu parágrafo primeiro, com o objetivo de coaduná-los com os princípios constitucionais vigentes, sem atropelar a celeridade proposta no projeto em estudo, mesmo porque porfiemos na atuação de um promotor expedito e diligente, que como legítimo titular da acuo penal, estabeleça em seu gabinete, desde logo, junto às partes, os termos da conciliação, nos casos em que for possível e quando não for possível a transação, já traga consigo para a audiência inaugural, os termos da denúncia.

Acreditando que a presença institucional do Ministério Público deve ser traduzida numa presença real e imprescindível, é que propomos as seguintes alterações:

é

ATUAL

Art 532 - Á autoridade policial tomando conhecimento da prática da infração de menor potencial ofensivo, lavrará boletim de ocorrência, encaminhado-o imediatamente a Juízo, e requisitará os exames periciais necessários.

- § 1^o No ato de lavratura do boletim de ocorrência, a autoridade policial intimará o autuado, e, se possível, o ofendido, da designação de audiência de conciliação, que se realizará no prazo máximo de 10 (dez) dias, em data determinada pelo juiz competente, devendo para tanto comunicar-se com este.

§2^o
§3^o
§4^o

PROPOSTA

- * Art. 532 - **A autoridade policial⁴ tomando conhecimento da prática de infração de menor potencial ofensivo, lavrará boletim de ocorrência, encaminhado-o, juntamente com as partes, imediatamente ao Promotor de Justiça, e requisitará os exames periciais necessários.**

§ 1^o O Promotor de Justiça, após analisar os fatos, convencido de que é o caso de processo sumário, tentará desde logo estabelecer os termos da conciliação e entrará em contato com o Jui para a designação da audiência de conciliação, que se

*realizará no prazo máximo de 10-(dez) dias, da qual as partes
ficarão logo intimadas.*

2°
§ 3°..
§4'....

r ç c 1E
 , ric
 zit c, i r ti ti..itc clest
 x mi cri 1 L i ri
 8 0 6 0 ics gamá-tic

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROMOTORIA DE DEFESA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

é

Os Tribunais de nosso país, sem embargo do esforço sobre-humano desenvolvido por seus membros, não vêm conseguindo entregar com a necessária agilidade a tão esperada tutela jurisdicional. A alarmante quantidade de processos distribuídos diariamente contrasta com o reduzido número de magistrados. 0

Juizes, Promotores e Advogados têm conhecimento da existência de pilhas de processos descansando sobre empoeiradas prateleiras, processos estes que cuidam de simples contravenções penais ou de infrações de escasso potencial ofensivo. Alguns aguardam, tão-somente, a ocorrência da prescrição. Em outros os infratores são primários ou por algum episódio de rara infelicidade, infringiram as normas reguladoras de nossa conduta social.

Parte do problema crônico, na esfera criminal, pode ser solucionado a partir do momento em que for flitigado o princípio da obrigatoriedade e da disponibilidade a Ação Penal vigente em nosso Código de Processo Penal. O sistema processual penal pode, sem qualquer prejuízo para a sociedade, tal como ocorre

no Estatuto da Criança e do Adolescente, conferir ao titular da ação

- decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional, ou de continuar
- desenvolver a persecutio **criminis in judicio** utilizando-se, do instituto da Remissão.

II - REMISSÃO NA LEI Nu 8069/90

O Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8069/90 - no seu art. 126, caput, estabeleceu que "antes de iniciado o procedimento judicial para apuração do ato infracional, o Representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Por outro lado preceitua o art. 127, da mesma lei, que "a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e de internação".

O instituto da remissão foi recepcionado pela legislação em análise, absorvendo recomendação inserida na Resolução nº 40/33, da ONU, intitulada "Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores", elaboradas sob a coordenação

* do Comitê de Prevenção e Controle da Criminalidade, do Conselho Econômico e Social das Nações, discutidas e aprovadas no Encontro Preparatório do ⁷² Congresso sobre Prevenção de Crime e Tratamento de Delinqüente, em Beijing, China, em maio de 1984.

Mencionado documento contém comentário no sentido de que a remissão, como forma de supressão do feito é prática habitual em diversos sistemas jurídicos, seja oficial ou oficiosamente. O instituto vem sendo praticado com o escopo de atenuar os efeitos negativos da continuação do procedimento da administração da Justiça de Menores, aplicável à conduta infracional de menor gravidade e uma vez observados aspectos positivos na personalidade do adolescente, na sua participação, nas circunstâncias e nas consequências do ato infracional.

Salienta que o requisito primordial à outorga da remissão é o consentimento do adolescente infrator ou de seus responsáveis. Recomenda, ainda, o sobredito documento que se prevejam alternativas viáveis ao processo perante a Justiça Menorista, na aceção de uma remissão voltada à sociedade.

Trazidas estas informações, vê-se que, em consonância com a orientação do referido documento internacional, a Lei n 8069/90 adotou o instituto da remissão e deu-lhe duplo efeito: como puro e simples perdão e cumulada com medida protetiva ou sócio-educativa, cuja escolha direciona-se ao interesse do próprio adolescente.

O poder de outorga da remissão ministerial tem como supedâneo o fato da lei específica atribuir ao Ministério Público, de forma privativa, a titularidade da ação sócio-educativa pública, prevalecendo o princípio da oportunidade quanto a se invocar ou não a prestação da tutela jurisdicional.

Portanto, tratando-se de ato infracional praticado por adolescente, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude formará Juízo acerca da conveniência e da oportunidade, de deduzir pretensão sócio-educativa, sendo-lhe assegurado por lei, de acordo com o que concluiu, oferecer representação ou conceder remissão.

Desde o advento da Lei ^{11Q} 8069/90, constata-se que a remissão ministerial tornou-se instrumento de suma importância à Administração da Justiça Menorista, surgindo como mecanismo eficaz no processo ressocializante do adolescente infrator e inibindo o acúmulo de feitos em tramitação e a movimentação cara de toda a máquina judiciária reservando esta movimentação, tão-somente, aos casos de maior gravidade.

Tão importante quanto a remissão ministerial, é a remissão judicial. De fato, mesmo após o oferecimento da representação, novos fatos podem ser trazidos ao conhecimento da autoridade judiciária e do Representante do Ministério Público, de sorte a ensejar a aplicação do instituto.

A remissão judicial será concedida como forma de suspensão ou extinção do processo. No primeiro caso não se põe fim ao processo, ocorrendo tão-somente a paralisação momentânea do seu curso. Subsistindo o processo, tem cabimento a aplicação da medida sócio-educativa não privativa de liberdade. Poderá, por exemplo, o Juiz condicionar a extinção do processo à comprovação de ressarcimento do dano.

No caso de remissão como forma de extinção do feito, será este arquivado imediatamente, ocorrendo, na hipótese, perdão puro e simples.

REMISSÃO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

A experiência na Justiça Menorista acredita-se, poderia ser vivenciada no ordenamento jurídico processual penal, adotando-se o instituto para os delitos de potencial ofensivo reduzido, seja na função de puro perdão ou com a cumulação de pena, exceto as restritivas de liberdade, sendo imprescindível o consentimento expresso do indiciado.

á

Recebido o inquérito, nas hipóteses de importância quase nula, não possuindo o indiciado personalidade voltada para a criminalidade, não há razão lógica para, acionar a máquina judiciária, pugnando por um resultado incerto que, se conseguido, será ineficaz como instrumento de proteção de interesses sociais, de vez que o autor da ofensa à ordem jurídica acha-se perfeitamente integrado à sociedade, mas que, por um acaso, infringiu a Lei Penal.

A remissão, nestas hipóteses, com eventual inclusão de pena não privativa de liberdade, às vezes é medida muito mais eficaz e vantajosa para a sociedade e para o indiciado. É assim porque o interesse da defesa social assume valor inferior ao representado pelo custo, viabilidade: e. 'eficácia do processo.

Ademais, a remissão concedida nas hipóteses de infrações penais leves ou quando o indiciado não demonstre tendências para a prática reiterada de delitos, serve para atenuar os efeitos negativos surgidos com a propositura da ação penal. A não intervenção talvez fosse a melhor resposta.

Por outro lado, a concessão do "perdão ministerial", com a inclusão de pena não privativa de liberdade teria o mérito de antecipar a entrega da tutela jurisdicional, sem necessidade de formal instauração de um processo, sendo, pois, de baixo custo e bastante célere, desde obviamente, houvesse concordância do indiciado.

Ao conceder a remissão, o Promotor de Justiça estaria atento às circunstâncias e às conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do indiciado e sua maior ou menor participação no crime ou contravenção penal.

Importante frisar que a remissão importaria sempre em suspensão do poder-dever de invocar a tutela jurisdicional. O descumprimento por parte do indiciado da obrigação assumida por ocasião da concessão da remissão autorizaria o Ministério Público a oferecer denúncia, figurando o instituto como causa de interrupção do prazo prescricional.

Para a adoção na Lei Processual Penal do instituto da remissão, é de imperiosa necessidade a acolhida concomitante do procedimento pré-processual da intitulada "oitiva informal" do indiciado, realizada pelo Representante do Ministério Público, procedimento traçado no art. 179, da Lei nº 8069/90.

Transplantado este procedimento para o ordenamento jurídico processual penal, como se pretende, é sugestiva, em analogia com o dispositivo em referência, a seguinte sistemática: apresentado o indiciado, o Representante do Ministério Público e à vista do auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo Cartório Judicial ou com a distribuição do inquérito policial respectivo e juntadas as informações sobre os antecedentes do indiciado, procederá imediata e informalmente a sua oitiva e, em sendo possível da(s) vítima(s) e testemunha(s). Caso inocorra a apresentação imediata do indiciado, o Representante do Ministério Público o notificará para a finalidade em tela, podendo requisitar, se necessário, o concurso das Polícias Civil e Militar. *

Como se pode observar, a oitiva informal constitui instrumento valioso e imprescindível, na medida em que fornece elementos de convicção ao Representante do Ministério Público, imprimindo, em substituição a um demorado inquérito policial, celeridade à fase investigatória, possibilitando, naqueles casos de infrações penais de menor potencialidade ofensiva, uma rápida solução do caso.

Concluindo o raciocínio, após a oitiva informal o Membro do Parguet, nas infrações específicas, terá condições de visualizar qual a providência mais adequada, se a concessão da remissão, o arquivamento dos autos ou a propositura da ação penal.

A remissão judicial, na hipótese de igualmente ser adotada pela legislação processual penal, constituirá valioso instrumento de agilização da função jurisdicional do estado, sem que isto venha acarretar insatisfação social.

Ainda que a denúncia venha a ser oferecida, novos fatos podem ser trazidos pelo réu, justificadores da concessão da remissão judicial, devendo a autoridade judiciária sempre estar atenta às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do réu e sua maior ou menor participação no crime ou na contravenção penal.

A remissão judicial **somente seria possível** após a manifestação favorável do Ministério Público que, assim, estaria zelando pela defesa dos interesses sociais.

Recorda-se que a remissão judicial importaria sempre na suspensão ou extinção do processo. No primeiro caso, repita-se, ocorreria apenas a paralisação momentânea do curso processual. Subsistindo o processo, teria cabimento a aplicação de pena não privativa de liberdade, desde que, obviamente, houvesse concordância do réu.

* A remissão como forma de suspensão do processo seria de importância capital para a composição de eventual dano. O processo ficaria suspenso, caso o réu concordasse em reparar o dano, nas hipóteses em que isso fosse possível, até a efetiva comprovação.

Como forma de extinção do processo, a remissão judicial importaria em perdão puro e simples concedido pela Autoridade Judiciária, com a anuência do Ministério Público.

REMISSÃO E A CO) (SITUIÇÃO FEDERAL

A criação do instituto da remissão na esfera processual penal, não padeceria de qualquer eiva de • inconstitucionalidade, haja vista a necessária chancela do Poder Judiciário, através da homologação do termo pela autoridade judicante. Discordando o magistrado da decisão do Ministério Público, remeteria os autos ao Procurador-Geral da Justiça, à exemplo da situação prevista no art. 28 do Código de Processo Penal.

Outro aspecto a ser analisado é o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Em geral, é sabido que onde estiver presente interesse público, a atuação dos agentes estatais será vinculada, vale dizer, deverão agir em conformidade com a lei, sem opção de escolha.

Razões jurídicas e práticas têm demonstrado que a adoção inflexível do princípio da obrigatoriedade é geradora de ilegalidade e insatisfação social.

a

É neste sentido e com sabedoria que agiu o Legislador Constitucional ao inserir no texto de 1988, inciso 1, do art. 98, a criação dos juizados especiais, ventilando, por conseguinte, a hipótese de transação nas infrações de menor

gravidade. Esta norma significa evidente mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, uma vez admitida a transação entre o Órgão acusador e o réu, nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo.

A constitucionalidade do instituto estaria ainda assegurada pela faculdade do indiciado ingressar com pedido de revisão judicial, a qualquer tempo, colocado a salvo o preceito constitucional de que a "Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por derradeiro, o acolhimento do instituto em análise pela Lei Processual Penal Brasileira constituiria instrumento de grande valia em favor de uma justiça rápida e eficaz, pois sendo o Ministério Público o titular privativo da Ação Penal Pública, deve conjugar tal função com o escopo de atender a sua qualidade de "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado".

Feitas estas considerações, propõem os Promotores de Justiça que as autoridades competentes envidem esforços no sentido de que uma legislação, nos moldes da minuta anexa, seja discutida e ao final sancionada, objetivando a agilização da função Jurisdicional do Estado na esfera penal.

josÉ VALDENOR QUEIROZ JUNIOR
Promotor de Justiça

CARLOS AUGUSTO DE AMORIM DUTRA
Promotor de Justiça

SELMA L. N. SAUERBRONN DE SOUZA
Promotora de Justiça

GUILHERIE ZMIINA SCHELB
Promotor de Justiça Adjunto

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROMOTORIA DE DEFESA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Lei n , de de de 1994

**Cria o instituto de remissão e
estabelece regras para sua aplicação.**

Art. 12 - Aos autores de contravenções penais ou de crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a cinco anos, poderá ser concedida **remissão** pela autoridade judiciária ou pelo Representante do Ministério Público, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do réu e sua maior ou menor participação no crime ou contravenção penal.

§ 1 - Antes do oferecimento da denúncia o Ministério Público poderá conceder **remissão**, como forma de exclusão do processo, ficando interrompida a prescrição da pretensão punitiva.

§ 2 - Oferecida a denúncia somente a autoridade judiciária, a requerimento do réu ou do Ministério Público, poderá conceder a **remissão**, importando esta na suspensão ou extinção do processo. A **remissão judicial** poderá ser concedida em qualquer fase do processo, antes da sentença.

§ 3 - A **remissão** será concedida como perdão puro e simples ou cumulada com pena não privativa de liberdade. Nesta última hipótese, é imprescindível a concordância do réu.

e

4 - Descumprindo o indiciado a pena incluída na **remissão** concedida pelo Ministério Público, este oferecerá imediatamente denúncia.

Art. 2 - A remissão será concedida apenas uma única vez ao mesmo réu, não implicando necessariamente no reconhecimento da autoria, nem prevalecendo para efeitos de antecedentes.

e

Art. 32 - **A remissão** judicial ou ministerial, havendo concordância do réu, poderá incluir a obrigação de reparar dano, constituindo a sentença homologatória título executivo judicial.

Art. 42 - A pena aplicada por força da **remissão** poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do réu ou do Ministério Público.

Art. 52 - Os inquéritos policiais e processos que tenham por objetivo a apuração de contravenções penais ou crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a cinco anos, obedecerão à sistemática estabelecida nos artigos subsequentes.

Art. 62 - Nas hipóteses de flagrante, a autoridade policial, sem prejuízo das providências referidas na Lei Processual Penal, deverá:

- I - lavrar auto de prisão em flagrante, ouvindo as testemunhas e o indiciado;
- II - apreender o produto e os instrumentos do crime ou da contravenção penal;
- III - requisitar os exames ou perícias necessárias à comprovação da autoria e materialidade;

IV - comunicar a prisão, à autoridade judiciária e ao Representante do Ministério Público.

Art. 7 - Não sendo o caso de concessão de fiança pela autoridade policial, ou de o indiciado livrar-se solto, será este apresentado, desde logo, ao Representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de prisão em flagrante. —

§ 1 - Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial fará a apresentação no prazo de vinte e quatro horas.

Art. 8 - Apresentado o indiciado, o Representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de prisão em flagrante, devidamente autuado pelo Cartório Judicial e com informação sobre seus antecedentes, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, da vítima e testemunhas.

Art. 9² - Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o Representante do Ministério Público poderá:

- I - oferecer denúncia, arrolando cinco testemunhas, no máximo;
- II - promover o arquivamento dos autos;
- III - conceder remissão como forma de exclusão do processo;
- IV - devolver os autos do inquérito ou o auto de prisão em flagrante à autoridade policial, requisitando diligências complementares.

Art. 10 - Não sendo caso de prisão em flagrante, bem como nas hipóteses de concessão de fiança pela autoridade policial ou de o indiciado livrar-se solto, o inquérito policial, após concluído e relatado será encaminhado ao Representante do Ministério Público o qual designará dia e hora para proceder à oitiva informal do

indiciado e, em sendo possível, da vítima e testemunhas, podendo, para tanto, requisitar o concurso das polícias civil e militar.

Parágrafo único - Procedida a oitiva informal, o Representante do Ministério Público adotará uma das medidas referidas no artigo anterior.

Art. 11 - Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a **remissão** pelo Representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1 - Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da pena, má hipótese de haver o indiciado com ela concordado;

§ 2 - Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá denúncia, designará outro Membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

Art. 12 - Oferecida e recebida a denúncia, a autoridade judiciária designará data para interrogatório, determinando a citação do réu e decidindo, desde logo, sobre a manutenção da prisão.

Art. 13 - Interrogado o réu na forma estabelecida na Lei Processual Penal, a autoridade Judiciária concederá a este prazo de três dias para oferecer defesa prévia, através de advogado constituído, e arrolar, no máximo, cinco testemunhas.

1 - Se o indiciado for declarado revel ou informar que não possui advogado, a autoridade judiciária nomeará defensor para defendê-lo.

§ 29 - Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público.

Art. 14 - Apresentada ou não a defesa prévia, a autoridade judiciária designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento, decidindo sobre a realização de diligências e produção de provas.

Art. 15 - Ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia e na defesa prévia e cumpridas as diligências, será dada a palavra ao Representante do Ministério Público e ao Defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.

Art. 16 - O Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

- 4** "1) Art. 107
X - pela concessão da remissão judicial como forma de extinção do processo.
2) Art. 117
VII - pela concessão da remissão pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo".

*

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília-DF, de de 1994

Agenor Casaril e Octávio Augusto Simon de
Souza, Procuradores de Justiça no Rio Grande do
Sul

Proposição:

No § 5º do art. 5º do Anteprojeto do Código de Processo Penal, deverá ser
incluído que se considera como representação qualquer manifestação do ofendido ou seu
representante legal.

Justificativa:

Muitas vezes, a autoridade policial deixa de investigar sob o argumento de
que a parte ofendida não formalizou representação.

Ora, sabe-se que essa representação independe de forma especial, bastando,
segundo a jurisprudência, qualquer manifestação inequívoca da vítima ou seu representante legal.
Assim, e visto que boa parte da população atingida pelo crime é de baixo nível intelectual (não
tendo condições de datilografar petições), ficaria dispensado qualquer tipo de formalização e
seriam agilizados os procedimentos.

Ø

CRIME CONTINUADO E QUESITAÇÃO NO JÚRI

Geraldo Batista de Siqueira

Procurador de Justiça (GO)

Wilson Brandão Curado

Procurador de Justiça (GO)

Marina da Silva Siqueira

Promotora de Justiça (GO)

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. JÚRI SOBERANIA; 3. CRIME CONTINUADO;
4. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE E AGRAVANTE; 5. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA;
HOMICÍDIO PRIVILEGIADO; 6. EXASPERAÇÃO OU REDUÇÃO PENAL NA INSTÂNCIA RECURSAL; 7.
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO; 8. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

O alcance do presente trabalho gira em torno da procedência ou não da procedência da questão do crime continuado, como causa de diminuição de pena, nas figuras penais submetidas a processo da competência do Tribunal do Júri. Prolifera, em setor da jurisprudência, que indicaremos, o entendimento, segundo o qual a ocorrência de crime continuado afeta, com exclusividade, as atribuições do juiz todavia, porquanto tal função dizia respeito à atividade jurisdicional de individualizar a resposta penal (art - 52, LVI, cf e 59, CP).

O crime continuado, na elucidativa lição de Júlio Fabbrini Mirabete, formalmente, a reunião de vários delitos da mesma espécie, praticados na mesma condição (01), seu reconhecimento fugiria da apreciação dos jurados para inserir-se

no debito da competência do Presidente do Tribunal do Júri, enquanto que o concurso formal (art - 70, CP), o tratamento processual a ele dispensado é de sua inteira submisso ao conhecimento dos juizes de fato, express&o do Júri Popular, consagrado em nossa Constjtuição Federa, no art - 52, XXXVIII, letras 'a', "b', c' e W.

A mesma observação é extensiva ao tratamento que se dispensa da atenuantes, agravantes e outras causas de majoração ou reduço de pena; conforme veremos no desenvolver do presente trabalho. _____

*

2. JÚRI SOBERANIA

A Constituição Federal vigente, a constituição cidadE, como a designava o saudoso Deputado Ulisses Guimarães, numa linha de continuidade de nossa tradicdo constitucional, veio de consagrar a instituição do júri, como efetiva forma de participação popular na atividade jurisdicional do Estado Brasileiro, fazendo-o, segundo os atributos da soberania de seus veredictos (art - SQ, XXXVIII, letra 'c'), qualificação que se traduz na impossibilidade de o tribunal togado rever suas decisBes na matéria concernente à procedência ou improcedência da pretensão punitiva deduzida, para a instauração da instância penal, a propósito da prática de crime doloso contra a vida, consumado ou tentado.

Subtrair & apreciação do Tribunal do Júri, no caso, juiz natural, em virtude de seu assentamento constitucional, qualquer matéria significativa de aumento ou de diminuição de pena, constituir-se-ia em flagrante inobservância dos preceitos imperativos, insertos em nossa magna carta.

A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não se erige em obstáculo processual às impugnaçBes recursais do Tribunal de Justiça. O resultado, porém, do provimento apelatório, resume-se na devolução do iudicium cansae & nova apreciação dos jurados, conforme vem decidindo nossos Pretórios: RT 6531356 e 6751452 (STF).

Afastar da competência do Tribunal do Júri, mediante recurso a artifícios exegéticos, matéria a ele inerente, destoa de nossa tradição da cultura jurídica. Afirmar, por exemplo, que a qualificadora do tipo homicídio 'é matéria que no pertence ao crime, mas à pena', intranquiliza muito a todos quanto militam na área criminal (a não ser os agentes do crime).

Correto, sob o prisma acima, é o magistério da Professora Ada Pellegrini Grinover, em magnífico trabalho publicado na Revista Jurídica - 198152: 'No entanto, o entendimento é tranqüilo na jurisprudência brasileira. Mas deve notar-se que a mesma orientação não tem sido aplicada quando se trata de anulação de sentença proferida pelo Tribunal do Júri: aqui, a jurisprudência tem entendido que a regra não pode limitar a soberania do segundo tribunal popular que volte a julgar a causa (02).

Em acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência - 1271361, relator o Mm. Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a reformatio in pejus indireta não tem, **aplicação para limitar a soberania do Tribunal do Júri decorrente de preceito constitucional.** Não pode, pois, a lei ordinária impor-lhe limitações que lhe retire, a liberdade de julgar a procedência ou improcedência da acusação, bem como a ocorrência, ou não, de circunstâncias que aumentam ou diminuam a responsabilidade do réu, e a virtude de anulação de veredicto anterior por decisão togada. Isto implica dizer que tem o novo júri, nos limites da pronúncia e do libelo, a liberdade de responder diferentemente do anterior aos quesitos que **lhes são apresentados.**

S. CRIME CONTINUADO

A figura da continuidade delitiva, que nos vem dos práticos medievais, como forma de amenização de penas severas, então impostas às práticas ilícitas contra o patrimônio, é mantida em nosso ordenamento jurídico penal (Lei 7209, de 11/04/1984) com acréscimos inovadores, resultando na ampliação de seu âmbito de incidência,

afastando, inclusive, a pertinência de Súmula - 606 do STF,. assim construída: "No se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida". A jurisprudência ia além da súmula citada, impossibilitando a viabilidade das consequências práticas benéficas do crime continuado, **excluindo-se** de sua abrangência as infrações praticadas contra outros bens personalíssimos, desde que os crimes tenham recaído sobre vítimas diversas.

O delito continuado, como ensina Damásio E. de Jesus, é uma das hipóteses de causa diminuição de pena ao lado de outros exemplos, como o do concurso formal. (art - 70, CP) e de figuras privilegiadas do homicídio e de lesão corporal. Causa especial de redução penal, é valorada no momento processual de operar-se a **individualização** da pena, na sequência do juízo das atenuantes e agravantes, por ventura ocorrentes. Na dosimetria penal, ela encerra a fase ou momento mais árduo da função judicante (arts - 59 e 68, CP), que é o encontro da pena correspondente à gravidade objetiva e subjetiva da infração penal, cuja autoria é imputada ao réu, através da ação penal.

Segundo a doutrina penal, nela destacando um autor alemão, o acusado, desde que julgado procedente a pretensão punitiva, tem o sagrado direito de saber, através da sentença prolatada, não apenas o porque da condenação, mas porque a resposta penal, que lhe foi atribuída, foi esta e não aquela, prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Aliás, esse aspecto do título penal executório, numa visão realista ou otimista dos criminólogos e penitenciaristas, desempenha contribuição fundamental na eficácia do trabalho de recuperação do sentenciado;

A caracterização do concurso material. (art. 69, CP) em lugar do reconhecimento do crime continuado (art - 71, CP) assume especial e significativo gravame, lesividade e posição do acusado no resultado da prestação jurisdicional, a sentença, que, às vezes, a sucumbência, como força motriz da reação recursal fica restrita ao não atendimento da postulação do afastamento da cumulação penal (art - 69, CP), substituindo-a pela simples exasperação (art - 71, CP).

A tese do réu, posta no plenário do júri, à mingua de outras possibilidades processuais, pode limitar-se à desclassificação do concurso material (art - 69,CP), posto na decisão de pronúncia o no libelo para a classificação de delito continuado (art - 71, CP). Ao Juiz-Presidente, na sequência desse raciocínio exegético, após a aprovação do libelo, pelos jurados, não testaria, sequer, a oportunidade processual de formulação de um quesito aos ilustrados membros do Conselho de Sentença, reunidos, inclusive, para ouvir e apreciar o pedido do réu, em todos os seus aspectos. O julgamento se completaria com a *quesitação obrigatória*, acerca da presença ou não de circunstância atenuante (arts. 65 e 66, CP) na realização do fato típico pelo acusado (art - 484, parágrafo único, III, CPC). Simples atenuante, não prescindiria da participação dos jurados, enquanto a admissibilidade da continuidade infracional, que poderia resultar na redução do sessenta e quatro (64), para dez (10) anos da reclusão, sua *quesitação* ficaria ao alvedrio do magistrado, e fora, portanto, da atividade do Tribunal do Júri, reunido para aquele julgamento.

Em rumoroso julgamento, pelo Tribunal do Júri, realizado na cidade do Rio de Janeiro, em que a acusada, mulher fria, fora pronunciada e libelada como responsável por dois homicídios consumados, praticados em concurso material • situação da qual resultaria a soma das penas dos dois delitos, a defesa da ré se saiu soberbamente, sem o peso de sucumbência, ainda que diante de um veredicto de-quatorze (14) anos de reclusão sobre as costas largas da acusada. O Ministério Público, representado, na oportunidade por uma inteligente e simpática mulher, através de apelação (art - 593, III, cl, CPC) impugnou o resultado da prestação jurisdicional apresentada, vindo da manifestação dos jurados.

Para o leigo no assunto não seria tão fácil a assimilação do desfecho processual narrado. Porém, aos olhos de estudiosos da matéria, a questão se apresenta com relativa simplicidade, desde que deixemos, no campo da competência do Tribunal do Júri, todo o juízo de mérito, pertinente ao processo de julgamento dos crimes doloso contra a vida, e que a defesa, intaligentemente desempenhada, consciente das

dificuldades de se alcançar resultado mais satisfatório, a absolvição da ré, por exemplo, levantou, oportunamente, a tese da redução da *senatio Juris* postulando, apenas, a formulação de dois quesitos, insuficientes, é verdade, para produzir a sucumbência da pretensão punitiva, deduzida contra a acusada: o reconhecimento da continuidade delitiva na morte das duas vítimas e o da circunstância atenuante da coação moral resistível (art - 65, III, 'c', CP) a que teria sido submetida a acusada no momento trágico da perpetração do duplo homicídio.

Curioso o resultado do julgamento, acima noticiado: a ré condenada a quatorze (14) anos de recluso, sucumbente, porém, a acusação, cuja postulação acusatória no encontrara a correlação pretendida na prestação jurisdicional apresentada: o concurso material em lugar do delito continuado.

Interessante é observar que, em situação assemelhada, a mesma interpretação não tem aplicação, como ocorre na hipótese de concurso formal (art - 70, CP), tal como o crime continuado, também causa de diminuição de pena em proporção preestabelecida.

Damásio E. de Jesus, em sua obra Código de Processo Penal anotado cita vários acórdãos, incluindo alguns da Excelsa Corte, que subtrai do Tribunal do Júri a competência para apreciar a configuração ou não do crime continuado, no lugar do concurso material, anotando, por outro lado, na mesma obra, decisões em sentido contrário, que do pela incompetência do juiz togado para apreciar a matéria em comento. (04)

O Júri, segundo o entendimento acima mencionado, não deve e não pode ser questionado acerca da possibilidade da **configuração** de crime continuado, em que pese a inclusão de causas especiais de majoração ou de diminuição penal na operação de dosimetria da resposta penal (art- 68, CP.).

No mesmo trabalho, Damásio é de entendimento de que o crime continuado pode ser objeto de tese, mas dirigida a mesma ao Juiz-Presidente que, nos termos do art - 52, XLVI, cf e 59, CP, é o responsável pela adequação da sanção penal ao

condenado.(05) Data vênia, a figura do Juiz-Presidente insere-se na doutrina do Libelo Bifronte, defendida por Mário Albuquerque Moura. A motivação do Juiz-Presidente assume especial Importância, mas na perspectiva do art - 59, CP, quando da valoração dos dados fáticos e psicológicos, influenciadores da fixação da pena-base. (06)

Herminio Alberto Marques Porto, em sua festejada obra "Júri" anota: "Indeferido quesito sobre crime continuado, em questionário com séries sobre homicídios, tendo formulado protesto consignado em ata, o advogado Hermenegildo Valente recorreu arguindo nulidade, decidindo a 26 Câmara do TJSP que os 'quesitos devem contemplar todas as teses, da defesa, inclusive as que forem apresentadas por ocasião dos debates orais', nestas cabendo, com atenção ao elemento subjetivo, o 'crime continuado'".(07)

Reconhecido, mas pelo Júri, a continuidade delitiva, nas condutas típicas do réu, cabe, agora sim, a tarefa de individualizar a pena, atento, por exemplo, ao número de crimes perpetrados pelo agente, inclusive a forma continuada especial, introduzida em nossa legislação através da Lei 7209, de 11/10/64 (art - 71, parágrafo único, CP). Fora daí é laborar em equivoco, equivoco sério, porque ofensivo aos limites da competência constitucional do Tribunal do Júri. O art - 484, III, CPP confere mais suporte à exigência de quesitação na busca da caracterização do delito continuado.

4. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE E AGRAVANTE

As circunstâncias legais genéricas de aumento (art - 61, CP) e de diminuição (arts. - 65 e 66, CP) de pena, que não devem constar do ato processual de encerramento do juízo de formação da culpa, a pronúncia, podem, no entanto, ser questionadas por iniciativa da acusação e da defesa em mais de um momento processual. Ou, ainda, de ofício, obrigatoriamente, pelo Juiz-Presidente (art - 484, parágrafo único, III, CPP).

Simples atenuante ou agravante, para ser contemplado no encontro da pena final, deve resultar de resposta afirmativa dos jurados, conforme expressa disposição legal (art - 484, único, CPP).

Condenado o réu, o juiz, para proceder a operação de dosimetria da pena, reduzindo-a, está jungido 'a obrigatoriedade de submeter 'a consideração do Conselho de Sentença o quesito genérico: 'h& circunstância atenuante em favor do réu? afirmativa a resposta, tem-se a base suficiente para influir na dosagem da reprimenda penal, (art - 484, parágrafo único, III, CPP). Negada, porém, a Indagação defeso é, ao magistrado, qualquer forma de redução penal com respaldo no quesito rejeitado, o que ensejaria .a sucumbênciada parte, que poderia supera-la, através da apelação com suporte no art - 593, III, 'b, lâ parte, CPP.

As agravantes, circunstâncias legais genéricas, não constantes do libelo, ainda que afloradas nos debates orais, devem ficar ausentes do questionário, se desacompanhadas do ato postulatório próprio (art - 484, parágrafo único, III, CPP).

A definição de crime continuado, numa situação fática, consistente em dois ou mais homicídios mediante açbes diversas, representa, muitas vezes, alteração de fundo a repercutir na dosimetria da resposta penal, com o recuo de pena de 64 para 10 anos de recluso, propiciando ao sentenciado viabilidade maior e mais próxima de chegar ao livramento condicional, enquanto a atenuante, mesmo admitida, sequer teria condlçes de aplicabilidade, caso a pena-base fique estabelecida ao nível do mínimo legal previsto.

Várias das atenuantes, elencadas nos artigos 65 e 66 do Código Penal, expressam, mais significativamente, conotaço Individualizadora, em face do crime continuado, a despeito da origem que o inspirou, ainda na idade média, no entanto, seu reconhecimento não diz respeito a esfera de atribuição do Juiz Togado. O benefício de três a seis meses, para exemplificar, na pena definitiva, na sentença do juiz, está condicionada ao voto do júri, enquanto a diminuição, muitas vezes mais significativa,

0

conforme lembrado, ficaria ao critério de avaliação exclusivo do magistrado. Mas ambas as situações encontram sua tipicidade no art - 68, CP.

S. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA: HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Comum, de larga prática no Tribunal do Júri, 4 a tese da desclassificação, utilizada pela defesa, nas causas ingratas (art - 484, III, CPP). Desclassificação, via de regra, da figura simples ou qualificada para a forma privilegiada, em virtude de violenta emoção, causada por injusta provocação da vítima, por exemplo. Um tipo penal informado pela vitimologia. Discute-se, neste setor, apenas, acerca da vinculação do Juiz Presidente à resposta afirmativa dos jurados ao quesito do privilégio no tipo penal homicídio (art - 492, IQ, CPP). Sem a questão e a respectiva resposta dos jurados, de todo defeso é, do Juiz-Presidente, a possibilidade da redução pena de até um terço, prevista para o homicídio simples.

'' E no se registra, a respeito, qualquer divergência: As causas especiais de diminuição de pena, inseridas no art - 121, parágrafo IQ, CP, só questionados pela defesa e, até pelo Ministério Público, porque não?

4 oportuno salientar que as elementares que do corpo ao tipo privilegiado (violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, motivo de relevante valor Imoral e motivo de relevante valor social), se apresentam, no contexto da lei com Intensa coloração individualizadora, dada a prevalência dos aspectos subjetivos, que as caracterizam, referência maior do art - 59, CP. O motivo determinante, por exemplo, pedra de toque do Direito Penal moderno, informa a atenuação penal, quando lastreado no valor moral ou social.

6. EXAZPERAÇO OU MITIGAÇO DA PENA NA JUSTANCIA RECURSAL

Sem qualquer arranho na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, é questionável, em sede recursal, a justiça na aplicação da pena, até porque a concretização da mesma não se insere na alçada dos jurados (art - 593, III, 'c", CPP).

Instaurada a Instância recursal, articulada na pretensão na busca de alteração da resposta penal, a apelação que impulsiona o juízo **1d** quem funciona como juízo rescindem, o que não importa em qualquer ofensa a soberania dos veredictos do júri. É que, como ensina nosso processualista maior, Tourinho Filho, nestas hipóteses o apelo se dá, única e exclusivamente, contra ato jurisdicional do Presidente do Tribunal do júri. (08)

Agora, o órgão recursal, acolhendo manifestação apelatória do réu, que impugnava o resultado do ofício jurisdicional, sob o prisma da decisão dos jurados, proferida, no seu entender, ao arrepio do conjunto probatório, sem sombra de dúvida que a redução da pena decidida, porque injusta, em que pesa sua origem, erige-se numa figura teratológica, quando se apóia na assertiva de que a problemática da qualificadora, mesmo nos julgamentos do júri, não se situa no tipo penal, mas que pertine a pena.

Eis um dos mais lúcidos, entre tantos, comentários, o saudoso Prof. Heleno Cláudio Fragoso, aponta a inteira, total insubstância de acórdão, oriundo do Rio Grande do Sul e, o que acentua a gravidade, confirmado no Supremo Tribunal Federal. (09)

Tourinho Filho, o festejado processualista pátrio, situa a matéria com oportunidade e o brilho de sempre, quando lembra: se a futilidade (qualificadora) é mera circunstância da pena o juiz não poderia explicitá-la na pronúncia, mas o Ministério Público poderia articulá-la no libelo e nos debates, já que a mesma não se ligaria ao tipo. (10)

e,

Em boa hora, pois já se fazia necessário, o Excelso Pretório, em sessão plenária, apreciando o HC - 66 334-6, de 30 de Paulo, retoma a posição coerente com o respeito a soberania do Tribunal do Júri, decidindo, naquela oportunidade, que a solução sobre pertinência de qualificadora é da competência única do Tribunal do Júri (DOU - 19/05/89 - p. 8440).

Na orientação última da Suprema Corte a posição do Superior Tribunal de Justiça (RT - 683/370). Pela absoluta impossibilidade de se afastar a qualificadora sob o enfoque do art - 593, III, 'c', CPP.

A persistir tal valoração típica, isto é, as qualificadoras como matéria concernente à pena, ao invés de elementos do tipo qualificado, ao Juiz-Presidente seria lícito e até devido não submeter, em questão, a julgamento, a qualificadora, reservando-a para a sua esfera de atribuição, enquanto teria que questionar as privilegiadoras. O art - 121, parágrafo 2º, II, CP sofreria restrição quanto a competência do júri, interpretação não extensiva ao homicídio privilegiado (art - 121, parágrafo 1º, CP). O Tribunal do Júri, cuja competência é de procedência constitucional, julgaria o homicídio simples e privilegiado, mas lhe faltaria competência para igual ato, em se tratando de homicídio qualificado. Tal exegese bate de frente com o art - 74, parágrafo 1º, CPP: 'Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, parágrafos 1º e 2º, CPP...'.
'

7. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, na dimensão Institucional, que transcende seu papel de parte na Iniciativa da ação penal pública, assume importante e significativo encargo de atuar na direção do favorecimento do exercício da jurisdição, segundo as regras legais previstas no interesse da relação processual, que se encerra com o julgamento não apenas justo, mas, ainda, obediente aos pressupostos de existência e validade. 'Formular em juízo a acusação criminal, segundo uma técnica que, a um tempo,

assegure a validade dos processos e a possibilidade de ampla defesa, é a mais importante atividade do Ministério Público, escreve Guido Roque Jacob.⁽¹¹⁾

A observância do respeito à competência do Tribunal do Júri por seu assentamento constitucional (art - 59, XXXVIII, cf), deve receber especial atenção dos membros do Parquet.

As incursões indevidas, aqui, acolá, na competência atribuída ao julgamento natural, que se reveste de maior gravidade, ante a prevalência de competência processual sobre a competência de origem constitucional.

O Júri, segundo nossa Tradição Processual, a partir da Lei Olavo de Oliveira (Lei 263, de 23 de fevereiro de 1948) passou a se constituir em foro prevalente na competência com o juízo singular, art - 78, 1, originário da mencionada lei.

O inverso da prevalência sobre ser flagrantemente inconstitucional dá sinal de retrocesso em nossa evolução processual.

A luta do Ministério Público, quando na perseguição de um juízo condenatório, não deve invalidar sua preocupação de atuação acusatória dentro de processo pleno dos requisitos indispensáveis à sua validade e existência, é bom que seja repetido. Nunca se questionou, entre nós, acerca da legitimação e interesse do órgão do Ministério Público para a atividade de arguição de nulidade de algum ato processual, nulidade, cuja declaração favorecesse unicamente as pretensões do acusado, fosse qual fosse o alcance do vício, responsável pela declaração. O princípio da arguição, inserido no art - 565, última figura, CPP, é estranho ao Ministério Público, Tem, ele, interesse e, conseqüentemente, legitimação para a atividade processual desenvolvida no sentido de evitar e escoimar de vícios a relação processual instaurada.

Paladino da verdade real, o Ministério Público está preso compromisso Institucional de perseguir a composição da lide, dentro, porém, de um processo em que o acusado, sucumbente, tenha tido o espaço processual indispensável ao livre exercício

de seu direito de defesa mesmo porque para o Ministério Público a contradição com que se estrutura o processo penal é, apenas, aparente, à mingua de interesse seu na solução desfavorável ao réu. Aliás, o genial Carrara, já dizia que ao Estado interessava mais a absolvição dos culpados do que a condenação de algum inocente. Sua meta, no processo penal, é o julgamento, segundo o primado do princípio da verdade real, cujo coroamento está no julgamento justo e pleno de garantias processuais & ambas as partes.

*

8. CONCLUSÃO

a) A continuidade delitiva, causa de diminuição de pena, nos julgamentos do Tribunal do Júri, deve ser objeto de quesitação, submetida à apreciação dos jurados, que decidirão soberantemente;

b) O reconhecimento do delito continuado deve erigir-se em tese da defesa, cujo acolhimento fica na dependência de iniciativa postulatória da parte;

c) Subtraindo da competência do Júri a pertinência da verificação do crime continuado, com as consequências positivas para o réu, seria de extrema incoerência a quesitação de outras causas especiais de majoração da pena, das atenuantes e agravantes, bem como as qualificadoras.

BIBLIOGRAFIA

1. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Revista de Direito Penal e Criminologia** - 321124.
2. GUINOVR, Ada Pellegrini. **DE Enfoque Constitucional**, Revista Juridica - 198152.
3. JACOB, Guido Roque. **Notas sobre a Denúncia no Anteprojeto - Justia** - 76195.
4. JESUS, Dandsio E. Direito Penal - 11529.
5. Código de Processo Penal Anotado p. 303.
6. Obra e página citada.
7. Mário de Moura e Seus Requisitos Justitia p. 11120.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal - 11/300
7.ed.
09. PORTO, Herininio Alberto Marques. Júri - 179, nQ 277.
10. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal - 41307
14.ed.
11. Processo Penal - 4/3088. 14.ed.

TESE

Agenor Casaril e Octávio Augusto Simon de
Souza, Procuradores de Justiça no Rio Grande do
Sul

Proposição:

Excluir a expressão "e por intermédio do presidente" constante do art. 480
do Anteprojeto do Código de Processo Penal.

Justificativa:

O jurado pode dirigir-se diretamente ao orador para pedir
esclarecimentos e solicitar a indicação da folha dos autos, já que a idéia é a de agilização dos
procedimentos. Inclusive, é permitido ao jurado que pergunte, diretamente, ao réu e às
testemunhas.

Somente quando o orador negasse o esclarecimento é que o jurado teria
assegurado, através do juiz, o acesso à informação pedida.

AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO

Delmar Pacheco da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nilo Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no RGS.

EMENTA: A proposta de nova redação do art. 366 do Projeto de Reforma do CPP não deve contemplar a suspensão do Processo em caso de revelia do Réu citado por edital, mantendo-se a orientação atual, que determina o prosseguimento do feito até o final julgamento do revel (art. 366 do CPP).

JUSTIFICATIVA: A atual sistemática possibilita o normal andamento do Processo, ainda que o Réu não atenda à citação editalícia.

A suspensão do feito seria um prêmio ao réu revel citado por edital, que veria o seu Processo interrompido, ainda que com a suspensão do lapso prescricional.

A citação por edital ocorre apenas quando o Acusado não é encontrado no endereço que ele próprio forneceu, o que é claro indicativo de que pretende se furtar à responsabilidade criminal.

A regularidade da busca da citação pessoal já está hoje assegurada pela O jurisprudência dos nossos Tribunais, que reiteradamente tem anulado processos quando essa busca não se verifica.

Tal já é garantia suficiente para o Réu, cujos interesses não podem preponderar sobre o interesse maior da sociedade no controle criminal.

A defesa social não pode ficar entregue à vontade e à conveniência dos Acusados, que terão, na condição de foragidos, um prêmio.

A defesa dos Réus revéis vem sendo desempenhada com todas as garantias

- pelos defensores públicos e dativos que lhes são dados.

A eventual condenação do réu é um direito da sociedade que não pode ficar subordinada ao seu Juízo de oportunidade para responder ao Processo.

TESES AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Delmar Pacheco da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nio Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no RGS

EMENTA: O Inquérito Policial deve ser sempre remetido diretamente ao Ministério Público, mesmo quando contenha representação pela prisão preventiva do indiciado. Nesse caso, antes mesmo do oferecimento da Denúncia, com manifestação fundamentada, o Promotor de Justiça encaminhará os autos ao Juiz de Direito.

JUSTIFICATIVA: É de toda a conveniência que a relação entre autoridade policial e Ministério Público seja aproximada, evitando-se a interposição do Magistrado, que já deverá receber o feito com manifestação expressa do Promotor de Justiça.

A remessa do Inquérito Policial diretamente ao Ministério Público, ainda quando contenha representação pela prisão preventiva, fará com que o Juiz, antes de examiná-la já tenha a posição do órgão ministerial.

Nos casos em que for possível, o Promotor de Justiça oferecerá de pronto a Denúncia, que será acompanhada de seu parecer sobre o pedido de preventiva, ganhando em celeridade o feito.

Havendo necessidade de devolução do IP à Delegacia para novas diligências, isto será feito diretamente pelo Ministério Público, sem necessidade de despacho judicial.

TESES AO CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Delmar Pacheco Da Luz,
Cláudio Barros Silva,
Cláudio Brito,
Daltro Aguiar Chaves,
Thales Nilo Trem,
Paulo R. Tonet Camargo,
Promotores de Justiça no **RGS**.

EMENTA:

A Reforma do Código de Processo Penal não deve contemplar o indiciamento formal do investigado, a ser realizado após despacho fundamentado da autoridade policial.

JUSTIFICATIVA:

- O indiciamento formal do investigado representa uma maior burocratização
- do inquérito policial, sem qualquer utilidade prática.

Até porque, o indiciamento não vincula o titular da ação penal e, portanto, não significa qualquer restrição ao investigado.

Além disso, a necessidade de fundamentação aponta para a possibilidade de um controle sobre esse ato, a ser realizado ou pelo Chefe de Polícia, ou pela autoridade judiciária.

Tal providência atenta contra o propósito de celeridade da investigação, manifestado pela própria Comissão de elaboração da Reforma do CPP.

TRANSAÇÃO PENAL: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DOMINUS
LITIS"

Autor Paulo de Tarso Brandão
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina

Subtema: Ministério Público e a Nova Ordem Processual Penal

JUSTIFICATIVA

Seguindo tendência orientada pela moderna criminologia, em todo o mundo (01), a Constituição Federal de 1988 introduziu na sistemática do Direito Processual Penal brasileiro a denominada "transação penal tradicional no Direito norte-americano. Em seu artigo 98, 1 autorizou a criação, pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, de "juizados especiais, providos por juizes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas e juizes de primeiro grau.

De lembrar-se, também, que a mesma Constituição, em seu artigo 129, 1, manteve entre as funções institucionais do Ministério Público a de promover a ação penal pública, na forma da lei, mas reforçou a condição de "dominus litis" quando estabeleceu que a instituição exercita essa função "privativamente.

Assim, para dar perfeito cumprimento a esses dois dispositivos constitucionais, necessário se faz a, regulamentação, através de lei, do instituto da transação penal, e, ainda, que o

Ó

M.

Ministério Público decida sobre a oportunidade ou, não da realização da transação em cada caso concreto.

Ocorre, no entanto, que um dos projetos de reforma do Código de Processo Penal, publicado, juntamente com outros dezesseis, no Diário Oficial da União de 18 de março deste ano, pretendendo regular a transação penal prevista na norma constitucional, após fixar o que se deve entender por "infrações penais de menor potencial ofensivo", propõe a seguinte redação para o artigo 533 e seus parágrafos do Código de Processo Penal:

Art. 533. Na audiência de conciliação, presentes o representante do Ministério Público, o atuado e o ofendido, e, se for o caso, o responsável civil, assistidos de seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade de reparação dos danos e de transação penal (Constituição Federal, art. 98, 1).

§ 1º. Havendo transação. ~ versará, sobre a renarcação d.s. danos ao ofendida. u juiz homologará. determinando as. autuada , oacamento dz_ atÁ o décuplo d custas. (sublinhamos)

§ 2. Nas hipóteses de não haver danos, ou de impossibilidade econômica de repará-los, aplicar-se-á a suspensão condicional do processo, de um a dois anos, observado, no que couber, o disposto nos arts. 549 a 555.

Nos demais parágrafo (3., 4v,, 5u e 6o) o projeto prevê as causas impeditivas da transação; dá eficácia de título executivo à sentença homologatória; dispõe sobre a extinção punibilidade pelo cumprimento dos termos da transação; e, estabelece que O. pedido da arquivamento naQ ore.ludicará a tentativa da coriiliacão auanto l recaracão d dano".

Transformado em lei o projeto nos termos acima, não estariam atendidos nenhum dos dispositivos constitucionais referidos anteriormente.

Em primeiro lugar, não se pode ter como transação penal "a fórmula que prevê uma transação eminentemente civil que diz respeito tão somente à reparação dos danos causado ao ofendido. Estar-se-ia, antes, diante de uma despenalização através do

Processo Penal. A transação penal, não tem, evidentemente, a mesma configuração de transação prevista nos artigos 1025 e seguintes, do Código Civil, ela deve operar, observadas as suas peculiaridades, no âmbito da sistemática penal. A transação penal deve envolver sempre uma pena substitutiva de pena privativa de liberdade, para que seja ela efetivamente opere na sistemática do direito penal. E neste sentido a orientação da moderna política criminal, como, de forma clara ensina Hans-Heinrich Jescheck:

1

O cumprimento da pena privativa de liberdade e das medidas da mesma natureza passam, cada vez mais, como ultima ratio, a um segundo plano entre os instrumentos com que conta o direito penal. A pena privativa de liberdade unicamente segue sendo a espinha dorsal do sistema de sanções em matéria de delinquência grave ou em caso de multirreincidência, assim como em conceito de pena subsidiária no caso de impossibilidade de pagamento da pena de multa... Se desenvolvem alternativas à pena privativa de liberdade por caminhos distintos e arranjo de diversas formulações jurídicas, e se buscam soluções processuais que permitam abreviar a necessidade do processo penal (02).

Do ponto de vista processual, cumprindo a finalidade exposta na segunda parte da lição acima transcrita, a transação tem a finalidade de diminuir o desnecessário formalismo de que está atualmente impregnado o Processo Penal.

Não é possível, no entanto, a título de diminuir o formalismo, desnaturar o processo penal a ponto de fazer dele instrumento de deseriininação. Também há, é verdade, na moderna criminologia, a proposta de uma restrição do campo dos fatos penalmente sancionáveis ao limite do absolutamente necessário para a salvaguarda da segurança da ordem pública, para que não se produza nenhum desnecessário efeito de criminalização (03). Entretanto, não é o processo penal o campo próprio para operar essa restrição, mas ela deve se dar no âmbito do Direito Penal, na forma de destipificação de condutas

De um outro prisma, a proposta de reforma penal em análise

e

desconsidera, também, a norma constitucional que manteve e reforçou a tradicional função institucional do Ministério Público de titular da ação penal pública, que agora a exerce de forma privativa, ressalvada, por óbvio, a exceção, também constitucional, da ação penal privada subsidiária.

Sendo o Ministério Público o dominus litis da ação penal, a ele cabe a análise da oportunidade ou não da propositura da ação penal e da oportunidade ou não de eventualmente transigir. O Ministério Público é que, constitucionalmente, tem o poder-dever de decidir se a transação atende às finalidades da reprimenda penal ou se necessário se faz a propositura da ação para buscar a aplicação de uma pena diversa daquela oportunizada no âmbito da transação, ou, ainda, se é possível, com os elementos de que disponha, efetuar a transação garantindo o patrimônio de direitos subjetivos da acusado e os interesses do Estado que ele representa. Ao órgão do Ministério Público, em última análise, é que compete transacionar com o acusado.

Na forma de transação proposta pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal, o Ministério Público não poderá se opor a eventual transação entre acusado e ofendido, ainda que vislumbre o interesse do Estado na aplicação de reprimenda penal, posto que a transação somente versará sobre a. reparação dos danos causados ao ofendido. Assim, estando atendido o interesse do ofendido, esgotada estará a atuação do Ministério Público nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo.

PROPOSTA

Visando implementar a norma constitucional que oportuniza a transação penal, mas resguardando o Ministério Público em sua qualidade de dominus litis., propõe-se que a regulamentação da

norma do artigo 98, 1, da Constituição Federal, respeitando o previsto no- artigo 129, 1, se dê nos seguintes termos:

Art. 533 - Estando presentes o autor do fato e a vítima e, se for o caso, o responsável civil, e o representante do Ministério Público, o Juiz instalará a audiência de conciliação.

§ 1 - Nesta fase de conciliação o Ministério Público poderá propor ao autor do fato a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade procurando, sempre que possível, obter a reparação do dano.

§ 2. - Tratando-se de infração de ação penal pública condicionada, após apresentada a representação, proceder-se-á na forma estabelecido no parágrafo anterior.

§ 3o. - Ter-se-á como representação a anuência da vítima com o boletim de ocorrência, à sua presença à audiência, ou qualquer outra forma que demonstre o seu consentimento.

§ 4 - Na hipótese de ação penal privada, o Ministério Público atuará, juntamente com o Juiz, na atividade conciliatória.

Art. 11 - Aceita a transação pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz que, salvo nos casos de vedação expressa em Lei, a homologará. (04)

Evidentemente que os dispositivos que tratam das causas impeditivas da transação; dos efeitos da sentença; e da extinção da punibilidade podem e devem ser mantidos.

Para que a reforma do Código de Processo Penal se mantenha fiel aos princípios e às normas constitucionais, um vez aprovada a proposta, poderia ser encaminhada como sugestão à Comissão de Juristas que elaborou os projetos de reforma.

e

NOTAS

(1) JESCHECK, Hans-Heinrich. Rasgos Fundamentales Dei Movimiento Internacional de Reforma Dei Derecho Penal. in, MIR PUIG, Santiago et alii. *Política Criminal y Reforma fl.j Dereoho Penal*. Bogotá: Temis, 1982, pp. 235 a 250.

(2) op. cit., p. 237.

(3) op. cit., p. 238.

(4) Redação semelhante foi apresentada como sugestão à Comissão encarregada de elaborar o projeto de lei que cria e estabelece o rito processual do Juizado Especial Criminal no Estado de Santa Catarina, projeto este que se encontra em fase de análise pelo Pleno do Tribunal de Justiça.

e

**A designação prevista no artigo 28 do Código de
Processo Penal, face ao Princípio Constitucional da
Independência Funcional.**

Cláudio Barros Silva,
Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul

O Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal, em seu artigo 28 diz: "Se o órgão do Ministério público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informações, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informações 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."

Assim, no caso de um órgão do Ministério Público requerer o arquivamento e o pedido não ser aceito pelo julgador, pela norma processual penal, o procurador-geral tem três caminhos: insiste no pedido; oferece a denúncia ou designa outro órgão do Ministério Público para fazê-lo.

A tese pretende discutir a última hipótese frente ao Princípio da Independência Funcional acolhido no texto constitucional.

No Ministério Público, o mais importante princípio é o da Independência Funcional, que não poderá ser mitigado, pois, ou existe a independência, ou há a dependência. À

Sociedade, destinatária da ação do Ministério Público, importa a necessidade de ter um Promotor ou Procurador de Justiça com independência funcional, devendo obediência apenas à lei e à sua consciência.

Quando o órgão do Ministério Público está investido deste Princípio é, com certeza, o próprio Estado que se manifesta na sua efetiva ação. Esta é, certamente, a verdadeira nobreza que está a elevar a Instituição do Ministério Público, pois todos que estejam no exercício de suas funções, com garantias constitucionais asseguradas, gozam de independência funcional, seja o promotor de justiça substituto de entrância inicial, em estágio probatório, até o procurador-geral.

Quando dos trabalhos pré-constituintes, no Anteprojeto da CONAMP, baseado na Carta de Curitiba (Capítulo 4) e nas conclusões do VI Congresso Nacional do Ministério Público, ficaram solidificadas algumas necessidades Institucionais, restando o desenho do Princípio do Promotor Natural e a imposição de limitar, o máximo possível, a interferência da Administração na atividade funcional de cada órgão do Ministério Público, com o fim de preservar a inamovibilidade e, principalmente, a independência funcional.

A designação afirmada no artigo 28 do Código de Processo Penal caracteriza uma espécie de delegação, que, embora prevista em lei, não pode retirar a independência funcional do órgão do Ministério Público.

O eminente professor Paulo Cláudio Tovo é incisivo em dizer que o Promotor de Justiça não é instrumento cego de ninguém, nem mesmo do chefe do Parquet quando este, em face do pedido de arquivamento de outro agente, lhe nomeia para denunciar. Eis aí uma espécie de delegação em que ele vai fazer as vezes de Procurador-Geral, com todos os poderes, na espécie, podendo insistir no pedido de arquivamento ou denunciar", in Apontamentos e Guia Prático sobre Denúncia no Processo Penal Brasileiro, Ed. Fabris, 1986, pág. 61.

Já antes da Constituição de 1988, se sustentava a discricionanidade do órgão do Ministério Público para, com independência funcional, firmar a sua convicção pelo arquivamento ou pela denúncia. Antes e após o texto Constitucional, o eminente colega José Antônio Paganeila Boschi tem defendido que o Promotor de Justiça designado, por agir em razão de delegação do Procurador-Geral, poderia denunciar ou insistir no arquivamento, pois "pela designação há uma transferência da atribuição prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal ao Promotor designado, resultando, daí, ser sua prerrogativa agir como se fosse o Procurador-Geral, ou denunciando, ou insistindo no pedido de arquivamento", in *Persecução Pena*, Ed. Aide, 1987, pág. 201.

Ao designar, o Procurador-Geral delega ao Promotor de Justiça as suas atribuições previstas no Código de Processo Penal. Este, com independência funcional, formará a sua convicção e oferecerá a denúncia ou pedirá o arquivamento. Nada pode interferir na convicção do Promotor de Justiça que, quando age, o faz com respeito à lei e à sua consciência, apenas.

Assim, se o Procurador-Geral entender que é caso de denunciar, pois presentes as condições da ação penal, deve fazê-lo pessoalmente. Se delegar, o Promotor de Justiça, por ter assegurado o princípio constitucional da independência funcional, irá examinar as peças investigatórias e irá se manifestar conforme a sua convicção.

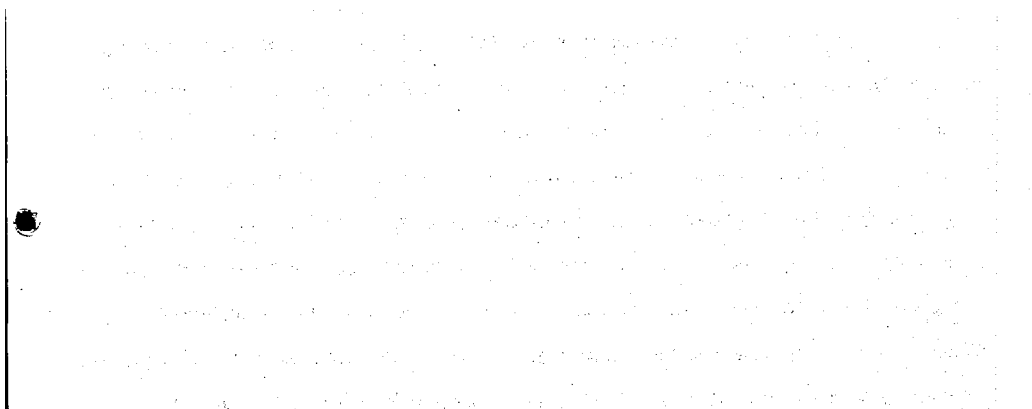
Não há, como sustentam, por vezes, os órgãos superiores da administração, subordinação em decorrência da designação. Esta caracteriza, apenas, um ato administrativo excepcional no Ministério Público e limitada aos termos exatos da lei. Convicção e consciência funcional são intocáveis e estão acima das decisões administrativas. Não se poderia, jamais, entender que um Promotor de Justiça, quando designado, tivesse que violar a sua independência e a sua convicção, com o fim de sujeitar uma pessoa que entende inocente à ação penal, apenas porque foi designado pelo Procurador-Geral. Se este está convencido de algum fato, deve oferecer a denúncia, pois tem atribuições para tal. Todavia, a sua convicção é intransferível, pois fere a independência funcional, princípio mais grato da Instituição do Ministério Público.

e

Pelo exposto, de forma excepcional e dentro dos limites da lei, pode o Promotor de Justiça ser designado nos termos do artigo 28 do Código, de Processo Penal. Todavia, ocorrendo a delegação efetivada na designação, o Promotor de Justiça, frente ao caso, concreto firmará a sua convicção e com independência funcional poderá denunciar ou insistir no pedido de arquivamento.

- A presente tese foi apresentada e aprovada no 11º Congresso Estadual do
- Ministério Público realizado recentemente em Canela, RS, devendo o texto do artigo 28 do Código de Processo Penal passar a ter a seguinte redação:

"Art.28. 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 improcedentes, as razões invocadas, ou, no caso de considerar im-
peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá denúncia, insistirá no pedido de arquivamento, ou designará outro órgão do Ministério Público para, querendo, denunciar ou insistir no arquivamento, ao qual ficará o juiz a atender."



**CRIMES CONEXOS - A POSTURA DO
PROMOTOR E DO JUIZ DIANTE DA RECUSA DE
JURADOS, COMO ALTERNATIVA A EVITAR
INVALIDADE DE JULGAMENTOS.**

Thales Nio Trem,
Promotor de Justiça - 4^a Promotoria da 2^a Vara do
Júri de Porto Alegre - RGS

Introdução

Questão sempre tormentosa, tanto na doutrina como na jurisprudência de nossos Tribunais, tem sido o julgamento dos crimes conexos pelo Tribunal do Júri, notadamente quando operada a desclassificação do delito prevalente por ocasião da votação do questionário e, principalmente, quando esse fato ocorre após o julgamento do crime não-doloso contra a vida, ligado pelo vínculo.

A raiz do problema repousa no histórico dissenso entre algumas correntes de opinião a respeito de se verificar quebra de conexão ou prorrogação de competência em favor do Tribunal Leigo.

Uma delas, menos aceita, poderia ser resumida com a lição de WALTER ACOSTA (1), segundo a qual, se na fase de julgamento o corpo de jurados desclassificar a infração prevalente, ou seja, a que firmou a competência do Tribunal Leigo, para outro crime que não seja doloso contra a vida, e restar conexo àquele um ou mais delitos da competência originária do Juiz singular, o Conselho Popular perderá, em favor do magistrado, a competência para o primeiro, mas continuará competente para o outro ou outros, em virtude das regras da

1

e

conexão, citando o referido autor, para fundamentar seu entendimento, a regra do artigo 81 e seu parágrafo do estatuto processual.

•

Assim, consoante essa posição, a competência do Tribunal do Júri em relação a tais delitos conexos, na fase de julgamento (e diferentemente do que ocorreria quando do lançamento da decisão de pronúncia - art. 410 do CPP, ocasião em que o processo seria remetido para o juízo competente) não se desnatura quando os jurados desclassificam o delito prevalente para outro não-doloso contra a vida. Ocorreria, "in casu", prorrogação de competência, eis que mantido o elo vinculante, e não haveria quebra da unidade de julgamento.

Na linha oposta, como se sabe, figura a corrente doutrinária e jurisprudencial dominante e mais atual, com os olhos bastante firmes na missão cometida ao Júri, por regra constitucional, de cuidar, com exclusividade, do julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Segundo ela, seja na fase de pronúncia, seja na fase de plenário, não importa, se o delito preponderante é desclassificado para outro da competência do Juiz monocrático, rompe-se o vínculo que arrastara ao Júri o exame dos demais, não se evidenciando a alegada prorrogação de competência, de tal modo que fica reservado ao Juiz presidente decidir sobre todas as infrações. Essa posição é agasalhada, dentre outros, por Magalhães Noronha (2), que cita, como fundamento, o art. 74, parágrafo 3^o, parte final, e art. 492, parágrafo 2^o, do diploma adjetivo.

e

Vale notar que uma facção um pouco mais audaciosa desse entendimento dita que a própria absolvição do réu por reconhecimento de causa excludente de antijuridicidade quanto ao delito prevalente, afastando a própria criminalidade da conduta, tem o condão de romper o aludido elo conector, de tal forma que os crimes não-dolosos contra a vida, que estavam atraídos pelo primeiro, passam para a órbita de competência exclusiva do Juiz togado. Tal posição foi manifestada, por exemplo, pela 3^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (3).

Entretanto, embora respeitável esse último enfoque, parece realmente não se afinar com o melhor direito, pois, como se pronunciou (em voto vencido no aludido

juízo) o ilustre Desembargador Nelson Luiz Púperi, na esteira da lição do já citado mestre Magalhães Noronha, 'a absolvição não gera incompetência; antes, é afirmação dela' (4).

Parece-nos, pois, que a posição, digamos, eclética detém a exegese mais [acertada. Com](#) efeito, desaparecido o nexo vinculante dos crimes (e só por este fenômeno atrativo - conexão - é que os outros delitos - despidos de "animus necandi" - foram arrastados para a competência do Júri), então o julgamento dos ilícitos aderidos deve voltar à esfera originária de jurisdição. Todavia, de acordo com os pensamentos mais festejados, tal fato se dá apenas por ocasião da fase dita de plenário, e não durante o estágio de pronúncia. De outra banda, também apenas ocorrerá quando se verificar decisão desclassificatória por parte dos jurados, votando por sua incompetência, e nunca quando o veredito for absolutório.

O aludido dissenso não apresenta maior relevo quando estamos lidando com hipóteses de julgamento de um só réu, acusado tanto do crime de morte, como dos ilícitos vinculados, pois, em tal caso, a desclassificação do delito prevalente nunca terá a chance de se verificar depois do julgamento dos outros. Invariavelmente, ocorre antes, pela precedência natural imprimida na ordem dos quesitos. De tal modo, se o Juiz presidente for partidário da primeira corrente, os jurados continuam julgando os ilícitos remanescentes; se for admirador da segunda ou terceira opiniões, a decisão sobre eles e sobre o resultante desclassificatório, compete a ele próprio.

Crimes Conexos - Atraente e Atraídos - Vários Réus

A dificuldade maior situa-se nos casos em que dois ou mais réus são julgados por crimes conexos, sendo um responsabilizado por crime doloso contra a vida, e os outros, por delitos que não se enquadram nesse conceito.

1

É a possível cisão dos julgamentos que traz um problema importante: Ser o delito prevalente julgado **Uós os outros, e haver a sua desclassificação para crime da competência originária do Juiz singular.**

Efetivamente, cremos que, nessa hipótese, as primeiras decisões correriam o sério risco de serem atacadas, proveitosamente, com "habeas corpus", em segundo grau, ou revisão criminal. A razão 6 conhecida: alguns doutrinadores, como Tourinho Filho (5), qualificariam um veredito lançado por órgão jurisdicional absolutamente incompetente de um **não-ato**, ou seja, de algo que padece do vício da inexistência e que não pode, sequer, transitar em julgado ou produzir efeitos na órbita jurídica. E, no exemplo trazido, não sena outro o perfil das decisões do Colegiado Popular acerca das imputações vinculadas. Todas foram proferidas por § julgadores totalmente incompetentes "ratione materiae" (CF, art. 5^o, XXXVIII, "d", combinado com o diploma adjetivo - arts. 69 e seguintes), embora se soubesse disso apenas em momento posterior.

Não estaria correto afirmar que, transitada em julgado a sentença desclassificatória (do ilícito prevalente), surge a verdade indiscutível e irreversível de que **nunca houve crime doloso contra a vida?**

Claro que sim.

E, desse modo, como poderíamos conciliar essa verdade com as sentenças anteriores, que, afinal, partiram da **mera suposição** (pretensão acusatória - que não chegou a ser submetida ao crivo do Tribunal Leigo ou de qualquer outra instância jurisdicional), **de que havia crime de morte no principal vetor incoativo?** §

Realmente, veja-se que na versada hipótese jamais teria havido apreciação ou decisão do Tribunal do Júri sobre a sua competência, a não ser exatamente no último julgamento. Ora, se a presunção não se confirmou, tudo que foi praticado em sua homenagem * não é válido. O Direito jamais abandona o bom senso.

Assim, como o vício da inexistência jamais convalesce, não há dificuldade em considerar que a sentença desclassificatória do delito prevalente (julgamento posterior), que

anula a conexão, alcance os julgamentos pretéritos (dos crimes vinculados), revelando a incoerência jurídico-processual e fulminando as decisões adotadas naquelas oportunidades.

Cumprido destacar, paralelamente, que a cisão do julgamento não importa em quebra da conexão entre os crimes praticados pelos diversos réus. Por Exemplo, na sessão plenária em que ocorre divergência entre os defensores sobre um jurado (art.461, "caput", do CPP), bem como no próximo dia desimpedido (§ 1a), ou ainda, se preciso, nas datas subseqüentes, serão julgados todos os réus por um só órgão jurisdicional: o Tribunal do Júri (essa é a regra). Ou seja, os vários delitos, embora julgados separadamente, ainda estão ligados pelo fenômeno jurídico da dependência recíproca, que é a conexão, aquele vínculo que reúne as ações penais e prorroga a competência. Note-se que as ações, ou as várias imputações a réus diferentes, ainda estão reunidas, sim. Apenas porque há divergência quanto a pessoa de um ou mais julgadores populares, a sessão plenária e as votações são desdobradas em tantas quantas sejam necessárias.

Nessa esteira, e tomando por base a aludida corrente eclética, se na exemplificada cisão ocorre **o julgamento do crime prevalente em primeiro lugar**, e também se verifica a desclassificação, há o rompimento do vínculo conector, o qual produz efeitos em relação aos julgamentos previstos para as sessões posteriores. De tal modo, se esses demais crimes não forem da competência originária do Tribunal Leigo, serão eles julgados pelo Juiz presidente, assim que transitar em julgado a aludida decisão desclassificatória da imputação predominante (art.74, parágrafo 3º, do CPP).

Já quando **o primeiro crime a ser julgado é daqueles não enquadrados dentro da competência originária do Júri, e o delito prevalente resulta desclassificado na sessão seguinte**, ainda nesta hipótese, como mostramos reza o bom Direito, a sentença desclassificatória transitada em julgado contamina o julgamento precedente. Não há dúvida de que, igualmente, foi quebrado o vínculo da conexão entre os delitos por decisão soberana dos jurados, não importando que esse rompimento não tivesse ocorrido ao tempo do primeiro julgamento. Como foi mostrado, se o Tribunal não se manifestou sobre a sua competência

e

naquela oportunidade, existindo uma mera presunção, mais tarde negada, não se aplica o princípio "tempus regit actum".

Dito isso, ou seja, verificada a efetiva existência do risco de comprometimento dos julgamentos precedentes, frise-se que tal fenômeno é possível, pelo menos, em duas hipóteses:

O

a) Quando, transitada em julgado a sentença de pronúncia, não se consegue efetuar o julgamento do réu acusado do crime predominante (já que impossível o ato à sua revelia - art.451, parágrafo 1º, do CPP).

Neste caso específico, o bom senso- dos Juízes e Tribunais tem se manifestado em não colocar em pauta de julgamento os crimes vinculados, até que se consiga submeter ao Colegiado do Júri o ilícito principal. O problema é contornado, assim, sem outras dificuldades.

b) Quando, na fase de plenário, verifica-se a circunstância descrita no art. 461, "caput", última parte, do estatuto processual, já abordada. Ou seja: Na ocasião em que o defensor do réu acoimado pelo crime prevalente recusa um jurado e não é acompanhado, nessa manifestação, nem pelo advogado do infrator despido de "animus necandi", nem pelo Promotor de Justiça.

Nesta circunstância, a lei preconiza que seja dada primazia ou preferência para o crime vinculado, que, então, será objeto de julgamento (em primeiro lugar) na própria sessão em que ocorreu a divergência, ficando a decisão sobre o ilícito doloso contra a vida reservada para o primeiro dia desimpedido (parágrafo único do citado artigo 461).

Claro que não é ignorado da prática forense, principalmente daqueles que militam no Tribunal do Júri, que o Promotor de Justiça "pode escolher o réu a ser julgado em primeiro lugar", bastando, para isso, que acompanhe as recusas efetuadas pelo respectivo

defensor, não se preocupando com a manifestação dos demais profissionais. Entretanto, nessa estratégia, será obrigado, muitas vezes, a recusar jurados que normalmente aceitaria, bem como a aceitar outros que, em situação diferente, recusaria (excetuando, é claro, as manifestações motivadas - *art.459*, parágrafo 2º). Tal proceder poderá lhe causar até prejuízos no • destino da causa, pois é axiomático que, num grupo heterogêneo de pessoas representantes da sociedade, existem partidários de todas as convicções e tendências, inclusive no que consulta às ciências penais. Promotores e advogados experientes no Júri reconhecem a importância do assunto.

Assim sendo, se o agente ministerial não desejar adotar esse estratagema, as diversas recusas poderão conduzir ao julgamento posterior do crime prevalente, com os apontados riscos daí decorrentes.

A Atitude Ministerial e Judicial Diante das Recusas -Conclusão

Demonstrado, destarte, o sério prejuízo que poderia ser gerado às partes e à Justiça com o julgamento posterior do delito predominante, passemos à análise do que entendemos como solução **alternativa** e adequada ao potencial problema.

Voltando à fase das recusas, destaque-se que, por disposição do artigo 79, parágrafo 2¹, do CPP, a unidade de julgamento não ocorrerá quando surgir, dentre outras, a hipótese do artigo 461 do mesmo estatuto. Este último dispositivo trata, exatamente, como já se noticiou, do caso de existirem dois ou mais réus, e não concorrerem as recusas de seus defensores, ocasião em que, diz a lei, far-se-á o julgamento apenas do acusado que houver aceito o jurado, salvo se este, recusado por um réu e aceito por outro, for também recusado pala acusação.

a

Verifica-se que, por questão de economia e ordenamento dos trabalhos e até mesmo de lógica, estabeleceu o legislador que o réu a ser julgado em primeiro lugar (e por ocasião da própria sessão em que ocorreu o incidente de recusa) é aquele que aceitou o jurado e que teve este seu ato imitado pelo Ministério Público.

e

Pois bem. Analisando-se atentamente as aludidas disposições legais, percebe-se que o momento crucial em que se dá o fenômeno **irreversível** e cogente da cisão do julgamento é aquele em que as defesas **divergem quanto** à aceitação de um jurado, e, atente-se: **antes de ser** consultado o Ministério Público - o qual, como é cediço, se manifesta sempre após os defensores (*art.459, parágrafo 2º*, do CPP). É o "NÃO" ou o "SIM" do advogado, contrariando a manifestação precedente do outro profissional sobre o mesmo jurado, que provoca a quebra da unidade de julgamento, de modo irreparável e definitivo. A indagação Ø ao agente do Ministério Público sobre a sua aceitação ao aludido integrante do colegiado leigo somente ocorre após a perfectibilização daquele rompimento.

Ora, nessas condições, resulta claro que o Juiz não está obrigado, imediatamente após ouvir as defesas, a colher a aceitação ou a recusa do Promotor sobre o jurado que deu causa à divergência, para, só após, declarar a quebra de unidade. Como o vetor da cisão do julgamento traduziu-se na resposta indicadora do desacordo entre os defensores, poderá o magistrado simplesmente declarar cindido o júri, tão logo operado o dissenso. O Promotor, por seu turno, aderindo à alternativa proposta, (e, é claro, se for do seu interesse), não reivindicará ciência e parecer sobre o leigo sorteado. Assim ocorrendo, não haveria qualquer precedência de julgamento em favor do réu que aceitou o jurado. Essa preferência só existirá, conforme o art. 461, se o agente **do Ministério Público** também aceitar o referido leigo, ou seja, se e quando for implementado o outro pressuposto concorrente da aludida primazia.

Em seqüência, e advertindo os presentes que decidiu submeter a julgamento em primeiro lugar o crime doloso contra a vida, o Juiz prosseguirá no sorteio dos jurados, apenas com a presença e participação da defesa do réu acusado do respectivo ilícito, seguindo-se os trabalhos.

Tal conduta, saliente-se, apenas se justificará, e "ad cautelam", quando se tratar da presença de mais de um réu e na hipótese destacada anteriormente, pois, se todos os delitos se enquadrarem no Capítulo 1 do Título 1 do CP, o Juiz, aí sim, até para saber com quem

ficará a precedência de julgamento, colherá o parecer do Promotor sobre jurado que, eventualmente, venha ser objeto de divergência entre as defesas.

Poder-se-ia aduzir, finalmente, a respeito da solução preconizada, que o réu preterido teria o direito de ser julgado pelo leigo objeto do dissenso (que ele aceitou), direito esse inviabilizado por força do ato judicial. Entretanto, tal alegação não poderia prosperar. Não existe "direito a ser julgado pelo jurado fulano ou beltrano", mas, sim, direito a ser julgado pelo Tribunal do Júri", ou seja, por um "corpo de cidadãos de notória idoneidade, legalmente alistados" (arts. 433 e 436 do CPP), e essa garantia não lhe teria sido subtraída. Além do mais, o referido réu, de acordo com a regra do parágrafo único do art. 461, "a contrario sensu", "será julgado no primeiro dia desimpedido", tudo indica na mesma reunião, quando, então, o seu caso teria a chance de ser apreciado pelo mesmo integrante do colegiado popular, se concorrerem a sorte e o seu interesse. O jurado, pois, não estaria sendo afastado definitivamente, mas, sim, incidentalmente e provisoriamente da decisão da causa. E, em derradeiro, se esses argumentos ainda não bastassem, diga-se que o interesse da Justiça - superior - e o interesse do próprio inconformado estariam sendo protegidos, pois não haveria o risco de se anular *exatamente* o julgamento do referido réu, no futuro.

(1) O Processo Penal, Editora do Autor, 4ª ed., Rio, 1962, págs. 64 e 65.

(2) Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 9ª ed., São Paulo, 1976, pág. 48

(3) RTJRGs, 1131123 (Apelação-Crime nº 684040421).

(4) Ob. cit., 12ª ed., 1979, pág. 71.

(5) Processo Penal, Volume 3, 6ª ed., Saraiva, 1982, pág. 106.

um

e

Retificação quando da declaração da votação dos quesitos aos Jurados (Art. 487 do CPP)

Sandra Gold.nan,

Promotora de Justiça deo Rio Grande - ¹¹ Vara

Criminal - Júri - RGS

Como diz CLARAPÉRE ("iii "La Psychologia Judiciaire, pág. 35), o Júri é
Uma multidão heterogênea não anônima , LE BON, Psychologie des foules, pág. 153),
composta por indivíduos incompetentes em relação à questão jurídica e à prática judiciária".

-

O Júri, como bem salienta Altavilla "in "Psicologia Judiciária, é mais
numeroso, podendo ser considerado uma pequena multidão ... Não **e raro determinar-se a
influência de um sobre as outras (gn) ... É claro que, muitas vezes, acontece haver num Júri
várias pessoas capazes de resistir a uma influência de conjunto e que formam uma
convicção diferente: então, à volta delas vão-se orientando as outras, e para esta orientação
tem grande influência as relações anteriores, a comunhão de terra ou de profissão (gn).**

e

O jurado sequer tem conhecimento do processo, tomando contato com ele
através do interrogatório, relatório, e debates do Ministério Público e da defesa.

Para muitos Jurados é "uma obrigação legal", um verdadeiro martírio
julgar seus semelhantes.

e

Eles ficam por demais preocupados com o conteúdo humano, a figura do
réu, ali presnete, geralmente com família e amigos e com a pena aplicada.

Têm a tendência a serem mais indulgentes. Esquecem-se da sociedade, geralmente, cria-se a dúvida e são levados pelo bom senso, falta-lhes cultura jurídica e técnica.

Ainda afirma Altavilla (in Psicologia judiciária) o Jurado, **que quase sempre se detém nas experiências exteriores**, não consegue penetrar na alma do acusado".

A falta de motivação, eis que julgam por íntima convicção, auxilia a influência com relação às decisões dos demais.

4

Os jurados são submetidos, na maioria das vezes, a diversos quesitos, Cria-se a angústia, medo do erro judiciário, nervosismo, dúvida. São eles que decidem as questões de fato e de direito.

Diz a nossa Carta Magna, em seu art. ⁵⁰, inciso XXXVffl:

"É reconhecida a instituição do Júri, com a organização que a lei lhe der, assegurados a plenitude de defesa, **sigilo das votações**, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dolosos contra a vida".

•

Diz o artigo 458 do Código de Processo Penal

§ 1º Na mesma ocasião, o juiz advertirá os jurados de que, **uma vez sorteados, não poderão comunicar-se com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do conselho e multa, de quarenta centavos a um cruzeiro. (...)**

*

No momento em que os resultados dos quesitos estão sendo abertos e mostrados aos Jurados, dois princípios basilares da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, são feridos: o **da incomunicabilidade dos jurados e o sigilo das votações**.

4

Ora, se os Jurados, ao contrário do Júri Americano não podem discutir sobre as provas do processo, não deveriam ter acesso à decisão de cada um, à medida que os quesitos estão sendo formulados.

e

Comunica-se, assim, a opinião deles sobre as teses apresentadas em plenário.

O sigilo é DAS votações, portanto, se sigilosas são, só o Juiz, Promotor e Advogado devem ter acesso a elas.

Como bem salienta o Dr. José Lisboa da Gama Malcher:

O

"A constituição Federal determina o SIGILO DAS VOTAÇÕES e NÃO NA VOTAÇÃO. Isso equivale a dizer que o voto é secreto, se secreto é, não tem fundamento legal que os Jurados passem a tomar conhecimento das decisões que estão sendo proferidas por eles'.

A Constituição Federal utiliza VOTAÇÕES no plural, portanto, todas, inclusive aquelas feitas durante a quesitação para os próprios Jurados.

e

Enquanto nos Estados Unidos, há uma prévia investigação sobre os Jurados, no Brasil, geralmente, os Jurados são pessoas desconhecidas, principalmente dos Promotores de Justiça, que, geralmente, não são da Comarca. Na maioria das vezes, esses Jurados se relacionam entre si, seja por amizade, seja pelo mesmo trabalho.

A experiência demonstra que há o fenômeno da "sugestão coletiva". Geralmente, os Jurados são volúveis e instáveis, modificando seus votos, inclusive em razão da complexidade das votações.

Muitos, ao final do julgamento, ainda falam: "Confesso que mudei meu voto em razão da quantidade de "sim" ou "não".

-

Nos Júrís, na minha Comarca, Rio Grande, interior do Rio Grande do Sul, os Jurados chegam a se levantar para saber como 'estão sendo computados e contabilizados os votos "sim" e "não"!

Há júris terríveis, de grande repercussão, onde, certamente, os Jurados condenarão por 7x0. Condenado com esse escore, o réu, seus amigos e familiares presentes, saberão que todos votaram pela condeção. Tal fato gera temor e receio nos Jurados, que devem ser preservados, pois representam a sociedade. Um deles pode absolver para evitar a maioria, se todos pensarem assim, o réu poderá acabar sendo absolvido!

Há, certamente, o lado emocional e inseguro dos Jurados, que influenciado pelos demais, reformam suas decisões.

A proposta é no sentido de que os Jurados tomem conhecimento das votações dos quesitos, sem a declaração da contabilização do número de votos "sim" ou "não".

Resumo:

- 1) O conhecimento dos Jurados das respostas dos quesitos que estão sendo respondidos, declarando-se o número de votos "sim" e "não", viola o princípio da incomunicabilidade dos Jurados, pois eles passam a ter conhecimento da decisões dos demais.
- 2) O conhecimento dos Jurados das respostas dos quesitos que estão sendo respondidos, declarando-se o número de votos "sim" e "não", atenta contra o sigilo *das* votações, eis que a partir dessas informações, a votação deixa de ser sigilosa.
- 3) Os Jurados, incoscientemente, são influenciados pela maioria. É o chamado "Fenômeno da Multidão" de Altavilla.
- 4) O Juiz deve apenas comunicar aos Jurados que as respostas foram dadas "por maioria".
- 5) Somente o Juiz, o Ministério Público e a Defesa terão acesso à contabilização dos votos "sim" e

e

PROPOSTA:

Atualmente o artigo 487 do CPP tem a seguinte redação:

"Após a votação de cada quesito, o presidente, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial e que sejam declarados o número de votos afirmativos e negativos"

Nova redação:

"Após a votação de cada quesito, o presidente, verificados os votos e as cédulas não utilizadas, mandará que o escrivão escreva o resultado em termo especial".

e

§ único. Será vedada, pelo juiz, a divulgação da contabilização dos votos "sim" e "não", limitando-se o Magistrado a proclamar o resultado da votação, sem computar o número de votos.

e

e

**JUIZADOS ESPECIAIS DE PEQUENAS CAUSAS
CRIMINAIS. Delitos de menor potencial ofensivo. Lei
estadual.**

Agenor Casaril e Octavio Augusto Simon de Souza

Ô

Proposição

"Necessidade de imediata edição de lei definidora da espécie **delitos de menor potencial ofensivo** e regulamentadora da criação e funcionamento dos **juizados especiais das pequenas causas criminais**. Matéria que pode ser disciplinada por lei estadual. Apoio institucional do Ministério Público à edição de tal regulamentação."

Justificativa

Defende-se a constitucionalidade da criação e regulamentação processual do funcionamento dos juizados especiais para infrações penais de pequeno potencial ofensivo, via lei ordinária estadual.

Permissivo expresso, para tal procedimento legislativo, do artigo 98, inciso 1, da Constituição Federal, reprisado e ampliado pelo artigo 102 e respectivos parágrafos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

b

Iniciativa e competência legislativa dos Estados, para esta matéria, de natureza concorrente, reforçada no artigo 24, incisos X e XI, e parágrafos 1^o e 2^o, da Constituição Federal.

Precedente exitoso do Estado do MAto Grosso do Sul.
Inconstitucionalidade do instituto repelida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado.

Consagração dessa proposição no Projeto nº 91190 da Câmara Federal, por ela aprovado em 25.10.90. Aprovado no Senado da República, sob a forma de Substitutivo, em 1993 tendo sido remetido à Câmara Federal em 25.05.93, e distribuído ao Relator, Deputado Ibraim Abi Akel em 17.08.93.

S

Conveniência de apoio institucional do Ministério Público, a nível estadual, para a imediata implementação de ditos juizados, via lei estadual.

O pronto regramento constitutivo e processuaL de tais juizados se recomenda em face dos objetivos a alcançar, a saber a) tomar muito mais rápido e eficaz o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, b) aumentar a certeza da atuação da lei penal; c) impedir, em tal matéria, a freqüente extinção da punibilidade pela prescrição, restringindo, na prática, a impunidade; d) reduzir grandemente o volume de processos em tramitação no foro criminal, assim em primeiro como em segundo grau; e) tempo maior para priorizar a atuação nos processos por fatos penais de maior gravidade e complexidade.

*

**Ministério Público e procedimento sumario (no projeto
Mauricio Correa)**

**Maurílio Moreira Leite
Procurador de Justiça-SC**

Publicados no Diário Oficial da União, edição de 16 de março de 1994, vários projetos tendo por meta alteração do Código de Processo Penal, sob o enfoque de "realizar o interesse público na prevenção e repressão da Criminalidade, com reforma de preceitos absoletos e a inovação de outros tantos, na estrutura do ve-
tusto Código de Processo Penal Brasileiro". Dentre as modifica-
ções consideradas de suma importância, para que a meta proposta
seja atingida, aponta-se a mudança dos procedimentos existentes
quando será criado o denominado procedimento sumario, aplicável
s "infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as
contravenções e os crimes a que for cominada pena máxima de dois
(2) anos de detenção". Isto decorrente do preconizado no artigo
98, da Constituição Federal, que determinou a criação de juizados
especiais criminais, destinados ao julgamento de infrações penais
de menor poder ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssi-
mo, permitida, nas hipóteses previstas em lei, a transação. Se-
gundo o que esta prescrito para o artigo 532, do Código de Proces-
so Penal, "A autoridade policial tomando conhecimento da pratica
de infração de menor potencial ofensivo, lavrara boletim de ocor-
rência, encaminhando-o imediatamente a juízo e requisitara os exa-
mes periciais necessários". Nesta oportunidade, a autoridade po-
licial devera "intimar o autuado" da "designação de audiência de
conciliação, que se realizará no prazo máximo de 10 dias, em data
determinada pelo juiz competente, devendo para tantocomunicar-se
com este". No parágrafo seguinte, há determinação de a intima-
ção ser feita por "via postal", quando frustrada a tentativa ante-
rior. Sendo impossível a intimação "o processo assumira desde lo-
go o rito sumário prejudicada a tentativa de conciliação". At-
então, não ha qualquer referencia ao Ministério Público, aparecen-
do, tao-somente, por ocasião da audi-ncia de conciliação:" Na au-
diência de conciliação, presehte o representante do Ministério P-
blico, o autuado e o ofendido e, se for o caso, o responsável ci-
vil, assistidos de seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a pos-
sibilidade da reparação do dano e de transação penal (Constitui-
ção Federal, art. 98, 1)". Embora na redação do referido artigo
exista diferença entre reparação do dano e transação penal, o §

12, junta as duas situações, definindo a última como reparação do dano. Leia-se: "Havendo transação, que versará sobre a reparação dos danos causados ao ofendido, o juiz homologará, determinando ao autuado o pagamento de at& o dcuplo das custas". Neste ponto pertinente perguntar qual a participação do Ministério Público? Ora, cuidando-se de transação decorrente da prática de infração penal, foi esquecido o princípio de que, tratando-se infração penal pública, a pertinência da ação cabe, com exclusividade, ao Ministério Público, nos exatos termos do artigo 129, inciso 1, da Constituição Federal: "São funções institucionais do Ministério Público: 1 - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei". Evidentemente, somente será possível cogitar de transação a partir do momento em que o Ministério Público, titular da pretensão punitiva do Estado, concluir acerca da existência de uma infração penal, de ação pública, enquadrável como de "menor potencial ofensivo". Tal não poderá ser feito, num primeiro lance, pela autoridade policial, tampouco pelo Juiz.

2. Para a instauração da ação penal, inocorrendo a transação, o Ministério Público estará em total indigência probatória, • impossibilitado de cumprir o determinado no artigo 41, do Código de Processo Penal, **verbis**: "A denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas". Isto decorrente da inexistência de inquérito policial que será substituído por "autuação sumária" com o seguinte disciplinamento, previsto em outro projeto, também publicado no Diário Oficial da União já mencionado: "Art. 59, § 4: "Nas infrações de menor potencial ofensivo, a autoridade procederá autuação sumária, registrando o fato em boletim de ocorrência e adotando as seguintes providências: a) indicação de autor e ofendido; b) relação de testemunhas, se houver; c) requisição dos exames periciais necessários; d) remessa imediata do expediente à autoridade judiciária competente, com outras informações, se as tiver; e) intimação do autuado e do ofendido para comparecer em juízo, no dia e hora designados." O que vale inquirir; em que elementos probatórios o Ministério Público oferecerá denúncia, oral, se não existirá depoimento de testemunhas, o ofendido não será ouvido, tampouco o autor da pretensão infração penal, sequer realizadas as perícias pertinentes? Assim, a denúncia a ser oferecida não preencherá, na maioria dos casos, o princípio do interesse de agir, porquanto inexistirá

das deverão ser requeridas ao Juiz que as poderá indeferir, remetendo os autos de inquerito ou autuação sumaria ao Procurador-Geral de Justiça " que poderá encaminha-los diretamente a Polícia para as providências requeridas ou designar outro Promotor para oferecer denúncia "1-eia se: " Art. 16. O Ministério Público, entendendo imprescindíveis a complementação da prova, requererá, fundamentadamente, a devolução dos autos de inquerito ou da autuação sumária, para novas diligências. parágrafo único. No concordando com o pedido, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Procurador-Geral, que poderá encaminha-los diretamente a Polícia para as providências requeridas ou designar outro Promotor para oferecer a denúncia." Além da contradição existente entre os projetos, pois um fala em requisição, a solução preconizada esta eivada de flagrante inconstitucionalidade, porquanto, o artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal, inclui entre as funções institucionais do Ministério Público, a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquerito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;" E qual melhor campo para requisitar diligências senão o do inquerito policial ou da autuação sumária?

Vulnerado, também, o princípio do Promotor Natural pois será retirado do membro do Ministério Público, legitimamente investido, o exame da pertinência da ação penal Segundo Hugo Nigro Mazzilli "Não há dúvida de que, normalmente, quando a Constituição menciona "processar e julgar" esta referindo-se à tarefa jurisdicional (cf. arts. 52, 1 e II, 102, 1, 101, 1, 108, 1, e 109). Entretanto, partindo-se da exclusividade da promoção da ação penal, agora conferida ao Ministério Público (art. 129, 1), bem como considerando-se a inamovibilidade comum que gozam juizes e promotores (arts. 95, II e 128, § 52, 1, b), bem como o predicamento da independência funcional, que não é uma garantia sé para o órgão, e sim para a sociedade, final destinatária de sua atuação, vemos que o princípio do promotor natural hoje faz parte do devido processo legal (CF, art. 59, LIII e LIV). Assim, sob esse prisma, a norma do art. 521 LIII, pode também ser considerada, a um só tempo, o princípio do juiz e o do promotor com competência ou atribuição legal para oficiarem no caso. É o mesmo princípio do promotor natural, mas agora sob uma ética diversa. Realmente, este é o primeiro direito do acusado: não só ser julgado por um órgão independente do Estado, mas, até mesmo antes disso, o de ser acusado por um órgão estatal dotado de igual independência, escolhido previamente segundo critérios e atribuições legais. Para esse fim, devem, pois, ser abolidos não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como enfim e principalmente impõe-se a eliminação da figura do próprio acusador público de encomenda, escolhido pelos governantes ou pelo próprio Procurador-Geral de Justiça." (Manual do Promotor de Justiça, Editora Saraiva, 1991, p. 5).

esclarecimentos necessários para a formação da opinião do delito. Também pouco a exata classificação com a possibilidade de a infração com fulcro em melhores esclarecimentos, não se enquadrar como de "menor potencial ofensivo".

- E o problema torna-se mais sério se houver, e sempre por certo haverá, necessidade de diligências, tendo em conta a parcimônia probatória da autuação sumária. Estas, no Código de Processo Penal em vigor, estão disciplinadas no artigo 16, no sentido de que o Ministério Público não poderá requerer devolução do inquérito autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia". O entendimento esposado na doutrina e jurisprudência é no sentido de que somente ao Ministério Público é dado sopesar a necessidade daquelas diligências. Confira-se: "O Ministério Público pode entender que o inquérito não esclareceu suficientemente os fatos e, portanto, pode entender necessária a volta à polícia para sua complementação. Neste caso, indicará as diligências e o juiz remeterá os autos em devolução à autoridade policial. O juiz não tem, nesse momento, poder de apreciação da pertinência das diligências requisitadas e não tem outra alternativa senão mandar remeter os autos. Aliás o despacho do juiz, aí, seria dispensável. Se o juiz apreciar a proposição do Ministério Público indeferindo diligências, a decisão é passível de correção parcial". (Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, Editora Saraiva, 1991, pág. 87). Da jurisprudência, duas decisões: "Não é dado ao juiz julgar da necessidade ou não da volta dos autos à polícia, para novas diligências consideradas imprescindíveis pelo promotor, para o oferecimento da denúncia". (T. J.S.P., R.T., vol. 394, pág. 193); "Não pode o juiz subtrair ao Ministério Público a oportunidade de, melhor instruir o inquérito policial. No que respeita à prova, é preferível errar por excesso de oportunidade oferecida às partes, do que correr o risco de um cerceamento que pode ser prejudicial à Justiça". (T.A.C.S.P., R.T., vol. 455, pág. 402).

Nos termos do § 2, do artigo 534 (do projeto) "Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação de denúncia, o Ministério Público poderá requisitar a complementação da prova.". Tendo em conta a expressão requisitar, que significa ordenar, nenhuma dúvida subsistiria que o entendimento acerca da questão ora predominante, passou a ser encampado pelo projeto. Contudo, em outro projeto, que altera disposições acerca do inquérito policial, a matéria foi disciplinada de maneira diversa, com evidente restrição à atividade persecutória do Promotor de Justiça, porquanto as diligên-

Conclusões

1. O projeto, no concernente ao Ministério Público, não considerou o princípio da pertinência da ação penal, incumbindo-lhe, tão-somente, a mera e inerte presença na audiência. Tal omissão invalida qualquer tentativa de transação, porquanto esta tem por inarredável pressuposto a existência de infração penal de menor potencial ofensivo, somente cogitvel após manifestação do Ministério Público naquele sentido.

2. Desconsiderou, ao disciplinar de forma diversa da que se encontra em vigor a requisição de diligências no inquirito, e no projeto, na atuação sumária, posição do Promotor de Justiça como (mico titular da pretensão punitiva, cabendo-lhe, com exclusividade, examinar os elementos de convicção existentes na fase antecedente à ação penal, e decidir acerca da imprescindibilidade de diligências à formação da **opinio delicti**. E com a grave posição de o Juiz tornar-se fiscal daquela atividade, com retorno do denominado "Inquisitorialismo judiciário" que o projeto Frederico Marques, em tramitação no Congresso Nacional, há muitos anos, procurou suprimir. Tampouco deu qualquer valor ao princípio do Promotor Natural, ao pretender que, negadas as diligências, a denúncia poderá ser oferecida por outro Promotor de Justiça, designado pelo Procurador-Geral de Justiça.

ó

e

O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PROPOSTAS DE REFORMAS DOS PROCEDIMENTOS SUMÁRIOS

Todos concordamos que o vigente Código de Processo Penal necessita ser modificado. Para tanto, vários projetos foram elaborados por doutos na matéria, discutidos e oferecidas sugestões por todo do Brasil, porém todos terminaram arquivados.

Novos tempos, novas tentativas por novos meios. Não mais em Código, apenas leis esparsas a modificar pontos considerados cruciais do arcaico Código, falho e que não atendia antes, e menos ainda hoje as necessidades de prestação de Justiça a que se obrigou o Estado.

Enfocar o tema correlacionando-o com o Ministério Público, implica necessariamente em demonstrar descompasso entre a Lei Orgânica e os projetos de procedimentos apresentados.

Sob o título "Da atuação Sumária e do Inquérito Policial" apresentam-se modificações no respeitante a esta peça informativa. Há que se ressaltar sobremaneira o inciso 1 do art. 40 e § 40 do art. 50, proposto, que tem seguinte redação:

"1 - atuação sumária, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes punidos com detenção até 02 (dois) anos;

0

art. 50 § 40 - Nas infrações de menor potencial ofensivo, a autoridade procederá a atuação sumária, registrando o fato em boletim de ocorrência e adotando as seguintes providências:

- I - indicação de autor vítima;
- II - relação de testemunhas se houver;
- III - juntada de laudos;
- IV - remessa do expediente à autoridade Judiciária competente no prazo máximo de, 05 (cinco) dias.

Modifica-se primeiro o § 40 que passa a ser o 50 e a cresce-se o § 60 correspondente ao antigo § 50.

O que ha de se estranhar e a desnecessidade de provas que o § nos leva a entender, posto que apenas se indicar autor e vítima e junta-se laudos, e as testemunhas parecem dispensáveis.

Também é de apenas 05 dias o prazo para sua realização e a devolução pelo Ministério Público necessitará de ser motivada (art. 16).

Ora, por que se repete o erro de enviar esta autuação sumária à Magistratura se é o Ministério Público o titular do direito de ação e ainda do direito de requisitar novas diligências?

Como se entender a possibilidade de ter que demonstrar o titular da ação a sua impossibilidade de promovê-la para quem, a rigor, não deveria conhecer antes da provocação por quem de direito?

O que se entende por controle externo, quando se tem notícias dos fatos que se necessita conhecer através de terceira pessoa?

Como poderá o Ministério Público impedir o critério seletivo e a qualidade das provas se nem sequer as exige a lei?

A proposta é de que sejam estas autuações enviadas ao Ministério Público com atribuições para propositura das ações ou para as Centrais de Inquérito ou Curadorias.

e

De nada adiantaria a tentativa de celerizar enviando-se autos a quem não pode proceder.

O art. 13 inc. IV e letras a, b, c, d, e, f corrobora o pensamento de que se busca alijar o Ministério Público do controle, posto que se permite à autoridade policial representar à judiciária quanto à imposição de medida provisória restritiva de liberdade, na letra b, quando esta restrição só se dará através de decretação de prisão preventiva ou temporária, não existindo outra forma prevista em lei, culminando por não se referir quanto à restrição de direitos, quebra de sigilo, interceptação telefônica e de .correspondência, busca e apreensão domiciliar, arresto e sequestro de bens, a ouvida do Ministério Público, a quem interessa de perto a prova na sua maior qualidade.

O art. 20 não excpciona e portanto não poderão Juiz nem Promotor conhecer da vida pregress'sa de autuado ou indiciado, posto que não podem ser mencionadas quaisquer anotações quanto a autuações e Inquéritos Policiais.

Propõe-se um § ao art. 13, em que se subordine a concessão das medidas à ouvida do Ministério Público.

Quanto ao art. 20, propõe-se a excetuação das autoridades referidas.

Em complementação a este Projeto encontra-se aquele que altera os arts. 549 e 55 do C.P.P.

O art. 549 passará a ter seguinte redação:

"Recebida a denúncia ou queixa, o Juiz poderá de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do interessado, suspender o processo, por 01 (um) ano a 03 (três) anos, e colocar o acusado em regime de prova, desde que:"

Qual o interessado? O próprio acusado? O querelante?

Poderá o Ministério Público requerer na ação privada?

O art. 550 estabelece as condições, porém não se esclarece como será acompanhado o seu cumprimento.

O inciso IV refere à prestação de fiança, nos termos da lei.

A que fiança se refere? Será àquela que diz respeito a liberdade provisória? E se assim o for, quando couber a liberdade genérica do § único do 310, ela será dispensada? O quantum será menor, desde que já reparado o dano?

Propõe-se : obrigar-se a reparar o dano e retirar-se a fiança, posto que suspenso o processo não se justificaria nenhuma prisão processual e consequentemente nenhuma forma de liberdade distinta daquela vigiada mediante condições especificada conforme o caput, retirando-se o inc. III do art. 552.

1

O art. 551 § 20 reza:

"Não aceita a suspensão o processo prosseguirá:"

Ora, a iniciativa dessa suspensão pode ser do Juiz, do Promotor ou do interessado, Quem indefere é o Juiz, que deveria ouvir o Ministério Público sempre que não fosse deste o requerimento de suspensão. O interessado dever ser o atuado, posto que a ele diz respeito e tão só quando dele não viesse o requerimento.

Propõe-se:

"o atuado será consultado. Não aceitando prosseguirá o processo."

A mesma matéria, qual seja, procedimento para crimes punidos com detenção e para as contravenções, ,é objeto de projeto que ai

tera os arts. 531 a 539 do C.P.P.

Assim será a redação proposta:

Art. 531 "Nas contravenções penais e nos crimes punidos com a detenção, a autoridade policial elaborará autuação sumária e providenciará a realização das diligências im prescindíveis, inclusive laudos periciais necessárias, enviando-os, no prazo máximo de cinco dias, contados do conhecimento da infração, ao órgão jurisdicional competente."

Art. 532 Tomando conhecimento da autuação sumária, o Representante do Ministério Público, salvo necessidade de novas diligências, oferecerá denúncias ou requererá o arquivamento da aludida autuação, no prazo de três dias podendo requerer provas e arrolar no máximo três testemunhas.

§ 1º Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, a guardar-se-á providência do ofendido ou de seu representante legal, ou será entregue ao requerente, se pedir.

Art. 533 Recebida a denúncia ou a queixa, o Juiz marcará audiência de conciliação e ordenará a citação pessoal do acusado que, expressamente será cientificado de que, não comparecendo com advogado constituído, ser-lhe-á nomeado defensor.

§ 1º - O Defensor, constituído ou nomeado, antes de iniciada a audiência, tomará ciência da denúncia ou queixa e prestará assistência ao acusado, comunicando-se, reservadamente, com este.

§ 2º - A Constituição de Advogado pode dar-se oralmente na audiência.

§ 39 - Nas ações penais de iniciativa pública, o Juiz determinará a intimação postal do ofendido ou de seu representante legal, desde que identificado e com endereço certo nos autos, para comparecer a audiência de conciliação, acompanhado, querendo, de advogado; se o fizer, ouvido o Representante do Ministério Público, será admitido como assistente de acusação, registrando-se na audiência a constituição do advogado que o assistir.

Art. 534 Nas audiências de conciliação, o Juiz interrogará o acusado e, se presente, ouvirá o ofendido ou seu representante legal, facultadas perguntas.

§ 19 - O Juiz, a seguir, proporá transação sobre a prapensão punitiva estatal, esclarecendo-lhe a natureza, consequências e condições a serem impostas. Deste ato não participará o ofendido, salvo quando querelante.

§ 29 - A transação não se aplica ao condenado anteriormente, por crime doloso, a pena superior a dois anos.

§ 39 - A aceitação da proposta de transação pelo acusado não implica reconhecimento de culpabilidade penal, nem produz efeitos penais.

§ 49 - A transação será submetida a julgamento do Juiz, que, no caso de a homologar, determinará a suspensão do processo, mediante o compromisso do acusado de cumprir as condições aceitas, impostas na decisão homologatória. Em nenhuma hipótese a privação da liberdade será condição da suspensão do processo.

perceptível que guardam certa consonância entre si os dois ante-projetos. Sendo o segundo mais minudente e por isto mesmo mais prolixo.

*

Regulamentando a autuação sumária no art. 531, faz de forma pouca clara e sistemática, tratando-a tão só em um artigo, enquanto o projeto já analisado é mais didático e mais sistemático, facilitando apreensão e aplicação das suas regras.

No art. 532 não é claro quanto a forma em que tomará o Ministério Público conhecimento desta autuação, embora especifique . número de testemunhas e prazo para denúncia, que considero necessários, posto que complementa o art. 549 que apenas se refere a recebimento da denúncia.

Propõe-se que tenham as seguintes redações:

Art. 531 Nas infrações de menor potencial ofensivo, elaborada a autuação sumária, será esta enviada ao Representante do Ministério Público com atribuição para propor ação penal.

Art. 532 O representante do Ministério Público, em sendo suficientes os elementos probatórios da autuação oferecerá denúncia, no prazo de três dias, arrolando até três testemunhas.

§ 1º - Nas infrações de ação privada enviará o Ministério Público ao órgão jurisdicional competente que aguardará as providências do ofendido ou do seu representante legal.

Art. 533 Recebida a denúncia ou queixa procederá o Juiz, à citação pessoal do acusado, que será cientificado da nomeação do defensor caso não compareça com advogado constituído.

§ 1º - Será permitido, em caso de defensor nomeado, comunicação deste com o acusado antes da audiência.

Art. 534 Ouvirá o **Juiz o** acusado e o ofendido, permitin do perguntas pelas partes.

§ 10 Nesta audiência, se de ofício, a requerimento do Ministério público ou do acusado, for proposta a suspensão do processo e aceita pelos interessados, proceder-se-á na forma dos artigos 549 a 555 deste Código.

Art. 535 Não aceita a suspensão, c **Juiz** após o interrogatório do acusado e ouvida do ofendido ou do seu representante legal, se presentes, designará audiência de instrução e julgamento, para os próximcs8 dias.

§ 10 O defensor poderá requerer provas, arrolando no máximo três testemunhas, em 24 horas.

§ 20 Não comparecendo o acusado, comprovadamente citado, será decretada sua revelia e nomeado defensor, ouvindo o **Juiz o** ofendido ou seu representante legal e designando, de logo, audiência de instrução e julgamento.

§ 30 Omite-se.

§ 4Q Omite-se.

Com esta proposição conciliam-se artigos que cuidam de forma diversa da mesma matéria, completando-se as omissões.

Entendo, uma vez necessitando o **Juiz** da presença do acusado, quer para propor a suspensão do processo, quer para concedendo-o, a fazer individualização da pena em caso de prosseguimento do feito e condenação, não ser possível o interrogatório através de precatória, posto que sabiamente não terá o **Juízo** deprecado competência para propor a suspensão e menos ainda para julgar e aplicar pena.

*

O Art. 536 do projeto em análise, dispõe:

"Na audiência de instrução e julgamento será observado a seguinte ordem:

- I - interrogatório do acusado e oitiva do ofendido ou de seu representante legal, se não tiverem sido ouvidos anteriormente;
- II - inquirição de testemunhas arroladas pela acusação;
- III - inquirição de testemunhas arroladas pela defesa;
- IV - alegações finais orais, no prazo máximo de quinze minutos para cada parte;
- V - prolação imediata de sentença pelo Juiz.

Considerando-se não admissível o interrogatório através de precatório, admitir-se-á interrogatório neste caso, ao revel que compareça garantindo-se assim, plenitude do direito de defesa, e neste caso, só se não aceita a suspensão á que se fará audiência de instrução e julgamento.

Propõe-se, portanto, que tenha o art. 536, a seguinte redação:

"Na audiência de instrução e julgamento realizar-se-ão os seguintes atos:

- I - interrogatório do acusado revel, se comparecer neste ato, propondo-se-lhe a suspensão do processo;
- II - não aceita a suspensão serão inquiridas as testemunhas, primeiramente da acusação e depois da defesa;
- III - conceder-se-á, em seguida, quinze minutos, sucessivamente a acusação e a defesa, para alegações orais;

IV - prolatará o juiz, imediatamente, a sentença."

O art. 537 é tratado no projeto, nos seguintes termos:

"Descumpridas condições fixadas nos termos do art. 534, § 40, a suspensão será revogada e o processo terá prosseguimento de ofício ou a requerimento da acusação, ouvindo-se, se representado nos autos, o acusado.

§ 1Q A suspensão condicional do processo será revogada se o acusado, durante a suspensão, vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, ainda que recorrível a sentença, e não tiver sido beneficiado com o "sursis" ou com a sua substituição.

§ 29 No caso do prosseguimento do processo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, determinando as intimações necessárias.

§ 3Q O defensor, no prazo de três dias, contados da intimação, poderá requerer provas, arrolando no máximo três testemunhas. A seguir o Juiz deferirá as que devem ser produzidas.'

é

Ao cuidar este artigo de matéria que diz respeito a concessão da suspensão do processo, que é tratada nos artigos 552 e 553 impõe condições distintas e dá consequências diversas para o caso de revogação. Poderiam ser conciliadas as propostas, mantendo-se a numeração, porém com modificações no texto, sem que alterações substanciais os impedissem de serem aprovados conjuntamente.

Propõe-se como redação, a que se segue:

"art. 537 - Descumpridas as condições previstas no artigo 550 e incisos e art. 552 e incisos, aplicável será o § 2Q do art. 551.

§ 1º O prosseguimento do processo dar-se-á a requerimento do Ministério Público ou do querelante.

§ 2º Do prosseguimento do processo será cientificado o acusado, seu advogado ou o defensor nomeado, designando-se audiência de instrução e julgamento para os próximos 10 (dez) dias, intimando-se pessoalmente o Ministério Público.

§ 3º O defensor terá o prazo de três (3) dias para requerimento de provas, inclusive testemunhas no número de três (3)

Os artigos 538 e 539 cuidam da sentença condenatória e da possibilidade de remição.

Refere o art. 537 a fixação de valor do dano na sentença condenatória, porém não dispensa a ação civil para tal reparação quando não fixada a indenização, quando de responsabilidade de terceiro estranho a relação processual, além do acréscimo que entenda credor, não previsto na sentença.

A sentença passaria a ser título executório de quantia certa, devendo o juiz se preocupar com danos materiais não reparados quando da fixação de condições da suspensão, ou quando não aceita tal suspensão.

Devendo ser a sentença prolatada de imediato, entendo complexo e de difícil cumprimento tal artigo, posto que deverá o Juiz realizar cálculos matemáticos para avaliação dos danos, matéria que diz melhor aos contadores e avaliadores. Tal artigo trará, naturalmente, a exigência do juiz, de tempo outro para julgar a causa.

Mais ^{apropriado} seria dispor-se aqui tão só da ação civil para reparação do dano, e propomos nova redação.

Art. 537 - Quando possível fixará o juiz, o valor *dos danos e dos prejuízos materiais causados à vítima considerando a prova já existente nos autos.

Uma vez impossível tal fixação ou esta não satisfeita, valer-se-á a vítima da ação civil.

Outra possibilidade de não procedimento é prevista no artigo 539 para as infrações de menor teor ofensivo cometidas por menores de 21 anos, em que se fazem algumas exceções quanto a prática do ilícito, permitindo-se ao Ministério Público a remissão.

Reza o artigo:

O Ministério Público, logo após o interrogatório do acusado, nas infrações previstas no art. 531, poderá conceder remissão ao agente menor de vinte e um anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, não se trate de tráfico ilícito de entorpecentes, não integre o agente grupo de criminalidade organizada e lhe resulte favorável a aplicação dos critérios do art. 59 do Código Penal e seja homologada judicialmente.

§ 10 Recusada a remissão, o processo seguirá nos termos do art. 533.

§ 29 A remissão não prevalecerá para efeito de antecedentes se, entre a data do fato e a infração posterior, transcorrerem mais de dois anos.

Igual instituto é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e talvez busque o legislador conciliar situações distintas quando ao momento de execução do fato ilícito, porém idênticas quanto ao momento de apenação, posto que permitido proceder-se até o limite de vinte e um anos contra meno

1

res infratores e no caso procede-se contra infrator que, embora não seja inimputável, ainda não atingiu os 21 anos. Ressaltada é aqui algumas exceções específicas quanto à prática de atos os quais não se admite a concessão da remição.

Como fala o artigo em concessão pel M.P. homologada pelo juiz e no parágrafo 19 em recusa, restam as indagações: e se o juiz não homologar, qual o recurso cabível? Quem pode recusá-la? O próprio infrator?

Entendo esta concessão como mais uma tutela aos que transgridem a lei, quase que um incentivo a prática do crime, acentuada quando sequer prevalece como antecedente.

Discordo do artigo. Não deveria ser proposto. Expõe o M. Público por dá-lhe o poder de conceder, expõe quando exige aceitação e ainda pela possibilidade de não homologação que implica no prosseguimento do feito a revelia do Ministério Público.

Estas as sugestões que temos a oferecer, buscando sobre maneira o reconhecimento da função precípua do Ministério Público como titular da ação penal pública, e para atingir o seu mister necessitará exercer controle sobre a Polícia Judiciária, garantindo a qualidade da prova que o conduzirá sempre a certeza de estar com o bom direito.

ANAMARIA CAMPOS TORRES

TEMA XII:

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA ORDEM PROCESSUAL PENAL

TESE:

O ARQUIVAMENTO DA
"INFORMATIO DELICTI"
E O AUTOCONTROLE
INSTITUCIONAL

1

Autores:

Luiz Ismadino Vdente
Procurador de Justiça - PA

F)ede,ico Antônio Lima de Oliveira
Promotor de Justiça - PA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito de punir. Direito de ação. 3. Arquivamento: natureza do controle. 4. O autocontrole institucional. 5. A nova ordem constitucional e a ab-rogação da parte inicial do art. 28 do Código de Processo Penal. 6. Conclusão. 7. Propos ~

1. Introdução

A tese ora apresentada reflete a preocupação dos autores com a nova sistemática insculpida na Constituição Federal de 1988, cristalizando o novo perfil do Ministério Público, e sua supremacia sobre as normas hierarquicamente inferiores, no caso, particularizadamente, o art. 28 do Código de Processo Penal.

Sob este prisma, denotam os autores a Imperiosa necessidade de adequar-se a vigente lei processual adjetiva, mais especificamente no que tange à privatividade da titulandade da ação penal pública, com a nova ordem constitucional e o novo perfil do Ministério Público.

Assim, com o fito de garantir e dar efetiva execução às conquistas do **"Parquár,** faz-se necessário dotar o art. 28 do Código de Processo Penal de nova redação, para compatibilizá-lo com o esse princípio, ao mesmo tempo em que, em matéria de arquivamento da *Informatio delicti*", consagra-se o chamado *autocontrole institucional*.

2. Direito de punir. Direito de ação

Corno lembrava, com precisão de síntese, o penalista e processualista MAGALHÃES NORONHA, é o Estado o titular do *jus puniendi*, o direito de punir. Para realizar esse direito, dispõe o Estado do *"jus p&sequendi"*, o direito de ação.' Tal se explica porque, como esclarece FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, com base no magistério de ANIBAL BRUNO - "quando se comete uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, a par da lesão sofrida pela vítima." ²

A ação penal pública, quer condicionada, quer incondicionada, é, hoje, a teor do art. 129, 1, da Constituição Federal, *privativa* do Ministério Público. Este constitui, destarte, o único órgão estatal investido do *jus p&sequendi* **profligado que está, desde antes da promulgação da vigente Lex Mater, e muito mais enfaticamente à partir desta o procedimento de ofício do juiz – ' e procedat iudex ex officio'**

² NORONHA, Megatiles - *Cwso de Dhvfe Piocessual Penat*, Ed. Serstva, SP, ³ ed.. 1969, pág. 3.
FILHO, Fernando da Costa TOUII*10 - *Fmcesso Pener*, Ed. Saralva, SP. II' ed., 1989, vai 1, pág. 12.

No exercício do "*jus perseguendi*", porém, o Ministério Público não se comporta com a algeidez de um autômato. Em decorrência de sua **Independência funcional** - princípio institucional expresso na Constituição (CF, art. 127, § 10) - ao órgão ministerial ao qual forem apresentadas as peças da "*Inbimatio delicti*" compete examinar, preliminarmente, com toda a acuidade, seriedade e responsabilidade, a existência das **condições genéricas** da ação (= a possibilidade jurídica do pedido, a *legitimatio ad causam* e o interesse de agir), e das **condições específicas** da ação (= condições de procedibilidade ou de perseguibilidade), atento, em todos os casos, aos **princípios** da ação penal pública (= *oficialidade, indivisibilidade, indisponibilidade e legalidade ou obngaforiedade*).

A este propósito, já pontificava o saudoso mestre EDUARDO ESPÍNOLA FILHO - indiscutivelmente, o órgão do Ministério Público, a que se distribui um inquérito, uma representação, uma peça de informações, a pessoa em ordem para fazer a apreciação do caso, verificando se há, de fato, infração punível, e ainda suscetível de o ser, se permite ela a instauração da ação penal por denúncia, se o autor está indMduado em forma de poder ser caracterizado, ao menos, por sinais que lhe faculsem a identificação no futuro; e, somente se opinar afirmativamente, é que se lhe impõe a obrigação de, sob a responsabilidade do seu cargo, oferecer a denúncia."

Em nossa legislação processual penal nada há de expresso sobre o princípio da **legalidade** (ou da **obrigatoriedade**) no tocante à propositura da ação penal pública, pelo Ministério Público. Temos para nós - escreveu JOSÉ FREDERICO MARQUES que o '*ius scriptum*' que regula o processo penal brasileiro, consagra, *com atenuações*, o princípio da

³ FILHO, Ecbardo Espinola - '*Código de Pmcesso Penei Biasllelm Andado*' Ed. Rio, RJ, 6ª ad., 1980, I 1, pág. 360.

legalidade, É que ante circunstâncias particulares que possam ocorrer quando da prática do crime, facultado está, excepcionalmente, ao Ministério Público **deixar de propor a ação penal**⁴

Constituiria, de fato, indisfarçável **abuso de poder** o oferecimento da denúncia sem

Justa causa, ensejando, inclusive, o remédio do **habeascorpus** para o trancamento da ação

- penal a fim de fazer cessar a coação ilegal a que estaria então submetido o denunciado (CPP, art. 648, 1).

3. Arquivamento: natureza do controle

O art. 28 do Código de Processo Penal prevê a hipótese do órgão do Ministério Público, em primeiro grau, `requerer* ao juiz o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer peça de informação. Com base nesta previsão legal, perfunctória e aodadamente considerada, alguns entendem, que o arquivamento das peças da **'Infimietlo dellctlo** pelo Ministério Público deverá ser necessariamente submetido ao **controle Jurisdiclonal**.

Não é, porém, bem assim. Em primeiro lugar, como observou JOSÉ FREDERICO MARQUES, não há, propriamente, no caso, um controle **Jurisdiclonal** do arquivamento, mas sim um simples controle **Judiciário** (apenas **judiciário**) da decisão de arquivar que foi *tomada pelo ófgêo do Ministério Público*.⁸

MARQUES, José Frederico- *Tre do de D~ Processual PeraP*, Ed. Sorelva, SP, 1980,2º vai, pág. 94.
MARQUES, José Frederico - 09. cit L vai., pég. 92.

Por outro lado, tal controle, ainda que meramente **judiciário**, verifica-se *exclusivamente* nos casos de atribuição originária do órgão do Ministério Público **no primeiro grau**. Da simples leitura do art. 28 da lei penal adjetiva, conclui-se que tal preceito não se estende aos arquivamentos das peças Informativas nos casos de **atribuição originária** do Procurador-Geral de Justiça.

Tal conclusão é óbvia, até porque não há, por parte do juiz, na hipótese da parte inicial do citado art. 28 do Código de Processo Penal, uma **decisão jurisdicional** sobre o arquivamento. Há, tão somente, uma **discordância** do **órgão judiciário** em relação à posição adotada pelo **órgão do 'Parquet'**. O juiz **não julga** Improcedentes as razões apresentadas pelo Promotor para o arquivamento; ele simplesmente **as considera** improcedentes, manifestando, destarte, a sua discordância. Em tal ocorrendo, o juiz não pode impor ou determinar ao promovente do arquivamento que ofereça a denúncia, restando-lhe **uma única** providência: encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Se este der razão ao Promotor, insistindo no arquivamento - *"tollitur quaestio"*, o juiz nada mais poderá fazer, porque o Procurador-Geral, *lex vi*" da parte final do art. 28 da lei processual penal, "decidirá **Irrecorrivelmente** sobre o cabimento da ação", como escreveu HÉLIO TORNAGHI, que, aliás, acrescenta de modo bastante lúcido e esclarecedor:

*Cabe ao Ministério Público a **última palavra** sobre a pertinência da ação, o que se compreende levando em conta que ele, Ministério Público, é o órgão do Estado enquanto **dominus Ilha**. Se o juiz pudesse compelir o Ministério Público a agir, estaria, por via oblíqua, violando o princípio **no procedat iudex ex officio**".*⁶

⁶TORNAGHI, Hélio - "Código de Processo Penal, José Knfino Editor. RJ, 1967, tomo II, pág. 468.

*

No mesmo sentido era a lição **de** ESPÍNOLA FILHO, que, por sinal, elucidou muito bem o sentido das palavras da parte final do art. 28 do Código de Processo Penal - "AO procurador-geral cumprirá, então, refazer o exame dos elementos apresentados, **sendo definitiva a sua conclusão**. O Código usa de uma expressão cheia de torneados (*insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então o juiz estará obrigado a atender*), para referir o que, em suma, significa **comunicar** o procurador ao juiz que, no caso, **faz o** * **arquivamento**, pois não compreendemos despacho do julgador, obrigatório no sentido de deferir o pedido." ⁷

Por isso, com a sua invulgar perspicácia, asseverou o sempre lembrado mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES - "V controle sobre o pedido de arquivamento não é, porém, de natureza **jurisdicional**, e sim, **controle hierárquico** exercido pelo Procurador-Geral ou chefe do Ministério Público." ⁸

As valhas e infundadas críticas, como as de CÂMARA LEAL e outros, à parte final do art. 28 da lei penal adjetiva, que confere, em última análise, ao Procurador-Geral de Justiça o poder de decidir definitivamente sobre o arquivamento das peças da **Informatio delicti**, e que *aquela considerava uma invasão de atribuição judiciária pelo Ministério Público*, de há muito foram demolidas por autores mais modernos como FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, que assim leciona:

"Discordamos, **data venite**, do **insigne** jurista. Para que houvesse invasão de atribuições, era de mister que o Procurador-Geral praticasse **ato Jurisdicional**.

Ora, o ato por **ele** praticado, insistindo no arquivamento, é um ato normal de

⁷ FILHO, Eciardo Espirida - op. cit. 1^o vol., pág. 362.

⁸ MARQUES, José Frederico - op. cit. 1^o vol., pág. 94.

dominus Iltis, de dono da ação. O exercício da ação penal pública cabe ao Ministério Público. Se este concluir pela não-propositura da ação penal, nada mais fará senão **manifestar a vontade do Estado, de que é órgão, no sentido de não haver pretensão punitiva a ser der*,zlda (...)**

O Ministério Público tem **"o poder de ação", e o juiz o ,oder Jurisdiclonal"** Como bem adverte Carnelutti, Jurisdictio denota ei resultado ai que ei juicio tiende, que es **de Jus dicere ~Judág**, o soa su respuesia a Ias perguntas de Ias partes, en cuanto que la 'accián es esenclalmente desarrollo de un interés" (of. Lecciones, cit.. vai. 2, pág. 55).

(...) Não há, **In casu** qualquer invasão de Poder, pois o **Procurador-Geral** não está **Jus dIcendI mas, tão-somente recusando-ao a exercer aquele poder de ação** a que se refere Qamelufti." ⁹

O papel do juiz, com fulcro no art. 28 do Código de Processo Penal, **não é**, pois, como se viu, **jurisdiclonal**. O juiz não pode obrigar o Ministério Público a oferecer a denúncia. "De notar-se – diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO – que o titular do "jus puniendf é o Estado, e o órgão incumbido de promover a ação penal é o Ministério Público. A este cumpre verificar se é caso ou não de promovê-la. Do contrário estaria o Juiz (aí, sim) invadindo seara alheia, pois exercena, de maneira oblíqua, o poder de ação."

FILHO, Fernando da Costa Touinho - ap. cit, pég. 354/as.

¹⁰ Idem, Ibidem - pág. 356.

4. O autocontrole institucional

Certo é que, por razões de política criminal, o **poder de arquivamento não** deve e não pode ficar, concentrado nas mãos de uma só pessoa - nem mesmo sendo tal pessoa o próprio Procurador-Geral de Justiça. Foi por isso mesmo que a doutrina moderna procurou conceber um sistema de **autocontrole Institucional**, isto é, no âmbito interno do próprio Ministério Público, afastando-se a intervenção do juiz, mas resguardando-se as decisões de arquivamento das peças informativas (não só da ação penal pública, mas igualmente da ação CMI pública), do indesejável arbítrio exclusivo de uma única pessoa.

Essa era a proposta dos *Anteprojetos* do Código de Processo Penal do professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, consoante nns informa HERMÍNIO MARQUES PORTO:

*"A preparação para o exercício exclusivo de ação penal condenatória e pública, tanto na coleta de provas quando presente notícia de prática de infração penal, como na etapa de avaliação das provas para a aferição da ausência (gerando arquivamento) ou da presença (gerando a formulação e apresentação da denúncia como petição inicial penal), não pode receber Interferência de Jurisdição, e por isso os anteprojetos enunciaram propostas voltadas para o afastamento do controle jurisdicional prévio sobre o exercício da ação penal pública, representado pelo conteúdo, em sua parte inicial do art. 28 - ainda vigente - do Código de Processo Penal. Afastamento com sequente substituição por um mecanismo fiscalizador representado por um **autocontrole Institucional** a ser exercido por órgão de instância superior do Ministério Público - o Conselho Superior como colegiado de natureza penal.*

Este Colegiado, então preservando a plena acolhida do sistema acusatório, receberia a incumbência para a formulação de um juízo hotnologatório, ou não, de decisões de arquivamento proferidas por representantes da Instituição. O autocontrole institucional, exercido por um colegiado nivelado ao Procurador-Geral, receberia também a incumbência de apreciar decisões de arquivamento por este adotadas." ¹

Muito embora os *Anteprojeto*s de FREDERICO MARQUES ainda não tenham se transformado em lei, o legislador pátrio já vem consagrando, gradualmente, em nosso ordenamento jurídico, esse sistema de autocontrole Institucional, começando por tomar obrigatório o reexame, pelo Conselho Superior do Ministério Público, do arquivamento do Inquérito Civil, em diversos campos como o do meio ambiente e patrimônio histórico (Lei nº 7.347/185, art. ⁹⁰), proteção das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/89, art. 60, § ¹), proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/189, art. ³⁰), infância e juventude (Lei nº 8.069/90 art. 223 § 2º) e consumidor (Lei nº 8.078/90 art. 90)

Em matéria penal, conquanto ainda se ache em vigor o sistema *híbrido* da parte inicial do art. 28 do Código de Processo Penal (mantida, assim, a indevida interferência do juiz na promoção do arquivamento das peças da *instrução deficiente* nos casos de atribuição do Ministério Público no primeiro grau), o legislador pátrio, consagrou recentemente, o sistema de autocontrole Institucional no tocante ao arquivamento de quaisquer peças informativas nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, livrando, destarte o juiz - melhor dizendo o Tribunal - do constrangimento de nada poder decidir

PORTO, Hermilo Marques - 'Arquivamento e Autocontrole Institucional' nos *Memórias* de José Frederico Marques, em 'Livro de Estudos Jurídicos' coord. de TUBENCHLAX James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de - Ed. do Instituto de Estudos Jurídicos, RJ, 1993, vol. 6, págs.193/194.

*

contra a recusa do Chefe do *Parquet* em exercer o poder de **ação**, por entender que não é o caso de exercê-lo.

Esta salutar *inovação* operou-se com a recente Lei Federal nº 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), diploma este promulgado por expressa determinação constitucional (CF, art. 61, II, "d"), e que assim dispôs:

"Art. 29-Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

*VII - **determinar o arquivamento de representação**, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, **nas hipóteses de suas atribuições legais.***

Art. 12- O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:

*XI - **rever**, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, **decisão de arquivamento** de inquérito policial ou peças de informação **determinada** pelo Procurador-Geral de Justiça, **nos casos de sua atribuição originária***

O novo sistema de **autocontrole Institucional**, está, portanto, plenamente * consagrado pela Lei nº 8.625, de 12.02.1993, que confere ao Procurador-Geral de Justiça o poder de determinar pessoalmente o arquivamento da peça da *"Inibitio delicti"*, sempre que se convencer da **Impossibilidade tática** ou **jurídica** de deflagrar a ação penal pública.

"A extensão dos poderes do Ministério Público - escreveu FREDERICO MARQUES -, como órgão da ação penal, quem estabelece, baliza e disciplina **é a lei**, pelo que nada há que increpar, e muito menos falar-se em inconstitucionalidade, ao dar-se ao Ministério Público o **direito de arquivar Inquéritos ou pças de Informação**, como o fazem várias legislações, inclusive aquela do grande País em que nasceu a própria Instituição do Ministério Público." ¹²

S. Anova ordem constitucional

Há, em verdade, um liame fático-jurídico evidente entre o raciocínio aplicável à relação processual interinstitucional dos Ministérios Públicos de 2^o grau e os Tribunais de Justiça dos Estados quando em cotejo com as relações do "**Parquet**" de primeiro grau e os Juízos de primeira instância.

Nesse sentido, depreende-se que os membros do Ministério Público de 1^o grau, de forma um pouco mais restrita, são, na realidade, *'est modus in rebus'* tão independentes e soberanos quanto o são os Procuradores de Justiça e o Procurador-Geral de Justiça, no âmbito de suas respectivas atribuições.

Na esteira desse entendimento, resguarda-se, primordialmente, o princípio do ***promotor natural e a independência funcional***.

É óbvio que a tese ora esposada só encontra amparo sob a ótica da ***equivalência funcional*** entre os diversos cargos ministeriais, nos diversos níveis de suas estruturas político-administrativas estadual e federal.

MARQUES, José Frederico - ap. cit, pág. 92.

Tem-se, pois, como pacífica a vitória da proposta que consagrou o afastamento do controle jurisdicional prévio sobre a Iniciativa da ação penal pública, que 'é privativa do Ministério Público, a teor do art. 129, 1, da Constituição Federal. A questão já girava, então, mesmo a nível dos *Anteprojeto*s de FREDERICO MARQUES, sobre a *incompatibilidade* de tal princípio (o da privatidade da titularidade da ação penal pública), com o sistema previsto no art. 28 do Código de Processo Penal. Os argumentos do grande penalista nada mais significavam senão a demonstração da evolução da *endonõne social*, que expressa o conteúdo ótico da sociedade, exigindo, imperiosamente, tal mudança.

No *genesis* do direito moderno, verifica-se que a atual ordem moral vigente elegeu a seu talante o Ministério Público como o "*dominus luis*" como o verdadeiro representante do Estado (enquanto sociedade) e detentor do direito de ação quanto aos ilícitos penais, quer nas ações públicas (condicionadas ou incondicionadas) quer, eventualmente, nas ações penais privadas (como fiscal da lei e não vinculado ao interesse da parte).

A norma programática constitucional (art. 129, 1), portanto, nada mais fez do que reafirmar, explicitamente, o conteúdo popular implicitamente pré-existente e consagrado, regulando a relação jurídica, ou, melhor dizendo, a ordem jurídica heterônoma que deverá vigir.

Assim, entende-se por findo o processo dialético contemporâneo que consagrou o Ministério Público como titular da ação penal pública, restando tão-somente ao ordenamento legal infra-constitucional obedecer a esse ditame, eis que iniludivelmente auto-aplicável.

Sob este aspecto, denota-se verdadeira a tese, quando observamos as fontes do direito moderno (costumes e outras), que se apresentam sintonizadas com a **norma social** (conjunto de leis adjetivas), propiciando as condições adequadas à eficácia da lei penal. Portanto, inobstante a vigência meramente *legalista*, a norma precisa estar em consonância com o conteúdo ético pré-existente, a fim de obter a sua eficácia e executividade *ad locum*'

4

É cediça a doutrina a respeito, quando tece comentários a respeito das fontes *primárias* e *secundárias* da norma penal.

O texto defendido por FREDERICO MARQUES apenas refletiu o conteúdo ético da sociedade brasileira, que clama por mudanças. Conclui-se, pois, que a nova ordem constitucional *mecionou*, de forma implícita, pela *longa manus* da norma e do legislador, as inovações insertas nos *Anteprojetos* do citado mestre. E, a nível infra-constitucional, o conteúdo de norma da Lex Mater foi reafirmado pela Lei nº 8.605, de 12 de fevereiro de 1993, promulgada por imposição expressa do art. 61, II, ad", daquela. Portanto, embora a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não seja uma *lei complementar*, como deveria sê-lo, conforme muito bem demonstrou HUGO NIGRO MAZZILLI¹³, não há como olvidar que tal diploma legal possui **solob consftscionai** porque editada **por ordem** irrecusável da Constituição.

A privatidade da titularidade da ação penal é **InCompetivel** com o preceito inicial do já antigo art. 28 do Código de Processo Penal. Tal disposição está, assim, implicitamente abrogada, pois a permanecer vigindo, contrariará a intenção clara do legislador constitucional,

¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro - Questões Atuais do Ministério Público, em "Livro de Estudos Jtztidos", coord. JAMES TUBENCHLAI (ed. IEJ, 1993, no 7. *pág.* 442 é seintes.

conflitando abertamente com a Carta Magna. A propósito, vem à baila a sábia lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem mesmo as regras constitucionais que devem ser regulamentadas pelo legislador ordinário possuem eficácia "ab.rogativa" da legislação Precedente com ela incompatível, impedindo também que a legislação futura disponha de forma diversa, daí porque dotadas de uma eficácia *'iara13ante'*.¹⁴

AO Desta fôrma, é imposição do sistema constitucional ora em vigor que se estenda ao Ministério Público de primeiro grau o poder de determinar o arquivamento da *"Infonnatto dellcti"* e, conseqüentemente, o sistema de *autocontrole Institucional*, que, logicamente, deverá ser confiado ao Conselho Superior do Ministério Público, a exemplo das hipóteses referidas nos diversos diplomas legais, já citados, pertinentes ao arquivamento do inquérito CMI.

6. Conclusões:

lente do exposto, conclui-se que:

✶ a) o princípio da *legalidade* ou da *obrigatoriedade* não impede que o Ministério Público deixe de propor a ação penal pública, quando não é o caso de propô-la, ou, em sendo cabível a ação, obstáculos intransponíveis inibem a sua propositura;

b) o controle do arquivamento da *"Inftrmaflo delicti"*, conforme previsto na parte inicial do art. 28 do Código de Processo Penal é tão-somente *judiciário* porque efetuado por juiz de Direito, mas não tem natureza *jurlsdiclonal*;

✶ SILVA José Afonso da - *Açcabllidade das normas constudonais*, Ed. RT, SP, 1968. pág. 253).

c) o sistema híbrido de controle do arquivamento da *' nfotmatlo dWicltl'* previsto no art. 28 do Código de Processo Penal, é incompatível com a privatização da titularidade da ação penal pública, conferida ao Ministério Público pelo art. 129, 1, da Constituição Federal, restando aquele, pois, implicitamente ab-rogado;

d) é imperioso que se estenda o sistema de **autoconferência Institucional** às promoções de arquivamento da *'Vnfonnatlo delicti'* efetuadas pelos órgãos do Ministério Público de primeiro grau.

7. **Proposição:**

pelo exposto, propomos ao X Congresso Nacional do Ministério Público, que recomende à Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP):

a) propor, através de bancadas federais, ao Congresso Nacional, projeto de lei modificando a atual leitura do art. 28 do Código de Processo Penal, para que tenha a seguinte redação:

*"Art. 28- Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, determinar o arquivamento do **inquérito policial ou de quaisquer peças de informações**, deverá submeter, nos três dias seguintes, sob pena de falta grave, a promoção de arquivamento à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, que a homologará, ou, em caso contrário, designará outro órgão do Ministério Público para oferecer a denúncia.*

b) apresentar a mesma proposta aos projetos de reforma da legislação processual penal porventura já em andamento ou em estudos a nível de Governo ou do Congresso Nacional.

B M-PA de agosto de 1994

LUIZ IS UNO VALENTE
Procurador de Justiça - PA

FREDERICO D 1. MA DE **IRA**
Procurador de Justiça - PA

TESE: **CORRUPÇÃO: NECESSIDADE DE
LEGALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DA ASSIM CHAMADA
PROVA ILÍCITA.**

NON OMNE QUOD LICET, HONESTUM EST

AUTOR RICARDO ALBUQUERQUE DA SILVA*

SUMÁRIO: Introdução. ZExegese dos incisos XII e Lvi, do artigo ⁵⁰ da CF188 3 *Tipificação do crime de corrupção=improbidade.* **4.A doutrina da** proporcionalidade de Paulo Nogueira. 5.0 interesse público prevalece sobre o individual. 6.Conclusão. 7.Proposição.

1. Introdução.

Sem perder de vista os direitos individuais garantidos ao cidadão em nossa Carta Política de 1988; sabendo o quanto isso custou historicamente ao ser humano, mais especificamente na e após a Revolução Francesa de 1789, onde centenas de pessoas foram sacrificadas em nome das tão desejadas liberdade, igualdade e fraternidade; consciente de que nossa sociedade passou vinte e um anos sob regime ditatorial, não podemos ao mesmo tempo deixar de constatar, lamentavelmente, que existem cidadãos fantasiados de homens de bem a fazer nítido mau uso de seus direitos e prerrogativas, constitucionais e, sob esse manto, estão a ferir a moralidade pública - em todos os seus níveis - sem que a Justiça logre puni-los, o que tem contribuído para dar munção aos detratores do Poder Judiciário e do Ministério Público.

2. Exegese dos incisos XIII e LVI do artigo 5º da CF/88

Ao mesmo tempo, temos consciência de que nossa legislação processual penal é ultra benigna para com aqueles que respondem à Justiça, mas sabemos também que para tudo há um limite! E o limite cabe a nós estabelecermos, criando mecanismos que dificultem aqueles que contribuem para com a impunidade, que tanto ofende aos verdadeiros homens de bem e ao ordenamento social como um todo, pois, é bom que se diga que a grande maioria dos jurisdicionados vive e trabalha honestamente, não sonega impostos e tem direito a uma sociedade mais justa e higienizada de pessoas que, de origem humilde, ao adentrar na Administração Pública, enriquecem à olhos vistos e, no entanto, não são indiciados em inquérito policial nem processados pelo Ministério Público em virtude da dificuldade ou impossibilidade mesmo da produção da prova do crime de corrupção como também pela benesse do inciso LVI do artigo 5º da CF/88 que assim dispõe:

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Ao comentar o dispositivo acima, o renomado constitucionalista Pinto Ferreira, (in Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1989, São Paulo, pag. 181) leciona que,

"Como exemplo pode ser mencionada a gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher, utilizada em processo judicial, que é meio ilícito de prova e que não é admissível em juízo (RTJ, 84:609). As provas resultantes de interceptações ou gravações telefônicas clandestinas foram consideradas como ilícitas pelo Supremo Tribunal, por entendê-las incompatíveis com o direito à intimidade (RTJ, 10:798).

é

é

O mesmo ocorre com certos meios de provas que se pretende utilizar com o chamado flagrante delito preparado pela polícia.

(...) Rogério Launa Tucci, citando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de lavra do Des. Geraldo Gomes, faz distinção entrá ambos, **/lagmnte delito p'epa,ado e /lagraMe cleWo esperaGb.** Neste a *atividade policial* é apenas de alerta, em nada instigando o mecanismo causal da infração, procurando somente colhê-la ou frustra-la em sua consumação.

A doutrina e a jurisprudência noite-americana também consideram tal figura, que lá recebeu o nome de *entrapment*, como no caso *Soreilis v. U.S.* (1932)."

Como se constata, até o momento, a **doutrina Constitucional Pátria** ao mesmo tempo em que protege a intimidade das pessoas, já nos permite vislumbrar o aparecimento de exceções a respeito.

Já o inciso XII, do mesmo artigo.⁵⁰ da mesma Lex Mater, reza o seguinte:

"É inviolável o sigilo da correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo, no último caso, pôr ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Com relação a esse **dispositivo**, o que nos interessa, Pinto Ferreira, ao comentá-lo na mesma obra citada, página 84, diz, entre outros, o seguinte:

"Em diversas constituições brasileiras anteriores a inviolabilidade da correspondência era um preceito de eficácia plena e *irrestringível*, como nas Constituições de 1936 e 1946.

O texto atual tem uma eficácia limitada e restringível, pois aceita em determinados casos, estabelecidos em lei e na própria Constituição, que a ordem judicial possa admitir restrições a tal inviolabilidade para fim de instrução e investigação criminal.

A fórmula adotada na Constituição de 1988 (art. 5º, XII) procede diretamente do art. 15 da Constituição da República da Itália, nos seguintes termos, buscando harmonizar a liberdade da pessoa com o elevado interesse da Justiça: Art.15, A liberdade e o sigilo de correspondência, bem como o de qualquer outra forma de comunicação, são invioláveis. Só se podem impor limitações através de ato motivado de autoridade judiciária e com as garantias estabelecidas pela lei".

O art. 7º da Constituição do Estado-Membro de Wuetemberg-Badern de 1946, integrante da República Federal da Alemanha, também admite a previsão legal de exceções ao preceito de inviolabilidade de correspondência, determinada pela lei ordinária no campo do direito processual, falencial, aduaneiro, cambial e postal.

O não menos festejado professor de Direito Constitucional José Afonso da Silva, em seu conhecidíssimo livro "Curso de Direito Constitucional Positivo", (9 Edição; Malheiros Editores, São Paulo, 1993, pag. 243), a seu turno, ao tratar dos Sistemas de Restrições das Liberdades individuais, leciona o que segue:

A característica de normas de eficácia contida, apontada acima, terem extrema importância, porque é daí que vêm os sistemas de restrições das liberdades públicas consideradas neste capítulo. Vimos já que o legislador ordinário, quando expressamente autorizado pela Constituição, intervém para regular o direito de liberdade conferido. Algumas normas constitucionais *conteridoras* de liberdades e garantias individuais, mencionam *uma* lei limitadora (art. 5º, VI, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem provir da incidência de normas constitucionais (p.ex. art. 5º, XVI: reunir-se pacificamente, sem armas; XVII: fins lícitos de vedação de caráter paramilitar, para as associações, **são** conceitos limitadores; restrições decorrentes de estado de defesa e estado de sítio: art. 136, § 1º e 139).

Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no *princípio* de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer. **Não** podem estirpados por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo *bem-estar* social. *Fora daí é arbítrio*".

3. Tipificação do crime de corrupção=improbidade.

O danoso fenómeno social decorrente da crise moral que nosso tempo atravessa e que inspira o presente trabalho, encontra tipificação no Código Penal Brasileiro (artigos 317, § 2º; 333; 348, § 1º; 349; 350; 351; 357; etc.); mas é na Lei nº 8.429, de 02

de julho de 1993, que encontramos o que se pode chamar de paradigma ideal para ser objeto de aplicação do que aqui se pretende.

No Código Penal Brasileiro o art. 333 define o crime de corrupção ativa da seguinte maneira:

"Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional."

O mesmo diploma legal ao definir a corrupção passiva diz que:

"Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que *fora da função ou antes de assumi-la*, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço, 'se, em' *conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.*

§ 2º. Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de *outrem*:

é

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa."

Referida Lei nº 8.429/193, conhecida vulgarmente por "Lei do Colarinho Branco", ao conceituar o crime de improbidade, em seu art.⁹⁰, reza o seguinte:

"Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, e notadamente:

- receber, para si ou para *outrem*, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no artigo 1º por preço superior ao valor de mercado;

III -- perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer

* natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 10 desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, *ou aceitar promessa de tal vantagem*;

VI- receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no artigo ^{1º} desta Lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições *do agente público, durante a atividade*; **é**

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; **é**

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo ^{1.º} desta Lei;

AI - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo ^{1º} desta Lei."

Como se vê, para eficácia da Lei nº 8.429/193, bem como da parte de crimes contra a administração pública capitulados no CPB, necessário se faz a criação de instrumentos processuais no sentido de se materializar tais delitos que tanto ferem a moralidade pública.

4. A doutrina da proporcionalidade de Pauto Nogueira.

Por sua vez, a nível doutrinário, o Prof. Paulo Lúcio Nogueira, ao discorrer sobre a assim chamada *prova ilícita*, desenvolve *uma teoria, a qual é a seguinte*:

"Teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular faz mau uso de seu direito

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público".'

5. O interesse público prevalece sobre o individual.

in Curso Complementar de Processo Penal, ed. Saraiva, SP, 1991, pág. 171

Como se está a demonstrar, em sede de crime de conupção, mesmo protegido por norma constitucional, há um limite para o exercício.-desse direito, e tal limite justifica-se pelo mau uso que o cidadão venha a fazer de seu direito, ao agredir a moralidade pública e ao ordenamento social.

Por via de consequência, em nosso entendimento, para os objetivos desta tese, o cidadão faz mau uso de seus direitos constitucionais quando aproveita-se de função pública para auferir vantagens indevidas e enriquecer ilicitamente; melhor dizendo, quando um fiscal de tributos (seja Municipal, Estadual ou Federal) enriquece a olhos vistos; quando um político - que deveria legislar para a melhoria das condições de vida dos seus eleitores - recebe dólares ou "jet-ski" de empreiteiros para aprovação de obras que agredem o erário público, ou quando um delegado de polícia recebe dinheiro para arquivar inquéritos sob sua responsabilidade, todos, inequívoca e abertamente demonstrando visíveis sinais de riqueza súbita *sem* que possam *justificá-la com seus vencimentos, com recebimento de herança ou até mesmo ganhando sistematicamente na loteria!*

Os tempos são outros, o sabemos, mas *mutatis mutandis*, Jean-Jacques Rousseau, um dos pais do jusnaturalismo, em sua monumental obra "Do Contrato Social", ao *contrário* do que se esperava, ao *defender* sua *teoria* *justifica* até mesmo a *pena* de morte com o seguinte argumento, 'verbis':

*"Ademais, qualquer malfeitor, atacando direito social, pelos seus crimes se torna rebelde e traidor da pátria, deixa de ser a,,, seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompetível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se fez que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo."*²

6. Conclusão.

Conforme demonstrado, como pensaria alguém desavisado hodiernamente, não desejaríamos nem desejamos - pois fere nossos princípios cristãos e jurídicos - o estabelecimento da pena capital em nosso ordenamento social e jurídico

² *Do Contrato Social*, livro II, cap. V, pág. 52, ed. Abril Cultural, SP, 1978, *Os Pensadores*

àqueles que fazem mau uso de seus direitos e desrespeitam indiscriminadamente seus semelhantes, tomando-se por assim dizer, um traidor da Pátria, o que se deseja isto sim, é que se faça Justiça e que tais pessoas não mais se locupletem do erário público ou aufram vantagens indevidas do cargo que exercem em detrimento da moralidade pública e continuem desfrutando do que se pode chamar impunidade legal, para não dizer constitucional.

A Professora Ada Peliegrini Grinover, sempre na vanguarda dos temas jurídicos em processo de mudança suscetíveis de alterações *no mundo* do direito, logo após a promulgação da CF/88, brindou-nos com um livro intitulado "Novas Tendências do Direito Processual", (Editora forense Universitária, Rio de Janeiro, ¹⁰ Edição, 1990) no qual, sob o título "Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal", nas fls. 60 usque 82, simplesmente esgotou o assunto.

Por fazermos coro ao tema, é que tomamos a liberdade de pinçar os seguintes trechos do referido trabalho, como também fundamento da presente tese.

"É cediço na doutrina constitucional moderna, que as liberdades públicas não podem *ser* entendidas em sentido absoluto, *em face* da *natural* restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas do direito do homem, após o liberalismo, acentuam a transformação dos direitos individuais em direito do homem inserido na sociedade. De tal modo que, *não* é mais exclusivamente com relação ao indivíduo mais no enfoque de *sua* inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de direito, tanto os direitos como suas limitações.

- (...) Assim, posta a matéria, resulta fácil compreender que a questão
- das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas, no processo penal, *faz* parte de um problema mais amplo, atinente ao equilíbrio entre duas exigências: a de tutelar o direito a intimidade e a de colocar a disposição do Juiz meios de prova capazes de oferecer resultados particularmente úteis no momento em que a delinquência se organiza sob formas mais hábeis e mais complexas. Trata-se de um problema setenal do vasto problema.

que se põe em confronto a defesa social e os direitos de personalidade do indiciado ou do acusado. E que deve ser resolvido numa postura de equilíbrio entre as garantias deste e o interesse público à repressão da atividade criminosa.

7. Proposição.

01. Que o inciso *LV* do artigo ⁵⁰ da CF/88, continue como está para a salvaguarda dos direitos e prerrogativas do verdadeiro cidadão de bem e para que se evite abusos autoritários;

a'

02. Que se apresente projeto de lei regulamentando o inciso *Xlii* do artigo ⁵⁰ da CF/88, ou acrescentando um parágrafo único ao artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, dizendo o seguinte:

Parágrafo único - nos casos de fortes e fundados indícios da prática do crime de corrupção e improbidade, deverá o juiz , ouvido o Órgão do Ministério Público ou por ele requerido, autorizar gravação e degravação de conversas telefônicas, de diálogos e de qualquer fonte de dados ou informação computadorizada entre suspeitos do comportamento criminoso de que trata este parágrafo.

Segundo nossa maneira de ver e de acordo com os fundamentos esposados ao longo da presente tese, configura-se esta uma das únicas maneiras plausíveis de se processar, condenar e *colocar* nas grades os criminosos *que têm* constantemente feito mau uso dos seus direitos constitucionais, atentado sistematicamente contra a moralidade pública em nosso País e tornando aos brasileiros no exterior motivo de escárnio internacional.

Belém, junho de 1994.

RICARDO ALBUQUERQUE DA SILVA

Promotor de Justiça

* Ø autor é primeiro Promotor de *Justiça* do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural de Belém e Professor de Filosofia do Direito e de História do Pensamento Jurídico na Universidade da Amazônia - UNAMA.

BIBLIOGRAFIA:

1. DA SILVA, José Afonso.
- "Direito Ambiental Constitucional", São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- "Curso de Direito *Constitucional* Positivo", São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
2. FERREIRA, Pinto. "Comentários à Constituição Brasileira", São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
3. **GRINOVER**, Ada PeHegrini. "Novas Tendências do Direito processual", Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1990.
4. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. "A intervenção do Ministério Público no *Processo Civil Brasileiro*", São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- 05, **MAZZILLI**, Hugo Mgro. "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", São Paulo, Ed. RT, 1993.
6. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. "Curso Complementar de Processo Penal", São Paulo, Ed. Saraiva, 1991.
7. ROUSSEAU, Jean-Jacques. "Do Contrato Social", São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1978.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Promotoria de Justiça

**DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA
ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS**

(XII - Ministério Público e a Nova Ordem Processual Penal)

A Constituição Federal vigente atribui, originariamente, competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para o processo e julgamento de certos agentes políticos, definidos por Hely Lopes Meireles como *"os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos."* ("iii" **Direito Administrativo Brasileiro**-Editora RT. edição-pág.58).

Precisamente no art. 96, III, a Constituição confere aos Juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, e aos Membros do Ministério Público, foro especial por prerrogativa de função, nos crimes comuns e de responsabilidade, sujeitando-os a processo e julgamento perante os Tribunais de Justiça dos Estados, o que deferiu também, pelo art. 29, VIII, aos Prefeitos Municipais.

Essa elevação de instância originária, como prerrogativa que é, tem fundamento na necessidade de resguardo dos interesses, não do titular do cargo, mas da própria função pública, constituindo garantia do agente político *para "o correto cumprimento dos misteres que a lei conferiu ao seu titular"* (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "in" *Comentários a Constituição Brasileira*, São Paulo, Editora Saraiva, 1977, v. 1, pág. 189).

A especial natureza das funções do agente político, que em regra exerce * parcela da soberania estatal é, sem dúvida, a razão sobre a qual assenta-se o interesse do Estado de vê-las protegidas, conferindo aos titulares daqueles cargos a prerrogativa de só serem processados e julgados pelo mais alto órgão do Poder Judiciário no plano estadual. Desta sorte, a proteção constitucional, conquanto atinja imediatamente o titular do cargo, não tem em mira propriamente o indivíduo, mas sim a própria função que aquele desempenha na estrutura de Governo.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Promotoria de Justiça

Fácil ver que essa prerrogativa constitucional tem íntima conexão com a independência funcional de que gozam os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público no exercício de suas funções, garantia indispensável no Estado de Direito, porquanto, não raramente, deparam-se com situações em que interesses poderosos, políticos ou econômicos, e até mesmo Governos, atuam de modo contrário ao interesse público e, dessarte, têm aqueles agentes o dever funcional de agir, contraditando aqueles interesses inferiores.

Sem que tivessem, ao lado da independência funcional, a certeza de um julgamento imparcial e justo, por um órgão colegiado, superior, na estrutura do Poder Judiciário, não teriam a segurança indispensável de que necessitam para cumprimento de sua missão constitucional.

Mas a simples outorga de um foro especial, por si, não atende, em toda plenitude, aquelas exigências legítimas de proteção às funções públicas, cada vez mais desgastadas hodiernamente por ocupantes nem sempre voltados para, a defesa do interesse público.

A ordem processual penal vigente, nos crimes de competência originária dos tribunais, não prevê, expressamente, possibilidade de recurso para instância superior com vistas a reexame do mérito da causa julgada.

O vigente Código de Processo Penal, ao dispor sobre a apelação, no seu artigo 593, silencia quanto ao cabimento do recurso contra decisões de Juízo coletivo, ou seja, do colegiado do tribunal. Daí não haver regra processual recepcionável pela Constituição Federal promulgada em 1988.

A Carta Magna, por sua vez, tutela apenas os recursos extraordinário e especial, em hipóteses específicas e exaustivas estatuidas nos artigos 102, III e 105, III, que, por sua natureza excepcionalíssima, não tutelam o reexame pleno da causa julgada originariamente pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Aliás, no tocante ao recurso especial, o S.T.J. editou a súmula 07 que explicita: *"A presta çJo de simples reexame da prova mio enseja recurso especial"*

Essa limitação dos recursos à superior instância, como imperativo da solução daquilo que se chamou no passado recente de *"crise do Supremo Tribunal Federal"*, dado entre outros fatores pelo excesso de recursos que lhe competiam julgar - volume hoje em muito diminuído com a bipartição do recurso extraordinário em recurso especial de competência do STJ -, evidentemente não pode ir, ao ponto de impedir a que as partes, nos processos de competência originária dos tribunais, tenham assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Promotoria de Justiça

Assegura a própria Carta Política,, no seu artigo, 5º, LV, que, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Essa garantia constitucional de defesa plena, que se traduz também como exigência do princípio do devido processo legal, e que, conforme Habscheid, *"encarna, no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual"*, só se efetiva com a participação ativa e contraditória das partes em todos os atos e termos do processo, compreendendo-se neste não apenas o direito do réu de ser informado da acusação que lhe pesa, a possibilidade de contrapor-se à prova produzida pela acusação e o direito à produção de suas provas, mas, sobretudo, o direito de ver reapreciada a decisão que eventualmente lhe seja desfavorável por um órgão superior do Poder Judiciário.

A própria expressão *"recursos a ela inerentes"* traz insita a idéia da exigência de uma jurisdição completa e está a indicar ter o legislador constituinte se referido mesmo a recurso, na acepção jurídica estrita, afastando qualquer tentativa legislativa de cercear o direito a recurso. **j**

Celso Ribeiro Bastos, diz que *"o processo, no mundo moderno; é a manifestação de um direito da pessoa humana Por esta razão, as Constituições se interessam por discipliná-lo, a fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturação, com o consequente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar. "*

E citando Couture, arremata:

"O grande processualista Couture fala mesmo em uma tutela constitucional do processo e que tem o seguinte conteúdo:

1º- a existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida, a lei deve instituir este processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição.

Qualquer lei que burle este propósito é inconstitucional" ("iii" Comentários à Constituição do **Brasil-Editora Saraiva-2º** Vol. pág. 260/261).

É de Rui Barbosa a conhecida lição, no sentido de que *"a declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e as autoridades publicas, de o violarem"* (Comentários à Constituição Federal Brasileira-coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva. .1933, Vol2, pag. 484).

Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Promotoria de Justiça

O largo espectro dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, concebidos como meios de proteção da pessoa -e do próprio interesse coletivo-, contra o arbítrio do Estado, alcança, evidentemente, a todos os componentes do grupo social, sem distinção de qualquer natureza.

A despeito de a Constituição prever expressamente o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, a lei infra-constitucional -o Código de Processo Penal vigente- não contemplando recursos nos processos de competência originária dos tribunais dos Estados, acaba por infringir o próprio princípio da isonomia, porquanto dá tratamento indevidamente discriminatório às partes daquela relação processual em face do cidadão comum, a quem é sempre assegurado aqueles direitos.

Ora, se tal prerrogativa tem fundamento constitucional e visa a legítima proteção da função pública, distinguindo processualmente, quanto ao forô, o agente político dos demais cidadãos, não se concebe que essa proteção possa ser coarctada justamente no momento culminante do processo, ou seja, quando se decide sobre o pedido de tutela jurisdicional. Do contrário não haveria utilidade substancial nessa "prerrogativa".

- Essa ausência de tutela recursal no direito positivo brasileiro pode trazer, em muitas situações, consequências funestas ao interesse e à harmonia do grupo social. Figure-se o exemplo de uma denúncia não recebida pelo tribunal, a despeito da concorrência de todos os pressupostos, em face da prática de crimes graves. Figure-se outro exemplo: uma absolvição quando o acervo
- probatório demonstra, à saciedade e à sociedade, ser caso de condenação, como ocorre não raramente com certos agentes políticos. Figure-se, finalmente, outro exemplo, talvez o de maior gravidade: a condenação de um réu, quando insuficientes ou duvidosas as provas da autoria.

Parece-nos que em todos esses casos, não teriam cabimento os recursos extraordinário e especial, eis que as hipóteses não se enquadram nas casuísticas taxativas elencadas nos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

Ora, o recurso, como ensina Noronha "é *matéria de ordem pública, envolvendo interesse público. Ele atende tanto a interesses do indivíduo, como da própria sociedade ou sociais*" ("in" Curso de Direito Processual Penal-Editora Saraiva-pág. 344). Destina-se, segundo Borges da Rosa, a " *sanar: a) os defeitos graves ou substanciais da decisão; b) a injustiça da decisão; c) a má apreciação da prova; d) a errônea interpretação das pretensões das partes; e) a errônea apreciação dos fatos e circunstâncias*" ("in" Processo Penal Brasileiro-1942).

Ministério Público do Estado de Mato Grosso Promotoria de Justiça

E o fundamento de todo recurso assenta-se na falibilidade humana, a que todos estamos sujeitos, por fatores vários, nos quais se incluem até mesmo as influências exteriores ao processo, ditadas por pressões apaixonadas da opinião pública, muitas vezes manipulada pelos meios de comunicação, hoje quase dominados por profissionais da política, que concentram verdadeiras redes em suas mãos.

Demais, como ensina Tourinho, *"há necessidade psicológica: o recurso visa à satisfação de uma tendência inata e incoercível do espírito humano. Na verdade, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento. Se alguém procura um médico e este lhe diagnostica um mal mais ou menos grave, surge a dúvida no espírito do consulente: será que ele disse a verdade? Esse médico é realmente competente? E, ainda que o fosse, não teria errado? Também na vida judiciária surgem para os litigantes as mesmas dúvidas, as mesmas apreensões, as mesmas desconfianças, e daí a necessidade de se adotar um meio de se provocar o reexame da questão decidida: o recurso."* ("in"Processo Penal-Editora Saraiva-vol04-pág. 2401241).

Pode-se dizer, aliás, que essa, necessidade de satisfação psicológica se apresenta muito mais importante justamente no processo, sobretudo no processo penal, em vista dos valores juridicamente protegidos. E a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, o patrimônio que estão em jogo.

Com efeito, cresce de importância o recurso nos dias atuais na medida em que se conhece a automatização imposta aos julgamentos nos órgãos de segunda instância dos Estados, onde se verifica um crescente predomínio de decisões proferidas unicamente por relatores, que quase invariavelmente as conduzem, sendo secundado pelos seus pares burocraticamente. Isso, quando não por outras razões, ocorre em face da própria sistemática de procedimento adotada nos tribunais destinarem historicamente ao relator a responsabilidade pelo exame primeiro e aprofundado da causa, enquanto os demais julgadores estão envolvidos, como relatores, com outros processos, e, por isso, preferem, em regra, se fiar no voto daquele. Tem-se, então, salvo algumas excessões, a rigor, decisão equiparável à de um juiz monocrático.

Despiciendo, por outro lado, seria falar das vantagens da reapreciação integral da causa pelo Superior Tribunal de Justiça -o que provavelmente demandaria aumento do número de Ministros-, composto por homens da mais alta enveredadura jurídica, capazes de coarctar eventuais iniquidades, prepotências e arbítrios por *"error in judicando"* dos tribunais estaduais, onde se supõe hajam condições plenas para um julgamento imparcial e justo. ✱

Poder-se-ia objurgar que, nestes casos, o *Habeas Corpus*, o Mandado de

RM-

Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Promotoria de Justiça

Segurança e até mesmo a Revisão Criminal seriam remédios aptos à reparação de todos os males. Entretanto, tais institutos afiguram-se insuficientes, dada a própria limitação que a ordem processual penal lhes impõe.

- Ora, o *habeas Corpus* só tem lugar nos casos de constrangimento ilegal constatável de plano, com a agravante de, em sendo o paciente sujeito à
- jurisdição de tribunal estadual, ser deste mesmo a competência para julgamento. O Mandado de Segurança, de sua vez, só tem cabimento quando violado direito líquido e certo da parte, ou seja, quando a solução da controvérsia não depender de exame aprofundado da prova. E, finalmente, a Revisão Criminal, não fosse as várias restrições de cabimento que a lei processual lhe impõe, o simples requisito de trânsito em julgado da sentença condenatória, com a automática execução da pena, por si demonstra a sua insuficiência.

Em conclusão: para dar vida efetiva e plena aos princípios constitucionais do direito à jurisdição, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, declarados como direitos públicos subjetivos da pessoa humana, sem distinção de qualquer natureza, a Nova Ordem Processual Penal não pode prescindir da positivação, ainda que em lei infra-constitucional, de uma via recursal de competência do Superior Tribunal de Justiça nos processos de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados.

ii

N

Promotor de Justiça
Várzea Grande/MT.

CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TESE: A IMPEDIÊNCIA ÉTICA E FUNCIONAL 1) O "ACORDO" (TRANSAÇÃO) NO PROCESSO PENAL

AUTORES:

EDILSON MOUGENOT BONFIM- 1 Tribunal do Júri de São Paulo

JOSÉ FERNANDO GONZALEZ- Comarca de Pelotas- ES

Síntese: A impossibilidade de transação em matéria penal entre órgão ministerial e a defesa, face à preceitos éticos e legais, a par de ser prática inconstitucional, constituindo violação ao dever funcional.

FUNDAMENTAÇÃO

Introdução

Com as conquistas sociais e individuais veiculadas pelo influxo da democracia no direito contemporâneo e a chancela político-social ao princípio do **due process of law**, **ao** mesmo tempo em que se dava o reconhecimento da verdadeira falência estatal na contenção da criminalidade (1), não somente no Brasil, como no panorama mundial (2), buscaram os jusfilósofos e

1 Dados estatísticos apontam que no Brasil, v.g., enquanto a população cresce 2,5% ao ano, o índice, de criminalidade ascende a 10% no mesmo período (Vd. FARIAS JÚNIOR, João. "Manual de Criminologia", Curitiba, 1990, Editora 'Educa.

2 Vd., exemplificativamente no passado recente, o expressivo aumento (ou' ao menos divulgação) da criminalidade de **white collar** que por vias reflexas ou indiretas não deixa de incluir-se no rol de "criminalidade violenta", conquanto acarrete **graves transtornos sociais** motivantes cri mi nologicamente da ação dos **mesocriminosos**. Também, a acentuada ação da organização mafiosa na Itália, ou da Yakuza (má! ia japonesa) dentre os nipônicos e, sobretudo, o estrondoso crescimento do tráfico internacional de entorpecentes.

legisladores novos caminhos que pudessem aparelhar o Estado com um direito penal adjetivo capaz de instrumentalizar eficazmente o direito substantivo, ao ponto de coibir o recrudescimento da criminalidade violenta.

Da tentativa de se frenar a *déviance*, de conter a escalada dos celerados às 'cumeadas do crime, dentre outras idéias e institutos de ética duvidosa, surgiu como tese ditada pelo direito norte-americano neste continente, e pelo direito italiano no velho continente, a idéia do acordo (transação) em sede de juízo penal, como possível e positiva medida de política criminal. Destarte, é sabido que nos EUA concebeu-se o instituto da **plea bargaining** OU **plea negotiation** (vd. também o significado de *agreement*) "direcionado à prevenção e repressão dos ilícitos"(3), instituto este adotado no direito positivo norte-americano há mais de trinta anos (4), consistente "fundamentalmente na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de 'culpa em troca da acusação por um crime menos grave", consoante a lição de FIGUEIREDO DIAS (5).

Aqueles que defendem a bargaining (6),

3 MAIEROVITCH, Walter Fanganielio. "Apontamento sobre Política Criminal e a Plea Bargaining". RT 678:302.

4 *lã. ibid.*

5 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "Criminologia- O homem delinquente e a sociedade criminógena", Coimbra Editora Limitada, pp. 484/485.

6 Registra MAIEROVITCH (matéria cit., pg. 302) que nos EUA a bargaining "é largamente aplicada, com os mais surpreendentes e espantosos acordos. Inúmeros são os casos, quando esquecida a vinculação à política criminal, de
avenças inexplicáveis: admite-se trocar homicídio doloso por
culposos; tráfico por uso de drogas; roubo qualificado pelo
emprego de arma de fogo por furto simples. Para críticos
severos, trata-se de prática lúdica, como se nota quando dez
crimes variados são trocados nela declaração de

sustentam que a "celeridade processual" e a "certeza da punição" (mesmo branda e *injusta* do ponto de vista social), são motivos bastantes a justificarem a existência ou criação de tal instituto.

Na ordenação italiana, é cediço, sobretudo para a obtenção de informações acerca das atividades do crime organizado (Nafia) e possibilidade de punição dos envolvidos, desenvolveu-se o patteggiamento (acordo) como expressão peninsular análoga aos "acordos americanos".

Nesse sentido, anotam e explicam .(vd. o processamento do acordo no direito italiano) os colegas do Ministério Público bandeirante AT}{AYDE BUONO e ARTONIO TOMÁS BENTIVOGLIO (7):

"O Novo Código de Processo Penal italiano deu especial ênfase ao chamado patteggiamento, ou seja, ao' acordo que pode ocorrer entre acusado e Ministério Público, com o fito de, rapidamente, resolver o processo com a dispensa do rito formalístico do procedimento ordinário

Todavia, este "acordo" já tem história no próprio ordenamento processual peninsular, pois nele foi introduzido em 1981, pela Lei n' 689, de 24 de novembro daquele ano.

A matriz da colocação do instituto na nova lei adjetiva é o art. 2', n' 45, da lei delegada..."

culpabilidade ("plea of *auiltv*") de apenas um. aue rode ser até o menos **arave**".

7 CARLOS EDUARDO APHAYDE BUONO e ANTONIO TOMÁS BENTIVOGLIO. "A Reforma Processual Penal Italiana. Reflexos no Brasil". São Paulo, 1991. Editora RT, p. 85.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

- Como idéia ainda recente, ambos os institutos (bargaining e **patteggiamento**) ainda encontram-se em fase de experimentação e, como toda antiga tese ou novo experimento, não lhes faltam também elogios e críticas, apologistas e detratores. No entanto, encontram ao menos *mínima* legitimidade ética para aplicação, eis que estão previstos no direito positivo dos respectivos países adotantes. Por outro lado, contudo, no Brasil inexistente sequer um disegno di lege sobre tais institutos, o que, entretanto, não tem obstado a prática do acordo dentro dos muros da justiça e sem o conhecimento público. É mais uma vez a aplicação impensada da idéia importada, trazida "de roldão", como se o acordo pudesse ser aplicado indistintamente a todos os crimes e com a dispensa da alfândega legislatória, dando-se uma vez mais a conhecida imprecisão de HUNGRIA: "Toda vez que a Europa faz fogo o Brasil começa a emitir fumaça". Desse modo, começa-se a praticar o "acordo" no seio do Ministério Público utilizando-o sponte sua o promotor, precipuamente nos plenários do Júri e sine praevia lege.

Com efeito, o primeiro autor da presente, ao proferir a conferência de abertura ao "III Congresso do Ministério Público do Rio Grande do Sul" em Canela (09.06.1994) salientou o perigo desta prática under the table que pode se acentuar como verdadeira "indústria" intra-muros institucional (a contraproducente "indústria de acordos"), fazendo escola de péssima exemplaridade, degradando nossas funções e comprometendo-nos eticamente perante os jurisdicionados na reprovável alquimia da transformação da verdade em meia-verdade, ou do justo no quase-injusto.

★

2. Estabelecimento do "acordo penal"

Exemplifique-se: Processo de competência

do Júri; o libelo-crime acusatório afirma ter o réu cometido um delito de **homicídio qualificado** ou mesmo um **homicidium simplex**. A defesa, a seu turno, durante toda a sumariação do feito e, até em sede de contrariedade, invoca a excludente da legítima defesa em seu favor. Previamente, antes do julgamento, promotor e advogado avençam em cindirem os projetos de acusação e defesa, mesclando-os entre si. O primeiro, abre mão, então, das qualificantes (ou mesmo da forma **simplex** do homicídio), e o segundo aceita uma condenação em forma mitigada. Acordam, portanto, em postularem conjuntamente a tese de **homicidium privilegiatum**.

Este é, pois, um perfil sucinto do instituto "acordo informal" que já encontra algum apologista-prático em nossa Instituição.

3. Diagnóstico

Como prática extra-legal, informal e feita, portanto, contra legem, não encontra a mesma assento em ata. Desnuda-se e diagnostica-se, contudo, pelos sintomas do julgamento realizado, o **mal extra-jurídico** que o acometeu.

Destarte, a diagnose ao observador arguto não é difícil quando presentes os seguintes indícios:

- a) Mudança da tese ministerial no plenário sem que tenha se dado o surgimento de nova prova sobre o fato objeto de litígio;
- b) Sustentação da tese pelo promotor em exíguo espaço de tempo (...enquanto dedica-lhe o legislador até "duas horas e trinta minutos" (art. 474) para a acusação, o promotor contenta-se com apenas 15 ou 20 minutos para "alterar" (sustentar?) sua tese, como claro sintoma de que confia na reciprocidade

defensiva, ou seja, na invocação de "tese comum");

c) *Coincidência* da tese do advogado que abandona o projeto técnico e inicial defensivo (antes desenvolvido nos autos) adotando idêntica tese ministerial;

d) Verificação do conteúdo probatório dos autos sobre a possibilidade jurídica de invocação da nova tese, ressalvado o princípio da íntima convicção do promotor

e) "multi-reinidência" do mesmo órgão ministerial na prática da não sustentação do libelo em plenário, fazendo da exceção uma regra, ou seja, alterando-o sempre no *judicium causae*, com uma nova tese em plenário (*pro reo*).

Aplicou-se na exposição supra - apenas *ad argumentandum*- mais que os tópoi Cicerorianos sobre o *estado da causa conjectural* (*In conjecturalem constitutionem*) para nos autorizarem à conclusão dos "acordos informais", salientando-se, por conseguinte, ainda como referência:

*

"a) se indícios suspeitos merecem ou não a nossa crença (**suspicionibus credi oportere et non oportere**);

b) se os rumores públicos merecem ou não a nossa credibilidade (*rumoribus credi oportere et non oportere*);

c) se as testemunhas merecem ou não à nossa credulidade (*testibus credi oportere et non oportere*) (CÍCERO, *De inventione*, Lib. II, 49,40)."

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. **Implicações e impedimentos** (aspectos de princípios processuais e funcionais, aspectos legais)

Tocante ao júri, um argumento torna-se irresponsável pelos partidários da "teoria do acordo sem vínculo legal", salvaguardando-se a diferenciação de atuação dos acordantes, valendo dizer, do defensor e do promotor. Eis que, o primeiro tem legitimidade ético-moral para barganhar, porquanto jungido pelo mandato procuratório ao cliente, podendo a qualquer tempo consultá-lo e atender, de factum, o interesse privado. O segundo, o promotor, recebe mandato legal para defesa dos interesses sociais, porquanto tratando-se de crime de ação pública, alçado o **princípio da indisponibilidade**, não se lhe outorgou poderes para o exercício do "acordo". Daí, evidencia-se outro grave aspecto ético que desguarnece-nos em crédito frente à comunidade: ainda que pudesse transigir com o "direito", (no caso, já seria um "direito disponível"), não se teria consultado a vítima (como parte legalmente interessada) a emprestar sua anuência à factibilidade do negotium (...aliás, consulta impossível nos casos de homicídio consumado).

Nesse contexto, como espinha dorsal filosófica de uma solução jurídica, infringe a bargaining-**informal** três grandes princípios afluentes do due process of law e segurança maior dos regimes democráticos, como veículos seguros à condução e aportamento na Justiça:

- a) O princípio da indisponibilidade;
- b) O princípio da publicidade.
- e) O princípio do contraditório.

.E sobretudo, o **ideal de Justiça**, reclamado pela origem semântica e etimológica do vocábulo, a significar o justo., algo não cabente no conteúdo valorativo de "transação" (no direito público).

Ademais, esbarra a praxis em intransponíveis barreiras legais:

- a) O art. 127 da Constituição Federal

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

incumbe-nos da "defesa da ordem jurídica. . .e dos interesses **sociais e individuais indisponíveis**";

b) O art. 1^º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) prevê como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**"

c) O art. 43, II da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público afirma serem "deveres dos membros do Ministério Público... zelar pelo prestígio da Justiça... e pela dignidade de suas funções";

d) O art. 257 do Código de Processo Penal trata a matéria: "O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei".

Donde é forçoso concluir haver **impedência ética** em um primeiro momento, pela impossibilidade de transação não autorizada com o direito-moral da vítima, notando-se que o primeiro requisito (ético) é conteúdo valorativo de qualquer norma legal nas expressões democráticas; e, seguidamente, marcante é a total falta de amparo jurídico-legal para a avença.

Por existir flagrante **inconstitucionalidade** na postura, notadamente omissiva em relação aos deveres **funcionais**, quem a exercita dá causa à **remoção compulsória** por parte do Conselho Superior do Ministério Público, por *interesse público*, tal como previsto no art. 15, inc. VIII da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, sem prejuízo da apreciação do caso pela Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Note-se, por outro lado que o **impedimento é também de ordem processual penal** (por infringência ao art. 257), podendo no contexto, quando provado o acordo - em notável desrespeito ao *direito da vítima e à verdade processual*- acarretar uma apreciação do Poder Judiciário até em matéria cível, posto que este não exclui de sua apreciação "nenhuma lesão de direito", cf.

preceito constitucional (art. 5^º. inc. XXXV).

Mister pois, que se note (pena de anarquia do direito normativo) que a legislação para o **custos legis** não se compras com a hipótese do direito livre, mesmo porquê eu nossa cultura e na vigência do estado de direito a legislação não tem mero valor de **referência** - mas dá cogência- e, ainda mais, porque existiria **in casu** evidente afronta ético-legal ao supremo interesse social. Dois pecados, pois, postos a um só tempo: não seria legal o "acordo", ao tempo em que também não seria justo (8).

S. O esvaziamento das funções: conclusão

Aqueles que verdadeiramente preocupam-se com a manutenção da ordem democrática não podem deixar de zelar pela correta aplicação da lei; saliente-se, mister quando sua infringência coloc'aria de *mãos dadas* o ilegal e o injusto. Por outro> lado, sendo prática undercover (inconfessada pelo acordante) retira a confiança social que garante a pública função ministerial, colocando a transação **sub analise e** o acordante sob suspeita, porque faltante a **natural transparência** que deve gerir os atos não só administrativos, como jurídicos, de todos homens públicos.

Em um momento único da nossa história político-institucional, em que o Ministério Público brasileiro cerra fileiras contra atos suspeitos e práticas obscuras dos homens que representam o Estado, e sobretudo, no momento em que clamamos pelo **princípio da legalidade** e pelo estado de direito, não podemos, pelo exemplo que de nossa atuação advêm, transigir com o direito das vítimas (individuais) **e da sociedade (o direito penal/público/coletivo)**, com argumentos não discutidos em amplo processo legislativo e, portanto, sem amparo ético-

8 ROBERTO PIRAGIBE DA FONSECA. "Introdução do Estudo do Direito", Freitas Bastos, 1964, 2a ed., p. 245 e s.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

legal.

Busca-se, por conseguinte, a pronta resposta do Ministério Público Nacional pois a questão recomenda-nos à profunda reflexão, para quê -como referido alhures-, o exemplo não faça escola, enfraquecendo nossa atuação e desacreditando-nos perante a sociedade, além de sujeitar-nos à sistemática especulação. A independência funcional e o foro íntimo do promotor, autoriza-lhe a sustentar pro-reo a tese que julgar justa. Em tal caso, descaracteriza-se a etiquetagem **pro reo**, alçando-o a um significado maior, pro justitia. Desnecessita pois sentar-se ao "balcão de Hermes". O que se coíbe é o acordo, onde se barganha um direito em nome da certeza de condenação, e note-se, **não de uma certeza de "punição"**, porquanto na prática muitos acordos ensejam o reconhecimento de penas brandas que, ao talante do tempo, já prescreveram sob a luz do direito positivo. Ou seja, pela prática *ilegal* (o "acordo"), chega-se à uma chancela *legal* de impunidade ao réu (a prescrição), malgrado ainda o aspecto ético-moral.

e

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Belém, PA, 29 a 31-8 e 19-9-1994

MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA ORDEM PROCESSUAL PENAL.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO POLICIAL.

CARLOS BOBADILLA GARCIA, Procurador de Justiça

WILLIAM MÂRCIO TÔFFOLI, Promotor de Justiça

Mato Grosso do Sul

- 1 - Considerações preliminares;
- II - Força probante do inquérito policial;
- III - Intervenção do Ministério Público no inquérito policial;
- IV - Normas processuais para o inquérito policial;
- V - Conclusão.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

O tema central deste X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, que se realizará nessa aprazível e querida cidade de Belém, Pará, não poderia ser mais atual.

Durante quatro dias estaremos todos nós membros do **parquet** pátrio reunidos para abordamos **"O MINISTÉRIO PÚBLICO Corrupção, Criminalidade e Violência.**

lã

De parabéns os organizadores deste auspicioso evento, mormente a Associação do Ministério Público do Estado do Pará e a Confederação Nacional do Ministério Público.

Temos plena convicção de que os trabalhos apresentados, que serão amplamente debatidos e aperfeiçoados graças ao elevado nível cultural de seus participantes, contribuirão para que as autoridades legislativas brasileiras disponham de elementos mais atuais para aprimorarem, em futuro próximo, os vigentes Códigos Penal e Processual Penal.

- Neste passo, o Ministério Público que tem a principal função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, como estabelecido na Constituição Federal (art. 129, 1), desempenha papel de primordial importância na **persecutio criminis**, enfim, na busca da verdade.

Com esse comportamento, o MINISTÉRIO PÚBLICO de MANOEL FERRAZ DE CAMPOS SALLES, que lhe deu os primeiros contornos de verdadeira Instituição, poderá promover a justiça e distribuir de forma permanente a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.

Com essas despretensiosas anotações esperamos que o legislador federal se sensibilize e gestione, no menor tempo possível, em alterar o estatuto penal repressivo e a lei processual penal.

Estamos propondo modificação em normas do Código de Processo Penal a fim de que o estágio pré-processual da ação penal tenha assistência permanente do Ministério Público que nele poderá intervir, a qualquer tempo, como também seja mais célere, sem prejudicar, é claro, a busca incessante da verdade dos fatos que se pretende apurar.

Se acolhidas tais idéias, que serão naturalmente aprimoradas, estaremos profundamente gratificados.

II -FORÇA PROBMTE DO INQUÉRITO POLICIAL.

É incontestável a importância do inquérito policial e de seu valor na formação da culpa.

Observou com propriedade o Prof. ARTHUR COGAN membro do Ministério Público de São Paulo que, "tendo o processo penal atual eliminado o sumário da culpa, o inquérito policial apesar de seu caráter informativo, é peça de relevante valor na formação da culpa" (JUSTITIA, 811228).

O eminente mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES **in** ELEMENTOS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, volume 1, página 161, preleciona que "no inquérito, se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do réu, contêm em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpadas, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões."

E conclui o festejado Professor quando afirma "Ressalvada a hipótese de terem os peritos falseado os dados em que baseiam o seu laudo, essas provas periciais, notadamente quando realizadas por funcionários do Estado, devem ter valor idêntico ao das provas colhidas em juízo."

A própria jurisprudência tem entendido que "o inquérito policial integra os autos. Assim sendo, não se pode declarar contrária à evidência dos, mesmos autos decisão que também encontra completo apoio em elementos coligidos na fase extrajudicial do processo" (Revista dos Tribunais, 3941283).

A apuração das infrações penais e da sua autoria que 'é exercida pela autoridade policial, componente essencial da polícia judiciária, se materializa através do inquérito policial, cujos parâmetros foram estabelecidos pelo art. 6Q, do CPP.

O Ministério Público, que detém considerável

parcela de soberania do Estado, com base nesses elementos de convicção promove a competente ação penal.

Ressalvadas as exceções previstas em lei, pode-se afirmar que o inquérito policial é imprescindível à propositura da ação penal.

III - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INQUÉRITO POLICIAL.

É preceito constitucional que o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (art. 129, VIII).

É da tradição do processo penal pátrio que o Ministério Público não tem participação ativa na fase investigatória das infrações penais, atribuição essa afeta tão somente à polícia judiciária.

Essa contribuição por parte do Ministério Público para aprimorar o inquérito policial é, na verdade, esparsa.

Normalmente o Ministério Público toma conhecimento dos fatos criminosos apurados e de sua autoria, apenas quando recebe o inquérito policial.

.É muito pouco, .pensamos nós.

Vejamos como se procede em alguns países.

Na França, por exemplo, os oficiais e agentes da Polícia Judiciária, estão colocados sob a fiscalização, do Procurador-Geral, que pode encarregá-los de colher informações que entendam úteis à boa administração da Justiça!

Já no Japão qualquer Promotor de Justiça pode,

quando entender necessário, investigar um delito pessoalmente, bem como, dar orientação geral aos policiais, tendo em vista a investigação.

Da mesma forma na Alemanha e na Áustria, como observou o ilustre membro do Ministério Público, Dr. JOÃO LOPES GUIMARÃES, então Presidente da Associação Paulista do Ministério Público em palestra que proferiu perante a Comissão Especial Relatora do CPP no legislativo federal, em 1976.

Por sua vez, no México, o Ministério Público dirige a Polícia Judiciária na investigação que esta faça para comprovar o corpo de delito, determinando a prática das diligências que a seu juízo julgue necessárias para cumprir devidamente com o seu mister.

Idêntico procedimento se observa na Colômbia e na Itália.

Na Espanha uma das atribuições do Ministério Público é a de dar ordens a funcionários e agentes da Polícia Judiciária, enquanto que em Portugal o Procurador-Geral orienta superiormente e fiscaliza o exercício das funções da Polícia Judiciária.

Por derradéiro, RENATO GUIMARÃES JÚNIOR, respeitadíssimo membro do Ministério Público de São Paulo, ⁱⁱⁱ JUSTITIA 98/124 em seu artigo "Magistratura e- Ministério Público nos Estados Unidos segundo seus líderes e um olhar no futuro", anotou que a **PLKA BARGANING** (barganha sobre a declaração) é considerada, para os Magistrados e Promotores de Justiça norte-americanos, medida essencial de flexibilidade e responsável por cerca de 97% das soluções criminais.

Caso contrário, finaliza o eminente membro do Ministério Público, a justiça penal dos Estados Unidos entraria em colapso irremediável.

Lá, por exemplo, a função policial única é obter prova admissível em juízo que é submetida ao Promotor de Justiça para a determinação legal da suficiência ou insuficiência da prova, de urna alegada violação criminal.

Retornando ao tema, após essas divagações, o Ministério Público pátrio não pode ficar adstrito às normas, previstas na vigente lei processual penal de requisitar a instauração do inquérito policial e Somente devolvê-lo à autoridade policial para a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, como previsto no art. 16 do citado diploma legal.

A intervenção do Ministério Público deve ser efetiva e a qualquer tempo, segundo suas convicções jurídicas.

Com esta objetiva intervenção, evitar-se-á o "sobe-desce" dos autos de inquérito policial.

Ao Ministério Público fixou-se a função institucional de promover a ação penal pública, de forma privativa.

Apenas ao Ministério Público é dado, o direito de confrontar e valorar os elementos colhidos na fase de inquisitório policial.

Assim, há que se alterar a lei processual penal através de projeto de lei oriundo do Poder Executivo Federal e/ou de emenda proposta por membro do Congresso Nacional, objetivando introduzir, e/ou alterar os arts. 4º 16 da mesma, facultando ao Ministério Público intervir, a qualquer tempo e a seu juízo, no inquérito policial, determinando as diligências que entender convenientes para o eficaz esclarecimento do fato criminoso que se apura.

Entendemos, dada a relevância da matéria, não se deva aguardar a discussão, aprovação e sanção do novo Código de Processo Penal.

Tais alterações poderão ser efetivadas por intermédio de lei ordinária.

IV - NORMAS PROCESSUAIS PARA O INQUÉRITO POLICIAL.

Em Mato Grosso do Sul foram adotadas duas providências, uma de ordem legislativa e outra administrativa, de parte da Corregedoria-Geral da Justiça e pelos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, representados pela Procuradoria-Geral de Justiça e respectivo Conselho Superior.

Por força do disposto no art. 98, 1, da Constituição Federal e através de lei ordinária estadual foram criados os Juizados Especiais Cível e Criminal, este para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, com a efetiva e eficaz participação, como não poderia deixar de ser, do Ministério Público.

Assim se alterou profundamente o procedimento penal para apurar-se a responsabilidade criminal daqueles que, segundo a lei estadual, praticam delitos de menor potencial ofensivo.

Os resultados extremamente positivos permitem concluir pelo acerto da nova norma.

No que tange ao inquérito policial, em nosso Estado essas peças informativas são remetidas diretamente ao Ministério Público.

As diligências e dilações de prazo para conclusão são determinadas e concedidas pelo Promotor de Justiça.

O IP, depois de registrado pelo Cartório Distribuidor competente, tramita pela Supervisão de Promotorias de Justiça Criminal, através de normas fixadas pela Corregedoria-Geral da

Justiça, no âmbito do Poder Judiciário, pela Procuradoria-Geral de Justiça e Conselho Superior, no que tange às atribuições **do** **parquet**.

Os autos de inquérito são encaminhados ao Poder Judiciário para duas providências, a saber: receber ou rejeitar a denúncia e decidir sobre seu arquivamento; isto sem falar-se nos pedidos de prisão temporária e de prisão preventiva, em face de re

- apresentação formulada pelo próprio Ministério Público ou pela autoridade policial.

Os números apontam de forma positiva as vantagens processuais auferidas com tais alterações.

Destaco duas: a qualidade do IP que melhorou acentuadamente e sua celeridade, evitando-se as indesejadas procrastinações.

Essa sistemática processual deve ser introduzida em nossa lei processual penal.

Assim, há que se alterar pela via legislativa as disposições contidas no art. 23, do vigente Código de Processo Penal.

A remessa dos autos de inquérito policial, devidamente relatados, deve ser feita diretamente ao Ministério Público que, ao recebê-los, agirá na forma preconizada pelo art. 24, **do** mesmo **codex**.

Permitimo-nos comentar, de passagem, as razões do veto apostado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República aos incisos X e XI, do art. 25, da Lei N. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público e que dispõe sobre normas para organização do **parquet** nos Estados).

Tais dispositivos, vetados, afrontariam o art. 10, do Código de Processo Penal, e suprimiriam o controle jurisdic-

cional do Poder Judiciário sobre o inquérito policial, afetando a garantia de preservação dos direitos individuais.

Se ao Ministério Público, **permissa** venha, compete promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, 1, da CF) ao parquet deve-se outorgar o dever funcional de controle na tramitação do inquérito policial.

De outro lado, se ao Ministério Público compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não há que se falar na possibilidade de não se preservar a garantia desses mesmos direitos L

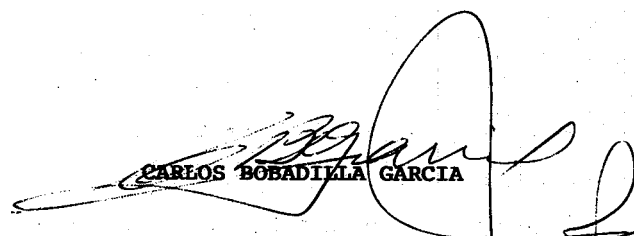
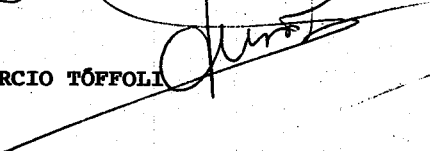
Assim, a alteração legislativa se impõe., outorgando-se ao Ministério Público tal controle sem que isso exclua a apreciação pelo Poder Judiciário de possíveis constrangimentos à liberdade individual.

V- CONCLUSÃO.

A par do relevante serviço que presta a instituição da Polícia Civil na prevenção e repressão ao crime, há que se outorgar ao Ministério Público meios legais para receber diretamente da autoridade competente o inquérito policial, determinando as diligências que entender convenientes, bem como, nele intervir a qualquer tempo e a seu juízo, alterando-se, assim, via legislação ordinária, e onde couber disposições contidas no Título II, do Livro.I, do Código de Processo Penal.

Submetemos esses posicionamentos ao sábio e soberano pronunciamento do colendo plenário do X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Campo Grande, julho de 1994


CARLOS BOBADILLA GARCIA

WILLIAM MÁRCIO TÓFFOLI

BIBLIOGRAFIA

- Constituição Federal;
- Código de Processo Penal;
- Legislação de Mato Grosso do Sul;
- Elementos de Direito Processual Penal, José Frederico Marques;
- Justitia, 81/228, Prof. Arthur Cogan;
- Justitia, 98/121, Dr. Renato Guimarães Júnior;
- -Lei N. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993;
- Revista dos Tribunais, 394/283;
- Dr. João Lopes Guimarães, palestra proferida na Comissão Revisora do CPP, na Câmara dos Deputados, 1976;
- Ministério Público, 1ª edição, 1981, Sugestões Literárias, Dr. Octacilio Paula Silva.

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Belm, PA, 29 a 31-8 e 1-9-1994

MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA ORDEM PROCESSUAL PENAL

INTERROGATÓRIO DO RÉU. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CARLOS BOBADILLA GARCIA, Procuradol de
Justiça

WILLIAN MÁRCIO TÓFFOLI, Promotor de Justi
ç.ã
Mato Grosso do Sul

21

I - Considerações gerais;

II - Posições doutrinarias;

III - intervencao do Ministrio Público. Tratamento processual
isonômico;

é

IV - Conclusão.

1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS.

O tema central deste X CONGRESSO NACIONAL DO MINIS
TÉRIO PÚBLICO, que será realizado nessa aprazível e querida cida
de de BELÉM, PARÁ, não poderia ser mais atual.

Durante quatro dias estaremos todos rias membros
do **parquet** pátrio reunidos para abordarmos "O MINISTÉRIO PÚBLICO:

Corrupção, Criminalidade e Violência.

De parabéns os organizadores deste auspicioso evento, mormente a Associação do Ministério Público do Estado do Pará e a Confederação Nacional do Ministério Público.

Temos plena convicção de que os trabalhos apresentados, que serão amplamente debatidos e aperfeiçoados graças ao elevado nível cultural de seus participantes, contribuirão para que as autoridades legislativas brasileiras disponham de elementos mais atuais para aprimorarem, em futuro próximo, os vigentes Código Penal e Código de Processo Penal.

Nesse passo, o Ministério Público que tem a peculiar função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, como estabelecido na Constituição Federal (art. 129, 1) , desempenha papel de primordial importância na **persecutio criminis** , enfim, na busca da verdade.

Com esse comportamento, o MINISTÉRIO PÚBLICO de MANOEL FERRAZ DE CAMPOS SALLES, que lhe deu os primeiros contornos de verdadeira instituição, poderá promover a justiça e distribuir de forma permanente a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.

Com essas despretensiosas anotações esperamos que o legislador federal se sensibilize e gestione, no menor tempo possível, em alterar o estatuto penal repressivo e a lei processual penal.

Estamos propondo modificações em normas do Código

de Processo Penal a fim de que o Ministério Público possa intervir diretamente no interrogatório do ru em juízo e contribuir eficazmente na busca da verdade dos fatos que se pretende apurar no procedimento criminal instaurado.

Se acolhidas tais idias, que serão naturalmente aprimoradas, estaremos profundamente gratificados.

II - POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

A mataria enfocada, intervenção do Ministério Público no interrogatório do ru em juízo, tem sido objeto de exame de respeitadas opiniões de estudiosos do nosso direito processual Penal.

Todos são unânimes em admitir que o interrogatório do ru um meio de prova, posto que inserto no Título VII, Livro 1, do Código de Processo Penal que se ocupa, em seus arts. 155 e seguintes, da prova.

Sobre o valor do interrogatório do ru, VICENTE DE AZEVEDO, *apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal, 2a volume, n. 479), anotava que "o interrogatório à hoje peça mais importante do processo penal".

Por sua vez, o mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, autor do projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal, de 1970, observava que "as partes nele não intervêm, embora devam estar presentes ao ato (nao o Ministério Público como ainda o defensor do ru), dispondo sobre tal vedação em seu art. 312, parágrafo único

co.

No entanto, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, em sua obra PROCESSO PENAL, 5³ edição, vol. 3, D. 237, já se manifestava de forma diversa, prelecionando que "se o interrogatório se inscreve como -meio de prova e de defesa, principalmente como meio de orova, mesmo porque o capítulo pertinente a tal ato foi colocado no título concernente às provas, por que se impedir às partes formularem perguntas?".

E conclui de forma incisiva que "entendemos que se deve permitir às partes a ingerência em atos que tais".

Por outro lado, continuando nestas referências doutrinárias, HÉLIO TORNAGHI, in Instituições de Direito Processual Penal, vol. 4, P. 382, ensina que "**de lee ferenda**, pode augurar-se que tanto o defensor quanto o acusador interfiram no interrogatório fazendo perguntas por intermdio do juiz".

MAGALHES NORONHA entende que tal intervenção deve ocorrer por parte do Ministério Público ou do defensor do ru apenas para "evitar abuso por parte da autoridade judiciária " (Curso de Processó Penal, p. 141).

De outra parte, o respeitado magistrado paulista ADAUTO ALONSO S. SUANNES ao fazer considerações sobre o direito da amola defesa e do respeito ao contraditório em artigo publicado na Revista dos Tribunais 572, pg. 289, em julho de 1983, concluía que "a efetivação do princípio do contraditório exige que a defenso - ria se assegure intervir no ato do interrogatório e dado o tratamento paritrio das partes, tal direito à de assegurar-se também

à acusação".

PAULO AFONSO LEME MACHADO, renomado Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, em seu artigo publicado na RT 439/309 enfatiza a intervenção do acusador no interrogatório do réu porque "a não participação ativa do Ministério Público no interrogatório vem acarretando seria debilitação na pesquisa da verdade. Pontos fundamentais, para os interesses do corpo social, ficam marginalizados, por estar manietado o Ministério Público nesse momento processual".

O vigente Código de Processo Penal, em vigor desde 1 de janeiro de 1942, fruto da política direitista do Estado Novo "traz inúmeros dispositivos onde se acha presente o autoritarismo processual", na observação de JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., vol. 4, n. 940, sobre o qual já se ensaiaram algumas reformas, deverá sofrer alterações de ordem legislativa que permitam às partes litigantes no processo penal, uma efetiva participação na busca do esclarecimento da verdade.

III - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO PROCESSUAL ISONÔMICO..

O art. 187, do Código de Processo Penal, apesar de não conter vedação ao Ministério Público de intervir no interrogatório do réu, na verdade, afronta o princípio do contraditório consagrado pela Constituição Federal.

É pacífico, porém, na doutrina e na jurisprudência, que a vedação contida naquele dispositivo de nossa lei processual penal se estende ao Ministério Público, posto que não se pode transferir as partes litigantes de forma desigual.

A intervenção do Ministério Público, bem como da defesa, no interrogatório de quem se vê processar criminalmente não deve ser motivo apenas para evitar-se "abusos da autoridade judicial", como lembrava MAGALHES NORONHA, mas sim para permitir a efetiva participação na colheita da prova, da qual aquele ato é um de seus meios.

A presença do Ministério Público no ato do interrogatório não deve e não pode ser muda, impassível e meramente complacente. Há que ser participativa como 'ocorre na produção de outro meio de prova', qual a testemunhal.

A despeito de seus 52 anos de vigência o art. 187, do código de Processo Penal, permanece "intocável".

Enquanto que no direito processual norte-americano, mexicano e mesmo o português, enorme o valor do interrogatório do réu, com ampla intervenção das partes, no Direito Processual Penal pátrio mantêm-se os resquícios do então Estado Novo.

Com a eficaz participação ministerial, e da própria defesa, desarmar os possíveis enganos ao ouvir a narrativa do acusado, evitando-se traslados para o respectivo termo que não condizem com a realidade fática.

Da mesma forma, evitar-se-á omissão de pormenores impor-

tantes para as partes e não valorizados pelo juiz que, com a ética de julgador, menospreza na grande maioria das vezes minúcias que poderio admitir a comprovação minudente do fato criminoso imputado ao ru ou de sua inocência.

Dever-se-ia no processo penal reproduzir-se a norma ora vista no processo cível, qual seja, da colheita do depoimento das partes em litígio com ampla intervenção de seus representantes.

No se pode negar que os depoimentos dos réus, tanto no cível como no crime, possuem acentuada força probante, existindo entre ambos uma forte identidade.

Sabido que no processo cível vigora o sistema de tomada de depoimento pessoal das partes (autor e ru) - e seu interrogatório se realizara na forma prescrita para a inquirição dos testemunhas (art. 344, CPC), o que equivale dizer intervenção das partes e/ou de seus procuradores.

Como a unificação do processo civil e criminal ainda objeto de estudos apenas pelos doutrinadores, aquela sistemática-deveria ser introduzida no procedimento criminal o- quanto antes via legislação ordinária.

No tem propósito no estágio atual da ciência penal tornar o ru imune às indagações do Ministério Público,, e, por igualdade, às de defesa.

Como -diria LOPES MORENO (Proc.ednietto Civil y Criminal-, vol. 2, p. 544) de que "todo homem esta obrigado a dizer a verdade, mas não em seu próprio prejuízo. Ninguém tem obrigação de condenar-se. É este um eterno princípio de moral e justiça".

Como no processo penal a pesquisa da verdade real à um parâmetro bem nítido, não se pode limitar aquela busca às indagações somente do julgador, alijando-se dessa contribuição o Ministério Público e, claro, a defesa.

Ora, se o contraditório, alçado à garantia constitucional do cidadão que se v processar, está representado pelo acesso das partes litigantes à produção da prova, e sendo o interrogatório um dos meios de prova, chega a constituir-se heresia, a vedação ao Ministério Público de intervir na oitiva do acusado, urna das partes no processo-crime.

Com a presença do Ministério Público inquirindo, via julgador, o acusado, com a vigilância idntica da defesa, fica afastada a possibilidade de interrogatórios falhos, displicentes desatentos a importância daquele ato processual..

Valida a lição de ENRICO ALTAVILLA (Psicologia Giudiziarria, D. 230) de que " o juízo penal deve atender como todas as suas atividades, a apuração da verdade, para ferir o responsável Por um ato criminoso e proclamar a inocncia de quem foi estranho a ele".

Nessa esteira de raciocínio, observa, com muita propriedade, JORGE LUIZ DE ALMEIDA, Procurador de Justiça de São Paulo **in JUSTITIA** , 74/58, que "se não se pode negar ao interrogatório idoneidade instrutiva, forçoso reconhecer ao Ministro Público o direito de exercer controle sobre este meio de convicção*. A sua exclusão deste ato processual impede a formação do contraditório".

E encerra esse eminente membro do Ministério Público paulista, mencionando lição de SCARANO (*1 rapporti di Dirltto, Penale*, D. 203), que 'a destinação do interrogatório se alinha dentro da preocupação superior do descobrimento da verdade. O Ministério Público exerce no processo uma função não derivada de um possível direito de ação, mas sim da fonte de onde o próprio órgão jurisdicional recebe a sua autoridade, constituindo, um e outro, o poder público a que está confiado o exercício da justiça penal"

Daí por que há que se introduzir na lei processual penal alteração ao art. 187 para assegurar ao Ministério Público e, ôlaro, à defesa, o direito de formular perguntas ao acusado.

É o que se propõe através dessas modestas anotações.

IV - CONCLUSÃO

Sendo o interrogatório do réu considerado meio de prova, a vedação de intervenção do Ministério Público neste ato processual afronta o princípio constitucional do contraditório.

A alteração do Código de Processo Penal não deve aguardar sua ampla reforma, devendo ser realizada pela legislação ordinária .

O art. 187, do Código de Processo Penal, deve prever expressamente a intervenção do Ministério Público e, respeitado o tratamento igualitário das partes, a defesa, que poderão fazer perguntas através do juiz.

Submetemos esses posicionamentos ao sábio e soberano
pronunciamento do colendo plenário do X CONGRESSO NACIONAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Campo Grande, julho de 1994

WILLIAN MÁRCIO TÓFEOLI

BIBLIOGRAFIA

- Constituição Federal;
- Código d.e Processo Penal;
- Elementos de Direito Processual Penal, Jose Fredrico Marques;
- Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho Filho;
- Direito Processual Penal - Instituições, Hlio Tornaghi;
- Curso de Processo Penal, Magalhães Noronha;
- Artigo publicado na RT, Adauto Alonso S. Suannes;
- Artigo publicado na RT, Paulo Afonso Leme Machado;
- * -Procedimiento Civil y Criminal, Looes Moreno;
- Psicologia Giudiziaria, Enrio Altavilla;
- Artigo publicado na Justitia, Jorge Luiz de Almeida;
- I raonorti di Diritto Penale, Scarano.

*

Bamia Saad Gallotti Bonavides
Gilberto Giacoia
Leonir Batisti
Maria Tereza Uille Somes
Paulo José Sallotti Bonavides
Promotores de Justiça do
Estado do Paraná

Este trabalho resultou de algumas reflexões a respeito do atual funcionamento da justiça, alternativas para **algumas modificações** e o **papel** do Ministério Público neste novo processo penal.

As estruturas tradicionais de aplicação do direito no resistiram à avalanche da massificação da **criminalidade**;

Face a uma sociedade dominada pelo anonimato e pelo isolamento, e carecida da coesão e eficácia dos controles primários, surge em vez destes um sistema de controle cada vez mais impessoal. Os outros significantes com quem o delinquente interage são, cada vez menos, pessoas, e, cada vez mais, organizações sem rosto, impessoais e anônimas, ou quando muito, indivíduos investidos em papéis e integrados em carreiras ocupacionais.

Patente é, desde logo, a "diferença fundamental de papel, e sobretudo de atitude entre quem sofre e quem faz a justiça". O primeiro - nomeadamente o arguido, mas não só - passa por uma experiência que pode ser uma das mais angustiantes de sua vida; o segundo - o agente da instância formal de controle - cumpre apenas mais uma tarefa de rotina profissional...

Complementa esta desigualdade a que emerge das próprias estruturas jurídico-normativas. "A polícia, o ministério público e tribunal - escreve Giehring - intervêm no processo de reconstrução dos factos e de concretização do direito numa evidente posição de poder. Eles dispõem do poder de definição como oportunidade **pré-estruturada** de definir uma situação em termos vinculativos para o outro". Tanto as estruturas de facto como as próprias

estruturas jurídicas determinam assim que o delinquente surja, na interacção com as instâncias formais de controlo, dotado de uma reduzida competência de acção....

-., Os "homens da organização" estão submetidos à pressão concorrente de sistemas de normas vigentes e, na prática, conflitantes. Daqui decorre a tendência para as necessidades da organização se tornarem em rJJ31 em si mesmas - fenómeno este normalmente designado por "deslocamento de objectivos" (displacement of goals). É esta positive deviance, resultante da sobreposição dos objectivos **intra-organizacionais** aos valores formais da organização, que, nWo raro, dita a sorte dos "clientes".

Neste sentido se pode falar com justeza, quando se tem em vista a organização da Justiça penal, de um conflito entre uma lógica de produção e uma lógica de justiça." ("in" Criminologia - O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Ed. Coimbra Editora, Limitada - 1984).

- Convivemos hoje com esta triste realidade; uma justiça sobrecarregada, impessoal, burocrática, profissionalizada (cf. Watanabe, "Filosofia e características do Juizado Especial de Pequenas Causas) e carente de meios de expandir seus quadros para atender a demanda existente. Isto avulta no campo da justiça criminal, pois a crise do direito afeta principalmente esta área, traduzindo-se em descrédito das instâncias formais de sua aplicação, diante de um propalado "aumento da criminalidade", acentuado a cada dia e sempre mais, pelos meios de comunicação de massa.

Se, por um lado, a contribuição dos penalistas tem sido no sentido da diversificação das respostas penais, descriminalização de condutas, com propostas até de abolição do direito penal, por outro, os resultados, na prática, quase não têm provocado a modificação do modelo tradicional, no que toca aos meios de perseguição e punição dos delitos.

• A identificação dos problemas, hoje vivenciados pela justiça penal, conduz a um número de processos criminais, onde, mesmo que atingida a magnitude penal, não se verificam resultados graves para o meio social e para os indivíduos. Mas tais processos, que não deveriam ter grande complexidade, têm procedimento moroso, como os relativos a crimes de maior gravidade, e são numerosos, constituindo-se em sério problema de atravancamento de toda a máquina judiciária.

Apenas para citar como exemplo, foram verificados os feitos criminais autuados na Comarca de Londrina (segunda maior cidade do Estado do Paraná, com aproximadamente 500.000 habitantes), em Varas Criminais (cinco), nos anos de 1992 e 1993, pelo exame dos registros judiciais, sendo tal estatística, apesar de não ter pretensão científica, elaborada com muito cuidado, obtendo-se o seguinte resultado;

Foram autuadas nas cinco varas criminais durante os anos de 1992 e 1993, **2008 acções penais, assim distribuídas;**

18 Vara Criminal (sã com competência para crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados) - 69 açVes penais no ano de 1992 e 37 açVes penais no ano de 1993 (todas punidos com pena de recluso);

As demais varas criminais têm igual competência - para os demais delitos, excluídos os dolosos contra a vida;

28 Vara Criminal - no ano de 1992, total de 250 açVes, sendo 98 em casos de pena de detenção, 124 em casos de pena de reclusão e 28 em casos de contravenção penal; no ano de 1993, total de 188 açes, sendo 80 em casos de pena de detenção, 86 em casos de pena de recluso e 22 em casos de contravenção penal;

38 Vara Criminal - no ano de 1992, total de 214 açes, sendo 11em casos de detenção com pena máxima acima de 2 anos, 80 em casos de detenção com menos de 2 anos de pena máxima, 96 de crimes de recluso e 27 de contravenção penal; no ano de 1993, total de 242 açVes, sendo 8 em casos de detenção com pena máxima acima de 2 anos, 23 em casos de detenção com menos de dois anos de pena máxima, 122 casos de pena de recluso e 19 de contravenção penal;

ÀE

48 Vara Criminal - no ano de 1992, total de 243 açVes, sendo 2 em casos de detenção com pena máxima acima de 2 anos, 87 em casos de detenção com menos de 2 anos de pena máxima, 137 de crimes de recluso e 17 de contravenção penal; no ano de 1993, total de açVes, sendo 5 em casos de detenção com pena máxima acima de dois anos, 87 em casos de detenção com menos de dois anos de pena máxima, 112 em casos de recluso e 26 em casos de contravenção penal;

58 Vara Criminal - no ano de 1992, total de 244 açVes, sendo 114 em casos de pena de detenção, 112 em casos de pena de recluso e 18 em casos de contravenção penal; no ano de 1993, total de 291 açVes, sendo 20 em casos de detenção com pena máxima acima de 2 anos, 96 em casos de detenção com menos de 2 anos de pena máxima, 127 em casos de crime de recluso e 48 em casos de contravenção penal.

Foi observado ainda no levantamento efetuado que as açVes relativas a crime de detenção com mais de 2 anos de pena máxima, todas, diziam respeito a homicídio culposo, neste período pesquisado.

Os números preocupam, na medida em que temos conhecimento dos resultados: processos lentos, atrasados mesmo, varas abarrotadas; polícia judiciária despreparada, estrutural e funcionalmente, para atender aos trâmites normais do procedimento formal, adotado desde a fase investigatória; Ministério Público acometido de um volume de serviço que 'lhe toma tempo, o qual é extremamente necessário, para desenvolvimento de outras atividades que melhor contribuiriam para o meio social.

Tudo isto faz com que, tanto as instâncias informais acabem por fazer um controle dos casos que devem chegar à justiça penal, sem qualquer critério, como as próprias instâncias formais acabem por fazê-lo, criando tratamento desigual entre os indivíduos, e mais ainda, que todos descurem, sabidamente, das questões mais sérias que deveriam, com muito maior cuidado, passar pelo crivo da justiça penal, mas que, decididamente, de uma forma geral, têm, igual tratamento que as causas mais simples relativas a delitos menos graves.

A justiça no esta assim, possibilitando a comunicação com o arguido ou réu, no esto os procedimentos assegurando seus direitos e garantias fundamentais, na prática, e, está sendo afetada

Me

a prevenção geral, que exsurge da efetividade da aplicação das consequências penais, ou no dizer de Candido Rangel Dinamarca: da "busca da alcançada efetividade do processo" (esta e outras questões relacionadas com o papel da justiça na atualidade, na obra citada abaixo, n.3).

Preleciona J. Canuto Mendes de Almeida (obra citada no final, n.6), que:

"_Entendem-se os homens, naturalmente, na imediação A proximidade é condição da correspondência de idéias e imagens...

- „Autor e réu melhor se entendem na imediação do que à distância; e melhor entende o juiz presente do que o juiz ausente.

O juiz também melhor os compreende vendo-os litigar, do que tendo notícias do conflito.

A ação recíproca, da parte à parte ou das partes ao juiz, se opera com a simplicidade das discussões e exposições verbais, rápidas, vivas, em que a contrariedade dos desejos e a oposição imediata das provas dão aspecto global e concentrado à questão, em todos os seus elementos, possibilitando prontos revêdes e soluções.

As explicações reclamadas pelos desejos, pedido e ordens mal expressos ou mal entendidos requerem-se e dão-se em curtos instantes, quando os interlocutores se defrontam. Complicam-se e exigem novos dispêndios de tempo e de trabalho, se a distância que os separa depende, como sempre acontece, de transportes, ou documentação.

A distância, em suma, dificulta a luta judiciária; e a imediação, ao contrário, beneficia a justiça. Autor, réu e juiz, concentrando as próprias atividades no tempo e no lugar da discussão e do julgamento da causa, melhor servem à economia processual, e, com menor esforço e maior garantia, realizam os próprios objetivos".

Atento, pois, a uma realidade gritante, o legislador constituinte **dispos** a respeito da instituição de Juizados Especiais para julgar causas criminais relativas a infrações de menor potencial ofensivo.

O legislador constituinte ouviu os reclamos da justiça, e com a relação à justiça, acreditando que o legislador ordinária também o fez, pará aguardar dele uma regulamentação, por lei federal (que ainda não veio), a fim de se possibilitar a implantação dos juizados especiais.

Dispõe o art. 98, da Constituição Federal, que:

"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: 1 - juizados

especiais, providos por juizes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;...".

Estes juizados especiais servem, portanto, instituídos por lei estadual.

Entretanto, a análise do texto constitucional conduz a que os Estados não podem legislar sobre matéria penal, ou processual penal (art. 22, D. O art. 24, XI, só abrange "procedimentos", e ainda, de forma suplementar.

A instituição dos juizados especiais criminais depende da definição "por lei", e lei ordinária federal, dos pontos essenciais que possibilitem sua operacionalização, estabelecendo o que são "infrações de pequeno potencial ofensivo", "no que consiste a transação" e quando pode se dar, sendo que estas e outras matérias (ausência de recurso para órgão superior do judiciário, reincidência, aceitação de pena sem contraditório e ampla defesa, etc.), que deverão necessariamente ser incluídas, para possibilitar a simplificação dos atos e o julgamento mais célere dos casos, importam em disposições de direito material e processual penais.

Temos notícia do processo legislativo, já adiantado, que possibilitará reformas no Código de Processo Penal. Um desses Projetos, prevê alteração de alguns artigos, para implantação do processo sumário, com a conciliação, a transação, etc., sem que no entanto, se tenha qualquer notícia ou indicativo, de quando poderão estar concluídos os trabalhos para que entre definitivamente em vigor o Código de Processo Penal, com suas alterações.

O Judiciário, no entanto, sendo também um órgão que age politicamente, sente premente necessidade de responder aos reclamos da população, até para tentar refazer sua desgastada imagem, numa época em que as instituições públicas passam por intensa crítica no meio social.

Há, talvez em razão disso, iniciativas pioneiras, como a do Estado do Mato Grosso do Sul, onde existe lei estadual (nº 1071/90) aprovada, estando implantados na prática os juizados especiais para causas criminais.

Tramitam ainda projetos, com a mesma finalidade, nas casas legislativas dos Estados do Paraná e São Paulo, pelo que chegou ao nosso conhecimento.

Há traços de concordâncias e de diferenças entre as legislações que foram analisadas como ora se expõe:

A Lei Estadual nº 1.071/90, do Estado do Mato Grosso do Sul, dispõe sobre a "Criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais", com as seguintes características:

1. Juizados especiais compostos, em cada unidade de um juiz de direito e juizes togados;

2. Infrações de menor potencial ofensivo, assim considerados os crimes dolosos punidos com pena de reclusão até um ano, ou de detenção até dois anos, os crimes culposos e as contravenções;

*

3. dispensa do inquérito, lavrando a autoridade policial boletim de ocorrência e providenciando exames periciais, para em seguida encaminhar o caso ao juizado especial. (Há então o procedimento distinguido para o chamado "juizado de plantão", que ao que se tem notícia não funciona na prática, e aqueles que não são os de plantão, que aprovaram na prática);

4. No juizado, os elementos vão para o Ministério Público, que oferece denúncia oral ou requer arquivamento. No caso de denúncia, o procedimento é também simplificado, com uma só audiência de instrução e julgamento, onde é interrogado o réu, apresentada sua defesa, inquiridas testemunhas de acusação e defesa, debates e sentença. Há dispositivo que prevê desistência da produção de provas pelo acusado com a concordância do Ministério Público;

5. Está prevista a transação, que será proposta às partes na instalação da audiência e antes de proferida a sentença, sendo as condições estabelecidas pelo juiz, sua homologação pelo juiz importa em suspensão da punibilidade. Dispõe ainda o texto que no caso de descumprimento de condição da transação implica em: aumento da pena, de metade, e não substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, mesmo sendo cabível;

6. Réu reincidente que aceitar a "culpabilidade" e "punição", será desde logo condenado a pena restritiva de direito ou multa, assim como as previstas na lei.

Igual análise foi feita do projeto de lei estadual para implantação dos juzizados especiais criminais do Paraná, cuja proposta foi encaminhada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado à Assembléia Legislativa, em 17 de dezembro de 1992. Dispõe o projeto em trâmite:

1. Sobre a criação dos Juzizados Criminais de Pequenas Causas (assim denominados nele), para a conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo;

2. São consideradas de sua competência os crimes a que à lei comina pena máxima não superior a um ano, o crime de lesão corporal culposa e os crimes definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, excetuados os casos em que a lei preveja procedimentos especiais;

3. Fase preliminar: em que a autoridade policial só com relatório circunstanciado encaminha ao juizado o autor do fato e a vítima, providenciando exames periciais. Se possível há imediata realização de audiência ou designação de data próxima. Nesta audiência o Ministério Público oferecerá acusação oral e esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e também da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. A condução, como prevê o Projeto será feita por conciliador sob orientação do membro do "Parquet". Tais conciliadores são recrutados preferencialmente entre bacharéis em direito. Obtida a composição, que homologada tem força de título executivo, há prosseguimento com proposta de aplicação imediata de pena ou denúncia; anote-se que a aceitação da pena (restritiva de direitos ou multa), não importará em reincidência, de acordo com o projeto, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de -cinco anos;

4. O oferecimento da denúncia inicia o "Procedimento Sumaríssimo" (há também previsão do oferecimento da queixa, no caso de ação privada). Segue-se procedimento simplificado, com designação

de uma única audiência de instrução e julgamento, onde haverá produção de todas as provas, prevista limitação ou exclusão com relação às consideradas pelo juiz: "excessivas", "impertinentes" ou "protelatórias";

5. Está prevista ainda suspensão do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, que poderá ser dada por 2 a 4 anos, por proposta do Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, desde que presentes as condições estabelecidas pelo texto. Sendo aceita, a denúncia é recebida pelo juiz e o processo suspenso, submetido o acusado a período de prova. Descumpridas condições pode ser revogada, mas cumpridas as impostas, isto resulta na extinção da punibilidade, como disposto;

6. Os recursos são feitos para turmas compostas de juízes de primeiro grau.

Estas legislações, com aspectos de discutível constitucionalidade, contam com vazes em seu favor, até por parte de juristas, tanto porque a experiência prática tem mostrado resultados positivos, como porque há uma urgente necessidade de resultados, venham de onde advierem, desde que contribuam para a pacificação social.

Os textos estaduais, do Mato Grosso do Sul e do Estado do Paraná, devem ainda ser cotejados com o texto do Projeto que altera artigos do Código de Processo Penal, para introdução do processo sumário.

Na própria "Exposição de Motivos", conforme publicação obtida deste Projeto e de outros que alteram do CPP, feita no Diário Oficial da União, do dia 16 de março de 1994, constam em destaque as linhas fundamentais, assim resumidas:

"a- infrações de menor potencial ofensivo: são assim consideradas as contravenções penais e os crimes punidos com, no máximo, 2 (dois) anos de detenção;

b- fase preliminar: destina-se à tentativa de conciliação, que resulta na transação no campo civil e na aplicação de condenação nas custas. Se no houver danos a serem reparados, ou o autuado não tiver meios econômicos para ressarcir, a questão se resolve pela suspensão condicional do processo, prevista em outro Anteprojeto setorial;

c- procedimento sumário: no ocorrendo a transação, o Ministério Público formula oralmente a denúncia, ficando clara a dispensa do inquérito policial. Normas correlatas tratam do oferecimento da queixa. Oferecida a denúncia ou queixa, o interrogatório, a instrução e o julgamento serão feitos em audiência única;

d- registros criminais: havendo aceitação da proposta pelo autuado, no constar de antecedentes criminais, salvo para evitar uma segunda proposta pelo Ministério Público no período de cinco anos;

e- para os demais crimes, apenados com pena de detenção superior a dois anos, descarta-se a tentativa de conciliação, mas se adota o procedimento sumário, com modificações acarretadas pela necessidade de inquérito e pela denúncia escrita".

Observe-se, portanto que, cada uma das legislações aqui analisadas (Lei Estadual do MS, Projeto de Lei Estadual do PR e

1

o Projeto de Lei Federal para alteração de artigos do CPP), dispõem de forma diversa, ao definir o que seja "infração de menor potencial ofensivo". A Lei Estadual do MS é mais abrangente do que o CPPa do Paraná menos, abrangendo ainda todos os delitos previstos no Código de Consumidor.

Em todas, o caso vai da polícia para o juiz, e, desta, prevista a fase de conciliação, sendo que o Projeto de Lei Federal atribui sua condução ao juiz, e os Estaduais chegam a falar em conciliadores leigos, sendo que, no Paraná, sob a orientação do Ministério Público; também os textos estaduais analisados sobre proposta de aplicação imediata de pena (sem contraditório), qual, sendo aceita e também homologada pelo juiz, não gera reincidência.

A transação, nas legislações estaduais, ocorre ou no excluir o trâmite processual para imposição da sanção penal, sendo prevista até a extinção da punibilidade, no caso de serem cumpridas as condições da suspensão do processo.

Disto se conclui que são realmente louváveis as iniciativas de implantação dos juizados especiais criminais por lei estadual, no mesmo instante em que o cotejo da legislação com outras similares, indica que pode haver tratamento desigual diante de condições semelhantes, com ofensa assim, a princípio constitucional que assegura a isonomia entre os indivíduos, desigualdade esta que poderá acentuar seus matizes de Estado para Estado.

Existe, portanto, uma preocupação no sentido de não se estar fazendo a implantação de uma maneira unificada e uniformizada, em todo o país, porque, além das consequências nefastas e inaceitáveis para os direitos acusados, o próprio sistema pode ser colocado em cheque, como um todo, devido a interação existente entre todos os subsistemas da justiça penal (esta questão e outras a ela relacionadas, bem como a reforma do processo penal, estão analisadas numa conferência proferida pelo Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, intitulada "Para uma Reforma do Processo Penal Português, no ano de 1983, texto citado no final, fotocopiado dos arquivos da Universidade de Coimbra, n.7).

Desta forma, não há dúvida quanto a necessidade da definição de alguns pontos pela lei federal. Mas isto não precisa significar uma postura dos Ministérios Públicos Estaduais, só e sempre, contrária à iniciativa de implantação por leis estaduais, durante este momento de vacância da legislação federal.

Conhecida é a função proeminente do Ministério Público na aplicação da Lei Penal, competindo-lhe, com exclusividade, a promoção da ação penal pública, no obstante certa inclinação doutrinária, no sentido da invasão de atribuição judiciária por ele, quando da insistência do pedido de arquivamento do inquérito policial.

O princípio da obrigatoriedade, que norteia a ação pública, no campo penal, em que pese o posicionamento autorizado da doutrina, no sentido de não ser absoluto no sistema pátrio, e de fato não o é, marca acentuado descompasso entre o Direito e a realidade social, porquanto formaliza em excesso a sua aplicação genericamente, frustrando a efetivação da resposta penal, no mais das vezes, em infrações às quais são cominadas sanções mais brandas, pela intercorrência de institutos que atingem o "jus puniendi", notadamente o da prescrição.

Por outro lado, descuida-se de um outro, desiderato jurídico que é o da satisfação do dano causado pelo crime, acrescendo, pois, ao mal da impunidade o inconveniente da **irreparabilidade**, civil, posto nesta sede, haver mais sérias **implicações relacionadas com o acesso à justiça**, já que são vítimas, mais freqüentemente, pessoas **hipossuficientes**..

O brado do **insuperável**, na matéria, Mauro Capelletti:

"O movimento por acesso .à justiça tem representado, nos últimos decênios uma importante, talvez a mais importante, expresso de uma radical transformação do peisamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países. Quer em seus aspectos culturais, como movimento de pensamento e de procura, quer seja em seus principais aspectos práticos, como movimento de reforma normativa, institucional e processual: nesse importante tópico, segundo meu pensamento, está a principal resposta à crise do direito e da justiça em nossa época" (O Acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época - Revista de Processo ng 61-144).

Tal constatação tem levado os processualistas modernos a uma visto mais larga do conceito de **procedimento**, procurando **simplificar** os seus institutos, **delimitando-os**, até mesmo com os do processo, ao âmbito exclusivo do Direito **Processual**.

No campo penal, onde a proposta atual, diante da já referida preocupante crise do direito, é a de um Direito Criminal mínimo que se mostre eficaz, a fim de no frustrar expectativas **também mínimas, inibindo instâncias** de justiças alternativas nascidas da força e da desordem, tem que se caminhar obviamente para **a busca de soluções práticas, sem postergar as garantias fundamentais** - do devido processo legal, coincidentes com aquelas tendências **simplificadoras**.

Neste aspecto, o legislador **constitucional**, empregando no sentido próprio e correto a palavra procedimento no art. 98, inciso 1, seguiu tal orientação, ressaltando o princípio da legalidade, para consagrar a possibilidade da experiência já bem **sucedida em outros países da discricionariedade** ou oportunidade da ação penal pública, o fazendo em ordem decrescente em relação ao potencial ofensivo da infração penal.

No pode, nos lindes de sua parvidade, o presente trabalho, deixar de considerar, como tema **inquestionável**, a **necessidade de norma federal de tomando complementar ao aludido Texto Constitucional**, por se tratar de competência exclusiva do Poder **Legislativo da União**, o **estabelecimento** de normas legais de Direito Penal, e Direito Processual Penal, como aquelas que definam as infrações penais de menor danosidade, a transação, a substituição de uma pena por outra, o arquivamento de peças informativas sem denúncia, reservando-se aos Estados a competência concorrente para legislar sobre **procedimento que no contrarie aquelas disposições** sobre a criação dos respectivos juizados, como, aliás, já denunciavam há tempo os exponenciais Colegás de "Parquet Nelson Nery Júnior e Herminio Alberto Marques Porto (Juizados Especiais para Julgamento

das Infrações de Menor Potencial Ofensivo - "in" Revista de Processo - n2 55 - pgs. 105 e seguintes).

A ousada proposta, porém, faz uma abordagem empírica, resultante da inércia do Legislador federal, em regulamentar matéria to urgente, no presente estágio por que passa a sociedade brasileira.

Com a sensibilidade vocacionada para interferir na realidade social, não pode se posicionar o Ministério Público contrariamente as ações e iniciativas que objetivem implementar uma Justiça Penal, conjugado com os princípios basilares do Direito Constitucional quanto á pessoa humana.

De essencial atualidade o proficiente alerta dos professores José Carlos Barbosa Moreira e Ada Peilegrini Grinover, quando da apresentação do Projeto de Código Processual Penal - Tipo para Ibero-América, em sua Exposição de Motivos:

"Poucas vezes tem sido relacionado o funcionamento dos sistemas judiciais com as situaç?Jes de crise ou de alta conflituosidade que açoitam as nossas sociedades: existe uma visão limitadora, superficial ou interessada, que confere aos juizes uma funço tangencial dentro da sociedade, tanto mais majestosa quanto mais afastada da realidade. Esta concepço oculta, pelo menos, dois fen6menos patológicos: por um lado, não permite advertir que todo sistema judicial ineficaz multiplica os conflitos sociais, e, pórtanto, aprofunda as situaç?Jes críticas; pelo outro, encobre o fato de que quando os sistemas- judiciais no garantem a efetiva aplicação do direito, os programas normativos convertem-se em ficço irritante ou jogos de palavras-, renascendo por trás delas a violência social que ameaça nossos povos".

Está, assim, o Ministério Público diretamente envolvido com a questo afeta á justiça penal: seus tropeços também podem fazê-lo escorregar, suas vicissitudes podem redundar-lhe amarguras. Tem e deve ter parte nesta tarefa de buscar soluções e também de forma rápida porque as necessidades são para ontem, desde há muito.

Então porque no se envolver neste amplo debate e no procurar o aperfeiçoamento, quem sabe, das iniciativas estaduais, até para, em virtude de todo este processo, acabar por provocar o legislador ordinário, a dispor de forma rápida o que é de sua competência constitucional dispor, to só por lhe tocar os brios ou até em razão de uma declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

Luiz Vicente **Cernicchiaro**, na obra citada no final, n.2, adverte que:

"Inicialmente, parece indiscutível, a matéria depende de explicitação. É evidente, por lei em sentido formal, dada a natureza jurídica e porque envolve ainda processo e procedimento".

"...O art. 98 da Constituição buscou distinguir ilícitos, remetendo para processos de procedimento oral e sumaríssimo as infrações penais cujo impacto social seja menor que outras do mesmo gênero. Note-se, autoriza a lei instituir a transação".

"O intérprete no deve restar vinculado à análise meramente literal. Urge ponderar a finalidade da norma que almeja abreviar a solução judiciária".

"Instituir a transação, em Direito Penal, denota influência do sistema americano que, para infrações consideradas menos graves, enseja a acusação e a defesa, nos limites da lei, acertar a solução, dispensando, então, a difícil e quase sempre prolongada instrução criminal".

.A Constituição estabelece a irrenunciabilidade do contraditório e da defesa plena (v. Princípio da Presunção de Inocência"). Nessa área, o réu, na falta da regulamentação do art. 98, 1, não pode transigir".

Devem ser anotadas ainda as lições extraídas da obra de Ida Pellegri Grinover (citada no final, n.S), ao tratar da "persecução penal e direito do acusado":

"Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e cultura e consequentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.

Neste enfoque, os processualistas sensíveis aos problemas do homem conjugam esforços, sugerindo medidas de proteção para o indivíduo, no novo processo penal; propõem alguns a parcial restauração de um sistema de provas legais, outros a reavaliação do conteúdo garantidor do método probatório, outros ainda o redimensionamento da influência das atividades de polícia, e instrutórias em geral, sobre a decisão final.

Trata-se de remédios em parte conciliáveis e que demonstram, acima de tudo, a exigência de que o processo penal seja construído como um aperfeiçoado instrumento de garantia e de justiça, para o indivíduo e para a sociedade, sem jamais perder de vista as razões do homem. A exigência, isto é, de que o processo Penal seja exatamente um instrumento ético, feito para o homem".

gp

Estas reflexes e as outras, aliadas a uma perquirição a respeito de uma contribuição do Ministério Público, para amenizar os problemas, e encontrar soluções para a operacionalização do sistema da justiça penal, conduzem a que deve, imediatamente, ser dado um grande passo na justiça penal em nosso país, começando-se sim, por propiciar o depuramento da máquina judiciária. Isto deve acontecer rapidamente, muito mais do quanto se deseja de rapidez na justiça. Para tanto deve-se possibilitar a implantação dos juizados.

Isto é tarefa também para o Ministério Público, ele deve contribuir para o aprimoramento da justiça, como das leis.

No podemos neste momento, simplesmente cruzar os braços, sem tomar parte neste trabalho, inclusive chamando tarefas que esto sendo subtraídas do Ministério Público, a quem compete, por atribuição constitucional, promover a ação penal pública. Então, como afastar que uma transação seja conduzida pelo próprio Ministério Público, a ser feita nos casos em que o órgão da acusação julgar conveniente, precedida de uma conciliação também conduzida pelo mesmo órgão?

Isto atende ao modelo americano da "plea bargaining, que mesmo no sendo repetido em toda o seu contexto, certamente contribui para indicar caminhos. E o Ministério Público é o órgão mais próximo da polícia, tem inegável conhecimento das consequências das infrações penais, trabalha diretamente com os elementos de prova, tem contato com a vítima e com o acusado.

Com a experiência americana de guilty plea", e, afastando dele os defeitos e as imperfeições que somente a prática pode revelar, adaptando-o às nossas peculiaridades, dentro de uma realidade sócio-cultural diversa, a inspiração se mostrará bastante válida para nortear o inovador pátrio.

Figueiredo Dias e Costa Andrade, na obra já citada no início, ao discorrerem sobre "O Papel do Ministério Público no Processo Formal de Controle, acentuam que:

"Ao Ministério Público (MP) como instância formal de controle do crime interessa, de forma quase exclusiva, a sua função de deduzir a acusação ou de ordenar o arquivamento no processo penal. A sua importância como instância de seleção advém, na verdade, do facto de ele ser o gate-keeper do sistema jurisdicional de resposta ao crime e, por isso, o responsável principal pela mortalidade dos casos criminais. Como afirma Sessar, "se a vítima é a instância mais importante quanto à iniciativa do controle do crime, o MP é seguramente a mais importante no que toca ao seu desfecho".

*"...Para uma ideia aproximada da expresso quantitativa da filtragem operada pelo MP nos casos criminais basta recordar que na Alemanha Federal, e para o ano de 1970, dos 3.100.000 processos recebidos da polícia o MP mandou arquivar 72%. Estes números - e as investigações empíricas realizadas noutros países no apontam resultados sensivelmente divergentes - indicam claramente a importância **criminológica***

da figura do fIP. Ao que acresce o seu relevo pragmático-político: é o MF que, em última instância, decide se a comunidade deve ou no dar uma resposta formal a um caso concreto".

Em Portugal, ao ser feita a reforma do Código de Processa Penal, buscou-se resultados próximos dos obtidas pelo sistema perfilhado na América do Norte, entretanto, com pronunciadas diferenças, como se observa das disposições contidas na lei, que, entretanto, ressalta o Ministério Público, colocando, desde logo, na fase do inquérito, os órgão de policia criminal sob sua dependência.

Quando trata, esta legislação citada, de: arquivamento em caso de dispensa ou isenção de pena (art. 2802); suspenso provisória da processo (art. 2812); arquivamento depois de cumprido o período de suspenso (art. 2822); estas decisões são tomadas pelo órgão do "Parquet" com a concordância do juiz.

Da mesma forma, analisando-se ainda a legislação portuguesa, ao tratar do "Processo Sumário" (art. 3812 e seguintes), estabelece que a apresentação do detido é feita ao Ministério Público, que interroga o arguido e o apresenta para julgamento perante o tribunal competente. Pode também no concordar com a tramitação pelo rito sumário e "determinar" a tramitação sob a forma comum. Também no "Processo Sumarissimo" (art. 3922 e seguintes), decide pela aplicação, ou no, s6 da pena de multa, e, enfim, observa-se, desta forma a condução do procedimento par este órgão.

No pode ser afastada ou colocada em plano de menor relevância, a atuação ministerial, no que tange ao processo sumário para apuração das infrações. de menor gravidade, principalmente no que tange à transação, porque quando se fala em mitigação ao principio da indisponibilidade da ação penal ou da "discrecionariiedade regulada", a matéria está diretamente afeta a questão que, no plano constitucional, é atribuição privativa da instituição, qual seja, a promoção da ação penal.

Se aqui, no Brasil, o Ministério Público foi chamado, pelo reconhecimento de sua estrutura em todo o país, para atuar (modificando decisivamente o panorama até então verificado) no campo dos direitos difusos e coletivos, tendo respondida a tal tarefa de forma exemplar e sendo hoje nacionalmente reconhecido por esta atuação, maior razão existe para se lhe acometer as tarefas na área de sua especialização de sempre: o processo penal.

Para estar atento, tanto à origem da "barganha" ou transação no direito penal, como ao modelo adaptado em Portugal, e, ainda, à experiência em curso resultante das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando trata da remissão (artigos 1261127), que se tem revelado eficaz, emerge a conclusão de que a fase conciliatória e a transação devem ter a participação do Ministério Público, na posição de condutor desta etapa preliminar, vez que no há ninguém melhor do que o Promotor de Justiça para, finalmente, concluir a respeito, da necessidade, ou no, da instauração da instância penal. Nesta primeira etapa, o órgão jurisdicional apenas ficaria adstrito a homologar o acordo, se entendesse cumpridas os requisitos determinados pela lei.

De tudo isso podemos tirar duas importantes conclusões para serem submetidas a exame:

PRIMEIRA

O Ministério Público, a nível nacional, deve promover um trabalho no sentido de agilizar a legislação federal, para definir os aspectos essenciais, norteadores da implantação dos juizados especiais criminais, nos moldes do art. 98, 1 da CF, com ênfase a que na fase conciliatória e na transação, a condução seja feita por ele, nos moldes do sistema americano, e aproveitando a sistemática introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quando dispõe sobre a remissão, que resultaria no seguinte:

1. Da polícia, os casos de infração de pequeno potencial ofensivo, seriam encaminhados ao Ministério Público.
2. Este órgão providenciaria o seu registro junto ao cartório criminal, onde as peças seriam autuadas.
3. Conduz ele, na sequência a conciliação e- a transação, para, após, submetê-la à apreciação judicial.
4. O órgão judicial homologa esta transação ou a encaminha ao Procurador Geral de Justiça.

SEGUNDA

Enquanto não for possível, ou em caso de demora desta legislação federal, e até por ter se mostrado positiva a iniciativa do Estado do Mato Grosso do Sul, com resultados que têm se propagado por todo o país, influenciando as tentativas de implantação, pelo mesmo modo, nos Estados do Paraná e São Paulo, no devem ser obstadas pelo Ministério Público essas iniciativas, diante do quadro colocado, até porque tal se mostra improdutivo, neste momento tão delicado e tão carente de reformas, para aprimorar o funcionamento da justiça penal.

Basicamente, a atenção deve estar voltada para o conteúdo da legislação estadual, expungindo-se, se possível, aspectos que a comprometam demais perante as disposições constitucionais, na medida em que, dispor sobre aplicação imediata de pena, excluindo-se o processo com a concordância do acusado, choca-se frontalmente com a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Por isso acaba tal a legislação indo mais longe ainda, para dispor que isto não implica em reincidência penal, sendo questão reservada ao direito material, o que é inaceitável. Mais ainda deve-se tentar um intercâmbio de informações, para que, de fato, fiquem uniformizadas tais legislações, ao definirem o âmbito da competência dos juizados, ou seja, na fixação de quais seriam as "infrações de menor potencial ofensivo, estas, aliás, já sempre indicadas no direito material, pelas penas menores cominadas, em razão do "dano de menor monta e da conduta de menor reprovação".

Por outro lado, ao tratarem as legislações estaduais da transação, deve-se tentar alargar, como sinalizado, a participação do Ministério Público, que hoje só comparece para concordar ou não nesta fase preliminar, o que reduz e limita o seu papel como órgão com atribuição privativa para a promoção da ação penal. -

Bibliografia:

- 1.Criminologia - O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,Coimbra Editora, Limitada,1984.
- 2.Direito Penal na Constituição. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. 22 Edição.Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- 3.A Instrumentalidade do Processo. Cândido. Rangel Dinamarca. 29 Edição.Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- 4Curso de Direito Constitucional Positivo. José Afonso da Silva. 9ª edição. Ed. Malheiros, 1993.
- 5.Liberdades Públicas e Processo Penal. Ada Pellegrini Brinover. 2ª Edição, editora Revista dos Tribunais, 1982.
- 6.Princípios Fundamentais do Processo Penal. 3. Canuto Mendes de Almeida, editora Revista dos Tribunais, 1973.
- 7.Para uma Reforma Global do Processo Penal Português - Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. (Texto que serviu de guia à conferência proferida em 23 de julho de 1983, na Ordem dos Advogados do Porto, repetida após, na Ordem dos Advogados de Lisboa. Jorge de Figueiredo Dias.
- 8.Juizado Especial de Pequenas Causas - "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", Coord. Kazuo Watanabe, Ed. RT, 1985.
- 9."O acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época". Mauro Capelletti, "in" Revista de Processo nº 61-144.
- 10."Juizados Especiais para Julgamento das Infrações de Menor Potencial Ofensivo". Nelson Nery Júnior e Herminio Alberto Marques Porto, "in" Revista de Processo nº 55-105 e seguintes.
- 11.Exposição de Motivos do Código Processual Penal - Tipo para Ibero-América. José Carlos Barbosa. Moreira e Ada Pellegrini Brinover.
- 12.Código de Processo Penal Português, Decreto-Lei 78/87, de 17 de fevereiro. Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1988.

SUBTEMA:

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A NOVA ORDEM PROCESSUAL PENAL

Título da tese: O Ministério Público e a Transação nas Ações Penais Relativas aos
Delitos de Pequeno Potencial Ofensivo.

Autor: Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha
Ministério Público de Minas Gerais

Congresso Nacional do Ministério Público
Belém - Pará
Agosto de 1994

O Ministério Público e a Transação nas Ações Penais Relativas aos Delitos de Pequeno Potencial Ofensivo.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Transação Penal no Projeto de Reforma do Rito Sumário. 3. A Inconstitucionalidade da Transação Prevista no Projeto. 4. A Transação na Legislação Italiana. 5. Conclusões.

1. Introdução.

No intuito de tornar público a conclusão dos estudos realizados pela comissão especialmente designada para promover a *reforma* parcial do Código de Processo Penal Brasileiro, o ministro da Justiça, Maurício Conéa, no dia 15 de março de 1994 determinou a publicação no Diário Oficial da União dos dezessete projetos de lei que pretendem "realizar o interesse público na prevenção e repressão da Criminalidade", com a reforma de preceitos considerados "obsoletos" e a inovação de outros tantos que vigoram na estrutura do atual estatuto instrumental repressivo.

De início poder-se-ia considerar utópica a pretensão de realizar a prevenção da criminalidade com a reformulação de alguns dispositivos legais. Há muito já se concluiu que as causas da criminalidade são mais complexas da que possa indicar a simples verificação das predisposições estatais para com os indivíduos que violam os padrões valorativos predominantes na sociedade. Por outro lado, vale ressaltar que o combate à criminalidade é tarefa do direito penal, e não do direito processual penal.¹

A realização do X Congresso Nacional do Ministério Público oferece oportunidade de singular importância para o aprofundamento das discussões relativas aos posicionamentos cristalizados pela comissão de reforma setorial do Código de Processo Penal, presidida pelo eminente ministro Salvo de

¹MARQUES, José Fiedérico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1961, p. 60. Esclarece o autor que "o Estado, no processo, toma efetiva, através dos poderes jurisdicionais de que estão investidos os órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos GRINO VER, Ada Pelleguni. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1982, p. 21. Citando Carrara, a autora percebe que o processo penal não possui qualquer finalidade repressiva, sendo seu escopo fundamental a defesa do indivíduo contra o arbítrio da autoridade, quando no exercício do direito de punir do Estado.

Figueiredo, nos projetos de lei apresentados, bem como os reflexos de tais posturas sobre a atuação do Ministério Público. Nos limites de uma apertada análise, pretendo discutir o projeto de lei que visa alterar os artigos 531 a 539 do Código de Processo Penal, precisamente no que diz respeito à possibilidade de transação nos procedimentos específicos das infrações de menor potencial ofensivo

2. A Transação Penal no Projeto de Reforma do Rito Sumário

A proposta apresentada para a reformulação dos procedimentos prevê que as ações penais de caráter condenatório adotarão rito comum ou especial, sendo que o rito comum será subdividido em rito comum ordinário, para os crimes punidos com reclusão, e sumário, para as demais hipóteses.

Na exposição de motivos que apresenta o projeto de lei que prevê o procedimento comum sumário, a comissão especial de reforma demonstrou grande preocupação em regulamentar o art. 98, inciso 1, da Constituição Federal, no que diz respeito aos juizados especiais com competência para julgar as infrações penais de pequeno potencial ofensivo.

Cabe notar, inicialmente, que o referido dispositivo constitucional trata em uma mesma oportunidade das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, sendo que a possibilidade da ocorrência da transação está condicionada a previsão legal.

Interpretando essa norma constitucional, a comissão de reforma entendeu ser vontade do legislador constitucional possibilitar a transação em sede penal e, ao elaborar o inciso 1 do art. 98 da CF/88, deliberadamente abriu espaços ao princípio da "disciplinabilidade regulada" para a propositura da ação penal. Afirma a comissão na exposição de motivos que "a idéia de que o Estado deve perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia."

No entanto, a conclusão a que chegou a comissão é bastante discutível. Tratando a disposição constitucional ao mesmo tempo das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de pequeno potencial ofensivo é possível que a transação diga respeito unicamente às causas cíveis, nas

quais, via de regra, são discutidos direitos disponíveis. A interpretação dada ao dispositivo pela comissão de reforma se coloca no sentido de possibilitar a disposição da ação penal pública, ou seja, pela adoção do princípio da "oportunidade" para a propositura da ação penal.

Como observou o professor Afrânio Silva Jardim², o princípio da obrigatoriedade possui indelével caráter democrático, ao conferir tratamento igualitário a todos os indivíduos, com a utilização do parâmetro universalizante da lei. Nesse sentido, Jorge Figueiredo Dias³ é bastante enfático ao afirmar que "o princípio da legalidade vem a ligar-se a uma máxima tão importante como o da *igualdade na* aplicação do direito e a ganhar, assim, directa incidência jurídico-constitucional (ConstP, art. 5.º): ele contém a directiva, dirigida ao titular público da acusação, de que exerça os poderes que a lei lhe confere sem atentar no estado ou nas qualidades da pessoa, ou nos interesses de terceiros".

A opção pelo princípio da oportunidade é de caráter meramente político' e cabe indagar se este posicionamento adotado pela comissão de reforma corresponde verdadeiramente aos anseios da nossa sociedade, no momento atual de sua história.

As dificuldades verificadas na administração da justiça constituem o principal argumento que sustenta a opção pela adoção de uma "oportunidade mitigada". É verdade que, em alguns casos concretos, a persecução penal causa à comunidade maior dano do que vantagem. No entanto, estas situações devem ser resolvidas no campo do Direito Penal. Os modernos princípios da "adequação soeis" e da "intervenção mínima" são capazes de provocar a descriminalização dos chamados "crimes de bagatela" e, dessa forma, a juízo de valor sobre a conveniência ou não da punição de determinadas

0

²JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal - estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1641169. endo Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o autor entende que não há nada de liberal em autorizar-se ao representante do Ministério Público decidir sobre a aplicação ou não do direito penal. Note-se que, nos termos do projeto, é o ofendido quem efetivamente irá decidir sobre a propositura ou não da ação penal:

³DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra ed., vol. 1, 1974, p. 128. TIEDERMANN, Maus e outros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Añel, 1989, p. 172. Esclarece o autor que o ordenamento processual penal alemão permite a aplicação do princípio da oportunidade para os "crimes de bagatela", no entanto, as críticas mais consistentes que se lhe opõem dizem respeito ao progressivo enfraquecimento do princípio da legalidade e ainda a falta de homogeneidade na prática das decisões discricionárias sobre a conveniência da propositura da ação penal.

⁴DIAS, Jorge Figueiredo. Ob. Cit. p. 129; MARQUES, José Frederico. Ob. Cit. p.335.

condutas alcançar a todos os indivíduos.⁵ Afinal, o direito deve se apresentar como um selecionador de condutas e não como um selecionador de pessoas, e o ordenamento processual penal é antes de tudo uma garantia conferida ao acusado e, nesse campo, a segurança jurídica é fundamental. O princípio da obrigatoriedade (legalidade) da ação penal "preserva um dos fundamentos essenciais do Estado-de-direito, enquanto põe a justiça penal a coberto de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio. ..."

Tomando clara posição sobre a questão que envolve a adoção do princípio da oportunidade para a propositura da ação penal pública o projeto de reforma prevê a possibilidade de transação em sede penal. A proposta de alteração elaborada pela comissão fará, caso seja aprovada pelo Congresso Nacional, com que o parágrafo único do art. 531 do Código de Processo Penal possibilite a transação penal quando se tratar das infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções e os crimes a que for cominada pena máxima de 02 anos de detenção.

Conforme projeto, art. 533 e o seu parágrafo primeiro do Código de Processo Penal esclarecem que em audiência judicial haverá oportunidade para a conciliação, e que "a transação versará sobre a reparação dos danos causados ao ofendido", podendo o juiz determinar ao "autuado" o pagamento de até o décuplo das custas. Na audiência de conciliação deverão comparecer o representante do Ministério Público, o autuado, o ofendido, e, se for o caso, o responsável civil.

Na exposição de motivos, afirma-se que a transação prevista na proposta de reforma é influenciada pela tendência moderna de maior valorização da vítima, e visa possibilitar-lhe mecanismos para uma rápida reparação dos seus danos. Contudo, a maior preocupação com a vítima do delito não pode acarretar em uma menor proteção ao acusado, e cabe discutir a solução encontrada no projeto para

⁵WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 83-86. Afirma o festejado professor da universidade de Bonn que as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas condutas que se mantêm nos limites de tolerância social, não devendo, portanto, receber reprovação penal. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986p. 57-8. Segundo Roxin, "não se pode castigar - por falta de necessidade - quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusive, ainda que não se disponham de meios mais suaves, há que renunciar - por falta de idoneidade - à pena quando ele seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nocivas. Estes postulados correspondem aos princípios de subsidiariedade e efectividade da pena estatal"; Sobre as modernas tendência de

- defesa social e o princípio da intervenção mínima consulte-se: JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, vol. II, 1981, p. 1046-1052.

⁶DIAS, Jorge Figueiredo. Ob. Cit. p. 128.

as diversas hipóteses que podem se apresentar como resultado da "transação" bem como a função do Ministério Público na audiência de conciliação.

Vale lembrar que o art. 127 da Constituição da República dispõe claramente que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Analisando tais atribuições institucionais pode-se concluir que o Ministério Público não teria qualquer função a desempenhar na audiência de conciliação prevista no projeto de lei, já que a conciliação inevitavelmente pressupõe a disponibilidade do direito. No entanto, a projeto estabelece que o artigo 534 do Código de Processo Penal deverá dispor que, não havendo transação, o Ministério Público oferecerá de imediato denúncia oral. Percebe-se, assim, que o Ministério Público passará a ser o "instrumento garantidor" da realização do acordo de reparação entre ofendido e ofensor.

Esclarece o projeto, na previsão para o parágrafo 2º do artigo 533, que nas hipóteses em que não houver danos, ou em que o "atuado" não tiver condições econômicas para reparar os danos, o processo será suspenso condicionalmente, por período de um a dois anos, observado, no que couber, a previsão dos artigos 549 a 555, com a alteração introduzida por outro projeto de reforma setorial.

O instituto da suspensão condicional do processo é inovação da comissão de reforma e, introduzida para alterar os artigos 549 a 555, permite que o juiz, após o recebimento da denúncia ou queixa, suspenda o processo pelo período de um a três anos, em que o acusado ficará sob regime de prova. Tal instituto poderá favorecer qualquer acusado que aceite o benefício e satisfaça os seguintes requisitos:

- a) ao fato imputado seja cominada pena mínima igual ou inferior a dois anos;
- b) que não tenha sido condenado a pena privativa de liberdade por crime doloso, salvo os militares próprios e os políticos;
- c) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime indiquem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

A suspensão do processo é um instituto que possui uma amplitude muito maior do que o instituto da conciliação, posto que poderá ter aplicação aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois

anos, de detenção ou reclusão. Dessa forma, satisfeitas as exigências de ordem subjetiva, a suspensão do processo será possível em todos os casos em que também for possível a conciliação. Note-se que a suspensão do processo pressupõe o exercício do direito de ação, em quanto que a conciliação, levada a efeito em audiência prévia, impede seja deduzida a pretensão punitiva.

Assim, a conciliação se presta a fazer com que o 'autuado' com capacidade financeira suficiente para reparar os danos sofridos pela vítima não seja submetido ao processo e ainda se furte da obediência às condições estabelecidas pelo art. 550 do Código de Processo Penal, com a nova redação que pretende lhe dar o projeto de reforma setorial.

Conforme o projeto, o art. 550 do CPP estabelecerá que a primeira das condições para a suspensão do processo será a reparação dos danos sofridos pela vítima, fixado pelo juiz em termos de seu valor mínimo. Certamente, tal condição somente se apresentará nas hipóteses em que tenha se verificado algum prejuízo para a vítima. Havendo prejuízo, e sendo o delito considerado de pequeno potencial ofensivo, a reparação dos danos poderá se verificar na fase pré-processual, em que o "autuado" conseguirá impedir a instauração da instância penal, ou no curso do processo, quando o acusado ficará submetido às condições do período de prova. Em ambas as hipóteses, o indivíduo com capacidade financeira para reparar os danos será beneficiado em detrimento do indivíduo que não possua esta capacidade.

No entanto, voltando nossas atenções unicamente para a questão da possibilidade da conciliação entre "autuado" e ofendido, na fase pré-processual, é fácil perceber que o projeto não apresenta soluções adequadas para uma série de situações que, na prática, poderão ocorrer. Vejamos algumas delas:

a) nos procedimentos relativos aos delitos em que não haja danos; conforme o projeto, o parágrafo 2^o do art. 533 do CPP deverá dispor que nesta hipótese aplicar-se-á a suspensão condicional do processo, pelo período de um a dois anos, observados, no que couber, os artigos 549 a 555. Ao que parece, a conciliação restará inviabilizada e o Ministério Público deverá apresentar denúncia, já que a suspensão incide sobre o processo. O período de prova, no entanto, será menor do que a disposição geral do art. 549. Não sendo possível o acordo, qual a razão para que o período de provas seja menor do que o estabelecido pela regra geral?

b) nas hipóteses em que o "autuado não tenha capacidade econômica de reparar os danos sofridos pela vítima; da mesma forma que na situação anterior, o projeto determina que ocorra a suspensão condicional do processo, com período de prova menor. Novamente considerando a impossibilidade de conciliação e ainda a maior gravidade objetiva do fato em relação a hipótese anterior, já que produziu danos a vítima, cabe indagar dos motivos que justificam esta diminuição do período de prova.

c) nas hipóteses em que o acordo seja levado a efeito por valor muito inferior ao apurado para a reparação dos danos; o projeto não previu esta hipótese e, ao que parece, o Ministério Público não poderá intervir no ato de disposição da vítima. Nos termos do projeto, o parágrafo ¹⁰ do artigo 533 do CPP deverá impor a homologação judicial das transações, mesmo que estas sejam manifestamente prejudiciais ao ofendido. É forçoso reconhecer que o projeto não conferiu suficiente proteção aos interesses da vítima, e o Ministério Público não está autorizado a recorrer contra a decisão homologatória da transação.

d) na hipóteses em que o acordo seja levado a efeito por valor muito superior ao apurado para a reparação do dano; da mesma forma que a situação anterior, o Ministério Público e a magistratura não se encontram autorizados pelo projeto a intervir no mérito da transação. Nesta hipótese, a possibilidade de mercantilização do processo penal se apresenta manifestamente em desfavor do "autuado", e o Ministério Público transforma-se em verdadeiro instrumento da injustiça, já que comparece a audiência de conciliação com a única função de ameaçar o "autuado" com a possibilidade do oferecimento da denúncia, caso este não aceite os termos formulados pelo ofendido para a realização do acordo. Observe-se ainda que, considerando o processo penal como uma ofensa a sua dignidade pessoal, é possível que o acusado prefira fazer um mal acordo, que é capaz de inviabilizar o prosseguimento do processo, do que enfrentar as suas diversas fases para, ao final, ver reconhecida a sua inocência. Não havendo julgamento de mérito, motivações diversas podem fazer com que um inocente opte por pagar os prejuízos para não se do processo que, em si mesmo, representa um constrangimento.

e) nas hipóteses em que o ofendido disponha do recebimento de qualquer valor; como a transação pressupõe a disponibilidade do direito, é possível que o ofendido renuncie ao recebimento de qualquer

valor a título de reparação de seus danos. Nesta hipótese a impunidade do autuado será decidida pelo ofendido, o que confere um caráter privatístico ao direito e ao processo penal. Note-se que a aceitação da transação", em muitos casos, poderá ocorrer até por medo do ofendido em relação a uma possível vingança do "autuado".⁷ Impedido o exercício do direito de ação, pela homologação da transação, ao Ministério Público não restaria qualquer instrumento para impugnar tal decisão.

- f) nas hipóteses em que o valor determinado para pagamento sobre as custas seja menor do que o décuplo; prevê o projeto de lei que o juiz ao homologar a transação determinará ao "autuado" o
- pagamento de até o décuplo do valor das custas. Tal pagamento não adquire a natureza jurídica de pena, posto que não é resultante de uma decisão de mérito sobre a pretensão punitiva, nem tampouco se expressa através do sistema de dias-multa. Desta forma, não é possível ao Ministério Público recorrer da decisão homologatória da transação, na parte em que determina o pagamento de valores calculados sobre as custas processuais.

g) nas hipóteses em que o valor do pagamento determinado alcance o décuplo das custas; pelas mesmas razões deduzidas quando da análise da hipótese anterior, se o órgão julgador impuser um pagamento por demais gravoso ao "autuado", no que diz respeito ao valor calculado sobre as custas, não caberá qualquer meio impugnativo.

Analisando superficialmente estas hipóteses, é fácil perceber que, ao contrário do que se pretendeu realizar, a justiça criminal ficou mais fragilizada com a previsão da possibilidade de uma conciliação entre "autuado" e ofendido, na fase pré-processual. O interesse público de desestimular as condutas consideradas inadequadas ao convívio social foi colocado em segundo plano em relação ao interesse privado de reparação dos danos. No que diz respeito aos interesses privados de reparação dos danos, constata-se a evidência, que o acordo previsto no projeto de lei como causa impeditiva do processo, e conseqüentemente da aplicação da pena, não oferece suficientes garantias de proteção. A possibilidade de influência do poder e do interesse econômico no processo penal, certamente, será causa de incontáveis Injustiças tanto para autuados como para ofendidos. O Código de Processo Penal,

⁷JARDIM, Afânio Silva., Ob. Cit. p. 195. Reconhece o autor que "o princípio da oportunidade expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou, pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo." Certamente, a fragilidade do ofendido às pressões que lhe podem ser exercidas na ocasião da "conciliação" é ainda maior do que aquela vislumbrada pelo professor Afrânio em relação ao Ministério Público.

assim, deixará de ser o estatuto protetor dos inocentes⁸, ao mesmo tempo em que possibilitará um aumento dos índices de impunidade em relação aos autores de condutas ainda consideradas proibidas pelo Direito Penal.

3. A Inconstitucionalidade da Transação Prevista no Projeto.

O princípio da isonomia reza que todos são iguais perante a lei, vedada qualquer forma de discriminação em decorrência do sexo da cor religião etc. Tal princípio encontra previsão constitucional no art. 50 da CF/88. Cabe observar que a correta interpretação do princípio da isonomia ou da igualdade não conduz ao entendimento de que todos os indivíduos devam ser tratados de mesma maneira, mas sim de que todos aqueles que se encontrem na mesma situação devam ser tratados igualmente.

Considerando que o Direito Penal produz uma ordem jurídica voltada para a identificação de condutas consideradas inadequadas ao convívio social, bem como para a punição de seus autores, pode-se concluir que todos os indivíduos que violam uma norma jurídico-penal encontram-se na mesma situação.

Assim, a transação prevista no projeto de lei que pretende definir o rito procedimental para os delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo é manifestamente discriminatória, já que beneficia os indivíduos que possuem capacidade financeira para reparar os danos sofridos pela vítima em detrimento dos indivíduos que não a possuem, e portanto é inconstitucional.

Jose Afonso da Silva⁹ leciona que são inconstitucionais todos os atos discriminatórios não autorizados pela constituição. Segundo o mestre, há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade: a primeira se verifica quando um benefício legítimo é outorgado a pessoas ou grupos, e não é outorgado a outras pessoas ou grupos que se encontrem na mesma situação. A segunda se apresenta quando se impõe obrigação, ônus, dever, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, não as

⁸GRINO VER, Ada Peliegri. Ob. Cit. p21. Esclarece a autora que "o Código Penal é a Carta Magna dos delinquentes, os quais, por meio dele, sabem que atos podem praticar sem incidir na sanção penal, enquanto o Código de Processo Penal é o estatuto protetor dos inocentes, que nele encontram o escudo contra a prepotência dos juizes ou a má fé dos adversários.

⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros ed., 1994, p.207.8.

impondo a outras pessoas ou grupos que se encontrem na mesma situação. Em qualquer dessas hipóteses, "o ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade." O princípio da isonomia em matéria penal "deve significar que a mesma lei penal e seus subsistemas de sanções hão de se aplicar a todos quanto pratiquem o fato típico nela definido como crime."¹⁰

A transação, nos termos do projeto, promove tratamento diferenciado para os autores dos delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo em relação aos demais infratores das normas jurídico-penais, já que lhes confere a possibilidade de subtraírem-se ao processo e até da aplicação da pena. Tal discriminação não é autorizada pela constituição. Por outro lado, tratando-se unicamente dos delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo, o critério da capacidade financeira para reparar os danos estabelece distinção de tratamento em relação aos diversos indivíduos violadores da norma penal. Percebe-se, novamente, que a constituição federal não autorizou tal discriminação.

Assim, a transação prevista no projeto de lei para os delitos de pequeno potencial ofensivo é discriminatória e inconstitucional.

4. A Transação na Legislação Italiana.

A exposição de motivos que apresenta o projeto de lei que pretende reformular o rito comum sumário, no Código de Processo ~"esclarece que as experiências levadas a efeito na Itália e em Portugal, em suas recentes reformas legislativas, influenciaram a comissão no sentido da adoção do princípio da oportunidade para a propositura da ação penal.

O processo penal italiano, conforme os parâmetros da reforma de 1988, prevê um procedimento ordinário, que apresenta maiores oportunidades para o exercício do contraditório, e os procedimentos especiais, que apresentam ritos mais simplificados. Como espécies de procedimentos especiais, a

¹⁰SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. p. 203.

legislação italiana prevê o juízo abreviado; a aplicação da pena a pedido das partes; o juízo diretíssimo; o juízo imediato e o procedimento por decreto."

"O novo Código de Processo Penal Italiano deu especial ênfase ao chamado *patteggiamento*, ou seja, ao acordo que pode ocorrer entre acusado e Ministério Público, com o fito de, rapidamente, resolver o processo com dispensa do rito formalístico do procedimento ordinário."¹²

Note-se que, na atual legislação italiana, o acordo se verifica entre o acusado e o Ministério Público, e o conteúdo deste acordo é restrito ao rito processual a ser adotado, podendo o acusado ser beneficiado por uma redução de pena, caso concorde com a abreviação do processo, ou a pena a ser aplicada. "A aplicação prática do novo processo penal se baseia sobre a idoneidade dos ritos diferenciados e abreviados em deflacionar o recurso à instrução; disto decorre a exigência de reforçar ao máximo, nos limites da lei delegada, mecanismos de 'premiação' capazes de influir na adesão do imputado aos ritos abreviados, sob o ponto de vista seja da redução da pena, seja pela vantagem em não ter de afrontar as despesas do processo face à extrema simplicidade do rito."³

A adoção dos procedimentos abreviados previstos na legislação italiana poderá proporcionar uma redução da pena privativa de liberdade em um terço. Caso seja aplicada a pena de prisão perpétua, esta deve ser substituída pela pena de reclusão por 30 anos. No caso de aplicação de pena pecuniária, é possível uma redução de até a metade do mínimo que for cominado ao delito. É necessário ressaltar, entretanto, que, cometendo um fato delituoso, o indivíduo deverá receber uma pena, mesmo que diminuída face a verificação do acordo que possibilita uma maior celeridade processual. O *patteggiamento* italiano não impede que o indivíduo seja reprimido pelos atos que cometeu, já que a utilização de qualquer dos ritos abreviados conduz a uma decisão de mérito sobre a pretensão punitiva. Note-se, ainda, que, no caso de aplicação da pena a requerimento das partes, o órgão jurisdicional pode analisar a satisfação dos requisitos legais para a adoção do procedimento e, se for o caso, indeferir o

"BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . *A Reforma Processual Penal Italiana - reflexos no Brasil*. São Paulo: Rev. dos Tribunais. 1991, p. 74 e 81.

¹²BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . Ob. Cit. p. 85.

¹³BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. Ob. Cit. p. 101.

[pedido. Com](#) o Código agora aprovado, deixa o instituto do acordo' quanto à aplicação da pena de ser um benefício' para constituir-se em um rito especial, de aplicação geral, que resulta numa decisão de mérito e inapelável." ¹⁴

O acordo previsto na legislação processual penal italiana diz respeito ao rito procedimental e a medida e natureza da pena a ser aplicada, não impedindo o julgamento de mérito sobre a pretensão punitiva nem a aplicação da pena. Dessa forma, o *patteggiamento* não fragiliza os postulados de política criminal que se encontram cristalizados no Direito Penal italiano.

A conciliação prevista no projeto de reforma setorial do Código de Processo Penal brasileiro, no entanto, ao renunciar à aplicação da pena, sob o pretexto de favorecer a reparação dos danos causados ao ofendido, põe por terra todos os objetivos de prevenção geral e especial visados pelo ordenamento repressivo. Note-se que, no momento atual, a política criminal alcançou estabeleceu novas relações com a dogmática e o sistema jurídico-penal. Se no contexto tradicional as exigências político-criminais deveriam amoldar-se aos requisitos conceituais-sistemáticos da noção de crime, hodiernamente, a política criminal se apresenta com autonomia e transcendência em relação à dogmática e o sistema jurídico penal, sendo competente para demarcar os limites últimos da punibilidade. ¹⁵ Assim, é nos domínios do Direito Penal que a política criminal deve desenvolver as discussões relativas a eleição das condutas proibidas, bem como dos fins que se pretende alcançar com a aplicação da pena. Não se apresenta adequado que as normas procedimentais, de caráter meramente instrumental em relação ao direito substantivo, possam decidir questões relativas à oportunidade de realização do direito material.

Como observa Claus Roxin ¹⁶, o Direito Penal é de natureza subsidiária, e somente deve punir as lesões aos bens jurídicos, se tal punição for indispensável para uma vida em comum ordenada. Quando os meios do Direito Civil se apresentem suficientes como proteção jurídica, o Direito Penal não deve intervir. Conforme o moderno princípio da "intervenção mínima", cumpre ao legislador penal

¹⁴BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. Ob. Cit. p. 87. Esclarecem os autores que, segundo o artigo 444, do Cód. de Processo Penal italiano, o imputado e o Ministério Público podem requerer ao juiz a aplicação, na espécie e na medida indicada, de uma sanção substitutiva, diminuída em até um terço, ou ainda de uma pena detentiva quando esta, tomando-se em conta as circunstâncias e diminuída até em um terço, não supera dois anos de reclusão ou detenção, só ou conjuntamente com a pena pecuniária.

¹⁵DIAS, J.Figueiredo. *Liberdade, Culpa e Direito Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1983, p.233-55.

¹⁶ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 28

descriminalizar as condutas consideradas como insignificantes para fundamentar uma repressão da natureza penal. Não o *fazendo*, a obrigatoriedade da propositura da ação penal é uma exigência do tratamento igualitário de todos perante a lei.

5. Conclusões.

Das considerações desenvolvidas, pretende-se apresentar as seguintes conclusões:

a) A previsão constitucional para a transação em matéria penal é discutível, posto que o inciso 1, do artigo 98 da CF/88 trata ao mesmo tempo dos juizados especiais com competência para julgar as causas cíveis de menor complexidade e dos juizados especiais com competência para julgar as infrações penais de pequeno potencial ofensivo, podendo a transação ali mencionada referir-se exclusivamente às causas cíveis.

b) O projeto de lei que pretende estabelecer o rito processual para o julgamento dos delitos de pequeno potencial ofensivo possibilitou uma conciliação entre ofendido e infrator da norma penal que repercute diretamente no direito de punir do Estado, já que inviabiliza o julgamento de mérito sobre a pretensão punitiva e, sendo o caso, a aplicação da pena.

c) Não observando que as partes da relação processual são diversas das que se apresentam na relação jurídico-material, o princípio da oportunidade acolhido no projeto conferiu poderes ao particular para dispor do direito de ação que pertence ao Estado.

d) Segundo os termos do projeto de reforma, o Ministério Público não poderá intervir no mérito da "conciliação" levada a efeito entre ofendido e o autor da conduta punível, já que a transação "versará sobre a reparação dos danos" e esse direito, sendo de natureza patrimonial, é disponível.

e) A transação, não tendo aplicação para todas as infrações penais, e utilizando o critério da capacidade financeira para promover a reparação dos danos sofridos pela vítima, promove discriminação não autorizada a nível constitucional e afronta diretamente o princípio da isonomia previsto no artigo 50 da CF/88.

f) O estatuto processual penal, para enfrentar os problemas verificados na administração da justiça, deve promover a simplificação dos procedimentos necessários ao julgamento da pretensão punitiva, não lhe sendo autorizado, em hipótese alguma, renunciar ao direito de punir do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra ed., vol. 1, 1974.

. *Liberdade, Culpa e Direito Penal*. Coimbra: Coimbra ed., 1983.

BUONO, Carlos E. de Athayde e BENTIVOGLIO, Antonio T. . *A Reforma Processual Penal Italiana - reflexos no Brasil*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1991.

GRINOVER, Ada Peilegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1982.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal - estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, vol. II, 1981.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1961.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros ed., 1994.

TIEDERMANN, Maus e outros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

X CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO

0

TESE: A Instituição do Júri:
Propostas de Aperfeiçoamento

AUTOR: Clodomir Assis Araujo,
Promotor de Justiça - MP/Pará

a

ó

A INSTITUIÇÃO DO JÚRI: PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO

CLODOMIR ASSIS ARAÚJO
10 Promotor do Tribunal do Júri
Belém / Pa.

"Não é o júri unicamente uma Instituição Jurídica: é uma criação política de suprema Importância no governo constitucional".

Rui Barbosa

SUMÁRIO

- I. Introdução
- II. Quesito Único
- III. Interferência do juiz-presidente nos debates
- IV. A ata de julgamento
- V. Abolição do protesto por novo júri
- VI. Julgamento sem a presença do réu
- VII. Conclusões
- VIII. Notas bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

S

A sociedade brasileira reclama, nos dias atuais, do crescente aumento da criminalidade e da violência praticada contra o ser humano. A constituição federal, promulgada em 1988, restabelecendo **o ESTADO DE DIREITO**, e não poderia ser de outra forma, manteve a **INSTITUIÇÃO DO JÚRI**, no art. 5º, inciso XXXVIII, verbis:

"É reconhecida a Instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida".

sobre questões jurídicas de relativa indagação, através de perguntas complexas e desarmoniosas com o grau de cultura de nosso povo.

Propomos, ainda, que se modernize a posição do juiz togado, na direção do Tribunal, possibilitando-lhe a **INTERFERÊNCIA NOS DEBATES**, como forma de fazer prevalecer a busca da verdade real, norteados os jurados para que oradores espertos ou de má-fé não os convençam de forma errônea.

Estabelecemos, também, a necessidade obrigatória, sob pena de **NULIDADE**, da leitura da **ATA DE JULGAMENTO**, na sessão; a **ABOLIÇÃO** do vetusto e inadequado recurso de **PROTESTO POR NOVO JÚRI**, que se alheia juridicamente do novo ordenamento constitucional, além de causar grandes tristezas e insatisfações às famílias das vítimas.

Por último, sustentamos em apoio ao projeto de lei do Executivo, mas com alteração substancial, a existência de julgamento **SEM A PRESENÇA DO RÉU**, dando uma nova chance ao revel, através de intimação editalícia, de constituir um defensor de sua confiança para atuar no júri.

a

Todas estas propostas, uma vez chanceladas, somente se tornarão realidade se enviadas ao deputado relator, no Congresso Nacional.

II - QUESITO ÚNICO

Momento de tortura para defesa e acusação é, sem dúvida, o da votação dos quesitos. Ainda que bem explicados pelos juízes e explorados didaticamente pelos tribunais, com raras exceções não se constituem em dificuldades para os jurados ante a complexidade de sua definição, onde a apreciação de uma causa, às vezes simples, torna-se complexa, devido a forma como devem ser postos à votação diante das teses sustentadas e da exigência do legislador, no Art. 484, do CPP, que impõe um grande desdobramento, incursionando nitidamente em matéria de direito, como se os jurados fossem pessoas abalizadas para tal apreciação.

Vê-se, pois, que o legislador constituinte deixou à lei ordinária a regulamentação do secular instituto que reside entre nós desde a época do Império. O atual Código de Processo penal De. Lei n° 3.689, de 3-10-1941 - estabelece todas as normas de organização, que, por seu próprio tempo de vigência, ainda que algumas vezes alterado, reflete não mais se coadunar com a evolução dos tempos.

As propostas de aperfeiçoamento que ora apresentamos, visam modernizar essa democrática instituição, que ao permitir com que **o povo julgue o povo**, coloca em suas mãos a responsabilidade de participar da administração da justiça, que nas palavras do sapiente Rui Barbosa: "**não é uma instituição em declínio. Ao contrário, os grandes juizes de oficio procuram julgar como jurados, quando apreciam os dramas das doenças, das privações, dos preconceitos**"^{1, 1y}

Não há que se pensar em abolir a instituição do júri, mas sim aperfeiçoá-la aos reclamos da sociedade. O Executivo, através do Ministério da Justiça, tem buscado fórmulas de modernização da legislação processual penal, estando atualmente no Congresso Nacional dezessete projetos de lei, entre os quais o que apresenta um novo modelo de normatização que organiza o Tribunal do Júri.

As propostas do Executivo são avançadas e refletem, em parte, os anseios da comunidade jurídica. Nós todos, membros do Ministério Público Nacional, temos a responsabilidade de discutir as propostas, buscando o seu aperfeiçoamento e fazendo chegar até o Congresso Nacional todas as deliberações de nossa classe neste conclave, uma vez que, por sermos constitucionalmente os representantes da sociedade perante o Judiciário e por vivenciarmos o dia - a - dia prático do tribunal do Júri, temos dever de não ser omissos.

Sustentamos a necessidade de adoção do **QUESITO ÚNICO**, onde os jurados não mais se defrontarãD com a análise de questões jurídicas, decidindo unicamente sobre o fato imputado na denúncia e reconhecido na pronúncia, optando pela **CULPABILIDADE** ou **INOCÊNCIA** do acusado, ou seja, se **CONDENAM** ou **ABSOLVEM**. A fórmula proposta irá dificultar a ocorrência de nulidades, hoje quase sempre incidindo sobre a quesitação, quer pelo defeito de sua elaboração, quer pelas contradições nas votações, onde os jurados são forçados a decidir

A questão merece ser debatida de frente, por nós, acusadores oficiais, que temos a responsabilidade, em nome do Estado e consequentemente da sociedade, de buscarmos uma fórmula legislativa mais simples, possibilitando ao próprio povo a participação no julgamento, desprovida de erros que violem suas consciências.

O art. 484, do CPP, delimita a direção do magistrado, impondo uma fórmula complexa até mesmo para eles, que, em regra, acabam causando ou levando a nulidade à votação, por defeito na elaboração ou deficiência na explicação.

Os homens simples, especialmente aqueles das cidades interioranas, são os mais atingidos, sendo muito comum ouvirmos, nos bastidores do fórum, após o julgamento, que o resultado da votação não refletiu o seu desejo, tendo votado errado ante a complexidade dos quesitos.

Entendemos que o povo não deve decidir sobre questões de direito. Uma vez definido pelo juiz, na pronúncia, **"que declara provado o crime e provável a autoria, mostrando, assim, que há base para acusação"**, inexistirá razão para ser votado quesito acerca da materialidade, por envolver esta, todos sabemos, quando não estiver cristalina, uma solução jurídica de relativa complexidade diante da norma contida no art. 13, do Código Penal, quando trata de relação de causalidade material, matéria que deverá ser apreciada no juízo pronuncial.

E mais, o art. 484, do CPP, ordena que os jurados decidam, através de questionários, situações jurídicas - como, por exemplo, no caso da excludente de criminalidade da legítima defesa - tão complexas que, ao afirmarem o primeiro quesito da tese, desdobra-se em mais quatro, no mínimo, para que a tese possa prevalecer. Ora, se os profissionais do direito levaram um mínimo de quatro anos para sua formação jurídica, não é justo que se queira obter de pessoa leiga que na magistral lição do eminente **CORDEIRO GUERRA, "deu demonstração pública de não querer ser juiz e a lei vai buscá-lo em casa, sob pena de multa, para fazer o que ele, na vida toda, declarou que não queria fazer: julgar os seus semelhantes"** ⁽⁴⁾, pois se assim fosse teria estudado Direito e prestado concurso para a magistratura, vote sobre um assunto jurídico, em apenas poucas horas de explanação, quando estas nem sempre são colocadas de forma clara, concisa, para um perfeito entendimento.

Nossa proposta é bastante simples: os jurados enfrentarão a causa a ser por eles **decidida, avaliando apenas o fato imputado como reprovável socialmente, pelo abalo que causou no contexto social, que se subsume a um tipo penal incriminador, sem preocupar-se com as filigranas Jurídicas que levam a qualificar ou privilegiar o crime, desclassificá-lo, aumentar ou diminuir a pena.**

O quesito a ser votado deverá ser único, decidindo-se através do voto **SIM** ou **Não**, em cédulas opacas, se **CONDENAM** ou se **ABSOLVEM**. Uma vez optando pela **condenação**, caberá ao juiz togado a apreciação jurídica das teses sustentadas, a quem competirá decidir sobre a qualidade e a quantidade da pena a ser aplicada, operando a sua individualização de conformidade com as exigências do Código Penal, quando tratar-se de absolvição, o mesmo juiz especificará na sentença a tese defensiva aceita pelos jurados, definindo qual o tipo de excludente se adequa aos fatos imputados, se excludente da criminalidade, da tipicidade ou da culpabilidade, sempre, porém, balizado pela tese esposada pela defesa, como forma de se preservar o título da absolvição e estabelecer os parâmetros quanto ao mérito e a responsabilidade civil decorrente.

111-INTERFERÊNCIA DO JUIZ PRESIDENTE NOS DEBATES

Em decorrência do quesito único, é necessária que a legislação possibilite ao juiz presidente, de ofício ou a pedido dos jurados, interferir nos debates, dada a complexidade **"ante as alegações conflitantes da acusação e da defesa, tanto em matéria de fato como sobre as teses Jurídicas em debate. O Juiz Impassível não pode ser consultado, nem deve manifestar-se. É um erro a ser corrigido".** ⁽⁵⁾

A intervenção do magistrado possibilitará aos jurados uma apreciação mais equilibrada e justa, pois evitar-se-á que sejam induzidos em erro ou persuadidos de má-fé pela conduta inescrupulosa de alguns defensores que se afastam dos autos, criando situações inexistentes para ludibriá-los.

O acolhimento dessa intervenção, adotando o modelo inglês onde o juiz presidente exigirá das partes as provas que alegam, inclusive esclarecendo aos jurados sobre questões de fato, **"se tal ou qual prova foi apresentada e deve, ou não, ser levada em consideração"**,⁽⁶⁾ consolidará o princípio da verdade material ou real, que norteia o processo penal, afastando o entendimento de que o júri se constitui de um duelo teatral, onde os fatos são deturpados e o direito atropelado.

O

Assim, preserva-se o jurado de decidir erroneamente, expondo a Instituição do Júri a comentários desairosos que a maculam quando o que todos devemos fazer é aperfeiçoá-la como a mais democrática expressão de justiça, preservando-a por sua importância, que nas palavras de TOCQUEVILLE, **"o júri é, antes de tudo, instituição política"**.

✓

IV - A ATA DE JULGAMENTO

Ao poder interferir nos debates, deixando de apenas regulá-los como diz o art. 497, li I, do CPP, entendemos se impor outra obrigação ao magistrado, qual seja, a de relatar fielmente o que ocorreu durante o julgamento, em ata, que deverá ser lida e por todos assinada em plenário, sob pena de **NULIDADE** do julgamento, possibilitando às partes fazerem os protestos que desejarem, caso o relato não reflita a realidade.

A proposta de reforma do art. 494, do CPP, acrescentando-se o acima exposto decorre, também, do que vivenciamos no cotidiano do júri, quando, às vezes, defesa e/ou acusação **são** surpreendidos com atas de julgamento que omitem ou extrapolam a verdade, causando sérios prejuízos, pela **PRECLUSÃO** que rege a oralidade do processo.

•

V ABOLIÇÃO DO PROTESTO POR NOVO JÚRI

A reforma de alguns dispositivos do Estatuto Processual Penal, com o aperfeiçoamento da Instituição do Júri, não pode esquecer de abolir do mundo jurídico o vetusto **PROTESTO POR NOVO JÚRI**, por ser **"ranço das galés e das prisões perpétuas"** ⁽⁸⁾, O recurso é exclusivo da defesa e inexistente em todo o mundo. A Inglaterra, que nas colocações do inesquecível **Rui Barbosa**, **"deu os primeiros traços da forma definitiva do júri"** , possui **"algo apenas semelhante, não igual, onde a defesa, em caso de erro no julgamento, solicita ao Tribunal Superior ordene ao magistrado seja a causa colocada à nova apreciação do júri, como sintetiza TOURINHO FILHO"** ⁽¹⁰⁾, enquanto entre nós, basta uma simples petição ao juiz presidente ou termo nos autos e teremos novo julgamento, desde que a pena aplicada seja igual ou superior a 20 anos.

É muito difícil para nós, promotores de justiça, explicarmos à sociedade, em particular aos parentes das vítimas, que a simples manifestação de vontade, da defesa, sem, qualquer motivação, é capaz de tornar nulo ou inexistente, como querem alguns, todo aquele julgamento, onde o Estado movimentou a sua máquina dispendiosa e emperrada. Como dizem alguns parentes de vítimas: **"quer dizer, doutor, que tudo foi uma brincadeira!"**

A permanência desse recurso, nos dias atuais, quando a Constituição Federal consagra a **SOBERANIA DOS VEREDICTOS** - ART. 5º, XXXVIII, letra "c" e aboliu as penas infamantes e cruéis, a de morte e perpétua - art. ⁵⁰, XLVII não mais se justifica, servindo apenas para macular a Instituição do Júri perante a sociedade, que não aceita um instituto da época do Império, fomentador de impunidade, pois, ao revisar forçadamente a decisão, possibilita 'uma insatisfação popular, com sério e grave risco de retorno a vingança privada.

Ademais, como se extraiu da exposição de motivos do projeto de lei de reforma do Tribunal do Júri, oriundo do Executivo, o cotidiano forense demonstra que:

"muitas penas para crimes graves contra a vida são fixadas aquém de 20 (vinte) anos de reclusão, para impedir o protesto por novo júri. Essa estratégia processual, visando superar o inconveniente da revisão forçada do julgamento, geralmente muito trabalhoso, tem dois graves inconvenientes: a) constitui uma solução penal artificiosa, em oposição aos limites materiais da função jurisdicional; b) produz uma pena injusta para o caso concreto, gerando, não raro a insatisfação popular" (II)

VI - JULGAMENTO SEM A PRESENÇA DO RÉU

A amplitude de defesa e o estabelecimento do contraditório como seu corolário consagrados na carta constitucional, bem como o **direito de permanecer calado**, quando desejar, art. ⁵⁰, LXIII, justificam que o legislador reforme a ordem processual penal, permitindo o julgamento daquele que foi revel durante toda a instrução ou que deseje não comparecer ao tribunal do júri, caso esteja aguardandá o julgamento em liberdade.

Os dias atuais reclamam maior eficácia das leis penais, abolindo fórmulas que geram impunidade, pois sabemos que nosso país possui dimensões continentais, **"constituindo-se num estímulo para que o pronunciado fuja da intimação pessoal para não ser levado a julgamento"**. ⁽¹²⁾

A exigência da presença do acusado, quando se trata de crimes inafiançáveis, constitui verdadeira **"usina de prescrição"** ³⁾, não mais prevalecendo tal regra, em razão da inexistência da prisão preventiva obrigatória e da possibilidade, também, de liberdade provisória ao primário e de bons antecedentes.

e

A proposição ora apresentada não é algo novo, muito pelo contrário, todos que militam e se preocupam com o fortalecimento da Instituição do Júri clamam a bastante tempo por modificação legislativa que permita o julgamento sem a presença do acusado. Nossa proposta consiste em poder o acusado revelar durante a instrução, que não possua defensor constituído, ser intimado através de edital, permitindo-lhe, dessa forma, que possa manifestar seu desejo de comparecer ou de vir a constituir um defensor de sua confiança.

Com isto, afasta-se o interesse de alguns de somente ver o réu ausente do julgamento quando dispusesse de defensor constituído, no qual recairia a intimação do julgamento, pois, se assim permanecer, muito pouco se modificará, haja vista que aqueles que desejarem ver o processo prescrito não constituirão defensor e, por certo, alcançarão o objetivo.

Delineados os pontos que enfrentamos no decorrer deste estudo, onde, de forma simples; situamos alguns aperfeiçoamentos indispensáveis a modernização da Instituição do Júri, passamos a articular as propostas:

Vil - **CONCLUSÕES**

S

1 - o ART. 484, do CPP, que normatiza a elaboração de quesitos, deve ser reformado, instituindo-se *b. QUESITO ÚNICO*, versando sobre o fato imputado e admitido na pronúncia, onde o conselho de sentença escolherá entre cédulas opacas - **SIM** ou **NÃO** - absolvendo ou condenando o réu, tornando-o culpado ou inocente da autoria ou co-autoria, cabendo ao juiz togado a fundamentação da parte jurídica, analisando as teses apresentadas;

2 - Propõe-se, também, que a nova ordem processual penal permita ao juiz presidente, de ofício ou a requerimento de qualquer um dos jurados, a **INTERFERÊNCIA** nos debates, para pedir ao orador que indique, nos autos, a prova do que está alegando, assim como esclareça sobre questões de fato, possibilitando ao juiz orientar os jurados se tal prova apresentada deve ou não ser considerada. Busca-se, com isto, o fortalecimento do princípio da verdade real.

3 - A definição de interferência do juiz, nos debates, estabelecerá a necessidade da **ATA DE JULGAMENTO** ter que refletir todo o ocorrido, passando a ser **OBRIGATÓRIA** sua feitura e leitura ao final do julgamento, devendo ser por todos assinada, sob pena de **NULIDADE**;

4 - Propõe-se a **ABOLIÇÃO** do ordenamento jurídico processual penal do vetusto **PROTESTO POR NOVO JÚRI**, por não mais se adequar a consagração constitucional da **SOBERANIA DOS VEREDICTOS**, assim como a inexistência de penas infamantes e cruéis, de morte e perpétua;

5 - A necessidade da realização do julgamento **SEM A PRESENÇA DO RÉU** é outro imperativo popular, que encontra apoio na carta constitucional que consagrou o **DIREITO DO SILÊNCIO**, e, no caso de possuir defensor constituído, será este intimado do julgamento, e se defensor dativo, será o próprio réu através de edital, quando poderá constituir outro defensor;

6 - Caso sejam chanceladas as propostas elencadas, sejam remetidas através da CONAMP ao deputado-relator dos projetos de lei enviados pelo Executivo, publicados no DOU nº 51, seção 1, de 16.03.94, como sugestão da classe Ministerial.

á

VIII - NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Roberto Lyra Filho e Mário Cesar da Silva. **"O júri sob todos os aspectos textos de Rui Barbosa sobre a teoria e a prática de instituição"**, RJ, Editora Nacional de Direito, 1950, v. II, p14;
2. DOU nº51, secção 1, pp. 3.700 a 3.714, de 16.3.94;
- 3 José Frederico Marques **"A Instituição do Júri"**, SP Saraiva 1963 v 2 p 57

1.

4. J. B. Cordeiro Guerra, "**A Arte de Acusar**", RJ, Forense Universitária, 1989, I ed, v.2, p.10;
5. J.B. Cordeiro Guerra, ob. Cit., p.74;
6. Cordeiro Guerra, Ob. Cit., p.74;
7. Roberto Lyra Filho e Mário Cesar da Silva, Ob. Cit., p.9;
8. Cordeiro Guerra, Ob. Cit., p.76;
9. Roberto Lyra Filho e Mário Cesar da Silva, Ob. Cit. p.7;
10. Fernando da Costa Touninho Filho, "**Processo Penal**", SP, Saraiva, 12º ed. 1990 p.324;
11. DOU no 51, seção, p. 370, de 16.3.94;
12. Notas explicativas do Anteprojeto publicado no DOU de 30.6.93, relator Renê Anel Dotti.
13. DOU nº51, seção 1, Exposição de motivos, p.3700, de 16.3.94

Belém, Pa., 12 julho de 1994.

CLODOMIR ASSIS ARAUJO



Nota: O autor é Promotor de Justiça de 3ª entrância-MPIPará, sendo 1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri da Capital, é Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade da Amazônia - UNAMA e de Direito Processual Penal na Escola Superior da Magistratura do TJE - Pará.

O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI À REVELIA DO RIU

Leonardo Rêgo Bessa

Promotor de Justiça/Distrito Federal

INTRODUÇÃO

1. Os crimes dolosos contra a vida **inafiáveis**, na sistemática adotada pelo Código de Processo Penal (arts. 413, 414, 451 e 564, III, "g"), não são julgados pelo Tribunal do Júri sem a presença do acusado.

2. A intimação da sentença de pronúncia referente a tais delitos "será sempre feita pessoalmente ao réu" (art. 414 do Cód. de Processo Penal), sendo que o "processo não seguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia" (art. 413).

03; Após a intimação do acusado, o julgamento pelo Tribunal do Júri não se realiza sem a presença do acusado, conforme interpretação que se faz a **contrário sensu** do disposto no parágrafo 1º do artigo 451 do Código de Processo Penal.

4. As disposições constantes nos artigos acima simplesmente impedem o andamento do curso processual e julgamento do réu, após a prolação da sentença de pronúncia quando o acusado não é encontrado.

5. A possibilidade de intimação do réu por edital da sentença de pronúncia e realização da sessão do Júri a revelia só ocorrem se o crime for **afiável** (arts. 415 e 451).

6. Diverso é o tratamento da matéria na hipótese de ser o crime **inafiável**. A intimação da sentença de pronúncia deve ser sempre pessoal, ainda que o réu esteja foragido. E se, intimado da sentença, não comparecer, seja por motivo

justificado ou não, o julgamento não se realiza. É imprescindível para a instalação da sessão a presença do acusado.

7. Certo é que a ausência do réu, caracterizadora de fuga, enseja a decretação da prisão preventiva "para assegurar a aplicação da lei penal" (art. 312 do CPP). A apresentação do libelo e julgamento - JURISDIÇÃO -, entretanto, só irão acontecer se cumprido o mandado de prisão expedido de forma a se assegurar a intimação pessoal da sentença de pronúncia e a presença do acusado à Sessão do-Júri.

8. São inúmeros os processos que permanecem paralisados nas secretarias dos Juízos aguardando a presença do acusado, seja para intimação da sentença de pronúncia, seja para a instalação da sessão, enquanto o prazo prescricional continua a fluir.

9. A presença do réu aos atos processuais de outra forma está disciplinada nos demais procedimentos previstos no Código de Processo Penal, caracterizando-se como faculdade inerente ao exercício da autodefesa e não como **CONDIÇÃO DE REALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO**, como acontece nos crimes dolosos contra a vida **inafiançáveis**.

10. O Decreto-lei ⁰ 3.689/41 estabeleceu um **INJUSTIFICADO TRATAMENTO DIFERENCIADO** para os crimes dolosos contra a vida inafiançáveis e **TORNOU A PRESENÇA DO ACUSADO AOS ATOS PROCESSUAIS CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO**.

11. AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE IMPEDEM O REGULAR ANDAMENTO PROCESSUAL E REALIZAÇÃO DA SESSÃO DO JÚRI SEM A PRESENÇA PESSOAL DO RÉU SÃO INCONSTITUCIONAIS.

12. TAIS DISPOSIÇÕES CONTRARIARAM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937 - época na qual entrou em vigor o Código de Processo Penal - E TODAS QUE A SUCEDERAM NO QUE SE REFERE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO DIREITO DE AÇÃO/DEVER DE JURISDIÇÃO DO ESTADO.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

13. A atual Constituição, promulgada em outubro de 1988, como todas as constituições do Brasil (Constituição de 1937, art. 122, ¹⁰¹¹ consagra, no art. 5º **caput**, o PRINCÍPIO DA ISONOMIA **todos são iguais perante a lei**.

14. Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, ^{ia} "Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", Malheiros Editores, o princípio da igualdade **tem como destinatário o legislador**. Afirma o referido autor:

"A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelo sistemas normativos vigentes."

15. É certo que a isonomia constitucional significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Na verdade, as normas jurídicas, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, "nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes".

16. Ilustrando, o autor cita, entre outros, o exemplo das profissões. O advogado é titular de direitos e deveres distintos dos que cabem ao médico ou ao economista, que estão sujeitos a outro tratamento jurídico. Os funcionários públicos possuem direitos subjetivos que não são extendidos àqueles que não detêm essa qualidade.

17. Em todos os casos a lei toma um critério diferenciador [■] fator de discriminação [■] e oferece um tratamento desigual com base no critério.

18. **A violação ao princípio isonômico ocorrerá quando inexistir "correlação lógica entre o fator erigido em critério de discriminação e a discriminação legal em função dele".**

19. **Em outros termos, todo tratamento diferenciado deve ser justificado, ter uma base relevante, ou, para usar as palavras de Pimenta Bueno, deve ser fundado "só e unicamente em uma razão muito valiosa de bem público".**

20. Sob a ótica do que foi exposto, não se pode negar, por exemplo, a constitucionalidade da lei processual ao estabelecer procedimentos diferenciados com base na reprovabilidade - pena cominada - da infração penal.

21. O art. 539 do Código de Processo Penal é hipótese de
- tratamento diferenciado deferido aos denunciados que estão respondendo por crimes a qual não é "ainda que alternativamente, cominada pena de reclusão".

22. A menor gravidade da sanção penal justifica, até para evitar a incidência da prescrição, um procedimento mais célere que o chamado 'processo comum' no qual as alegações finais são produzidas na própria audiência, podendo, também, ser proferida sentença no mesmo ato.

23. De outra parte, como aduzido acima, a lei processual oferece tratamento diferenciado àqueles que respondem a **crimes dolosos contra a vida inafiançáveis**.

24. PERGUNTA-SE: O FATOR DE DISCRIMINAÇÃO É JUSTIFICADO? EXISTE CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE O FATOR E A DISTINÇÃO NO TRATAMENTO?

25. A RESPOSTA É NEGATIVA.

26. Vejam os seguintes fatos. Determinada pessoa "A" é denunciada por prática de extorsão mediante seqüestro contra menor de 18 anos (art. 159 do Código Penal -reclusão de 12 a 20 anos). A sua revelia - ausência aos atos processuais - não impede seu julgamento. De outro lado, uma pessoa "B" denunciada por prática de homicídio simples (art. 121, "caput" do Código Penal - reclusão de 6 a 20 anos) não será julgada se for revel.

27. Outra hipótese. Uma pessoa "C" é denunciada por infanticídio (art. 123 do Código Penal -detenção de 2 a 6 anos). Sua revelia não impedirá o

julgamento pelo Tribunal do Júri, vez que o crime é, em tese, afiançável e os artigos 414 e 451 do Código de Processo Penal fazem referencia somente aos crimes inafiançáveis

28. Observa-se que o legislador utilizou **dois fatores discriminantes** para impedir o prosseguimento do curso processual diante da revelia do acusado: a **afiançabilidade do delito e o fato de ser crime doloso contra**.

29. Os dois critérios devem vir acompanhados para incidência dos artigos 413, 414 e 451 do Código de Processo Penal, de forma a impedir o julgamento do denunciado.

30. Uma infração penal inafiançável, por mais grave que seja, se não constituir-se em "crime doloso contra a vida" é julgada independentemente da presença do acusado.

31. O crime doloso contra a vida afiançável, como o infanticídio, será julgado, ainda que a acusada seja revel.

32. Os exemplos já demonstram "a falta de relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados", vez que a discriminação não ocorre somente entre os crimes que são julgados pelo Tribunal do Júri e os demais. Esta se dá também entre os próprios crimes dolosos contra a vida. Se afiançável julga-se. Se inafiançável, paralisa-se o processo até que o réu apareça ou incida a prescrição com base na pena cominada abstratamente ao crime.

33. Este dado demonstra a ausência de qualquer lógica no tratamento diferenciado que não acontece simplesmente com base na gravidade do delito (inafiançabilidade), nem somente considerando o fato de ser crime doloso contra a vida cujo julgamento compete ao Tribunal do Júri.

34. O fator de discriminação referente a gravidade do delito não justifica o tratamento diferenciado. Infrações mais graves - também inafiançáveis - são julgadas à revelia do acusado, como o latrocínio.

35. Afastada a ausência de lógica com base na afiançabilidade do delito, considerando-se apenas o fator de discriminação concernente ao fato de ser crime

julgado pelo Tribunal do Júri, conclui-se, também, que não há 'razão valiosa' a amparar o tratamento diferenciado, como se demonstra nas próximas linhas.

36. A sentença de pronúncia (art. 408 do Cód. de Processo Penal) é ato judicial de extrema relevância, pois é através dela que o Juiz proclama admissível a acusação de um crime doloso contra a vida, submetendo o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

37. O artigo 415 do Cód. de Processo Penal -que trata da intimação da sentença de pronúncia para os crimes **afiançáveis** -, repetindo as disposições constantes no artigo 392, prevê diversas hipóteses, admitindo, em determinados casos, que a intimação seja feita somente ao defensor do acusado.

38. Conforme observa Júlio Fabbrini Mirabete, em comentário ao artigo, "hoje é praticamente pacífico que, em qualquer hipótese, devem ser intimados o réu, pessoalmente ou por edital, se for o caso, bem como o seu defensor, constituído ou dativo.

39. Assim, para efetiva garantia do exercício da autodefesa, sempre é necessária a intimação pessoal do acusado a par da intimação do seu defensor constituído ou dativo.

40. No entanto, sendo impossível a intimação pessoal do réu que, repita-se, visa a garantir o exercício da autodefesa, correto seria sua intimação editalícia e não a "paralisação" da marcha processual (art. 413).

41. Se até mesmo a citação que "é ato essencial do processo, imposição categórica de garantia constitucional" - Júlio Fabbrini Mirabete - pode ser efetuada por edital, estando o réu em local incerto e não sabido (art. 361) ou, ainda, quando este se oculta "para não ser citado" (art. 362), imperioso é admitir-se a intimação editalícia também nos dois casos, seja o crime doloso contra a vida ou não, seja a infração afiançável ou não.

42. "É intuitiva a necessidade de citação ficta, pois seria inadmissível que o Estado subordinasse sua ação repressiva à presença do acusado no distrito da culpa, quando seu primeiro impulso é fugir ou subtrair-se à ação da Justiça",

como bem observa Edgard Magalhães Noronha, in "Curso de Direito Processual Penal, Ed. Saraiva.

43. O raciocínio tem aplicação a intimação do acusado. A possibilidade de restrição ao direito de liberdade, decorrente do processo penal, naturalmente faz com que o réu procure afastar-se da ação do Estado. Não pode a JURISDIÇÃO, função pública de interesse coletivo, depender da colaboração do réu, parte diretamente interessada, para sua realização.

44. E a presença do réu à sessão de julgamento é imprescindível?

45. Na sessão do Tribunal do Júri o réu é interrogado, são ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, as "alegações finais" são sustentadas oralmente e, após resposta aos quesitos, é proferida a sentença, ainda que operada a desclassificação do crime.

46. O interrogatório, "momento maior da autodefesa" nas palavras de Ada Peilegrini Grinover, pode constituir-se em valiosa fonte de prova, embora não seja esta a finalidade maior do ato. Pode o réu, também, **SIMPLESMENTE FICAR CALADO (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal)**, em exercício do direito ao silêncio.

47. Não há dúvida que é **desejável** a presença do acusado em plenário - da mesma forma que é desejável a presença do réu aos atos de qualquer processo criminal -, mesmo que este permaneça calado, para colocá-lo em contato direto com os jurados - juízes de fato.

48. Todavia, seja considerando o interrogatório como a grande oportunidade para o exercício da autodefesa, seja o considerando como eventual fonte de prova, não se vislumbra a imprescindibilidade do ato, de forma a impedir a realização da sessão e, conseqüentemente, o julgamento do réu.

49. A autodefesa é **faculdade** conferida ao acusado. Assim sendo, importa oferecer oportunidade ao exercício dessa faculdade. Permanecendo inerte o réu, o curso processual deve prosseguir com o acompanhamento da defesa técnica, como

ocorre nos demais procedimentos penais, sem qualquer mácula a garantia constitucional da ampla defesa.

50. Não se vê, assim, razão lógica a fundamentar o tratamento diferenciado, mesmo considerando apenas o fator de discriminação referente ao fato de ser crime julgado pelo tribunal do júri.

Si. **A DISCRIMINAÇÃO INJUSTIFICADA OFERECIDA PELO DECRETO-LEI 3.689/141 É TÃO EVIDENTE QUE O PRÓPRIO SIGNATÁRIO DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS A RECONHECE AO ADUZIR NO ITEM XI in verbis: "Nenhum acusado, ainda que revel, será processado ou julgado sem defensor; mas a sua ausência (salvo tratando-se de crime de competência do Tribunal do Júri) não suspenderá o julgamento, nem o prazo para o recurso, pois, de outro modo, estaria a lei criando uma PRERROGATIVA em favor de réus foranidos, uue, carantidos contra o jul2amento à revelia, poderiam escapar, indefinitivamente, à categoria de reincidentes." (grifos nossos)**

52. Esqueceu-se o autor da exposição de motivos de, ao menos, tentar explicar por que razão tão especial se concedeu o privilégio aos acusados de crimes dolosos contra a vida inafiançáveis de não serem julgados enquanto revéis.

53. Esta razão especial simplesmente inexistente.

54. Demonstrada a ausência de lógica e de justificativa na discriminação oferecida pelo Código de Processo Penal, conclui-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos referidos por VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

S

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDECLINABILIDADE DA JURISDIÇÃO

55. Longos anos se passaram para que a Jurisdição recebesse a feição atual. Os conflitos de interesses, outrora, eram resolvidos pela imposição do mais forte (autodefesa) ou através de concessões recíprocas entre os interessados (autocomposição).

56. De forma gradual e lenta, a solução dos conflitos foi sendo transferida para uma terceira pessoa que não fosse parte. Os interessados confiavam a um **árbitro** a palavra final para a solução de um impasse.

57. A medida em que o Estado foi se afirmando como ente soberano sobre determinado território, a solução dos conflitos passou a ser função estatal. O Estado, a par de outras atribuições, tornou-se a terceira pessoa desinteressada incumbida em dar resposta aos conflitos que lhe eram apresentados.

58. Modernamente, o Estado, quando invocado, tem o monopólio e o poder/dever de apresentar a solução final para um conflito de interesses, dizendo qual o direito substantivo aplicável ao caso, **exercendo a Jurisdição**.

59. Ao lado do monopólio do Estado de solução dos conflitos (Jurisdição), está o direito subjetivo de invocar esta manifestação (direito de ação).

60. A Jurisdição é hoje uma das funções do Estado moderno decorrente de sua **SOBERANIA**. É um **PODER**, já que suas decisões têm caráter imperativo. É um **DEVER**, pois não pode ser negada quando invocada.

61. Em razão da exclusividade da Jurisdição, define-se a autodefesa do particular como crime - exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).

62. Todas as constituições modernas assumiram implícita e explicitamente que a **JURISDIÇÃO E DEVER DO ESTADO**, ao instituírem diversos órgãos (Poder Judiciário) com a função específica e própria de **JULGAR OS CONFLITOS**.

63. Declara a atual Constituição Federal, em vários dispositivos (arts. 92 a 126) que aos juizes e tribunais **COMPETE** julgar.

64. A utilização do verbo "competir" no sentido de "cabere", "ser função", demonstra o caráter obrigatória do exercício da Jurisdição quando invocada, conforme aduzido acima.

65. Por outro lado, o direito de ação, também, tem sede constitucional. Na Constituição Federal de 1937 estava contido no art. 122,⁷⁰ que

garantia "o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral".

66. O direito de ação está expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

67. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, in "Teoria Geral do Processo", Malheiros Editores, ¹⁰⁰ Edição, aduzem quanto ao fundamento constitucional do direito de ação:

"Sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional (Const., art. ⁵⁰ inc. XXXV). A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório (...)"

"Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste - favorável ou desfavorável, justo ou injusto - e, portanto, direito de natureza abstrata."
(grifos nossos).

68. A redação do art. ⁵⁰, XXXV, acima transcrito - conhecido por princípio da indeclinabilidade da jurisdição - evidencia que este, assim como o princípio da isonomia, tem um destinatário determinado: o legislador.

69. Não pode a lei impedir o acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário.

70. Não pode a lei impedir o Poder Judiciário de julgar, proferir decisão.

71. **Vale dizer: o direito subjetivo de ação corresponde ao dever de Jurisdição do Estado.**

72. Qualquer lei que impeça o exercício efetivo da função jurisdicional e, por conseguinte, o exercício do direito subjetivo de ação é incompatível com o espírito da Constituição Federal que conferiu ao Estado o **monopólio** e o **dever** de dizer o direito, quando invocado.

73. O Poder Judiciário, quando invocado, **DEVE OFERECER**, através do processo, UMA **RESPOSTA**. Pode esta ser favorável ou desfavorável ao titular do direito de ação. O que importa é a realização da Jurisdição.

74. Em virtude do caráter essencialmente instrumental do processo, qualquer paralisação do seu curso deve ser **excepcional** e **temporária**, sob pena de se afastar a prestação jurisdicional requerida, violando o direito subjetivo de ação e o dever estatal da Jurisdição.

75. O Direito Penal tutela os valores mais altos da sociedade. Um crime atinge não somente o "sujeito passivo" e sim a coletividade. A lesão decorrente do ilícito penal é, mais que individual, coletiva.

76. O Ministério Público como defensor constitucional das "lesões coletivas" e titular exclusivo do direito subjetivo da ação penal de iniciativa pública (art. 129, 1, da C. F), DEVE, havendo indícios de violação de preceito penal, invocar a prestação jurisdicional, para, através do devido processo legal, requerer a condenação do réu se restar provada a existência e autoria da infração penal.

77. O Poder Judiciário, de outro lado, **atendendo a imperativo constitucional**, tem o dever de oferecer uma resposta, realizando a jurisdição e dizendo o direito material incidente.

78. A questão concernente a presença do réu na sessão do Júri e sua intimação da sentença de pronúncia da forma como está regulada, em última análise, confere ao acusado a decisão sobre a realização ou não do próprio julgamento.

79. A presença do acusado, nos termos da lei processual, surge como uma verdadeira condição de regular andamento do processo e aplicação da lei penal. A atitude do réu "parte interessada" em evitar a intimação da sentença de pronúncia ou em não comparecer a sessão impede o exercício do **DEVER**

1

CONSTITUCIONAL DE JURISDIÇÃO, afastando o alcance de seu escopo "de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado - Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, in Teoria Geral do Processo.

80. A lei processual ao vedar o julgamento dos réus ausentes estimula" os crimes dolosos contra a vida inafiançáveis, obstando um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é a construção de uma "SOCIEDADE livre, JUSTA e solidária, conforme expresso no art. ³⁰, J, da Constituição Federal.

81. Os artigos do Código de Processo Penal, acima indicados, que, diante da ausência do réu, impedem o prosseguimento do curso processual e, em consequência, a realização do julgamento - **JURISDIÇÃO** -, excluem da apreciação do Poder Judiciário a lesão causada pela infração penal à vítima e a sociedade.

82. Os dispositivos do Código de Processo Penal referidos são inconstitucionais, também, porque impedem o exercício efetivo do **DIREITO DE AÇÃO/DEVER DE JURISDIÇÃO**.

83. Face as apontadas inconstitucionalidades, deve-se, diante de casos concretos, não sendo o réu encontrado, promover a intimação por edital da sentença de pronúncia, além da intimação ao advogado do réu, e realizar a sessão do Tribunal do Júri, como ocorre com os crimes dolosos contra a vida afiançáveis (arts. 415 e 451, p. 1º do CPP).

CONCLUSÕES FINAIS

1. Os artigos do Código de Processo Penal, referidos no item 01, que impedem o andamento do curso processual e realização do julgamento a revelia do acusado que responde a crime doloso contra a vida inafiançável são inconstitucionais por violação ao princípio da isonomia.

II. Os artigos do Código de Processo Penal, referidos no item 01, que impedem o andamento do curso processual e realização do julgamento a revelia do acusado que responde a crime doloso contra a vida inafiançável são inconstitucionais por violação ao direito de ação e dever de jurisdição do Estado.

III. Evidenciada a inconstitucionalidade, deve-se promover a intimação por edital da sentença de pronúncia ao réu desaparecido que responde por crime doloso contra a vida inafiançável.

IV. A sessão do Tribunal do Júri deve ser realizada sem a presença do réu que intimado para o ato não comparece nem justifica sua ausência.

● ● ∴ ● ∴ ∴ ∴ + + + +

0

1-INTRODUÇÃO

O presente trabalho, cujo tema versa a respeito do Ministério Público e a nova ordem processual penal, possui dois objetivos claros, distintos e complementares.

Na parte que se segue a esta introdução, analisar-se-ão as propostas de reformas setoriais ao Código de Processo Penal consubstanciadas em dezessete anteprojetos de lei publicados no Diário Oficial da União, em data de dezesseis de março de 1.994, com destaque nesta exposição para aqueles que mais vivamente toquem a atuação institucional do Ministério Público.

Ao final, sob a forma de conclusões a serem submetidas aos participantes do X Congresso Nacional do Ministério Público, apresentam-se propostas e sugestões a verem-se somadas a inúmeras outras em discussão no seio da sociedade civil, enquanto se aguarda, ansiosamente, a tramitação dos referidos anteprojetos junto às Casas, do Poder Legislativo.

e

II - OS PROJETOS DE REFORMAS SETORIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Os dezessete anteprojetos de lei recentemente publicados no Diário Oficial da União (16.3.1.994, seção 1, p. 3700), resultaram como fruto de trabalho de duas Comissões de Juristas.

A primeira Comissão ou Comissão Original, na denominação do Professor Doutor Renê Anel Dotti, in Livro de Estudos Jurídicos, vol. 8Q, p. 349, IEJ, Rio de Janeiro, 1.994, sob a presidência do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e instituída pelo então Sr. Ministro da Justiça Célio Boda, encerrou seus trabalhos com a entrega dos textos dos anteprojetos a esta autoridade, levando-se-os à publicação no DOU de 30 de junho de 1.992.

Em 17 de setembro de 1.993, o Sr. Ministro da Justiça Maurício Corrêa instituiu uma Comissão Revisora dos aludidos anteprojetos, designando-se os seguintes membros: Ada Peliegrini Gnnover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezini, Edson Freire O'Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrigli, Luiz Carlos Fontes de Aguiar, Luiz Vicente Cemichiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, Renê Anel Dou, Rogério Lauria Tucci, sob a também presidência do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O resultado dos trabalhos, sintetizado nos dezessete anteprojetos de lei, constitui nosso objeto de estudo e discernimento.

11-1 - ANTEPROJETO DE LEI que altera o Livro II e os arts. 394 a 405 do Código de Processo Penal

Este anteprojeto diz respeito ao procedimento ordinário, o qual será observado quando se tratar de crime punido com reclusão o perseguido em juízo.

A denúncia, atualmente recebida em único e lacônico despacho, merecerá dois crivos do órgão jurisdicional.

Oferecida a denúncia, o Juiz deferirá ou não, liminarmente, o seu processamento, não exigindo o art. 395 do anteprojeto a motivação desta decisão. O despacho negativo equivale à sentença que, assim denominada, é passível de recurso de apelação (art. 395, par. único). Ao denunciado, ainda não citado, assegura-se o contraditório no procedimento recursal.

Deferido liminarmente o processamento da denúncia, o Juiz ordenará a citação do denunciado para apresentar resposta por escrito. A resposta poderá consistir em defesa prévia e exceção, facultando-se argüir preliminares e toda a matéria de mérito, além da já praticada juntada de documentos, especificação de provas e arrolamento de testemunhas

Após o oferecimento da resposta, o Ministério Público só será ouvido a respeito de preliminares e documentos, não prevendo o anteprojeto sua manifestação quando a resposta consistir apenas em matéria de fato ou de direito atinente ao mérito. Assim, zeloso será ao Órgão do Ministério Público, na oportunidade de oferecimento da denúncia, quando evidentemente a complexidade do caso exigir, tecer em separado uma peça de exposição de motivos fáticos e jurídicos (v.g.: tipicidade e ausência de causas que excluam o crime ou isentem o réu de pena), com a finalidade específica de recebimento da denúncia, evitando-se, ademais, seja o réu absolvido sumariamente, hipótese cabível no anteprojeto, conforme ver-se-á adiante.

Com a manifestação do Ministério Público, se e quando ocorrer, o Juiz proferirá decisão motivada, recebendo ou não a peça acusatória. A decisão de não recebimento possui força de sentença, extinguindo a relação processual em seu nascedouro, sendo, portanto, apelável (art. 396, par. único). Antes, porém, poderão as partes requerer a realização de diligências imprescindíveis.

O art. 396 elenca outras hipóteses de não recebimento da denúncia, qual seja, quando manifestamente inepta; não havendo justa causa para a acusação; na ausência de pressuposto processual; ou, ainda, quando o Juiz considerar plenamente comprovada a defesa e absolver sumariamente o acusado.

Para a compreensão do conteúdo e alcance dos conceitos de inépcia e ausência de justa causa para a ação penal, não detalhados pelo anteprojeto, entendo que devem

ser concebidas como diretrizes as hipóteses de rejeição da denúncia já elencadas no art. 43 do Código de Processo Penal, quer seja porque o "caput" do art. 396 do anteprojeto determina a observância do disposto naquele, quer seja porque não seria razoável depender -se unicamente da doutrina e da jurisprudência para a fixação de critérios que, mesmo bem sedimentados, possam atingir imediata e gravemente o "status libertatis" da pessoa.

Novidade questionável diz respeito à viabilidade de absolvição sumária do denunciado, merecendo o enfrentamento e o debate a forma como consignou-se-a no anteprojeto, isto é, passível de decretação antes do recebimento da denúncia. A forma, per si inofensiva, assombra-se inapropriada se não se olvidar por consideração o sistema processual penal brasileiro, misto de inquisitório e acusatório.

Preservada a fase extrajudicial de colheita de elementos de informação e prova perante a Autoridade Policial, a absolvição sumária antes do recebimento da denúncia basear-se-á exclusivamente no inquérito policial. Ter-se-á autêntica decisão de mérito, fundada em provas não produzidas no curso de uma instrução criminal, portanto decisão sem o contraditório probatório | com todas as conseqüências de uma sentença absolutória quando do seu trânsito em julgado. A possibilidade de apelação não afasta o risco da definitividade de uma absolvição calcada, apenas, nos elementos colhidos perante a Autoridade Policial. Não se admitirá, a prosperar a inovação do anteprojeto, eventual e futura denúncia alicerçada em novas provas, por mais contundentes, e por mais grave que seja o fato | O pedido de arquivamento denotar-se-á o caminho mais seguro ao Órgão do Ministério Público.

Outra inovação, esta inspirada no vigente Código de Processo Penal italiano , art. 431 , consiste no desentranhamento das peças de inquérito por determinação do Juiz no corpo da decisão que recebe a denúncia, salvando-se do desentranhamento as peças relativas a atos não repetíveis | inclusive os relativos a objetos pertinentes ao crime, bem como os exames de corpo de delito e as provas colhidas antecipadamente mediante justificação.

Nada impede -e o princípio da verdade real recomenda- que o órgão, do Ministério Público requeira a juntada como documentos das peças de inquérito as quais

permanecerão desentranhadas em cartório à disposição das partes , art. 398, par. único) quando interpuser recurso da sentença final (em oposição à sumária , de mérito ou ainda quando parte recorrida, a fim de que o Órgão recursal tome conhecimento de elementos de fato revelados no curso do inquérito policial possibilitando ao Órgão "ad quem", inclusive, a conversão do feito em diligência para esclarecer matéria de prova imprescindível ao julgamento.

● Prestigiando-se a oralidade, a concentração, a imediação e a identidade física do Juiz, conforme anotado na exposição de motivos acompanhadora do anteprojeto, designar-se-á uma única audiência de instrução e julgamento interrogando-se o acusado, procedendo-se à oitiva da vítima, à inquirição de testemunhas, aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas.

Encerrada a instrução, o Ministério Público poderá aditar a denúncia , art. 401, "caput" , . Parece-nos, portanto, que o anteprojeto cria uma fase específica para o aditamento da denúncia.

Aqui reside uma indagação. Suprimindo-se a fase de diligências do art. 499 do CPP, as diligências, poderão ser requeridas, nos termos do art. 402 do anteprojeto, ao findar da instrução , desde que a necessidade ou conveniência de realização tenha origem em circunstâncias ou fatos apurados na mesma .Ora, se o órgão do Ministério Público não efetivar o aditamento na fase própria do art. 401, "caput", poderá fazê-lo após a produção das diligências requeridas na oportunidade do art. 402 do anteprojeto?

Em face das reformas apenas setoriais do Código de Processo Penal, continuará vigendo o seu art. 384 e parágrafo único, onde se abriga modalidade de aditamento provocado pelo Juiz, inexistindo impeditivo ao Órgão do Ministério Público , ,por conseguinte, em opinar nas alegações finais pela sua aplicação, aguardando, desta feita, a provocação para o aditamento.

Quanto. ao aditamento espontâneo fora da fase específica, do art. 401 'do anteprojeto, prosperará alguma dúvida, considerando-se, outrossim, e por diverso ângulo de enfoque do problema, que o anteprojeto, ultimado pela Comissão de Revisão no tocante ao novo título dos recursos em geral, não prevê a hipótese - pasmem! - e ainda, de recurso da decisão que não recebe o aditamento da denúncia

Aspecto a merecer correção no anteprojeto refere-se ao prazo concedido às partes para oferecimento de alegações finais orais, de dez minutos, prorrogáveis por mais cinco

Sabendo-se dever do Ministério Público a elaboração de relatório em suas manifestações finais por exigência de lei , Lei n. 8.625/193 - art. 43, III , tem-se, "prima facie", inconciliável a Lei Orgânica Nacional da Instituição e o anteprojeto neste item, inobstantemente haja a faculdade excepcional de apresentação de memoriais devido à complexidade do caso, a inteiro critério do Juiz.

O

11-2 - ANTEPROJETO DE LEI que altera a redação dos arts. 514 e 517, suprime o Capítulo V, do Título II, do Livro II, e modifica os arts. 531 a 539 do Código de Processo Penal

A possibilidade de conciliação e transação em infrações de menor potencial ofensivo , com previsão na Constituição .Federal de 1.988 , art. 98, "caput" , foi contemplada no anteprojeto, o qual definiu ditas infrações de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes a que for cominada pena máxima de dois anos de detenção.

O art. 531 do anteprojeto prescreve que será sumário o procedimento relativo ao processo das contravenções e dos crimes punidos com detenção.

Verificada uma infração de menor potencial ofensivo, a Autoridade Policial lavrará boletim de ocorrência dispensando-se a realização de inquérito e encaminhará o boletim imediatamente a Juízo . Também intimará o autuado e a vítima para comparecerem, no prazo máximo de dez dias, a uma audiência de conciliação perante o Juiz competente.

Nesta audiência de conciliação, além do autuado e vítima, far-se-á presente o representante, do Ministério Público, devendo autuado e vítima apresentarem-se assistidos de seus Advogados. Não esclarece o anteprojeto a assistência de Advogado a autuados ou vítimas pobres, não possuindo caráter substitutivo ou supletivo, mesmo em relação à vítima, a presença do Ministério Público, cuja função, neste ato, sem dúvida alguma, é de fiscalização da execução da lei.

Prossegue o parágrafo primeiro do art. 533 do anteprojeto, preceituando que, em havendo transação , a qual "...versará sobre a reparação dos danos causados ao ofendido..."(sic), o Juiz a homologará, determinando ao autuado o pagamento de até o décuplo das custas.

Não se trata, como visto, de uma transação penal - em que pese a aparência de sanção pecuniária; a deterr'iação de pagamento de até o décuplo das custas - mas de uma mera composição de danos . E o titular da ação penal, o "dominus litis", sequer opinará a respeito do preenchimento dos requisitos legais insculpidos no parágrafo terceiro do art. 533, não prevendo o anteprojeto oportunidade para sua manifestação, dependendo esta, uma vez mais, do implícito bom senso prático do Julgador, guiado sempre pelo conhecimento absoluto e infalível das regras gerais do Código e da melhor doutrina.

Tratando-se de mera composição de interesses privados, a transação criada pelo anteprojeto incorre - abstraindo-se aqui qualquer sentimento de corpo ou classe - em manifesta inconstitucionalidade por violação frontal a dois princípios da carta magna, quais sejam, o de titularidade da ação penal pública ao Estado , em que pese a atenuação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública através da possibilidade da transação , e o da isonomia.

Como advertiu o Professor Afrânio Silva Jardim , no VII Simpósio Nacional de Direito Penal e Processual Penal (Curitiba, 9 a 11 de junho de 1.994- IEJ e APMP), a transação , a fim de não se restringir a conteúdo simplesmente privado, deveria concretizar-se entre o Ministério Público e o autuado, e não como inserido no anteprojeto, com caráter apenas patrimonial.

Em relação à transgressão ao princípio constitucional da isonomia, a distinção entre economicamente fortes e economicamente fracos é nítida e inconcebível .Duas pessoas, ambos autores de infração penal de menor potencial ofensivo , receberão tratamento distinto da lei . Ao mais favorecido economicamente, se aceita a transação pela vítima, extinguir-se-á a punibilidade, desde que cumpridas as condições de reparação do dano. Ao menos favorecido economicamente, se aceita a transação pela vítima, aplicar-se-á a suspensão condicional do processo de um a dois anos, prazo

durante o qual, deverá o autuado submeter-se a diversas condições estando passível, inclusive, de revogação a suspensão do processo ou prorrogação do período de prova, tudo nos termos de outro anteprojeto de reforma setorial do Código de Processo Penal. Apenas após o cumprimento das condições estabelecidas na decisão de suspensão condicional do processo , a rigor, inexistente, porque ainda não aperfeiçoada a relação processual , poderá o Juiz decretar extinta a punibilidade, nos exatos termos do parágrafo quinto do art. 533 do anteprojeto.

Tivesse a douta Comissão proposto, pois, penas alternativas à transação, emprestando-lhe caráter penal ou, então, tratamento idêntico de suspensão condicional do feito a quem pudesse ou não arcar com as despesas de reparação do dano - tal qual na hipótese ventilada pelo anteprojeto quando da inexistência de danos a serem reparados (parágrafo segundo do art. 533), até porque a suspensão condicional também implica na obrigação de reparação do dano, consoante o anteprojeto específico acima noticiado -, nada se alteraria com relação à vítima e nada beneficiaria o autuado economicamente apto para pronto pagamento.

Não ocorrendo a transação, o Ministério Público oferecerá, de imediato, denúncia oral reduzível a termo, baseada no boletim de ocorrência, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. Cópia da denúncia será entregue ao acusado, o qual, desde então, ter-se-á citado e intimado para a audiência de instrução e julgamento.

Prevê o art. 536 , anteprojeto , que antes do início da instrução e julgamento, proceder-se-á a nova tentativa de conciliação nos moldes e termos do art. 533.

Ora, além de tratar-se de incomensurável desprezo à atividade do Ministério Público, cuja denúncia não será sequer tida caso a transação ocorra nesta segunda oportunidade, certamente os senhores Advogados orientarão seus patrocinados a aguardarem a manifestação do Ministério Público após a primeira audiência de conciliação - que por certo figurará entre os atos inócuos do universo legislativo nacional -, manifestação esta que poderá ser um pedido de arquivamento do caso.

Não efetivada a conciliação nesta segunda audiência - misto de conciliação, instrução e julgamento -, o procedimento segue, em linhas gerais, o concebido no anteprojeto (já brevemente analisado) relativo ao procedimento ordinário.

11-3 - ANTEPROJETO DE LEI que altera a redação dos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal

O anteprojeto de novo procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri merece fartos elogios.

A par das inovações trazidas e de conhecimento da comunidade jurídica (v.g.: abolição do libelo, possibilidade de julgamento sem a presença do réu, etc.), a atuação do membro do Ministério Público deverá ser atualizada e diversa, antes e durante o julgamento em plenário.

Sempre quando possível, o Juiz mandará distribuir cópias da denúncia e das alegações finais das partes, além das cópias da pronúncia e do relatório, aos jurados, desde a convocação (art. 435 e parágrafo primeiro).

Não será mais aconselhável ao membro do Ministério Público . por conseguinte, esmerar-se em concepções estritamente técnico-jurídicas nas suas peças escritas; antes, será de todo proveito o hábito das orações simples e diretas, com aguda análise das provas, sem o que seu trabalho não será absorvido pela leitura leiga e prévia dos jurados

Inaugurando-se a possibilidade de reperguntas ao réu, o interrogatório em plenário revelar-se-á preciosa oportunidade ao agente do Ministério Público para esclarecer contradições e dúvidas ainda pendentes na instrução perante o Juiz singular. Tanto exigirá estudo detido das provas e sensibilidade ao órgão do Ministério Público, a fim de que não propicie o escárnio e a humilhação do réu em público. Assim também, quanto às testemunhas, passíveis, outrossim, de inquirição direta (art. 473, parágrafo único e art. 474).

Contudo, na simplificação da formulação dos quesitos reside, contundentemente, a

- modificação do próprio conteúdo da exposição do membro do Ministério Público em plenário. Sabendo-se que se indagará . tão-somente: a materialidade do fato; a autoria ou participação; se o acusado deve ser condenado; se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de

pena reconhecida na pronúncia - será desnecessário que ,o membro do Ministério Público se detenha, por exemplo, em cada um dos requisitos da legítima defesa real ou putativa, etc. Longe de pautar-se apenas em argumentos de sensacionalismo condenatório, o novo tratamento à quesitação recomenda que o discurso do agente do MP deva inclinar-se ao esgotamento e aferição do sentimento de justiça dos jurados se e quando estiver em consonância com o núcleo moral da legislação penal. —

Enfim, o novo procedimento vem ao encontro da própria realidade das decisões do Tribunal do Júri, cumprindo ao membro do MP, diante da nova agilidade na colheita da prova em plenário, evitar a "tele-americanização" do seu comportamento e, frente à maior flexibilidade jurídica dos debates, precaver-se contra a "panfletização" dos argumentos de linchamento ético do acusado e da desgraça do crime cometido.

Ø

114 - ANTEPROJETO DE LEI que altera os arts. 581 a 592 do Código de Processo Penal

O anteprojeto suprime do Código de Processo Penal o recurso em sentido estrito e a carta testemunhável, e cria o recurso de agravo, cujas hipóteses de interposição acobertam, em linhas gerais, as atualmente previstas para o recurso em sentido estrito.

O novo recurso será requerido ao escrivão e dirigido diretamente ao Tribunal competente em qualquer das suas modalidades , art. 584, "caput).

Acredito que o anteprojeto peca ao não prever mais ao Juiz a possibilidade de sua retratação.

.O cabimento de recurso de agravo da decisão que recebe a denúncia constitui novidade preocupante, especialmente porque o agravo terá efeito suspensivo quando, a critério exclusivo do relator, da decisão possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do pedido, resultando, pois, em trancamento da ação penal por um recurso de agravo.

Além de já existir instrumento próprio para o trancamento da ação penal ("habeas corpus"), corre-se agora o risco de fundamentos, como o "abalo de crédito no mercado",