



LIVRO DE TESES

TOMO I

FORTALEZA - CEARÁ
26 A 29 DE MAIO DE 1998
CENTRO DE CONVENÇÕES EDSON QUEIROZ

Organização/Realização:

INAMP - Confederação Nacional do Ministério Público
Presidente Geral: *Achilles de Jesus Siquara Filho*
MP - Associação Cearense do Ministério Público
Presidente Executivo: *Edilson Santana Gonçalves*

Apoio:

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará
Procurador-Geral: *Nicéforo Fernandes de Oliveira*
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Presidente: *José Maria de Melo*

BIB. DEB. DA
ASSOCIAÇÃO CEA-
PENSE DO MINISTÉRIO
PÚBLICO
AQUISIÇÃO
CC

**12º CONGRESSO NACIONAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

TEMA CENTRAL

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA

Fortaleza, 26 a 29 de maio de 1998

**LIVRO DE TESES
TOMO 1**

PROMOÇÃO E REALIZAÇÃO:
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP
ASSOCIAÇÃO CEARENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ACMP

**12º CONGRESSO NACIONAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Presidente de Honra

Tasso Ribeiro Jereissati

Governador do Estado do Ceará

COMISSÃO ORGANIZADORA NACIONAL

Presidente-Geral

Achiles de Jesus Siquara Filho

Presidente da CONAMP

Presidente-Executivo

Edilson Santana Gonçalves

Presidente da ACMP

Secretário-Geral

Cláudio Barros Silva

Assessor da CONAMP

COMISSÃO EXECUTIVA LOCAL

Coordenadoria Executiva: Joseana França Pinto Mota

Coordenadoria Social: Isabel Maria Salustiano Arruda Pôrto

Coordenadoria Científica: Maria do Socorro Pereira da Costa

Coordenadoria de Recepção: Rosemary de Almeida Brasileiro

Coordenadoria Financeira: Sofia Farias Lima de Melo

234773
C7592
1998
8.1
ex.1

Apresentação

A Constituição democrática de 1988 conferiu ao Ministério Público prerrogativa social de larga e significativa proporção.

Em assim sendo, torna-se fácil compreender que o cidadão espera da instituição, efetiva e profícua atuação, marcada pela operosidade, seja na fiscalização para a manutenção dos direitos individuais, seja no combate à ilicitude, seja na defesa dos oprimidos e discriminados, encetando luta constante, visando a concretização das garantias do cidadão, conquistadas com sacrifício, no curso da história do país.

O XII Congresso Nacional do Ministério Público, através das proposições que nele serão debatidas, abordará os mais variados temas relativos à contemporânea problemática social, apontando soluções e diretrizes, com o escopo de alcançar o ideário de Justiça, eis que, esta é a magnífica missão, o indeclinável itinerário, a mais importante atribuição confiada ao Ministério Público.

Fortaleza (CE), maio de 1.998.

Nicéforo Fernandes de Oliveira
Procurador-Geral de Justiça

Edilson Santana Gonçalves
Presidente – executivo do XII
Congresso Nacional do
Ministério Público

EDITADO E IMPRESSO
NO PARQUE GRÁFICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ
CENTRO ADMINISTRATIVO GOV. VIRGÍLIO TÁVORA
AV. MINISTRO JOSÉ AMÉRICO, S/N
CAMBEBA - MESSEJANA
FORTALEZA - CEARÁ
60839 - 900

NOTA:

ESTE LIVRO DE TESES, EDITADO EM 4(QUATRO) VOLUMES,
FOI IMPRESSO DIRETAMENTE DOS ORIGINAIS EM DISQUETE
DAS TESES ENVIADAS. ASSIM, OS ERROS DE DATILOGRAFIA
E FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS MESMOS, SÃO DE INTEIRA
RESPONSABILIDADE DOS AUTORES.

Congresso Nacional do Ministério Público,
(12: Fortaleza: 1998)

Livro de teses. Fortaleza: Associação do
Ministério Público do Estado do Ceará/ ACMP. 1998.

4v.

1. Ministério Público - Congressos.

ÍNDICE

TESES DO XII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

COMISSÃO TEMÁTICA I – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL, DIANTE DAS MODIFICAÇÕES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

TESES:	PAG.
01 - Controle externo da atividade policial: Do discurso à prática – Autor: Manuel Pinheiro Freitas (CE)	16
02 - Ministério Público e Segurança Pública – Uma proposta prática para o controle externo da atividade policial – Autor: Anco Márcio Valle (RJ)	44
03 - Os órgãos de Segurança Pública e o papel controlador do Ministério Público – Autores: Luiz Renato Azevedo da Silveira e outros (ES)	52
04 - O controle externo da polícia – Autor: Guilherme Costa Câmara (PB)	60
05 - A efetivação do controle externo da polícia: propostas de execução de medidas – Autora: Anamaria Campos Tôrres (PE)	73
06 - A efetividade do controle externo da atividade policial – Autores: José Rodrigues Pinheiro e outros (ES)	79
07 - O controle da atividade policial na produção da prova de escuta telefônica (lei 9296/ 96), excepcionada pela Constituição Federal – Autor: Ludgero Francisco Sabella (SP)	104
08 - Meios alternativos de solução de litígios: a transação penal – Autor: Luiz Roberto Salles Souza (SP)	112
09 - Lei 9.099/ 95: Alternativa à punição – Autores: Edison Miguel da Silva Júnior e outro (GO)	129
10 - O descumprimento da transação penal – Autor: Eduardo M. Cavalcanti (RN)	147
11 - O descumprimento da transação penal e o oferecimento de denúncia – Autora: Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser (SP)	163

12 - Inexigibilidade da formação do corpo de delito para a transação e a instauração do processo no Juizado Especial Criminal – Autor: Miguel Batista de Siqueira Filho (TO)	170
13 - Juizado Especial Criminal como instância apuradora do delito de lesão corporal – Autor: Francisco Raulino Neto (PI)	188
14 - Inconstitucionalidade parcial do artigo 87 da Lei Nº 9.099/ 95 – Autores: Marcelo André de Azevedo e outro – (GO)	195
15 - A necessidade de intimação da vítima virtual para comparecimento à audiência preliminar nos casos de <i>aberratio ictus</i> com unidade de resultado – Autor: Francisco de Assis Santos Lauzid (PA)	200
16 - O direito de representação e o procedimento criminal da Lei 9.099/ 95 – Autor: João Batista Machado Barbosa (RN)	206
17 - A representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas, e a posição do Ministério Público diante da hipótese de decadência desse direito – Autora: Elaine Castelo Branco Souza (PA)	221
18 - Possibilidade de retratação da representação, após o oferecimento de denúncia – Autor: Anastácio Nóbrega Tahim Júnior (RN)	231
19 - Competência nas hipóteses de concurso de crimes - Autor: Anastácio Nóbrega Tahim Júnior (RN)	237
20 - Aditamento da denúncia com alteração da capitulação, em qualquer fase processual, para permitir a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/ 95 – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA)	240
21 - Inclusão dentre as condições obrigatórias do SURSIS processual, previsto na Lei 9.099/ 95, da prestação de serviço à comunidade e exclusão da proibição de freqüentar determinados lugares, tornando-a facultativa – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA)	247
22 - Política criminal brasileira e alternativas à pena privativa de liberdade – Autor: Paulo Roberto Dantas de Souza Leão (RN)	252
23 - O devido processo legal consensual e a execução das penas restritivas de direitos – Autor: David Medina da Silva (RS)	260
24 - Execução penal e penas alternativas – Autora: Elza Roxana Álvares Saldanha (PE)	274
25 - A execução penal e a inconvertibilidade da pena de multa – Autor: Francisco Raulino Neto (PI)	280

26 - Justiça rápida e eficiente: uma realidade – Autores: Rogério Schietti M. Cruz e outros (DF)	291
27 - A plena democracia na prática dos julgamentos pelo Tribunal do Júri – A necessidade de reformas – Autor: Marcellus Ugietto (PE)	301
28 - A necessidade de reforma do Júri Popular como forma de compatibilização e aprimoramento de seu mecanismo ao Estado Democrático de Direito – Autora: Ana Cláudia de Moraes (CE)	307
29 - A ignorância por imposição legal ou democracia pífia na morada das liberdades – Autores: Wandílson Lopes de Lima e outro (PB)	314
30 - O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público – Autor: Mário Antônio Conceição (MG)	321
31 - O artigo 594, do Código de Processo Penal e a impunidade – Autores: Antônio Marco Polo Cavalcanti Dias e outro (PB)	347
32 - O Ministério Público e a manipulação ideológica da violência oficial – Autora: Márcia Aguiar Arend (SC)	352
33 - Análise crítica das penas dos crimes de responsabilidade – Autores: Ângela Teresa Gondim Carneiro e outro (CE)	373
34 - Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral – Autor: Antônio Herman V. Benjamin (SP)	389
35 - A questão ambiental e os delitos lesa-humanidade – Autor: Cláudio Barros Silva (RS)	404
36 - A tutela penal do meio ambiente – Autor: José Carlos Meloni Sícoti (SP)	420
37 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Autor: Fernando A. N. Galvão da Rocha (MG)	428
38 - As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime – Na Lei 9.605/ 98 – Autor: Edward Ferreira Filho (SP)	444
39 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social – Autor: José Carlos Rodrigues de Souza (SP)	454
40 - Mais um enfoque sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica – Autor: José Ramón Simons Tavares de Albuquerque (PE)	469
41 - A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais – Autor: Walter Claudius Rothenburg (SP)	477
42 - A extensão dos termos ato administrativo e decisão judicial nos artigos 62 e 63 da Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Autores: Fernando Reverendo Vidal Akaoui e outros (SP)	492

43 - A Persecução Penal: Atribuição do Promotor de Defesa do Meio Ambiente e do Promotor de Defesa do Consumidor – Autores: Alayde Teixeira Corrêa e outro (PA)	502
44 - A violência oficial e as Justiças Militares – Autor: Gilberto Valette Martins (PA)	509
45 - Condenação de policiais militares-praças – Perda do cargo público – Efeito penal específico – Declaração – Competência do Juízo de 1ª instância – Independente de procedimento administrativo-punitivo – Autor: Mauro Viveiros (MT)	517
46 - A Lei nº 9099/ 95 e a Justiça Militar – Autor: José Eduardo do Nascimento (GO)	529
47 - Ministério Público, opinio delicti . Lei 9299/ 96, art. 2º, § 2º – Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO)	541
48 - Crimes de trânsito – Lei nº 9.503/ 97 – Disposições Gerais: Uma interpretação possível nos paradigmas do Direito Penal Democrático – Autores: Edison Miguel da Silva e outro (GO)	546
49 - Código de Trânsito – Da Inaplicabilidade da multa reparatória – Necessidade de aperfeiçoar e estender a aplicação do instituto – Autor: Gilson Sidney Amancio de Souza (SP)	556
50 - O CTB e o Homicídio Culposo de Trânsito – Duas penas e duas medidas – Autor: João José Leal (SC)	566
51 - Homicídios de trânsito. Capitulação na forma dolosa eventual – Autor: Eugênio Paes Amorim (RS)	578
52 - Medidas administrativas de trânsito – Manifestação do poder de polícia – Autora: Sheila Cavalcante Pitombeira (CE)	581
53 - Da prisão temporária – Autor: João Alberto Ramos (DF)	590
54 - Os crimes hediondos (e assemelhados) e a possibilidade de progressão de regimes em face da Lei 9.455/ 97 – Autora: Elaine Cardoso de Matos Novais (RN)	608
55 - Denúncia no homicídio qualificado ou simples: conseqüências processuais decorrentes da Lei 8930/ 94 – Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO)	624
56 - A competência ratione personae nas infrações eleitorais – Autor: Miguel Batista de Siqueira Filho (TO)	636
57 - Descriminalização da corrupção passiva eleitoral (art. 299 do CE) – Autora: Denise Vinci Tulio (PR)	663

58 - Inconstitucionalidade e outras ilegalidades no processo penal - Autores: Demostenes Xavier Lázaro Torres e outros (GO)	667
59 - Consubstancia-se em prova urgente, passível de produção antecipada, na forma prevista no art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9271/96, a prova testemunhal nas ações penais em que há concurso de pessoas, com réu (s) revel (is) e presente (s) – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA)	675
60 - Da possibilidade de acesso dos agentes do Ministério Público a todos os dados constantes das entrevistas eleitorais, inclusive o nome dos entrevistados, nos procedimentos destinados a apurar os delitos previstos nos art. 33, & 4º e 34, & 3º da lei eleitoral (lei nº 9.504/97) – Autora: Denise Vinci Tulio (PR)	683
61 - Porte ilegal de arma e tipicidade: ausência de tipicidade na conduta de quem, autorizado ao porte de arma de fogo, porta arma não registrada – Autores: Haroldo Caetano da Silva e outro (GO)	691
62 - Arma de brinquito: Ficção ou realidade – Autoras: Maria Bernadete Gonçalves Aragão e outra (PE)	697
63 - Algumas expressões discriminatórias ou preconceituosas dirigidas a uma determinada pessoa – Incidência do art. 20, “ caput” , da Lei nº 7.716/ 89 – Ação Penal Pública Incondicionada – Autor: Lidivaldo Raimundo Britto (BA)	700
64 - Possibilidade de denúncia caluniosa contra agente que dá causa à instauração de inquérito policial contra emitente de cheque sem fundos – Autora: Elza Roxana Álvares Saldanha (PE)	704
65 - Destinação judicial da coisa alheia e o devido processo legal – Autor: Epaminondas da Costa (MG)	709
66 - Medidas de segurança e teoria finalista da ação – Autor: Cândido Furtado Maia Neto (PR)	716
67 - A necessidade do contraditório no Inquérito Policial como afirmação democrática do direito de defesa – Autora: Ann Celly de Araújo Sampaio (CE)	730

COMISSÃO TEMÁTICA II – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS – A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

TESES:	PAG.
01 - Conceito de ação coletiva – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF)	736
02 - O amplo conceito da ação civil pública – Autor: Carlos Frederico Brito dos Santos (BA)	747
03 - Direitos e interesses individuais homogêneos: A “origem comum” e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade <i>ad causam</i> ativa e no interesse de agir do Ministério Público – Autora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (SP)	753
04 - Legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses individuais homogêneos em matéria previdenciária e tributária – Autoras: Ana Lúcia Amaral e outra (SP)	783
05 - Sobre a arguição de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública: Desdobramento de uma polêmica – Autora: Maria Betânia Silva (PE)	790
06 - Proposta de revogação da lei nº 9494/97, que tenta limitar a tutela dos interesses supra individuais – Autor: Ricardo Albuquerque da Silva (PA)	806
07 - A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da lei 9494/ 97 – Autor: André de Carvalho Ramos (SP)	812
08 - Racionalização da intervenção do Promotor de Justiça, como fiscal da lei, no processo civil – Autores: Jorge Augusto Moraes da Silva e outros (SP)	827
09 - Ministério Público – <i>custos legis</i> ou legitimado ativo? – Autor: Odil José Cota (SC)	832
10 - Ações contra a Fazenda Pública - causas de pequeno valor - dispensa de recurso de ofício - não cabimento de embargos à execução por quantia certa – Autor: Mauro Viveiros (MT)	839
11 - Legitimação dos Promotores de Justiça para ajuizamento de ação civil pública contra chefe de poder estadual – Inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/	844

93 – Autor: José Galvani Alberton (SC)	
12 - Do pedido de informações sigilosas – Autor: Epaminondas da Costa (MG)	864
13 - A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa – Autor: Valter Foletto Santin (SP)	882
14 - A discricionariedade administrativa e a omissão do administrador diante dos interesses sociais – Autora: Inês Virgínia Prado Soares (SP)	902
15 - Do exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público, e de sua atuação junto aos Tribunais de Contas – Autor: Márcio Etienne Arreguy (MG)	908
16 - Audiência Pública na efetividade dos direitos fundamentais do cidadão – Autor: Paulo Antonio Locatelli (SC)	915
17 - Ministério Público - Atuação extrajudicial - Envolvimento comunitário e defesa social - Autor: Cezar Augusto dos Santos Motta (PA)	938
18 - Atuação extrajudicial: Envolvimento comunitário e defesa social – Autor: Marco Antonio Lopes de Almeida (MG)	944
19 - As rádios comunitárias e a atuação do Ministério Público – Autora: Rosemary Souto Maior de Almeida (PE)	951
20 - A presença social do Promotor de Justiça na concretização da fiscalização das entidades de interesse social pelo Ministério Público – Autor: José Eduardo Sabo Paes (DF)	964
21 - Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal – Autora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (SP)	976
22 - O Ministério Público e a fiscalização do sistema único de saúde – Autores: Libanio Alves Rodrigues e outra – (DF)	983
23 - A tutela dos direitos das minorias – o Ministério Público e a inclusão da pessoa portadora de deficiência no âmbito escolar – Autora: Iadya Gama Maio (RN)	989
24 - A tutela dos direitos das minorias: defesa das populações indígenas – Autoras: Ana Lúcia Amaral e outra (SP)	1000
25 - O Ministério Público e o direito social à renda mínima – Autor: Duciran Van Marsen Farena (SP)	1006
26 - A responsabilidade civil em acidentes do trabalho – Teoria do risco – Seguro do INSS – Autores: Vilanir de Alencar Camapum Júnior e outra (GO)	1024
27 - Aperfeiçoamento do Projeto do Código Civil visando a manutenção das atuais competências dos Ministérios	1040

Públicos Estaduais e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no velamento das Fundações – Autor: José Eduardo Sabo Paes (DF)	
28 - Ausência de normas que definam o local de registro das Associações e Fundações. Prejuízo para os eventuais beneficiários. Entrave para atuação do Ministério Público e outros órgãos fiscalizadores – Autora: Liliane da Fonseca Lima Rocha (PE)	1048
29 - A Política Nacional das relações de consumo e a economia brasileira – Autor: Ciro Expedito Scheraiber (PR)	1057
30 - Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos estabelecimentos de crédito – Autor: Leonir Batisti (PR)	1073
31 - Os limites da coisa julgada nas ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor – Autor: Paulo Valério Dal Pai Moraes (RS)	1089
32 - Proteção do consumidor diante do decreto-lei Nº 911/ 69 – Autor: Epaminondas da Costa (MG)	1103
33 - Titularidade do direito ao Meio Ambiente – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF)	1108
34 - Da estética urbana e do direito à paisagem – Autor: Antonio Carlos Brasil Pinto (SC)	1114
35 - Licenciamento ambiental como processo administrativo: A participação do poder público, da coletividade e do Ministério Público na defesa do meio ambiente – Autor: Raimundo de Jesus Coelho de Moraes (PA)	1133
36 - O princípio da subsidiariedade como mecanismo de resolução dos conflitos administrativos oriundos da competência comum ambiental – Autor: Paulo José Leite Farias (DF)	1154
37 - Atuação do Ministério Público em face as queimadas – Autor: Juliano de Barros Araújo (GO)	1169
38 - Trata-se de averbação da reserva florestal legal, por ocasião da aquisição da propriedade através do usucapião – Autor: Saint-Clair Honorato Santos (PR)	1175
39 - O Ministério Público e o direito à convivência familiar – Autor: Munir Cury (SP)	1180
40 - Monitoramento da garantia da absoluta prioridade – Autor: Valério Bronzeado (PB)	1194
41 - Ministério Público: Atuação prioritária na defesa da criança e do adolescente – Autor: Cristiano Chaves de Farias (BA)	1208

42 - Da necessidade de efetiva apuração, comprovação e punição do abuso e da exploração sexual infanto-juvenil – Autora: Leane Barros Fiuza de Mello Chermont (PA)	1225
43 - Ministério Público da infância e da juventude – Das diversas procuraturas – Autor: José de Farias Tavares (PB)	1239
44 - Venda de bens de “ menores”. Necessidade premente por motivo de saúde. Depoimento dos “ menores” - Autor: Solon Ivo da Silva Filho (PE)	1260
45 - Legitimidade do Ministério Público na ação de investigação de paternidade, efetivação de direito e interesse social – Autora: Galatéia Fridlund Sotto Maior (PR)	1268
46 - Manifestação do Ministério Público nas possessórias por conflitos sociais – Autor: Darcy Paulillo dos Passos (SP)	1278
47 - O pagamento indevido dos juros compensatórios nas desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária – Autora: Zélia Luiza Pierdoná (SP)	1303
48 - Parcelamento de solo rural com finalidades urbanas (impossibilidade) – Autor: Ciro Expedito Scheraiber (PR)	1306
49 - A atuação do Ministério Público diante do serviço notarial e de registro – Autor: Mário Antônio Conceição (MG)	1317
50 - Pagamento aos herdeiros de pequenos valores – Autor: Epaminondas da Costa (MG)	1340
51 - O Ministério Público e a defesa do regime democrático – Autor: Pedro Sérgio Steil (SC)	1349
52 - Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente – Autor: Antônio Herman V. Benjamin (SP)	1368
53 - O Ministério Público e a erradicação do trabalho infantil - Autor: Olympio de Sá Sotto Maior Neto (PR)	1384

**COMISSÃO TEMÁTICA III – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NA DEFESA DA NORMA CONSTITUCIONAL E DAS
LEIS – DEZ ANOS DA CONSTRUÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

TESES:	PAG.
01 - Da atuação do Ministério Público na luta pelo cumprimento dos deveres do Estado como forma de defesa dos interesses sociais frente à discricionariedade administrativa – Autor: Roberto Livianu (SP)	1412
02 - Da atuação do Ministério Público na defesa do regime democrático – Autor: Márcio Etienne Arreguy (MG)	1433
03 - O Estado Democrático de Direito e a reforma da seguridade social – Autor: Vicente Elisio de Oliveira Neto (RN)	1441
04 - A privatização das rodovias federais – Autor: Hêlvio Simões Vidal (MG)	1477
05 - A política nacional de direitos humanos e o papel do Ministério Público no combate à discriminação racial – Autor: Nadir de Campos Júnior (SP)	1489
06 - Limites jurídicos e éticos à experimentação genética em seres humanos: a impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro – Autor: Paulo José Leite Farias (DF)	1509
07 - Direitos fundamentais da pessoa humana - Possibilidade de reconhecimento judicial via injunção ex officio - Princípio da inafastabilidade constitucional da jurisdição – Autor: Mauro Viveiros (MT)	1528
08 - Ação de impugnação de mandato eletivo – Ação autônoma – Desvinculada de qualquer procedimento administrativo – Autor: Mauro Viveiros (MT)	1537
09 - Ação de impugnação de mandato eletivo – Indisponibilidade – Autores: Fausto Campos Faquinel e outro (GO)	1542
10 - Proposta de Emenda ao art. 94 da Constituição Federal quanto à disciplina do quinto constitucional: lista tríplice para o Presidente da República – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF)	1553
11 - O efetivo exercício das funções de Promotor de Justiça na mesma entrância, em outra unidade da Federação, para fins de contagem de antigüidade – Autora: Elaine Castelo Branco Souza (PA)	1555

**COMISSÃO TEMÁTICA IV – A POLÍTICA INSTITUCIONAL E
ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – A LUTA PELA
CONSOLIDAÇÃO DE UMA INSTITUIÇÃO AUTÔNOMA,
INDEPENDENTE E DEMOCRÁTICA**

TESES:	PAG.
01 - O Ministério Público brasileiro: um novo ator político – Autor: Ronaldo Porto Macedo Júnior (SP)	1563
02 - O Ministério Público como agente político da soberania do Estado democrático e como poder informal da sociedade civil – Autor: Oscar d’Alva e Souza Filho (CE)	1584
03 - O posicionamento ético das Procuradorias de Justiça como postura exemplar da atuação dos membros do “Parquet”. O papel subsidiário das associações estaduais e da CONAMP – Autor: Oscar d’Alva e Souza Filho (CE)	1597
04 - Por uma nova forma de investidura do Procurador-Geral de Justiça – Autores: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e outro (SP)	1610
05 - A escolha do Vice-Procurador-Geral de Justiça, ou adjunto ou substituto, por eleição, em candidatura vinculada com o Procurador-Geral de Justiça – Autora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (CE)	1628
06 - Necessidade de fundamentação nas promoções e remoções pelo critério de merecimento – Autor: Cláudio Barros Silva (RS)	1632
07 - A relevância do voto do Presidente dos Órgãos Colegiados – Autora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (CE)	1635
08 - Política de uniformização de manifestações ministeriais – Autores: Luciana Medeiros Costa e outros (DF)	1639
09 - A impossibilidade de nomeação de promotor “ad hoc” – Autora: Selma Magda Pereira Barbosa (PE)	1649
10 - A importância das escolas superiores do Ministério Público como fator de estímulo e de aperfeiçoamento funcional dos seus membros – Autor: Anco Márcio Valle (RJ)	1665
11 - A importância das escolas superiores para o aperfeiçoamento funcional – A escola superior como espaço plural – Autora: Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles (SP)	1672
12 - Educação à distância: uma alternativa para os centros de aperfeiçoamento funcional do Ministério Público – Autor: Roberto Benjamin (PE)	1689

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL: DO DISCURSO À PRÁTICA.

Manuel Pinheiro Freitas

Sumário: Justificativa. As conseqüências da adoção do sistema acusatório na estrutura da persecução criminal. Conceito, finalidade e forma do controle externo da atividade policial. Disciplina normativa do controle externo da atividade policial. Funções institucionais correlatas ao controle externo da atividade policial: a) fiscalização, sob o aspecto da legalidade, dos procedimentos da polícia administrativa; b) promoção das investigações autônomas das infrações penais. As Promotorias de Investigação Criminal e as “Centrais de Inquérito”. Breves considerações sobre as relações do Ministério Público com a polícia judiciária no Direito Comparado. Conclusões.

Justificativa

Desde quando a imprensa noticiou o chamado “*Caso França*”, a sociedade cearense vem exigindo uma atuação mais firme e constante do Ministério Público estadual, em relação ao controle externo da atividade policial.

A interferência decisiva na apuração dos mencionados fatos angariou ainda mais credibilidade para a instituição ministerial, ao passo que alertou para a necessidade de que a relevante função, prevista no art. 129, VII da Carta Política, também seja desempenhada por todos os órgãos de execução, espalhados pelas comarcas do interior do Estado.

Por uma feliz coincidência, temos a honra de sediar o 12o. Congresso Nacional do Ministério Público, no momento em que a nossa Assembléia Legislativa discute a

regulamentação da matéria no âmbito estadual.

Mesmo contando com o apoio popular, o referido projeto de lei vem encontrando enorme resistência por parte de alguns setores da polícia judiciária, alimentada pelo corporativismo e pela falta de conhecimento a respeito do controle externo, de seus reais objetivos e da forma como será exercido.

Modestamente, o presente trabalho pretende contribuir para esclarecer algumas dessas questões e tratar dos primeiros passos da nossa experiência de controle externo da atividade policial. Como sugere o tema, aproximar a prática do discurso.

As conseqüências da adoção do sistema acusatório na estrutura da persecução criminal.

A Constituição Federal de 1988, mais precisamente no inc. I do art. 129, consagra o *sistema acusatório*, ao indicar como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção, *privativa*, da ação penal pública. Como todos sabemos, a principal característica do sistema acusatório é a clara separação, entre distintos órgãos estatais, das funções de acusar e de julgar.¹

Entre as muitas decorrências dessa escolha do constituinte federal, interessam ao presente trabalho aquelas que, de alguma forma, estejam relacionadas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Cumprе observar, primeiramente, que a adoção do sistema acusatório na *Lex Major* representou uma redefinição dos papéis da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário na persecução criminal. Nesse tocante, as conseqüências mais importantes da vigência da Magna Carta foram a abolição da chamada ação penal *ex officio* (e, para muitos, também do recurso de ofício²) e o afastamento do

magistrado da atividade persecutória anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

Com o objetivo de preservar a *neutralidade* e a *imparcialidade* nas decisões, veda-se que o órgão incumbido de julgar possa também deduzir a acusação, bem como participar dos atos investigatórios que geralmente a respaldam. Desde o início da persecução criminal (inquérito), deve o magistrado manter-se em posição de equidistância em relação às partes, sob pena de que seja maculada a sobredita finalidade.

A opção do legislador constituinte pela pureza do sistema acusatório implicou na revogação de vários dispositivos do Código de Processo Penal, que previam o controle jurisdicional dos atos do inquérito policial.

Aliás, o Projeto de Lei 31/95, de autoria do Senador Pedro Simon, propondo alterações no inc. II do art. 5º; no par. 1º do art. 10; no inc. II do art. 13; no art. 16 e no art. 23 da Lei Processual Penal, que a doutrina e a jurisprudência, em vista da flagrante incompatibilidade com art. 129, inc. I da Carta Republicana, já consideravam revogados, está em fase de discussão no Congresso Nacional.³

Entre outras mudanças de relevo do citado Projeto de Lei n. 31/95⁴, destacaríamos as seguintes: a supressão dos poderes da autoridade judiciária para requisitar a instauração de inquérito policial⁵ e para requisitar diligências investigatórias; o envio dos autos do inquérito diretamente ao Ministério Público; a determinação direta do órgão ministerial de que o inquérito retorne à autoridade policial (inclusive com a fixação do prazo para a realização das diligências), sem a necessidade de requerimento ao magistrado; e a obrigação da autoridade policial de comunicar a ocorrência da prisão em flagrante também ao órgão do Ministério Público.

Em síntese, com relação ao objeto do presente trabalho, interessa saber que o controle jurisdicional sobre os atos do inquérito policial, antigo resquício do sistema inquisitivo,

foi substituído pelo controle externo exercido pelo Ministério Público.

Conceito, finalidade e forma do controle externo da atividade policial.

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público compõe *osistema de freios e contrapesos* que é típico de qualquer Estado Democrático de Direito.

Em nossa ordem jurídica, como na de todos os povos ditos civilizados, não existe poder sem controle. Mesmo independentes uns dos outros, até os Poderes da República estão sujeitos aos mecanismos de controle recíproco. Não haveria razão para que um órgão do Poder Executivo, como a polícia judiciária, excepcionasse perigosamente a regra.⁶

A função institucional prevista no art. 129, VII da Lei Maior consiste em um controle sobre a coleta de informações pela polícia judiciária(tanto sob o aspecto extrínseco da legalidade, como no plano substancial da eficácia e da objetividade), com base nas quais o Ministério Público provocará a atuação da jurisdição penal.

De fato, não poderia deixar de interessar ao Ministério Público o controle dos atos de investigação realizados pela polícia judiciária. É com base nas informações contidas no inquérito policial, via de regra, que o órgão acusador oficial deduz em juízo a pretensão punitiva do Estado. Como bem adverte Waldo Fazzio Júnior, *“o exercício material pleno da legitimação ativa na ação penal pública reclama o controle da investigação como antecedente lógico e necessário para viabilizar a dedução da pretensão punitiva.”*⁷

Quando há deficiência no procedimento investigatório, ela acaba repercutindo negativamente no desempenho da função institucional de promover a ação penal pública. Um inquérito policial de má qualidade não fornece ao Ministério Público os subsídios necessários para que convença

o Poder Judiciário da viabilidade do *jus puniendi* estatal.

Para garantir que as investigações sejam eficazes e pautadas na legalidade - um anseio que não é apenas da instituição ministerial, mas de toda a sociedade - é que existe o controle externo da atividade policial. Resta evidente que a finalidade precípua do controle externo é garantir a licitude e a eficiência da investigação criminal.

Controle, segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles, *em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.*⁸

Na lição de Hugo Nigro Mazzili, o controle externo da atividade policial *é um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a opinião delictis do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial.*⁹

Os estudiosos do assunto desde muito sustentam que o controle deve ser exercido sobre a *atividade-fim* da polícia judiciária, que é a investigação da autoria, da materialidade e das circunstâncias dos ilícitos penais. Ao contrário do que se veicula indevidamente na imprensa, pelos interessados em alimentar a discórdia, o Ministério Público não pretende, e nem está autorizado, a controlar a *atividade-meio*, relacionada ao funcionamento interno dos organismos policiais.

É oportuno esclarecer, outrossim, que o controle externo previsto no inc. VII do art. 129 da Constituição Federal *não tem conteúdo de ascendência hierárquica ou disciplinar* dos membros do *Parquet* sobre as autoridades policiais e seus agentes. Trata-se apenas de acompanhamento e orientação dos atos dos inquéritos policiais por aqueles que são os seus destinatários naturais.

Conveniente ressaltar ainda que o órgão do Ministério Público, no exercício do controle externo, não poderá interferir nas decisões afetas à *discrecionalidade* da

autoridade policial. Presidindo a investigação, a autoridade policial tem ampla liberdade na forma de conduzi-la, desde que não atente, por ação ou omissão, contra a legalidade dos procedimentos. Corroborando o referido entendimento a lição de J.F. Marreiros Sarabando: *“não se cogitará de ingerência do Promotor Público sobre os assuntos de economia interna das Polícias, assim como sobre o estilo próprio de cada autoridade policial dirigir as investigações e formalizar os elementos colhidos”*.¹⁰

Disciplina normativa do controle externo da atividade policial.

Tal como ensina Hugo Nigro Mazzili, a norma constitucional que trata do controle externo da atividade policial (art. 129, VII) poderia ser classificada como de eficácia limitada ou reduzida. Não estando tal dispositivo apto a produzir os seus efeitos essenciais, com a simples vigência da Constituição, era necessário regulamentar a matéria, sob a forma de lei complementar (referida no art. 128).¹¹

A Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) disciplinou o exercício do controle externo da atividade policial pelo *Parquet* Federal, na forma de seus artigos 9º e 10º:

Art. 9º. O 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;

O controle externo da atividade policial estaria frustrado se não fosse permitido ao agente do Ministério Público ingressar livremente nos estabelecimentos policiais e prisionais.

Nos primeiros, o acesso não se restringe às delegacias, devendo estender-se a todos os lugares onde estejam acontecendo os atos de investigação. Em relação aos últimos, deve o fiscal da lei sempre atentar para a ocorrência de abusos ou ilegalidades, tais como as prisões ditas correcionais e as prisões para averiguação, abolidas definitivamente do ordenamento jurídico nacional, quando o inc. LXI do art. 5º da Carta Política proclamou que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em Lei.*

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 ilegalidade ou abuso de poder;

Como o controle externo não implica em subordinação hierárquica e disciplinar das autoridades policiais e seus agentes aos membros do Ministério Público, verificando a ocorrência de faltas disciplinares, o Promotor de Justiça deve dirigir-se ao superior hierárquico do funcionário público faltoso, apontando as irregularidades, bem como as providências necessárias para que sejam sanadas.¹²

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

O descumprimento da requisição ministerial enseja que a autoridade policial seja responsabilizada pelo

crime de prevaricação (art. 319 do CP - desde que presente o elemento subjetivo do tipo: *para satisfação de interesse ou sentimento pessoal*), sem prejuízo das sanções administrativas.¹³

V - promover a ação penal por abuso de poder.

Instrumento hábil para controlar o abuso de autoridade, em especial no uso do poder de polícia, encontra-se na Lei 4898/65.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.¹⁴

Ressalta Pedro Roberto Decomain que a medida permite ao agente do Ministério Público, tomando desde logo conhecimento de todas as prisões realizadas, interferir em benefício da liberdade do preso, inclusive perante a autoridade judiciária, com impetração de *habeas corpus*, se necessário e cabível, quando entenda ilegal a prisão.¹⁵

Outra finalidade da comunicação das prisões ao Ministério Público, em especial das prisões em flagrante, é possibilitar um controle *a posteriori* da instauração ou não do respectivo inquérito policial.

Para evitar as constantes reclamações sobre a desídia da autoridade policial diante da apuração de fatos delituosos levados ao seu conhecimento, seria conveniente o *fornecimento de prova da lavratura da ocorrência também à vítima, ao seu representante legal ou ao autor da notitia criminis*,

de modo a possibilitar que o interessado dirija-se ao Ministério Público, caso as providências investigatórias não sejam adotadas no tempo e na forma da lei.

Ainda nos incisos VIII e IX do art. 41 da Lei Complementar 75/93 são atribuídas prerrogativas aos membros do Ministério Público da União intimamente relacionadas com o desempenho do controle externo da atividade policial. São elas:

VIII - examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

IX - ter acesso ao indiciado preso, a qualquer momento, mesmo quando decretada a sua incomunicabilidade;

Por sua vez, a **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei 8.625/93)** não dedicou um capítulo específico ao controle externo da atividade policial, apenas abordado indiretamente nos artigos 10, inc. IX; 26, inc. IV e 41, inc. IX. Porém, em seu art. 80, consta a seguinte disposição:

“Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.”

Assim, face à aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei Complementar 75/93, relativos ao controle externo da atividade policial, aos ministérios públicos estaduais, os órgãos de execução do *Parquet* cearense podem, desde logo, desempenhar a mencionada função institucional, independentemente da falta da Lei Orgânica Estadual do

Ministério Público.

A Constituição do Estado do Ceará de 1989 (em seu art. 130, inc. VI) e até mesmo o Código do Ministério Público do Estado do Ceará (Lei 10.675, de 8 de julho de 1982, promulgada antes da vigência da atual Constituição da República) também fazem referências ao controle externo da atividade policial.

Funções institucionais correlatas ao controle externo da atividade policial:

Além do controle externo sobre a atividade policial judiciária (art. 129, inc. VII da CF/88), podemos apontar como funções institucionais correlatas: a fiscalização, sob o aspecto da legalidade, dos procedimentos da polícia administrativa (com fundamento no art. 129, inc. II da CF/88) e a realização de investigações autônomas das infrações penais, sempre que o interesse social exigir (com supedâneo no art. 129, incs. I, VI, VIII e IX da CF/88).

Nunca é demais repetir que o inc. VII do art. 129 da Lei Fundamental diz respeito apenas ao controle externo sobre a atividade-fim da polícia judiciária, que, no âmbito estadual, como se sabe, compete à Polícia Civil.

Segundo Walter Paulo Sabella seria um erro supor que o controle a ser desempenhado pelo Ministério Público devesse alcançar toda e qualquer atividade da polícia repressiva ou preventiva¹⁶. Em verdade, o controle externo que o Ministério Público deve exercer sobre a atividade policial destina-se às áreas em que ela está relacionada diretamente com a função ministerial de promover a ação penal pública.

Estando o controle externo teleologicamente ligado à função institucional de promover a ação penal pública, evidentemente que o dispositivo constitucional em alusão não se refere à atividade policial administrativa, da responsabilidade das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares.

A polícia administrativa não apura as infrações penais, antes visa prevenir que elas aconteçam. Não participa, como a polícia judiciária, da persecução criminal, colaborando com o órgão acusador e o órgão jurisdicional. Nem por isso, o Ministério Público pode deixar de acompanhar a sua atividade, por força da missão que lhe foi expressamente confiada no art. 129, inc. II da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”.

Inegável que a atividade policial administrativa, que tem como finalidade *a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*, é um serviço da mais alta relevância pública. Assim sendo, incumbe ao *Parquet* zelar para que os procedimentos policiais preventivos atendam aos ditames da legalidade e respeitem os direitos fundamentais consagrados na Lei Maior.

Apesar de não participarem da investigação da autoria, da materialidade e das circunstâncias das infrações penais; as polícias militares realizam prisões, busca pessoais e domiciliares, entre outros procedimentos, nos quais são comuns as queixas de violações dos direitos civis.

Esse “controle”, se assim podemos chamá-lo, tem outro fundamento (art. 129, II da CF/88), mas não é menos importante que o controle externo da atividade policial (art. 129, VII da CF/88). Não existisse o inciso II no art. 129, haveria fundamento para exercê-lo em face das incumbências ministeriais referidas no art. 127 da Magna Carta (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

Outra função que o Ministério Público deve desempenhar, que tem estreita relação com o controle externo da atividade policial, é a de investigar diretamente as infrações penais. Conforme pretendemos demonstrar, os órgãos de execução do *Parquet* estão autorizados pela Constituição a apurar crimes e/ou contravenções, sempre que necessário.

A regra é que a apuração dos crimes e das contravenções seja feita pela polícia judiciária. Entretanto, casos excepcionais podem exigir que os membros do Ministério Público, amparados por prerrogativas e garantias inerentes à qualidade de agentes políticos do Estado, promovam investigações autônomas, para a salvaguarda do interesse social.

Em determinadas circunstâncias, como na apuração de infrações penais cometidas por autoridades, por pessoas influentes ou por integrantes das forças policiais; convém que o órgão incumbido das investigações goze de maiores garantias e de isenção de ânimo, para colocar-se a salvo das pressões políticas e do sentimento corporativo.

Entre os dispositivos constitucionais que conferem ao Ministério Público o poder de investigar moto-próprio os ilícitos penais, estão os incs. I, VI, VIII e IX do Art. 129 da CF/88.

Primeiramente, merece destaque o inc. IX do art. 129:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

De acordo com a boa técnica legislativa, não seria

recomendável (ou, porque não dizer, não seria possível) elencar exaustivamente todas as funções institucionais do Ministério Público num único artigo da Carta Magna. A solução encontrada foi a redação aberta do supracitado inciso, limitando a atribuição de funções ao *Parquet*, apenas pela exclusão das atividades incompatíveis com a sua finalidade.

Encontram abrigo no mencionado dispositivo constitucional os defensores da *Teoria dos Poderes Implícitos*. Consoante os ensinamentos da melhor doutrina publicista, pode-se afirmar que o poder autônomo de investigar é um dos *poderes implícitos* do Ministério Público.

Sobre a matéria, socorre-nos o mestre Miguel Reale: “*a hermenêutica constitucional, especialmente no que tange ao problema das competências, além de considerar os poderes explícitos conferidos a um órgão, leva em conta os poderes implícitos, sem os quais ficaria ele impedido de exercer suas atribuições de maneira autônoma.*”¹⁷

Dúvida não resta de que o poder de investigar é absolutamente compatível com a finalidade do Ministério Público de defender a ordem jurídica, contra a qual atenta o ilícito penal. Estamos diante, portanto, de um poder/dever implícito, que é inerente à condição de titular da pretensão punitiva do Estado.

Aliás, René Ariel Dotti destaca que, em um dos Projetos de Código de Processo Penal (número original, 1.655, de 1983), aumentava-se consideravelmente as atribuições do Ministério Público, quanto à realização de investigação por conta própria, permitindo-lhe, inclusive, assumir a direção dos trabalhos mediante a vocatória e a colheita direta de prova com a audição do indiciado, do ofendido e das testemunhas (arts. 79, par. único ao 81); dotando, inclusive, a Instituição de um corpo próprio de funcionários para auxiliar nas diligências. (Art. 81 e parágrafos)¹⁸.

Em segundo lugar, os agentes ministeriais podem usar dos poderes de *expedir notificações e requisitar*

informações e documentos, previstos no art. 129, inc. VI da Lei Suprema, para instruir os procedimentos administrativos de investigação. Complementado o arcabouço instrumental necessário para conduzir a apuração direta dos ilícitos penais, o inc. VIII do art. 129 confere ao Ministério Público poderes para *requisitar diligências investigatórias*.

J. F. Marreiros Sarabando adverte para duas situações em que a cooperação da polícia judiciária deve ser necessariamente requisitada pelo Ministério Público durante as investigações autônomas: 1) “*emergindo dos autos sob a Presidência do Ministério Público da Comarca indícios robustos da autoria e provas da materialidade de uma infração penal, correto o encaminhamento de cópias ao delegado de Polícia da localidade, com requisição de indiciamento do suspeito, o que será feito em autos de IP, para os fins do art. 809 do Código de Processo Penal (elaboração do Boletim de Identificação Criminal, para remessa posterior ao setor de estatística da Secretaria de Segurança Pública)*”; 2) “*diante da falta do poder de polícia, não pode o membro do “Parquet” realizar apreensões, tampouco interdições de locais ou estabelecimentos, podendo, entretanto, requisitar tais providências da autoridade policial, ou mesmo requerer a cabível medida judicial cautelar*”.¹⁹

Destituída de fundamento é a objeção levantada por alguns setores da polícia judiciária à coleta direta de elementos de convicção pelo Ministério Público, argumentando que a investigação dos ilícitos penais, no âmbito estadual, é da competência exclusiva da Polícia Civil. Conforme Walter Paulo Sabella, *A Polícia Federal foi contemplada com o caráter de exclusividade no exercício das funções de polícia judiciária da União, o mesmo não tendo acontecido com as corporações estaduais*.²⁰

O monopólio da investigação criminal jamais foi reservado à Polícia Civil. Mesmo na redação do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, que vigora há mais de

50 anos, não havia espaço para dúvida: a competência da polícia judiciária para a apuração das infrações penais, não excluiria a de autoridades administrativas, a quem por lei fosse cometida a mesma função.

O Ministério Público não pretende assumir a presidência do inquérito, em substituição à polícia judiciária. O que tem feito é investigar, paralela e independentemente, a autoria, a materialidade e as circunstâncias das infrações penais, muitas vezes de maneira simultânea ao procedimento inquisitorial realizado pela polícia.

Ademais, vale ressaltar que o inquérito policial não passa de mera peça informativa, dispensável para o oferecimento da denúncia, caso o Promotor de Justiça disponha de outros elementos de convicção. A prescindibilidade do inquérito policial para o oferecimento da ação penal pública é abordada pelo festejado Hugo Nigro Mazzilli : *“Já o inquérito policial é apenas uma peça administrativa e preparatória, destinada tão somente a fornecer elementos ao titular da pretensão punitiva estatal para o ajuizamento ou não da ação penal pública, para a qual é o único legitimado.”*²¹

As Promotorias de Investigação Penal e as Centrais de Inquérito:

O exercício do controle externo reclama algumas alterações na rotina de trabalho dos órgão de execução do Ministério Público, com atribuições relativas à matéria penal; bem como à adaptação dos procedimentos nos órgãos da Segurança Pública e do Poder Judiciário à nova sistemática de tramitação do inquérito policial.

Interessantes lições podem ser tiradas pelo *Parquet* alencarino das experiências de controle externo da atividade policial em outras unidades da Federação.

No Estado do Rio de Janeiro, através da Resolução 447/91 (que substituiu a de n. 438/91) da

Procuradoria Geral de Justiça e do Provimento 255/91 da Corregedoria-Geral da Justiça, o Ministério Público e o Poder Judiciário, em perfeita harmonia, adaptaram o funcionamento de seus respectivos órgãos aos dispositivos constitucionais, que, em nome da pureza do sistema acusatório, determinaram a substituição do controle jurisdicional sobre os atos do inquérito policial, pelo controle externo exercido pelo Ministério Público.

Com a criação das Promotorias de Investigação Penal e das Centrais de Inquérito em 1991, o Ministério Público fluminense foi um dos primeiros do País a estruturar-se para bem desempenhar a relevante função institucional prevista no Art. 129, VII da Constituição Federal.

As Promotorias de Investigação Penal passaram a assumir todas as funções ministeriais relacionadas com o inquérito policial, incluindo até a propositura da ação penal pública. A divisão das atribuições, entre os diversos órgãos de execução do Ministério Público, aconteceu com base na área de circunscrição das delegacias de polícia que cada Promotoria de Investigação Penal deveria controlar, e em razão da matéria.

Como exemplo, a 1ª Promotoria de Investigação Penal deveria atuar nos inquéritos realizados pelas 1ª, 2ª, 3ª e 4ª delegacias de polícia da Capital. A 2ª Promotoria de Investigação Penal, por sua vez, nos inquéritos da 5ª, 6ª, 7ª e 9ª delegacias de polícia, e assim por diante, para que cada uma das 40 delegacias existentes na cidade do Rio de Janeiro fosse acompanhada por uma Promotoria de Investigação Penal.

Além das Promotorias de Investigação mencionadas no parágrafo antecedente, foram criadas outras com especialização em certos tipos de ilícitos penais. Assim, os inquéritos que apuram os *crimes dolosos contra a vida*, realizados em qualquer das delegacias de polícia, são acompanhados por uma das Promotorias de Investigação Penal especializadas (13ª, 14ª, 15ª e 16ª). Existem ainda as Promotorias de Investigação Penal que atuam junto às delegacias de polícia especializadas (a 17ª junto à Delegacia

de Defraudações; a 18ª junto às delegacias de roubos e furtos, roubos e furtos de veículos e roubos e furtos de cargas, etc.).

Para fins de organização e apoio administrativo, as Promotorias de Investigação Penal foram agrupadas em Centrais de Inquéritos. Amparando o trabalho dos referidos órgãos de execução, as Centrais de Inquéritos receberam, entre outras, as seguintes incumbências: a) receber os autos encaminhados pelas delegacias de polícia, bem como outras peças de informação que lhes fossem remetidas, a) tombar os feitos e confeccionar as fichas de controle e andamento; c) encaminhar os feitos à Promotoria de Investigação Penal com atribuição para neles funcionar; d) elaborar mapas de distribuição dos feitos, para fins informativos e estatísticos; e) devolver os autos à Delegacia de origem, quando houver determinação de baixa, f) remeter os feitos ao Juízo competente, quando houver sido oferecida denúncia, pedido de arquivamento ou qualquer outra medida que deva ser conhecida e apreciada pelo Poder Judiciário, g) manter o controle completo do andamento dos inquéritos e processos, em especial quanto à observância dos prazos legais; e h) fornecer respaldo administrativo necessário à realização de diligências complementares a inquéritos policiais e peças informativas pelas Promotorias de Investigação Penal.

Guardadas as devidas proporções, as Promotorias de Justiça comuns, em especial as das Comarcas do interior, exercem as tarefas correlatas às Centrais de Inquéritos.

Certo que os inquéritos policiais devem tramitar diretamente entre as autoridades policiais e os agentes do Ministério Público, sem a necessidade da intermediação dos magistrados. Porém, em certos casos os autos devem ser remetidos diretamente ao Poder Judiciário, a saber: 1) oferecida a denúncia ou o pedido fundamentado de arquivamento; 2) Inquérito instaurado a requerimento da parte para instruir ação penal de iniciativa privada e que deva aguardar em Juízo a

sua iniciativa; 3) pedidos de prisão preventiva, busca e apreensão, prisão temporária e outras medidas cautelares; 4) comunicação de prisão em flagrante ou de qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Infelizmente, depois de quase dez anos de vigência da Constituição Federal, a experiência do Ministério Público do Ceará, em relação ao controle externo da atividade policial, está apenas começando. Apesar da insipiência no desempenho da tão relevante função institucional, esperamos que o *Parquet* cearense possa contribuir inclusive para o aperfeiçoamento das experiências de controle externo em andamento.

Um dos pontos que, em nossa modesta opinião, merece reparo na experiência fluminense é a atribuição conferida às Promotorias de Investigação Penal de propor a ação penal pública. Respeitando os entendimentos em contrário, fundados na unidade institucional do Ministério Público, não nos parece correto que um Promotor ofereça a denúncia e outro assuma, daí em diante, a ação penal em ofensa ao Princípio do Promotor Natural

Breves considerações sobre as relações do Ministério Público com a polícia judiciária no Direito Comparado.

Interessante paralelo pode ser traçado a respeito das relações entre o Ministério Público e a polícia judiciária no Brasil e em vários países da América Latina, da Europa e, em especial, nos Estados Unidos da América do Norte.

Na maioria dos países europeus e latino-americanos a polícia judiciária é subordinada ao Ministério Público e este atrelado ao Poder Judiciário. É importante registrar que nas referidas ordens jurídicas alienígenas vigora o *sistema de unidade de instrução*, abandonado na estrutura processual penal brasileira, desde o final do século passado.

Desde então, o sistema pátrio é o da **duplicidade de instrução**, onde a persecução penal é desenvolvida em duas fases: uma fase inquisitorial administrativa (inquérito policial), antecedendo outra fase contraditória judicial (ação penal). Ao contrário do que acontece no sistema nacional, naqueles países o *contraditório* é observado desde o início das investigações, exercendo o Ministério Público funções de uma **magistratura especial**, que comanda a atividade da polícia judiciária.

No México, a polícia judiciária foi colocada sob a autoridade e o comando imediato do Ministério Público, conforme o art. 21 da Constituição daquele País. O mesmo acontece na França, na Itália, na Espanha e em Portugal.

O Ministério Público paraguaio, apesar das declarações formais de independência, ainda está muito ligado ao Poder Executivo, posto que uma de suas principais funções é a de *representar y sostener los derechos del Estado en todos los juicios en que fuera parte, de acuerdo com las instrucciones del Poder Ejecutivo*.²²

Para os integrantes do Ministério Público argentino, uma grande conquista foi o deslocamento da instituição da esfera de influência do Poder Executivo para a do Poder Judiciário. Como informa Ricardo Gustavo Recondo, *el Ministerio Público há sido organizado como una magistratura particular que integra el Poder Judicial*.²³

O Ministério Público nos Estados Unidos da América do Norte (tanto o Federal, quanto o Estadual, o do Condado e o do Município) em pouco ou quase nada faz lembrar o brasileiro, a começar pela forma de investidura dos seus dirigentes superiores: são eleitos, mediante voto direto e facultativo, para um mandato de quatro anos, exceto o *The United States Attorney General* (figura correspondente ao nosso Procurador-Geral da República), que é indicado pelo Presidente da República ao Senado e demissível *ad nutum*.

No *Parquet* norte-americano, não existe um

quadro de carreira; Cada Procurador-Geral que é eleito tem poder para demitir promotores contratados nas gestões anteriores e contratar novos auxiliares, dentre profissionais da área jurídica que sejam de sua maior confiança.

Bem destaca John Anthony Simon que, diversamente do que acontece no Brasil, os promotores criminais americanos não são *custos legis*, pois mantêm franca posição de adversidade ao réu.²⁴ Vigora, outrossim, o princípio da ampla disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público.

Na persecução penal brasileira, persiste, com algumas moderações nos últimos tempos, a obrigatoriedade/ indisponibilidade da ação penal pelo Órgão Acusador Oficial.

Já quanto ao relacionamento entre a polícia e o Ministério Público - o que mais interessa ao presente trabalho - convém ressaltar que, sem embargo da forte influência que recebe sobre sua atuação, a polícia norte-americana é ***juridicamente independente*** do Ministério Público.

O que determina, no plano fático, a ingerência do Ministério Público nas investigações, é a circunstância de que a polícia estadunidense não possui formação em Direito: não existe a figura do Delegado de Polícia e nem se trabalha sob a forma de inquéritos policiais.

Observando as características da instituição ministerial nos diversos países que tivemos a oportunidade de estudar, entre todos, o Ministério Público peruano é o que mais se assemelha ao brasileiro, sobretudo quanto às funções que desempenha e quanto à independência dos poderes Executivo e Judiciário.²⁵

No que diz respeito à relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária, cumpre assinalar o que dispõe o Art. 250 da Constituição Política do Peru: "*El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde: (...) 5- Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte.*"²⁶

Outras semelhanças entre as instituições ministeriais no Brasil e no Peru, *relacionadas com o controle externo da atividade policial*, podem ser destacadas: o Ministério Público peruano, tal como o nosso, está autorizado a realizar investigações autônomas e deve ser imediatamente comunicado de qualquer prisão efetuada pela autoridade policial.

Conclusões

1) Encontram-se revogados os dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com o sistema acusatório consagrado no art. 129, I da Constituição Federal.

2) O controle externo deve ser exercido sobre a *atividade-fim* da polícia judiciária (investigação da autoria, da materialidade e das circunstâncias dos ilícitos penais), e não sobre a *atividade-meio*, relacionada ao funcionamento interno dos organismos policiais.

3) O controle externo não implica em ascendência hierárquica ou disciplinar dos membros do Ministério Público sobre as autoridades policiais e seus agentes.

4) No exercício do controle, o órgão ministerial não deve interferir no mérito das decisões de natureza administrativa afetos à discricionariedade da autoridade policial. O Promotor de Justiça pode até requisitar *o que* deve ser feito, mas jamais dizer *como* dever ser feito.

5) O controle externo da atividade policial previsto no art. 129, VI da Carta Republicana diz respeito apenas à atuação da polícia judiciária.

6) Os agentes do Ministério Público devem fiscalizar, sob o

aspecto da legalidade, os procedimentos da polícia administrativa, de responsabilidade das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, com fundamento no inc. II do Art. 129 da CF/88, já que a atividade policial preventiva (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio) é um *serviço de relevância pública*.

7) Como decorrência dos *poderes implícitos* decorrentes da titularidade exclusiva da ação penal pública, o Ministério Público pode e deve promover *investigações autônomas*, simultâneas ao inquérito policial, sempre que o interesse social exigir. Fundamento nos incs. I, VI, VIII e IX do Art. 129 da CF/88.

Bibliografia:

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de, Titularidade da ação penal: consequências na formação da prova, Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Tomo II, pp. 1/8.
CECCON, Carlos Henrique Fleming, O controle externo da atividade policial, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 13, pp. 75/108.

COELHO, Inocêncio Mártires, O controle externo da atividade policial pelo Ministério Públicos, Revista JUSTITIA - Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991, pp. 26/36.

DECOMAIN, Pedro Roberto, Comentários à Lei Orgânica do Nacional do Ministério Público Ed. Obra Jurídica, Florianópolis, 1996, pp. 184/187 e 350/355.

DOTTI, René Ariel, O Ministério Público e a polícia judiciária - relações formais e desencontros materiais, in Ministério Público, Direito e Sociedade, Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1986, pp. 121/144.

DOVAT, Eduardo F. Fernández, La investigación preliminar a cargo del Ministerio Público, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol.12, pp. 228/238

EGÚSQUIZA, Miguel Caveró, El Ministerio Público en el Peru, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol.7, pp. 132/144.

FARIAS, Ângela Simões de, & BENJAMIN, Roberto Emerson Câmara, Realização imediata do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Tomo II, pp. 9/13.

FAZZIO JR., Waldo, O Ministério Público e o dever constitucional do controle externo da atividade policial, Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 12, 1997, pp. 100/102.

FREITAS, Luiz Otávio de, O inquérito policial e o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público na Constituição de 1988, Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Tomo II, 39/55.

FURTADO, Otônio Ribeiro, Controle das atividades policiais - intervenção do Ministério Público na produção das provas como órgão fiscalizador, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais. vol. 14, pp. 49/52.

GONÇALVES, Edilson Santana, ACMP defende na AL controle das polícias, Jornal da Associação Cearense do Ministério Público, novembro/dezembro de 1997, p. 10.

HOLANDA, Marcos de, O papel do Ministério Público no controle externo da atividade policial, Revista Pensar, Unifor, Vol. 2, n. 2, Fortaleza, 1993, pp. 58/73.

JARDIM, Afrânio Silva, O Ministério Público e o controle externo da atividade policial, in Livros de Estudos Jurídicos, n. 5, Ed. IEJ, Rio de Janeiro, 1992, pp. 296/310.

LIMA, Marcellus Polastri, Ministério Público e persecução criminal, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, pp. 67/92.

LIMA, Marcellus Polastri, Uma abordagem sobre questões relativas à atribuição criminal, Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 2, 1995, pp. 129/137.
LOPES, Cláudio Soares, & BISCAIA, Antônio Carlos Silva, Requisição de inquérito policial. Ato privativo do Ministério Público, Parecer in Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 2, 1995, pp.196/198.

MAZZILLI, Hugo Nigro, O controle externo da atividade policial, Revista JUSTITIA - Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991, pp. 18/25.

MAZZILLI, Hugo Nigro, Manual do Promotor de Justiça, 2ª Ed., Ed. Saraiva, 1991, São Paulo, pp. 123/125.

MAZZILI, Hugo Nigro, Regime Jurídico do Ministério Público, 2ª Ed., Ed. Saraiva, 1995, São Paulo, pp. 231/235.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 21ª Ed., Editora Malheiros, 1996, p. 574.

NARDINI, Maurício José, O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal, Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 9, 1995, pp. 51/57.

NUÑES, José Gabriel Sarmiento, O Ministério Público nas Américas, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas

Gerais. vol. 2, pp. 49/52.

OLIVEIRA FILHO, José Francisco de, Remessa do inquérito policial diretamente ao MP, Jornal da Associação Cearense do Ministério Público, maio/junho de 1997, pp. 6/7.

PERANTONI, José Silvino, O controle externo da atividade policial, Revista JUSTITIA - Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991, pp. 37/40.

REALE, Miguel, Direito Administrativo – estudos e pareceres, Ed. Forense, 1969, pp. 352/354.

RECONDO, Ricardo Gustavo, El Ministerio Público en la República Argentina. Su organización, funcionamiento, experiencias y normas que lo rigen, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 5, pp. 139/147.

RIQUELME, Rafael A Cabrera, El Ministerio Público en el Paraguay, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 4, pp. 101/106.

SABELLA, Walter Paulo, Atividade policial: controle externo pelo Ministério Público, Revista JUSTITIA - Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991, pp. 9/17.

SADEK, Maria Tereza, O Ministério Público e a justiça no Brasil, Relatório de pesquisa - Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1996.

SARABANDO, José Fernando Marreiros, O controle externo da atividade policial, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 21, 1997, pp. 57/64.

SILVA, João Estevam da, Polícia, corregedoria da polícia judiciária e o controle externo da atividade policial como uma

das funções institucionais do Ministério Público, Revista JUSTITIA - Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991, pp. 41/48.

SIMON, John Anthony, O Ministério Público nos Estados Unidos da América, Revista JUS - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol.10, pp. 140/157.

SÍRIO, Antônio Iran Coelho, O Ministério Público Estadual e o controle externo da atividade policial, Jornal da Associação Cearense do Ministério Público, julho/agosto de 1997, p. 10.

¹ A esse respeito, oportuna é a lição de Tupinambá Pinto de Azevedo: “*a Constituição Federal, ao assegurar a titularidade exclusiva do Ministério Público, quanto à ação penal pública, consagrou em sua plenitude, o sistema acusatório. Em essência, trata-se de assegurar a imparcialidade do órgão julgador, separando as atividades de acusação, defesa e decisão.*” op. cit., p. 1.

² Sobre o assunto, Tupinambá Pinto de Azevedo, os. cit., p. 1.

³ O Projeto de Lei 31/95, de autoria do Senador Pedro Simon, que tramita no Congresso Nacional, propondo alterações em dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao inquérito policial, traz as seguintes inovações:

O Art. 1º determina as seguintes alterações:

Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: (redação atual) II - mediante *requisição da autoridade judiciária* ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (alteração proposta) II - mediante *requisição do Ministério Público*, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 10. (redação atual) § 1º. A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e *enviará os autos ao juiz competente.* (alteração proposta) § 1º. A autoridade policial, após concluído o inquérito policial, fará minucioso relatório do que tiver sido apurado sobre a materialidade e a autoria do delito, bem como sobre a existência de atenuantes, agravantes ou excludentes da ilicitude, e *enviará os autos ao Ministério Público*, notificando deste ato o ofendido ou seus representantes.

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: (redação atual) II - realizar as diligências requisitadas *pelo juiz* ou pelo Ministério Público. (alteração proposta). II - realizar as diligências requisitadas pelo Ministério Público, após concluído e relatado o inquérito policial.

Art. 16. (redação atual) O Ministério Público não poderá *requerer* a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. (alteração proposta). O órgão do Ministério Público poderá *determinar* a devolução do inquérito à autoridade policial, para novas diligências,

imprescindíveis ao oferecimento da denúncia e por ele expressamente discriminadas.

Art. 23. (redação atual) Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o *juízo a que tiverem sido distribuídos*, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado. (alteração proposta). Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao *Ministério Público*, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação, ou repartição congênere, mencionando os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

O Art. 2º do Projeto de Lei 31/95 assevera: “A autoridade policial deverá remeter, em 24 (vinte e quatro) horas, cópia do auto de prisão em flagrante ao juiz competente e ao órgão do Ministério Público”.

⁴ Ponderou o eminente Senador Espiridião Amin, ao relatar o Projeto de Lei n. 31/95, de autoria do Senador Pedro Simon, que propõe a alteração de dispositivos do Código de Processo Penal: “*Ao longo do deste século, o Direito Processual pátrio vem aos poucos abandonando a prática anterior, eminentemente inquisitorial, e cada vez mais atribuindo aos juizes um papel estritamente jurisdicional, mais condizente com a garantia do devido processo legal*”. Em seguida, profere seu voto, nos seguintes termos: “*O Ministério público de qualquer maneira é o destinatário final do inquérito policial, que apenas transita pelas mãos do juiz; assim, o projeto elimina este procedimento intermediário, contribuindo para a tão necessária celeridade dos processos judiciais.*”

⁵ A ilegitimidade da requisição de inquérito policial por parte do Poder Judiciário foi reconhecida pela 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro e pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *A requisição de Inquérito Policial, nos termos da atual Carta Magna, é ato privativo do Ministério Público (Art. 129, VIII), de forma que os dispositivos processuais penais, que conferem ao Poder Judiciário esta possibilidade, encontram-se revogados por colidirem frontalmente com os preceitos constitucionais que legitimam somente ao Parquet requisitar a instauração de Inquérito Policial.* Cláudio Soares Lopes e Antônio Carlos Silva Biscaia, op. cit. p. 199. Também no citado Parecer, cita-se o entendimento de Nagib Slaibi Filho, Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, a respeito do assunto: “*Também é norma de eficácia plena e imediata o disposto no Inc. VIII, pois cabe ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias, o que revoga o disposto na lei processual penal que defere ao Juiz o mesmo poder (art. 13, II), e revogando a expressão requerer do Art. 16, pois não se pode requerer a si mesmo. Da mesma forma, somente o Ministério Público poderá requisitar inquérito policial, pois tal é função institucional própria*”.

⁶ Sobre a necessidade da existência do controle, leciona Walter Paulo Sabella: “*A polícia é hoje um dos organismos mais poderosos da Administração Pública, um organismo hipertrofiado, cuja absoluta independência na apuração dos crimes equivale à negação do princípio segundo o qual o Ministério Público é o dono da ação penal*”. Op. cit. p. 10.

⁷ Op. cit., p. 101.

⁸ Op. cit., p. 574.

⁹ Op. cit., Regime Jurídico..., pp. 232 a 233.

¹⁰ Op. cit., p. 59.

¹¹ Op. cit., p. 21.

¹² Nesse sentido. Hugo Nigro Mazzili, Regime Jurídico ..., p. 235.

¹³ Nesse sentido, relatório do Eminentíssimo Cid Flaquer Scartezini, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso em *habeas corpus* n. 3.457-2/SP, 5ª Turma, j. 18.04.1994.

¹⁴ Como bem lembra Pedro Roberto Decomain, *uma das regras da Lei Orgânica do Ministério Público da União que pode então ser perfeitamente aplicada pelos Ministérios Públicos dos Estados é esta, que impõe deva a autoridade policial comunicar imediatamente não só ao Poder Judiciário, mas ao próprio Ministério Público, todas as prisões que efetuar, encaminhando-lhe cópia dos documentos que comprovem a legalidade da prisão.*

¹⁵ Op. cit., p. 186.

¹⁶ Op. cit., p. 14.

¹⁷ Op. cit., pp. 352 a 354.

¹⁸ Op. cit., pp. 133 e 134.

¹⁹ Op. cit., pp. 62 e 63.

²⁰ Op. cit., p. 13. Sobre o mesmo assunto, Hugo Nigro Mazzili.

²¹ Op. cit.,

²² A nota sobre a função ministerial de defender os interesses da Administração Pública paraguaia é de Rafael A Cabrera Riquelme. op. cit., p. 102.

²³ Op. cit., p. 142.

²⁴ Op. cit., p. 146.

²⁵ Miguel Caveró Egúsqüiza fala do *Parquet* peruano: “*su autonomía es la base de su independencia de otros órganos y Poderes del Estado. El Ministerio Público no es Poder del Estado. No representa el interés del Estado (...). El Ministerio Público en el Perú representa y defiende el interés de la sociedad. Su organización es paralela y hermanada con el Poder Judicial, pero absolutamente independiente de éste.*” op. cit., p. 134.

²⁶ Comentando o referido dispositivo, esclarece Miguel C. Egúsqüiza: “*El Ministerio Público es ahora titular de la acción penal e responsable de la carga de la prueba, lo que constituye una radical transformación del proceso penal peruano que aspira a pasar del sistema inquisitivo, ya superado, al sistema acusatorio.*”. op. cit., p. 138.

MINISTÉRIO PÚBLICO E SEGURANÇA PÚBLICA

Uma Proposta Prática para o Controle Externo da Atividade Policial

Segurança Nacional, Segurança Pública e Polícia

Durante as décadas em que vigorou o regime militar, a segurança pública era encarada pelo Estado de uma maneira bastante ampla. Tomava o nome de *Segurança Nacional*, envolvia altas esferas do Poder (como Presidente, Vice-Presidente da República e Ministros de Estado), e abrangia todos os campos de interesse do país e da ação humana.

Assim, a política de Segurança Nacional atuava desde o estabelecimento de espaços territoriais estratégicos, nacionalização ou predominância de capitais em áreas de importância tecnológica; até a regulamentação da própria cultura social, condicionando as formas de organização e do pensamento dos membros da comunidade.

O fim do regime autoritário e a volta da democracia determinaram o abandono daquela antiga Doutrina de proteção da nação, e a Segurança Pública passou a ser vista como um assunto de polícia. A Constituição de 88, em seu artigo 144, deixa bem evidenciado esse ponto de vista, ao incumbir exclusivamente às diversas instituições e corporações policiais a atribuição para o desempenho do serviço de segurança pública.

Portanto, Segurança Pública, hoje, deve ser encarada basicamente como uma “questão de polícia”. Eventuais menções em discursos e matérias jornalísticas de que saúde, emprego, redistribuição de renda e etc., também fazem parte da política de Segurança Pública, devem ser recebidas com reservas, pois tais necessidades sociais relacionam-se com o item Segurança apenas indiretamente, já que, conforme assentamos, o legislador constituinte conectou

a Segurança Pública *stricto sensu* com a atividade policial.

Polícia, Concentração de Poderes e (Des)Confiança da População

A Assembléia Nacional Constituinte, interpretando o sentimento geral de desconfiança da população em relação ao aparelho policial, e temerosa das conseqüências futuras que a concentração de poderes nas mãos da polícia poderia vir a trazer, encarregou o Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial.

O objetivo principal, com a criação desse controle da polícia, era garantir a prestação do serviço de segurança, preservando a observância dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Sabendo que grande parte do aparelho policial fora desvirtuado durante a época da ditadura, e consciente de que não se muda toda uma estrutura em curto espaço de tempo, o legislador constituinte vislumbrou a readequação da polícia e o retorno das suas atividades aos métodos convencionais de investigação e repressão, a partir da vigilância assídua do Ministério Público.

A opção do constituinte guardava coerência com o Texto Constitucional como um todo, uma vez que ao Ministério Público fora conferida a missão de atuar na defesa do ordenamento jurídico e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

O Controle do Ministério Público já na Preparação da Política de Segurança Pública Proteção de um Interesse Difuso

Se é basicamente através da atividade policial que atualmente a Segurança Pública se expressa, a primeira exigência é a de que haja um plano de ação da polícia,

especialmente dos órgãos encarregados do policiamento ostensivo.

A ação da polícia não pode ser uma leviandade, nem pode ser exercida apenas dentro de padrões rotineiros como os fixados para uma repartição pública qualquer. São também ineficazes as investidas setoriais de alguns batalhões de polícia militar em certas regiões das cidades, executadas de maneira ocasional.

O serviço de segurança deve encerrar sempre um processo, que se inicia com a discussão e a preparação de uma verdadeira Política de Segurança Pública, até a sua implementação no dia à dia da vida da população.

A Política de Segurança Pública deve ser documentada em um plano de atuação da polícia. Tal planejamento regulamentará de maneira meticulosa cada diligência policial, contendo a correspondente justificativa. Assim, proceder-se-á, primeiramente, ao mapeamento da cidade, indicando-se os pontos de maiores e de menores índices de criminalidade, e as espécies de infrações comumente ocorridas em cada região (roubos, furtos de automóveis, tráfico ou uso de entorpecentes, etc.).

O mapeamento será minucioso, apontando não somente bairros, mas ruas, quarteirões, bares ou outros estabelecimentos abertos ao público onde sejam notórias as ocorrências.

Para esse mapeamento, além das informações prestadas pelos órgãos policiais, deverá ser solicitado o auxílio da comunidade local, através de ampla campanha de apelo à população, aos empresários e associações civis para que voltem a acreditar no serviço de segurança pública, e registrem os crimes dos quais foram vítimas ou de que têm conhecimento, pois o Estado estará se preparando para tomar providências.

De posse dos dados, e feita uma radiografia dos focos de conflito da cidade, o próximo passo será definir a estratégia e o esquema de policiamento, também de forma

detalhada, fixando o programa de patrulhamento ostensivo, o número de viaturas e de agentes, e os seus respectivos horários, em cada região da cidade. Deverão ser mencionados, ainda, as operações planejadas para épocas especiais, tais como verão, feriados, natal, ano novo, carnaval e etc.

O controle externo da atividade policial, que na verdade pode ser entendido como o controle da própria Segurança Pública, impõe ao Ministério Público a participação na formulação da Política de Segurança Pública, juntamente com os órgãos estatais com atribuição específica para o tema, até porque Segurança Pública constitui sem dúvida um dos interesses difusos de maior relevância.

Consequentemente, se não houver um verdadeiro planejamento da ação policial, nos moldes de uma política própria para o setor, feitas com base em estudos e programa de ação detalhados, o *Parquet*, por intermédio do Procurador-Geral de Justiça, deverá provocar extrajudicialmente a Chefia do Executivo, convidando-a a dar início ao processo de preparação da política de segurança.

Ante eventual inércia do Chefe do Poder Executivo, apresenta-se a via judicial como a última opção, através do ajuizamento de ação civil pública visando compelir aquele agente político a deflagrar o processo de preparação da política de segurança.

Como o controle do Ministério Público sobre a Segurança Pública é externo, sua participação nesse momento será apenas vigiar o processo de preparação da Política de Segurança Pública, velando para que o mesmo seja iniciado e chegue a bom termo. Sempre que solicitado, o *Parquet* poderá também oferecer propostas de soluções aos problemas.

O Conteúdo da Política de Segurança Pública

Partindo do pressuposto de que a atividade policial não pode ser exercida nem de forma improvisada e nem dentro

da rotina das demais repartições do Estado, necessitando desenvolver-se segundo contornos bem definidos em uma Política de Segurança Pública, é preciso deixar bem ressaltado o que ficou escrito no tópico anterior: a Política de Segurança Pública, documentada em relatório bem detalhado, não deve ser mais um plano de metas ou uma carta de intenções da Administração; não pode ser arranjado em termos genéricos, de maneira a impedir que os órgãos de segurança sejam cobrados em suas omissões ou quando venha a se distanciar daquilo que ficou estabelecido.

A Política de Segurança Pública tem que ser direta, sem rodeios, fixando a ação de todo o efetivo policial: quantos policiais e delegados (e em que horários) em cada delegacia específica da cidade; quantos patrulhamentos, quantos agentes, locais, horários e tipos de viaturas, nas vias e logradouros públicos, referentes a região de cada batalhão de polícia ostensiva.

Por ser extremamente determinativa, a Política de Segurança Pública deve possuir vigência de 1 (hum) ano, necessitando ser anualmente preparada, até porque disporá sobre fatores permanentemente em mutação.

O Ministério Público na Vigilância da Atuação Policial

É no controle diário da execução do programa organizado na Política de Segurança Pública anual, que o papel do *Parquet* ganha maior relevo, frente ao desarranjo e completa ausência da polícia ostensiva nas ruas e locais públicos das cidades, e ao abandono das delegacias policiais, entregues frequentemente à responsabilidade de detetives-inspetores, carcereiros, ou outros funcionários absolutamente despreparados até mesmo para o desempenho das funções administrativas mais singelas, como a confecção de um boletim de ocorrência.

A proposta de atuação prática no controle externo

da atividade policial contida nesta tese, supera a fiscalização que já vem sendo exercida sobre os registros de ocorrência nas delegacias, na instauração de VPI's e outros procedimentos investigatórios fora da atuação do inquérito e o acautelamento clandestino dessas investigações, sem a participação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

A vigilância dos membros do *Parquet* sobre a polícia deve ser minuciosa, tal qual o documento de Política de Segurança Pública. Daí a necessidade de rigoroso detalhamento na política de segurança: é para que se possa cobrar responsabilidades, fechando-se definitivamente as portas das eternas escusas. O que estiver consignado no documento de Política de Segurança Pública tem que acontecer na prática. Se em determinado dia e horário, uma delegacia de polícia deve contar com 3 delegados (um titular, um substituto e um adjunto), as 3 autoridades terão de ali estar; se está prevista a presença de 10 viaturas da polícia militar, com 3 ou 4 homens cada uma, nas ruas X, Y ou Z, não poderá haver discrepância entre o que consta do papel e a realidade.

A ação do Ministério Público nesse tipo de vigilância tem que ser bem coordenada internamente e junto à Secretaria de Segurança Pública. O primeiro passo é a consideração de que a fiscalização da implementação da política de segurança é um *plantão institucional*, portanto precisa ser exercida por todos os membros do Ministério Público independentemente da lotação de cada Promotor ou Procurador de Justiça, se em órgãos de execução de natureza penal ou extrapenal.

Ainda na concepção de que essa fiscalização é um plantão institucional, deve ela ocorrer 2 vezes por semana, em dias incertos, definidos sigilosamente pela cúpula do *Parquet*, apenas no dia anterior ao da diligência de fiscalização. As designações dos Promotores e Procuradores serão feitas pelo Procurador-Geral de Justiça e comunicadas pessoalmente (por intermédio de um funcionário ou por telefone), publicandose o ato na Imprensa Oficial somente no dia seguinte ao da

realização da diligência. Dela participarão 3 Promotores de Justiça que percorrerão as delegacias de polícia civil e os batalhões de polícia militar selecionados também pela Chefia do *Parquet*, em segredo.

Enquanto o grupo de Promotores de Justiça sai a campo, um Procurador de Justiça ficará na sede da Procuradoria-Geral. Ao grupo de Promotores de Justiça será fornecida uma viatura da Instituição devidamente caracterizada, e um aparelho de telefone celular. Nas ocasiões em que for verificado a ausência da autoridade policial nas delegacias, ou qualquer anomalia no desempenho do serviço policial, e que deva ser sanado em caráter de urgência, o grupo de Promotores de Justiça contactará de imediato o Procurador de Justiça, a quem, por sua vez, caberá comunicar-se na mesma hora com o Secretário de Segurança Pública para a tomada de providências, localizando o delegado faltoso ou corrigindo o problema detectado.

Evidentemente, isto demandará um ajuste entre a Secretaria de Segurança Pública e o Ministério Público, a fim de que não haja crise entre as duas Instituições, e entre o *Parquet* e o Poder Executivo.

O grupo de Promotores de Justiça será coordenado por um dos seus componentes, que ficará encarregado de orientar todo o desenrolar da diligência, e elaborar um relatório ao final, a ser encaminhado ao Procurador de Justiça de plantão, o qual fará chegar às mãos do Procurador-Geral, com as observações que entender convenientes.

Conclusões

Considerando o acima exposto, conclui-se que:
De acordo com o Texto Constitucional, Segurança Pública é exclusivamente um assunto de polícia;
A ação da polícia não pode ser exercida de forma improvisada e nem dentro de padrões rotineiros, como as

demais repartições públicas em geral, porém deve ser precedida da elaboração de uma Política Anual de Segurança Pública;

A Política Anual de Segurança Pública deve ser preparada por órgãos do Poder Executivo e, em caso de omissão, o *Parquet* provocará extrajudicialmente a autoridade competente, movendo ação civil pública caso perdure a omissão, dado o caráter difuso do direito à Segurança Pública;

A Política de Segurança Pública, organizada à vista de um estudo detalhado sobre as regiões de conflito da cidade, será documentada em um programa minucioso das atividades diárias da polícia, contendo todas as informações, tais como número de viaturas e de agentes nas ruas ou nas delegacias, locais de patrulhamento, respectivos horários, etc., a fim de que as Corporações e Instituições policiais possam ser rigorosamente vigiadas;

Como ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial, seu papel, durante a preparação da Política de Segurança Pública, será o de observador, velando para que o processo de elaboração do planejamento da segurança tenha início e chegue a bom termo;

O controle na execução prática do programa contido na Política de Segurança Pública, sem dúvida o mais relevante para o *Parquet*, deverá ser realizado em regime de plantão, ao menos 2 vezes por semana;

O plantão envolverá todos os membros da Instituição, independentemente dos órgãos de execução onde estejam lotados.

O plantão será efetuado por um grupo de 3 Promotores e 1 Procurador de Justiça, conforme proposto no item V da presente tese.

Tesista: ANCO MÁRCIO VALLE, Promotor de Justiça de 1ª Categoria do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Comercial da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

OS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA E O PAPEL CONTROLADOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

AUTORES: Luiz Renato Azevedo da Silveira
Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo
José Paulo Calmon Nogueira da Gama
Procurador de Justiça do Estado do Espírito Santo
Saint' Clair Luiz Nascimento Júnior
Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo

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.

Dentre os interesses sociais e individuais indisponíveis emerge indelevelmente a Segurança Pública como fator preponderante e que vem causando apreensão à sociedade, em razão dos altos índices de violência reinante em nossas cidades.

Nesse contexto, é forçoso registrar o recrudesimento da violência urbana e o crescente índice de criminalidade, daí a razão de se enfrentar o problema visando o seu equacionamento ou quando pouco minorá-lo, trazendo, para tanto, na medida do possível, soluções factíveis.

Nessa linha de raciocínio, incumbe ao “Parquet” intervir no problema para, em comunhão com os demais órgãos responsáveis e, principalmente, a sociedade e seus segmentos organizados, dar sua parcela de colaboração à solução do impasse.

Os fatores ou causas da violência e os altos índices de criminalidade são vários, e já do conhecimento geral. Têm sido objeto de debates, mas até agora poucas foram as soluções encontradas, ou colocadas em evidência a fim de minorar as causas e efeitos.

Os multifatores são dentre outros: a situação econômico-social das populações de baixa renda, a ausência de políticas estatais de amparo, proteção, assistência aos menores desassistidos, a falência do modelo de segurança pública dos Estados e o caos do sistema penitenciário em todo o país.

O modelo de segurança pública hoje existente, já demonstrou que está ultrapassado e requer solução urgente. O momento em que deveria ter sido atacado não o foi, e era exatamente, por ocasião da elaboração da nova Carta. Infelizmente tal não aconteceu e o modelo ultrapassado e ineficaz passou ao largo dos constituintes, aos quais devemos debitar o pecado. E agora sentimos todos os reflexos daquela omissão inaceitável.

Em igual linha de gravidade e colaborando decisivamente para exacerbação do quadro hoje existente, encontra-se o sistema penitenciário da nação.

Não sei se podemos defini-lo como caótico ou falido, talvez ambos os termos sejam adequados para situar o problema.

As constantes rebeliões, fugas e as delegacias abarrotadas de presos são realidades insofismáveis e que servem para demonstrar a situação de caos, não tendo as autoridades responsáveis conseguido resolver ou reverter tal estado .

A nosso sentir as soluções passam, em primeiro lugar, pela alteração do atual modelo de segurança pública, este de alçada constitucional.

A unificação das forças policiais estaduais é questão premente e que já não pode mais esperar providências.

Os estudos, na verdade, já demonstraram que os Estados não têm condições de manter uma só força policial de maneira adequada, com os recursos e meios necessários ao exercício das atribuições de uma efetiva força pública em nível das unidades federativas.

Se se reconhece a total impossibilidade de se manter uma, como persistir com duas. Resultado: não se atende bem nenhuma delas. Consequência: atuação aquém da esperada, revertendo em facilidade para as ações dos delinquentes.

Assim, há necessidade de unificar as forças em um só comando. A força, preferencialmente civil, com setores uniformizados e outros descaracterizados, com disciplina e hierarquia como fundamento principal de formação dessa força unificada.

Vemos, também, como chegado o momento de que se permita os municípios, as metrópoles e as cidades em geral possam constituir as forças policiais metropolitanas, municipais.

É chegado o momento de os municípios, os maiores prejudicados com o aumento da violência e da criminalidade, possam participar do processo e eles próprios, com a assistência dos Estados-membros, passarem a ter o papel de definir as suas políticas próprias de segurança.

Obviamente só os municípios em condições de organizar e manter as suas forças públicas poderiam utilizar dessa faculdade, os menores ou os que não desejassem manteriam com o quadro atual.

Não há cabimento se constatar que cidades como São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, entre outras, não possuam suas próprias polícias metropolitanas, e venham ajudar os respectivos Estados no combate à criminalidade.

Além da melhor preparação dos recursos humanos, com a implantação da doutrina de segurança pública, com destaque para o reconhecimento integral da cidadania e dos direitos humanos, sem os quais não há falar em força policial democrática; há de ser, igualmente, solucionado de forma incontinentemente o problema da superlotação de presos em delegacias.

Não podemos vir aqui falar em segurança pública,

buscar soluções, talvez a solução mágica, e permitir que as nossas delegacias continuem sendo repositórios de presos.

O quadro atual em nosso Estado, por exemplo, e de sem dúvida maior parte de contingente policial civil está hoje empregada na guarda e manutenção dos presos em delegacias.

Vir aqui hoje falar em soluções para o impasse, todos nós muito bem vestidos, arrumados e acomodados, e deixar, permitir que hoje, agora, nesse momento, delegados de polícias, investigadores e escrivães, entre outras categorias de policiais, estejam guardando presos, deixando de cumprir seu mister de investigar, presidir inquéritos com o fim de combater a violência e a criminalidade, é na verdade balela, que pouco ou talvez nada poderá resultar de proveitoso, enquanto que o *status quo* vai permanecer inalterado.

Não há falar em segurança pública, em cobrar das autoridades policiais melhor desempenho, sem que se resolva este problema, que na verdade se constitui no maior problema de segurança pública neste país.

De igual modo, emerge o caos no sistema penitenciário como outro fator que prepondera para a exacerbação da criminalidade.

A questão penitenciária é grave e precisa ser resolvida. De tão grave a problemática que a CNBB lançou no ano passado como tema da Campanha da Fraternidade, “a situação dos encarcerados no Brasil”.

Todavia, no tocante ao assunto, pensamos que já há unanimidade nacional, e conjugação de esforços dos setores envolvidos, poder central e Estados, servirá para a resolução do “affair” penitenciário.

Sobre a atuação da Justiça, temos que pode ser considerada boa relativamente ao processo ora em debate. Se não se pode apontar como ótima a atuação da Justiça, também, não se permite aferir a sua conduta abaixo do nível bom de atuação.

As sentenças condenatórias estão aí para atestar que a Justiça está sendo realizada. Há vários mandados de prisão a serem cumpridos.

Salvo raras exceções, a Justiça, após análise acurada das circunstâncias, tem respondido positivamente às representações e solicitações das autoridades policiais e do Ministério Público, quanto às questões que lhe são apresentadas.

Os estatutos penais atinentes à matéria, outrossim, pensamos vêm atendendo as expectativas, cumprindo o seu papel. Se podem ser aperfeiçoadas e modernizadas, sim, porém, não há atribuir a eles a situação que se nos ora apresenta.

Relativamente às penas e seus regimes de cumprimento, devemos enfatizar que somos contra a pena capital e a prisão perpétua. Posicionando-nos a favor das penas mais severas para os crimes de maior poder ofensivo à sociedade e entre os que defendem a manutenção da lei de crimes hediondos, sem alterações.

Com referência ao regime de progressões, pensamos que possa ser revisto com referência ao percentual de cumprimento inicial para a progressão de regime, porém, após acurada análise dos casos de per si.

Por fim, destacamos que o Ministério Público é ator no processo sobre o qual está se debatendo, não mero coadjuvante.

Nessa esteira, há ser revelado que foi a Carta Magna que deferiu ao Órgão Ministerial atribuições nesse campo, quando no seu art. 129, incisos VII e VIII, determinou que são funções institucionais do Ministério Público:

VII- exercer o controle externo da atividade policial;

VIII- requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos

jurídicos de suas manifestações.

Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, lei n. 8.625/95, disciplinou a matéria em nível nacional e a Lei Complementar Estadual n. 95/97, ratificou os textos Constitucionais e da Lei Federal sobre a matéria, deferindo competência aos Promotores de Justiça para:

Art. 35

II - acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais civis e militares ou administrativos, quando assim considerarem necessário ou conveniente ao exercício de suas demais funções, ou quando para tanto designados pelo Procurador- Geral de Justiça;

Inciso IV

3 - A aplicação de penas principais e acessórias e das medidas de segurança requisitando diretamente às autoridades competentes diligências e documentos necessários à repressão dos delitos e à captura de acusados e condenados.

Inciso V

V - inspecionar unidades policiais civis e militares e demais dependências de Polícia Judiciária, requerendo ao Juiz o que for pertinente ao interesse processual penal e à preservação dos direitos e garantias individuais, bem como representando ao Procurador-Geral de Justiça quanto às irregularidades administrativas encontradas.

VI - inspecionar permanentemente estabelecimentos prisionais, seja qual for a sua vinculação administrativa, promovendo, junto ao juízo, as medidas necessárias à preservação dos direitos e garantias individuais,

do regime e da decência no tratamento dos presos, com o rigoroso cumprimento das leis e das sentenças.

Entre outras atribuições de igual relevo.

Nesse campo de atividade vem o Ministério Público cumprindo o seu papel dentro das possibilidades que as condições lhe impõem, fazendo o que pode para fazer valer a lei muitas vezes com esforços pessoais, e de profundo desprendimento, procurando atender a sociedade da melhor forma possível. Sempre em consonância com a comunidade e a disposição dela para atender as solicitações que lhe forem encaminhadas.

Sobre a atuação da Instituição Ministerial a avaliação não é nossa, mas de toda sociedade, a quem compete fazê-lo.

CONCLUSÕES:

1. Constitui interesse público imanente à Instituição Ministerial a **SEGURANÇA PÚBLICA**, como decorrência lógica da informação principiológica de mandamento constitucional e derivada da legislação infraconstitucional.
2. O efetivo controle da atividade policial pelo Ministério Público requer constante aperfeiçoamento do aparelho de segurança, repontando a unificação das polícias como fator indutor de segurança e paz sociais.
3. A municipalização da Segurança Pública, igualmente, constitui elemento de consolidação e aprimoramento do modelo existente, na medida em que se operará intenso intercâmbio entre a comunidade e os órgãos de segurança, conferindo agora tratamento localizado e efetivo aos destinatários (munícipes) dessa nova política pública.
4. A profissionalização do Sistema Penitenciário representa o afastamento do aparelho policial da guarda e tratamento do infrator, substituído agora por equipe própria,

interdisciplinar, visando sua ressocialização, adotando-se de maneira mais abrangente a prática de alguns estados-membros que hoje a implementam.

5. Ao Ministério Público compete contribuir e, até mesmo, influir nas questões de Segurança Pública, dando assim cabal cumprimento ao poder-dever que lhe foi deferido pelo legislador.

Luiz Renato Azevedo da Silveira

Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo

José Paulo Calmon Nogueira da Gama

Procurador de Justiça do Estado do Espírito Santo

Saint' Clair Luiz Nascimento Júnior

Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo

“O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA”

GUILHERME CÂMARA
PROMOTOR DE JUSTIÇA/PB

I - INTRODUÇÃO (exposição)

a) A Constituição;

b) As Leis;

II - DO DISCURSO (doutrina);

III - DA PRÁTICA (jurisprudência);

IV - CONCLUSÃO.

I-INTRODUÇÃO

Na presente exposição, analisaremos os dispositivos constitucionais e legais que disciplinam a matéria em destaque, bem como, os aspectos doutrinários (do discurso) ; relataremos hipóteses de aplicação do princípio do Controle Externo da Atividade Policial e traremos à colação recente repertório jurisprudencial.

I-a) A Constituição

O controle externo é função institucional cometida ao Ministério Público via preceito de extração constitucional, cuja localização topográfica se encontra nas balizas do inciso VII, do art. 129, da Carta da República, “in litteris”:

“São funções institucionais do Ministério Público:

I ‘usque’ VI - “omissis”;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo

anterior¹”

Claro está que esse dispositivo não é auto-aplicável, tendo seu comando adquirido força plena mediante o ingresso no Direito Positivo das Leis Complementares infra.

Ressaltamos, também, que se trata de norma constitucional inédita, vez que nenhuma das Cartas antecedentes estipulava regra semelhante, podendo-se mesmo afirmar que a adoção do controle externo se insere no projeto constitucional de ampliação dos poderes do Ministério Público, e, vale sublinhar, encontra-se vinculado à qualidade ímpar da Instituição de titular exclusiva da ação penal pública (art. 129, I, da CF).

De observar-se, ainda, que a função elencada no inciso VI (“expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”) da Constituição Federal serve, circunstancialmente, como importante ferramenta ao exercício do controle em digressão, sem a qual este ver-se-ia, inexoravelmente, manietado.

I-b) As Leis.

Estatui o versículo 3º, da L.C. nº 75, de 20 de maio de 1993, “*verbis*”:

“O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

- a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;
- b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das

pessoas e do patrimônio público;

- c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;
- d) a indisponibilidade da persecução penal;
- e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.”

Dimana do art. 9º, do mesmo diploma legal, “in litteris”:

“O 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 ilegalidade 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”.

De seu turno, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei Federal nº. 8.625/93 - que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados não previu , de forma expressa, o controle epigrafado.

Todavia , mediante o disposto em seu art. 80, estendeu aos Ministérios Públicos estaduais todas as normas elencadas na Lei Orgânica do M.P.U., os dispositivos supradestacados, inclusive. É conferir este importantíssimo enunciado legal :

“Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados , subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.”

De conseguinte, deve-se concluir 'que o citado art. 80 da Lei 8.625/93, funciona como perfeito elo de ligação entre a Lei Complementar Federal 75/93 e todas as Leis Complementares dos entes federativos, conformado coeso sistema legal hábil a instrumentalizar a atuação funcional dos órgãos de execução na esfera do controle externo, dentre outras atribuições.

Mais. Deflui do comando legal em estudo(art. 80), a desnecessidade das precitadas Leis Complementares deixarem manifestamente consignado em seu leito normativo, regra alusiva ao controle externo da atividade policial.

Sem embargo, questão relevante repousa na viabilidade dessas Leis Orgânicas - uma vez dispondo expressamente sobre o controle externo - promoverem, com base na norma de encerramento elencada na primeira parte do inciso IX, do art. 129, da Lei Suprema², uma ampliação dos comandos versados nos arts. 3º e 9º, da L.C. 75/93, dispondo sobre a criação de Corregedorias Especiais, inclusive.

II - Do Discurso

Dentre os doutrinadores que mais se detiveram no estudo dessa importante função ministerial , merece destaque o mestre Hugo Nigro Mazzili, que, com a clareza que lhe é peculiar, ensina-nos:

“(...) que , embora não o diga expressamente a Constituição , o contole externo que o Ministério Público deve exercer sobre a polícia destina-se especialmente àquelas áreas em que a atividade policial se relaciona com as funções institucionais do Ministério Público, como por excelência, a polícia judiciária e a apuração

de infrações penais pela autoridade policial³ (...) intentou o constituinte de 1988 criar um sistema precípuo de fiscalização, um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delictis* do promotor de justiça, fim último do inquérito policial.”⁴ Grifo meu.

Conclui o mesmo autor :

“Por certo não é intuito do legislador criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial aos agentes do Ministério Público, entretanto, não se pode afastar em tese a conveniência de estabelecer uma forma de corregedoria do Ministério Público em relação à polícia, nos moldes que a exercia o Poder Judiciário, antes da Constituição de 1988. Com efeito, entre as formas de corregedoria que a nova Constituição atribuiu ao Poder Judiciário, não está aquela sobre a atividade policial (cf. arts. 96, I, b e 236, P.1º)”. Grifei.

Primeiramente, apesar do correto destaque conferido pelo ilustre doutrinador ao controle sobre a Polícia Judiciária (civil e federal), impende frisar que não há fundamento constitucional para imunizar as Polícias Militares do raio de fiscalização externa conferido ao “Parquet”, mormente quando estas atuam investigando crimes (cf. C.P.M.), isto é, quando funcionam como polícia repressiva.

Deveras, a atividade em destaque volve-se primordialmente à Polícia Judiciária; todavia, a realidade cambiante e multifária não permite afastarmos , “tout court”, a possibilidade do eventual exercício do controle externo sobre

a Polícia Militar.

Por outro giro, entendemos como absolutamente factível e salutar a criação de Corregedorias com o objetivo de implementar a função prevista no art. 129, VII, da Constituição da República.

A atividade correicional empreendida por um órgão específico do Ministério Público (Corregedoria) propiciaria, sem dúvida, maior organicidade e controle, permitindo que a instituição passasse a laborar de forma sistemática na fiscalização da atividade policial, atuando não só repressivamente mas, sobretudo, de forma a prevenir toda sorte de irregularidades, mediante permanente vigilância e verificação administrativa.

Impende frisar que a criação de um órgão estruturado - tecnologicamente adaptado - volvido ao controle externo da atividade policial, implicaria, virtualmente, numa efetiva materialização deste controle, retirando-o do discurso, projetando-o na realidade, conferindo-lhe densidade e consequência.

Efetivamente, não pode o Promotor de Justiça como órgão de execução se furtar a cumprir a tarefa constitucional em destaque.

Todavia, parece-nos evidente que ao revés de termos uma ação esporádica e tópica lograria o Ministério Público muito mais êxito nesse mister complexo e repleto de dificuldades, se as sugeridas Corregedorias fossem criadas tanto para apontar falhas administrativas, como para instaurar procedimentos investigativos - não exercendo controle hierárquico, por exercer um controle muito mais amplo : controle finalístico.

A par disso, é irrefutável que um Gabinete especializado na perene fiscalização da atividade policial imporia (efeito psicológico) aos agentes policiais um grau mais elevado de responsabilidade e de respeito à lei.

III - Da Prática

Diuturnamente, vê-se o Promotor de Justiça instado a manejar os instrumentos constitucionais e legais que lhe foram outorgados, colimando implementar o controle externo.

De outro lado, são notórias as dificuldades da Polícia Judiciária, oscilando desde a falta de material de expediente e de equipamentos adequados ao combate às múltiplas formas de condutas delituosas, até à proverbial carência de recursos humanos.

Deficiências essas cujas razões estruturais refogem ao objeto do presente ensaio (por envolverem aspectos histórico-culturais), mas que podem ser sintetizadas em uma surrada frase ou clichê: “Falta de vontade política dos governantes”.

Cabe, portanto, ao Ministério Público fazer com que a Polícia Judiciária exerça sua função primordial, qual seja, investigar crimes - sem cometer crimes.

Para tanto, necessário se faz que os órgãos do “Parquet” funcionem como verdadeiros curadores do Inquérito Policial intervindo sempre e quando os interesses da persecução criminal demandarem um procedimento invasivo.

Por “procedimento invasivo” tenho toda a atuação ministerial voltada à escorreita apuração de delitos cometidos por pessoas envolvidas com a atividade policial.

Sem que se utilize o método invasivo, não há controle externo possível.

Tal atividade envolve e exige a visita a Cadeias Públicas, Presídios, Delegacias de Polícia - onde deve ser minuciosamente observado o Livro de Registro de I.Pol. (Livro do Tombo); demanda, outrossim, a observância das requisições ministeriais (requisição de diligências e/ou abertura de Inquéritos), a fiscalização do cumprimento da Lei (arts.6º,10,17 e 169, dentre outros, do C.P.P.) e da Constituição Federal

(parágrafo 4º do art. 144, CF, por exemplo)⁵ ; e , “last but not least”, **excepcionalmente, a instauração e presidência de investigações (o titular da ação penal pode e deve, quando necessário, presidir investigações).**

Evidente, como pontuamos acima, que uma Corregedoria Especializada (dotada de estrutura técnico-operacional) estaria muito mais capacitada para a execução dessas tarefas.

Referentemente à competência do Ministério Público para instaurar procedimentos investigativos que possam redundar em denúncias contra membros da polícia, parece-nos que o texto constitucional não deixa qualquer margem de dúvida a esse respeito - do contrário o controle externo seria um mero adorno, uma peça decorativa sem qualquer valor prático...

Contudo, apesar da clareza meridiana da Constituição e dos textos legais que regem a matéria, de forma minoritária, despontam duas insuladas decisões da lavra do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região (HC. Nº. 96.02.35446-1, 2ª T., Rel. Silvério Cabral, 11.12.96, e, HC nº 97.02.09315-5 - 1ª T. Rel. Nei Fonseca, 06/08/97) acolhendo o entendimento de que ao Ministério Público não é permitido proceder investigações de natureza criminal, sob o equivocado fundamento de que se trata de atribuição imanente aos poderes conferidos com exclusividade à Polícia Judiciária.

Tais julgados, lamentavelmente, “venia concessa”, negam vigência ao disposto no art. 129, VI, da Lei das Leis e , implicitamente, afrontam o controle externo da atividade policial, que se constitui, a nosso juízo, em verdadeira função-princípio . Dizemos “princípio” porque a função em destaque, mercê de Lei Complementar, é guardiã do respeito aos fundamentos do Estado de Direito emblemados no portal da Carta Suprema (a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político); aos objetivos fundamentais

da República Federativa do Brasil; aos princípios informadores das relações internacionais; bem como, aos direitos assegurados na Constituição do Brasil(cf. o art. 3º, alínea “a” da Lei Complementar 75/93). Princípio, portanto, na acepção de “mandamento nuclear de um sistema”⁶

Ressalte-se que toda e qualquer ameaça ou lesão (proveniente de órgãos das Polícias Judiciárias e Militar) aos Princípios Fundamentais do Estado Democrático de Direito; aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; aos princípios informadores das relações internacionais; bem como, aos direitos assegurados na C.F. e na Lei, demandam pronta atuação do Ministério Público - força do controle externo de sede altiplana.

Assim, pretender que a Polícia detenha o monopólio da atividade investigativa é deixar ao seu talante a apuração de ilícitos, como o abuso de poder ou mesmo tortura (art. 1º, I, a, da Lei 9.455/97), eventualmente praticados por seus membros, relegando ao oblívio o disposto em o art. 3º, alínea “c”, parte final, da LC nº75/93, fazendo rosto à Constituição Federal. E, ao demais, não se pode condescender com o crime.

De feito, não se compadece com o vigente Estado Democrático de Direito conferir a importante tarefa de investigar delitos a uma única instituição.

Não permite o sistema de freios e contrapesos (cheks and balances) que o Poder Executivo (que detém o efetivo controle hierárquico sobre a Polícia) seja senhor absoluto da relevante atribuição em descortino.

Tal atividade é e deve ser compartilhada. Tanto o Ministério Público como o Legislativo (art. 58, Parágrafo 3º, da C.F.) funcionam, excepcionalmente, como destacados atores do mister investigativo. Talqualmente o Judiciário⁷. Ao primeiro, porém, não só está franqueada a investigação inquisitiva, como se encontra mandamentalmente obrigado a exercer ininterrupta vigilância sobre as atividades da Polícia.

Logo, a nosso pensar e sentir, não serão julgados isolados e dissonantes do trinado do Pretório Excelso que irão coartar função institucional de sede constitucional e de importância máxima à sedimentação da democracia e à realização do “welfare state”.

Decidiu o colendo S.T.F.:

“Não há dúvida de que a lei em tela (Lei 9.034/95) subtraiu da Polícia a iniciativa desse procedimento investigatório especial, em face de sua própria natureza, cometendo-o diretamente ao Juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente ao acesso a dados, documentos e informações protegidas pelo sigilo constitucional (...)Ainda quanto à concessão de poderes investigatórios, a própria Constituição Federal, no parágrafo 3º do art. 58, conferiu-os às Comissões Parlamentares de Inquérito, determinando que as suas conclusões serão encaminhadas diretamente ao Ministério Público para a promoção da responsabilidade civil ou criminal de infratores (...)Diga-se o mesmo com relação à Lei de Falências que pelos seus artigos 103 e seguintes trata do inquérito judicial (...)

“Assim sendo tenho que a expressão ‘com exclusividade’ inserida na regra contida no inciso IV do parágrafo 1º do art. 144 da CF, deve ser interpretada no sentido de excluir das demais polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária) a destinação de exercer as funções de Polícia Judiciária da União.

“Ao cuidar das funções de polícia judiciária e investigações criminais atribuídas às Polícias Cíveis, o texto constitucional do parágrafo 4º do art. 144 não utiliza o termo ‘exclusividade’” (In, ADIN-1517-UF- Relator, Ministro Maurício Corrêa - STF - Informativo 71).Grifei.

Já o EgrégioTribunal Regional Federal da 4ª Região proferiu a seguinte ementa:

“Habeas Corpus. Denúncia oferecida com base

em investigação procedida pelo Ministério Público. Liberação irregular de mercadorias descaminhadas. 1. O Inquérito Policial é , em regra, atribuição da autoridade policial. 2. **O “Parquet” pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei.(...)4. Tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais submetidas ao controle externo do Ministério Público.”** (HC nr. 97.04.26750-9-PR (Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa - 26/06/97).Grifo meu.

IV - CONCLUSÃO

Em apertada síntese:

- 1) A função do controle externo da atividade policial é autorizativa da realização de investigações criminais pelo Ministério Público;
- 2) A investigação criminal não é monopólio da Polícia Judiciária;
- 3) A criação de Corregedorias Especializadas no controle externo viabilizaria uma sistematização do citado controle, passando-se do discurso à prática;
- 4) O Controle Externo é verdadeira função-princípio (ou guardião de princípios), pois, visa resguardar preceitos fundamentais elencados na Carta Magna;
- 5) Ao Ministério Público foram conferidos tanto o Inquérito Civil como o Inquérito Criminal - como instrumentos de sua atuação de órgão essencial à defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127, “caput”, CP);
- 6) A plena implementação do controle externo repercutirá

positivamente na atividade da Polícia Judiciária, vez que obrigará o executivo a alocar maiores recursos para que haja, ao menos , uma adequação tecnológica à realidade criminógena, qualificando melhor seus agentes (política de recursos humanos), para assim prestar efetiva Segurança Pública (art.144, “caput”, CF).

7) Se o “Parquet” detém o controle externo sobre a polícia (finalístico) e pode investigar crimes praticados por policiais ou “extranei”, nada impede - desde que haja previsão nas respectivas Leis Orgânicas - que as Corregedorias de Polícia do Ministério Público tenham em seus quadros pessoal especializado (peritos, detetives etc.), objetivando desempenhar escorreitamente essa função.

Bibliografia:

- 1- A Constituição na Visão dos Tribunais - Interpretação e Julgados artigo por artigo - Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Gabinete da Revista - 1997 - Volume 2 - Pág. 932;
- 2- O Ministério Público na Constituição de 1988 - Hugo Nigro Mazzilli - Ed. Saraiva - 1989 - Pág. 117;
- 3- Regime Jurídico do Ministério Público - Ed. Saraiva - 1993 - Pág.172/173;
- 4- Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, pp. 450/451;
- 5- Informativo STF, nr. 71.

Endereço Eletrônico: Guilh@Cgnet.com.br

¹ Lei Complementar 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União) ; e, respectivas leis complementares dos entes federativos.

² “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade(...)”

³ In, O Ministério Público na Constituição de 1988 - Pág. 117;

⁴ In, Regime Jurídico do Ministério Público - Pág. 172/173.

⁵ “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira...”

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, pp. 450 e 451

⁷ art. 3º, da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995.

A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA: PROPOSTAS DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS

Anamaria Campos Tôrres*

Justificativa

Indiscutível é a necessidade de efetivarem-se as normas que estabelecem o controle externo da polícia judiciária pelo Ministério Público. A Constituição e toda a legislação infra-constitucional, desde as leis orgânicas que ordenam a atividade do M.P. às normas processuais, enfim toda a legislação já oferece suporte para uma eficiente atuação ministerial no controle da atividade policial no que tange a sua função precípua, qual seja a elaboração da investigação criminal.

Em que pese atitude temerosa de alguns, não há negar ser este o controle externo da polícia pelo Ministério Público, caminho imprescindível para que de fato seja o Ministério Público o titular da ação penal e ao mesmo tempo assegurado das garantias individuais indisponíveis.

Acreditando que é função basilar do Ministério Público a ação penal com respeito aos direitos do cidadão, parece nos impossível alcançar este difícil equilíbrio se já vier contaminado por um inquérito cheio de vícios, e sobretudo, se estiver este mesmo inquérito, subordinado a um primeiro momento de absoluto controle da polícia, em que ela efetivamente exerce uma triagem. Triagem que se observa, quer quanto a que tipos penais devem ser objeto de investigação e, mais ainda, sobre quais interessam a polícia para que esforços sejam empreendidos no sentido de elucidá-los, e até quais os que serão realizados para fins estatísticos ou promocionais. Em suma, assistimos impassíveis a deturpação da função primordial da polícia judiciária, na sua maior parte vinculada a grupos de poder e a eles se

submetendo, sacrificando a própria função do estado democrático de direito, de promover a justiça penal, garantindo ao cidadão não só a segurança do conviver pacífico, mais ainda, permitindo a atuação do próprio direito, que não se restringirá a um amontoado de normas em que as ordens contidas não passem de letra morta.

Problema

A impunidade, que se verifica no âmbito penal, não será solucionada apenas com normas que ora agilizam o processo, ora o suspendem, em ambos os casos sem que se tenha efetivado a ação do Estado no respeitante à garantia dos cidadãos de uma vida tranquila e segura, pois mesmo nos primeiros casos nenhum acompanhamento posterior trouxe a segurança de que as condutas passaram a ser orientadas pelas leis, nem tampouco a paz se estabeleceu em virtude de prestações antecipadas, impedindo condenações, porém sem a segurança do dever estabelecido nos acordos haver sido cumprido. Ao se suspender o processo, por exemplo, pelo não comparecimento do citado para a ação penal, conforme previsto no Código de Processo Penal se reconhece a fragilidade do Estado quanto a encontrar caminhos para a localização de pessoas neste país. Embora vivamos a época da Internet e pessoas naveguem dia e noite pelas ondas do “cyberespaço”, mais que em outro país do mundo, nenhum significado social maior tem este serviço, pois os órgãos encarregados da defesa social como um todo, não dispõem deles para encontrar caminhos que os levem até os que realizaram a lei penal e necessitam do processo com garantias legais, para definição de culpa e pena.

Em todos os casos assistimos a inércia do Estado confessada na suspensão do processo, por não existirem formas de comunicação que permitam ao Estado localizar nomes, endereços mesmo quando o procurado se encontra

nos seus quadros de funcionários. Há uma indiferença ao proceder, e hoje isto resulta na suspensão da ação penal e consequentemente novas formas de impunidade se apresentam, apesar de referir a lei ao absurdo de que também se suspende a prescrição.

Objetivos

Por assim pensar, entendendo que não serão legislações que assegurarão ao cidadão o direito ao devido processo penal, à ação penal pública, o direito a apuração e punição dos crimes, o direito a garantia de sua dignidade como homem, passarei neste trabalho a propor atitudes, já previstas em lei, que as tornarão efetivas.

Sabemos que o Ministério Público pode atuar sem a investigação criminal, não o fazendo por absoluta carência material, daí porque propomos:

1. Criar uma estrutura voltada para atender a investigação, ao menos complementarmente, parece nos necessária. Todos nós fazemos isto um pouco nas comarcas do interior e já nos mobilizamos para estas atuações na capital. Alguns Centros de Apoio exercitam de uma certa forma este controle, não efetivando de forma mais profundo, sobretudo por carência de pessoal.

2. Dotar de um mínimo de informações, por exemplo interligação entre as Comarcas, entre estas e os Estados limítrofes e centro de imigração, para termos conhecimento dos denunciados em outros Estados da federação, cruzamento de informações, formando nosso próprio controle dos que são habituados ao crime, mesmo não reincidentes no sentido da lei, de grupos ou quadrilhas atuantes em fronteiras.

3. Atender aos reclamos dos peritos que pleiteiam trabalhar vinculados ao Ministério Público, permitindo-se com isto perícias mais rápidas e voltadas para uma efetiva prova

real, na busca da verdade material que orienta o julgamento no processo criminal, e não apenas mero preenchimento de formulário.

4. Permitir o acesso aos endereços eleitorais, assegurando outras opções de domicílio.

5. Treinar pessoas que possam efetivar uma intimação, com transporte e conhecimento geográfico da cidade.

Resultado

Todas estas são propostas de complementaridade. Ao lado das mesmas seriam necessárias algumas outras atuações com relação a própria polícia e a garantia dos direitos do cidadão:

1. Assegurar o mínimo de propaganda da atuação policial, pois via de regra, ao divulgar suas ações não visam o reconhecimento do trabalho apenas, mas sobretudo esta publicidade se dá por motivação política, visando um interesse do momento governamental ou da própria instituição e não, como devido, as reais necessidades de segurança pública e da repressão ao crime.

2. Impedir a divulgação da imagem do indiciado, mesmo com o seu consentimento, pois muitos buscam a propaganda para o reconhecimento do seu atuar criminoso como se fosse atuar de um herói, defensor de comunidades esquecidas pelo estado, criando a falsa ilusão de que atua criminosamente em prol de muitos, contrário apenas a um sistema desumano e injusto.

3. Comunicações de flagrantes ao Ministério Público, que sejam seguidas de atitudes eficazes em defesa da liberdade ilegalmente retirada.

4. Criação nos Centros de Apoio às Promotorias Criminais e da Cidadania, de um grupo especial de acompanhamento de inquéritos, evitando-se as designações

esporádicas e que lembram valoração especial de casos, quando todos são igualmente responsáveis pela quebra do equilíbrio do sistema com a prática criminosa, e imperiosa é a busca das autorias para o julgamento justo.

5. Atuação conjunta de Promotores nas Varas Criminais, permitindo acompanhar um feito do início ao fim.

Estas propostas resumem-se em efetivar o M.Público uma atuação complementar a efetuada pela polícia, quer quanto a própria investigação criminal, quer quanto ao eficaz cumprimento das normas quanto aos direitos individuais. Visa sobretudo permitindo que o respeito as pessoas não torne o crime espetáculo de programa barato de televisão, em que se veicula a falsa imagem de aceitação do desrespeito a normas que coíbem a atuação criminosa, tanto quanto a normas que coíbem condenação sumária, sem julgamento em conformidade com as leis, e respeitando os direitos de cada um, mesmo daquele que pelo sua agiu em desacordo com o equilíbrio social.

Conclusões

Com lastro nas observações esposadas neste trabalho, conclui-se haver necessidade de :

a. maior preparo do Ministério Público na aquisição da prova, não se limitando ao que lhe envia a polícia, mas complementando-a e concluindo com mais exatidão;

b. maior unidade de atuação no próprio estado e em estados vizinhos ou ligados, permitindo uma visão de conjunto da ação criminosa e possibilitando desbaratamento de quadrilhas, ou apenas por um freio em condutas constantes ligadas ao crime, que deixam de ser punidas, pela absoluta fragilidade de informações;

c. a prova estaria próxima daquele que a valora no primeiro e mais significativo momento, que é o Ministério Público, quando empreende um juízo de valor para propor ou

não a ação, evitando-se denúncias esvaziadas e processos fadados ao insucesso por absoluta impossibilidade de produzir a prova pela qual se protestou na inicial.

A efetivação das medidas propostas tornarão a Polícia de fato um órgão comprometido com o desvendamento do crime e determinação das autorias, visando ao processo lícito e legal, que poderá concluir por condenação ou absolvição, mas será efetivada a prestação jurisdicional.

Bibliografia:

BENTIVOGLIO, Carlos Eduardo Athayde Bueno & TOMÁS, Antonio. **A reforma processual penal italiana - reflexos no Brasil**

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição de 1988.**

GRINOVER, Ada Pallegriani. **Novas tendências do processo penal.**

TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo.**

* Procuradora de Justiça em matéria criminal, do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

A EFETIVIDADE DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

AUTORES:

JOSÉ RODRIGUES PINHEIRO

Promotor de Justiça Aposentado do Estado do Rio de Janeiro
e Juiz de Direito

JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Procurador de Justiça do Estado do Espírito Santo

SAINT'CLAIR LUIS NASCIMENTO JÚNIOR

Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo

I- INTRODUÇÃO

II- CONTROLE EM ADMINISTRAÇÃO

- Conceituação

III - CONTROLE - INSTITUIÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

IV - ATIVIDADE POLICIAL

V- SISTEMAS DE CONTROLE

VI - CONCLUSÕES

VII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Com o indisfarçável desejo de sepultar definitivamente uma fase obscura da vida política nacional, na qual os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos eram constantemente ignorados e desrespeitados pelas autoridades públicas em geral, os constituintes de 1988 preocuparam-se com a adoção de instrumentos jurídicos que viabilizassem o efetivo acatamento aos dispositivos constitucionais destinados aos cidadãos. Nessa trilha, é que foi criado o Mandado de Injunção e o Habeas Data e ampliadas as possibilidades de utilização de outros institutos garantidores, como o Mandado de Segurança e a Ação Direta de Inconstitucionalidade, dentre outros. Os governos ditatoriais, até então, concentraram as forças do Estado, principalmente, no policiamento ideológico, no entreguismo e na permissividade deletéria aos obedientes e colaboradores. Cientes da triste realidade do que restou em termos de segurança pública, e cômicos de suas responsabilidades perante a opinião pública que o momento histórico exigia, os constituintes deram uma melhor organização aos sistemas de controle da administração pública, para que nenhum de seus órgãos ficasse a salvo das responsabilidades decorrentes dos abusos, desvios e ilegalidades cometidos.

Surge, com efeito, o Controle Externo da Atividade Policial a cargo do Ministério Público, como uma de suas funções institucionais, com expressa menção de exclusividade e indelegabilidade. Cabe-nos, portanto, a tarefa de definir o que venha a ser controle externo da Atividade Policial e de quais instrumentos dispomos e daqueles que necessitamos para esse efetivo exercício, a fim de darmos a mais plena resposta às expectativas dos destinatários da norma: os cidadãos brasileiros. Esse o objetivo desse estudo.

O tema é, praticamente inédito, existindo, apenas, poucas publicações sobre o mesmo, por exemplo passagem magistral na obra de Hugo Nigro Mazilli, “O Ministério Público na Constituição de 1988”, e uma ou outra página a mais neste ou naquele trabalho vindo à luz.

O Controle Externo da Atividade Policial, objeto da nossa tese, é um instrumento muito mais abrangente do que o simples acionamento judicial dos integrantes das corporações policiais quando praticarem infrações penais pois, se fosse resumir-se a isso, o inciso VII do artigo 129 da CF seria uma prolixidade o que, na verdade, não ocorre.

Tal função, como veremos no decorrer deste trabalho, jamais constituiu escopo do Ministério Público.

Visando dominar completamente o sentido jurídico do vocábulo controle, é imprescindível partirmos da conceituação existente na ciência da Administração de Empresas, transportando-a para Administração Pública, com o devido cuidado nesse traslado, em razão de suas características essenciais, diferentes dos negócios particulares. A partir dessa conceituação, ingressaremos no estudo dos diversos sistemas de controles existentes na Administração Pública e seu complexo instrumental, para torná-lo eficaz; o que nos possibilitará definir os mecanismos de que devemos dispor, além dos já existentes, para cumprir o mandamento constitucional na sua plenitude.

CONTROLE EM ADMINISTRAÇÃO

Conceituação

Sendo uma das funções da Administração, **CONTROLE**, para Raymond O. Loen ⁽¹⁾ é a “medida do progresso com relação a objetivos, avaliando o que precisa ser feito e então tomarmos a medida corretiva correta para realizar ou superar objetivos”. No Glossário de Termos Técnicos⁽²⁾, Luiz Mendes Antas assina o vocábulo afirmando que Controle é “o ato ou efeito de acompanhar a execução de qualquer empreendimento de forma a não permitir que ele se desvie do propósito preestabelecido”.

O controle não se limita à medida do desempenho, ao levantamento de erros e à preparação de relatórios. É preciso na ação administrativa que corrija também os enganos ou os pontos fracos existentes, segundo Longenecker, para quem, “ controlar quer dizer regular a organização para que esta atinja os objetivos e os planos organizacionais. Equivale, em certo sentido, ao volante e ao freio de um automóvel. O desempenho da organização deve ser examinado e checado, para que ela não saia do caminho certo” ⁽³⁾ .

Na Teoria Geral da Administração, de Gonçalo Pereira de Faria ⁽⁴⁾, encontramos o seguinte: “ a função de controle, que encerra os seguintes elementos básicos:

- a) Observação dos padrões estabelecidos pelo planejamento e organização;
- b) comparação dos padrões com a ação ou com o produto conseguido;
- c) correção dos desvios que porventura fossem identificados através da comparação efetuada”.

Conforme se percebe, os estudiosos da Ciência da Administração não divergem com relação à conceituação de controle, como por exemplo, a que nos traz Michael James Jucius ⁽⁵⁾, que assevera: “ Controle é a função administrativa de regular e restringir atividades. Definido de maneira simples, controle é a função administrativa de restringir e regular vários fatores, de modo que as obras e projetos sejam completados pela maneira por que foram planejados, organizados e dirigidos. Isto equivale a verificar que cada pessoa faz a coisa certa, no tempo certo, e com recursos certos.”

As duas etapas básicas do controle, para Willian H. Newman ⁽⁶⁾ - o estabelecimento de padrões de controle estratégico e o seu confronto com o desempenho efetivo - são, na realidade, preliminares. Embora sejam executadas com perfeição, o controle só será obtido na medida em que essa

fiscalização influir sobre o comportamento do pessoal de execução. Em outras palavras, para que o controle seja eficaz, é necessária a terceira etapa: a ação corretiva. Parece-nos que Willian H. Newman distingue com perfeição controle de fiscalização, sendo esta uma etapa anterior daquele. Do exposto, controle, para a Ciência da Administração, é uma função administrativa que se exerce através da fiscalização, para verificar se os padrões estabelecidos estão sendo cumpridos. Fundamentalmente, para Willian H. Newman, a aplicação de medidas ou ações corretivas, representa a terceira e necessária etapa, a fim de que o controle se torne eficaz.

CONTROLE - INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO

A constituição Federal estabelece um sistema de freios e contrapesos objetivando manter a harmonia e independência dos Poderes dentro das funções que lhe foram partilhadas, sendo que o mais notável é o controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Poder Legislativo sobre os atos do Executivo, como melhor veremos mais adiante.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra ⁽⁷⁾, a palavra controle é de origem francesa, tendo recebido influência do inglês e, citando Fábio Konder Comparato, para quem, a evolução semântica do vocábulo em questão “foi influenciada tanto pelo francês, quanto pelo inglês, de tal arte, que a palavra controle passou a significar correntemente, não só a vigilância, verificação, fiscalização, como ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir.”

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, trazendo à colação Rafael Bielsa e Francisco Sá Filho, denomina de interferências essas interações estabelecidas entre os Poderes para garantir-lhes a independência e harmonia. Conceitua o administrativista, *interferências*, como sendo interações recíprocas, estabelecidas pelas Constituições, seja no

desempenho de funções que já foram partilhadas, seja no desempenho de novas funções criadas especificamente para efeito de controle⁽⁸⁾.

O prefalado autor, ainda cuidando da matéria, conceitua controle:

“ Por controle, em Direito Público, entende-se tanto o exercício como o resultado de funções específicas que se destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for a sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adscrito.” ⁽⁹⁾

Prossegue elaborando uma classificação para os tipos de controle quanto a sua finalidade, como sendo:

- a) controle de legitimidade (político)
- b) controle de legalidade (jurídico)
- c) controle misto (juspolítico)

E, de acordo com o critério objetivo:

- a) controle de cooperação;
- b) controle de consentimento;
- c) controle de fiscalização;
- d) controle de correção.

Controle de cooperação, no dizer do autor, é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um poder no exercício da função de outro. Como exemplos, cita o controle de cooperação do Executivo sobre o Legislativo nas funções presidenciais de sanção e de veto de projetos de lei; na nomeação de um terço dos membros do Tribunal de Contas da União, etc.

Já o controle de fiscalização “ é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância de atos de um Poder por outro”, como ocorre na fiscalização financeira, contábil e orçamentária estabelecida na Constituição.⁽¹⁰⁾

Em casos em que um Poder necessita de autorização do outro, ou tenha que receber deste, aprovação para os seus atos, o administrativista denomina-os de consentimento, para quem “ *é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade, a atos de outro Poder*” ⁽¹¹⁾.

Finalmente, define o controle de correção como o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. ⁽¹²⁾ Não concordamos que o chamado controle de cooperação, seja verdadeiramente um tipo controle, em vista da conceituação que já demos ao vocábulo em linhas anteriores.

O controle externo da atividade policial deve dar-se nos níveis dos controles denominados por Diogo de Figueiredo, de fiscalização, consentimento e de correção, como melhor evidenciaremos adiante.

Jessé Torres Pereira Júnior ⁽¹³⁾, menciona os seguintes aspectos, ocorrentes em qualquer sistema de controle, quais sejam: imprescindibilidade, metodologia uniforme, dualidade de objetivos, técnicas assemelhadas e ambigüidades permanentes de controle. A imprescindibilidade, conforme diz, é corolário da ação administrativa do Estado, uma vez que do seu bom funcionamento dependem as condições de vida individual e a prosperidade coletiva; e , por fim, porque controlar o uso dos poderes conferidos à Administração corresponde a proteger os cidadãos contra a arbitrariedade, zelando pela justiça e coerência das ações empreendidas pela autoridade ‘Sobre a metodologia uniforme, diz o ilustre magistrado que há urna metodologia idêntica em todos os sistemas de controle, vislumbrando-se as seguintes funções básicas:

“ a) corretiva, destinada a investigar, emendar se for o caso, punir os erros e omissões;

b) preventiva, para dissuadir e evitar erros e

omissões;

c) construtiva, por meio da qual ao determinar as causas dos erros e omissões, os órgãos competentes devem providenciar novos instrumentos e disposições para erradicá-los. O controle, do ponto de vista do seu método de atuação, é sempre um contraste entre duas situações: a desejada ou desejável, com a real. Em consequência, desenvolve-se em três fases: a de avaliação dos resultados obtidos; a de exame das relações de causalidade (um mau resultado terá decorrido de faltas intencionais de agentes da Administração ou dos efeitos de um texto normativo); a de redefinição de regramento administrativo que disciplina as ações futuras.⁽¹⁴⁾

A dualidade de objetivos é verificada pela ocorrência de duas categorias de finalidades: a de eficácia e a da regularidade. Ainda seguindo os ensinamentos do articulista, “o termo eficácia engloba todos os atributos da ação administrativa ideal: consecução completa dos objetivos demandados, no tempo oportuno, pelo menor custo”. Conclui, ensinando que as múltiplas modalidades de controle existentes empregam, na sua efetivação, técnicas assemelhadas e que as ambigüidades permanentes dão lugar à necessidade de constante ajustamento dos meios inerentes a qualquer sistema, vez que é preciso compatibilizar a celeridade requerida da ação administrativa com a morosidade que resulta dos mecanismos e processos de controle.⁽¹⁵⁾

Cumpre acentuar que o vocábulo Controle, já mereceu definição legal, como se percebe no Regulamento aprovado pelo Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983 (R-200), estabelecendo princípios e normas para a aplicação do Decreto-Lei nº 667, de 02 de julho de 1969, com as modificações posteriores, concernentes às Polícias Militares do Brasil, prescrevendo:

Controle - Ato ou efeito de acompanhar a execução das atividades das Polícias Militares, de forma a não

permitir desvios dos propósitos que lhe forem estabelecidos pela União, na legislação pertinente.”

Há no mesmo regulamento, definição legal de Controle Operacional, que é o “grau de autoridade atribuído à chefia do órgão responsável pela segurança pública, para acompanhar a execução das ações de manutenção da ordem pública pelas polícias militares, por forma a não permitir desvios do planejamento e da orientação preestabelecidos, possibilitando o máximo de integração dos serviços policiais das Unidades Federativas.”,

Erigido a princípio fundamental das atividades da Administração Federal, emerge do art. 13 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a noção de controle, “*verbis*”:

“ O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

a) O controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;

b) b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;

c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.”

Objetivando uma melhor idéia com relação à disciplina legal do controle, buscamos também o conceito trazido pela lei nº 6.404, de 15/12/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, quando institui a figura do controlador. (Art. 116) Além dessas definições, a Constituição Federal estabelece o Controle Parlamentar dos atos do Executivo em matéria financeira, contábil e orçamentária, que é exercida através do Tribunal de Contas da União, observando os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação

das subvenções e renúncia de receitas. Convém enumerar os instrumentos principais postos à disposição desse controle externo, elencados no Art. 71 da CF:

a) Apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na Administração Direta e Indireta... (Inc. III)

b) Realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial...(Inc. IV)

c) Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei...(Inc. VIII).

d) Assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. (Inc. IX)

e) Sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão...(Inc. X)

f) Representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. (Inc. XI)

Note-se que o estabelecido no inciso XI do art. 71, refere-se a outros feitos para os quais o Tribunal de Contas não tenha competência para a aplicação das sanções correspondentes, ou para casos onde ainda residualmente haja a possibilidade de aplicação de outro tipo de sanção.

Os sistemas de controle externo devem atuar integrados com os de controle interno, devendo estes prestar todo o auxílio necessário ao desempenho das funções daquele, assim como responsabilizar-se pela comunicação das irregularidades a ilegalidades de que tomarem conhecimento, nos termos do § 1º, do art. 74, da CF.

Relativamente ao Ministério Público, como órgão controlador da atividade policial, a Constituição Federal (inc. VII, do art. 129), foi por demais lacônica, bem como a Lei

Orgânica Nacional do Ministério Público, que remeteu para as leis estaduais a disciplina da matéria. Nesse sentido é que a Lei Complementar Estadual do Espírito Santo, nº 95, de 28 de janeiro de 1997, traz mecanismos efetivos de controle, seguindo orientação constante na tese: O Controle Externo da Atividade Policial, apresentada por José Rodrigues Pinheiro e José Paulo Calmon Nogueira da Gama, na ocasião do Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Natal, no ano de 1990, que sobre eles, os mecanismos, falaremos no final deste trabalho.

Concluindo, controle é uma função administrativa que vai muito além de uma simples fiscalização. Esta se perfaz com inspeções, vistorias, exame das situações fáticas e seu confronto com os padrões legais estabelecidos, dando lugar, quando muito, à expedição de notificação, comunicação ou qualquer outra forma de acionamento de outro órgão, poder ou instância administrativa, para as providências cabíveis e aplicação das medidas corretivas. O órgão fiscalizador não aplica essas medidas, que são de exclusiva competência dos órgãos controladores, pois representam instrumentos do controle, que só é inteligível quando presentes esses instrumentos corretivos. Controle, portanto, não é uma fiscalização, tal qual a exercida historicamente pelo Ministério Público, que sempre necessitava remeter ao Judiciário o relato da falta cometida, requerendo as medidas aplicáveis e sanções estabelecidas. Este tipo de atuação, a fiscalização das leis, ainda existe; entretanto, agora, existe o Controle Ministerial dos atos de polícia em geral, cujos meios corretivos serão propostos administrativamente pelo próprio órgão controlador, de forma vinculada: o Ministério Público. Para exemplificar ainda mais, não consideramos controle mera fiscalização, tal qual a exercida pelos juízes criminais referentemente ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que, exercendo-a, apenas remete ao Procurador Geral de Justiça para que decida sobre o arquivamento ou não do Inquérito Policial. Este sim, o

Procurador-Geral, nesse caso, é o órgão controlador.

ATIVIDADE POLICIAL

Decorrência lógica do poder de polícia, traduzido na faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado ⁽¹⁶⁾, a polícia pode ser definida como a atividade concreta exercida pelo Estado para assegurar a ordem pública através de limitações legais impostas à liberdade coletiva e individual. ⁽¹⁷⁾

Ressaltam, portanto, dessa conceituação, três elementos essenciais:

- a) a presença do Estado desenvolvendo atividade
- b) a finalidade de ordem pública;
- c) o conjunto de limitações à liberdade humana.

Avulta de importância, no estudo em apreço, o elemento de natureza teleológica, importando dizer, em sua ausência, da conseqüente inexistência da própria atividade policial.

Com efeito, não se pode conceber tenha outro fim a polícia que não o de garantir a paz, a tranquilidade, a boa ordem para cada um e para todos integrantes da coletividade.

De outro lado, e considerando-se o momento da interferência, divide-se classicamente a polícia em administrativa e judiciária. Esta atuando repressivamente, “a posteriori”, em virtude da efetiva violação da segurança, do cometimento do delito e da perturbação da boa ordem, e aquela preventivamente, “a priori”, antes da ocorrência do dano.

A essa classificação acresce a que se denominou de polícia mista, que acumula ou exerce, sucessiva ou simultaneamente, funções preventiva e repressiva. É o caso da polícia brasileira.

Não obstante, há autores que dividem a polícia em duas classes: polícia de segurança e polícia administrativa, entendendo-se pela primeira a que tem por objetivo imediato a defesa dos direitos dos indivíduos e do Estado, sendo administrativa a polícia que tutela a boa ordem da coisa administrativa.

Comentando o art. 4º do Código de Processo Penal, Rui Cirne Lima (18), acentua que “entre a atividade da polícia judiciária e a atividade administrativa equipolente da polícia de segurança há unicamente diversidade de ordenação: ali a ordenação é de natureza processual; aqui de natureza administrativa”

Nesse sentido, sem embargo das múltiplas classificações, verifica-se que a atividade policial, seja ela administrativa, judiciária ou de segurança, é fundamentalmente a mesma, embora diversamente ordenada, segundo propósitos diversos.

A propósito, o art. 144 da CF, ao cuidar da Segurança Pública, elenca os órgãos destinados a “preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio”, a saber: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, além de facultar aos Municípios a formação das guardas municipais.

Vê-se claramente que tais órgãos, a teor do preceito constitucional, ora detém a incumbência de polícia judiciária ora de polícia administrativa, à medida em que se lhes confere alternada, cumulativa ou simultaneamente, as tarefas preventivas e repressivas, consagrando-se, pois, o modelo misto a informar a atividade policial pátria.

Finalizando, o Ministério Público, enfeixando a atribuição consistente no controle externo da atividade policial, deverá, então, exercê-la no âmbito das polícias já mencionadas, pouco importando tenham o caráter preventivo ou repressivo,

porquanto estas funções, iniludivelmente, relacionem-se aos misteres institucionais do “*parquet*”. E não é e nem pode ser outra a inteligência do inc. VII do art. 129 da CF, ao enunciar, sem qualquer distinção ou imprecisão lógico-formal, *atividade policial*, como a que deve ser objeto do controle ministerial.

SISTEMAS DE CONTROLE

Os Poderes da República para se garantirem independentes e harmônicos, devem ser exercidos por pessoas conscientizadas dos rígidos limites de repartição das atribuições. Se a um cabe administrar, posto que não possa fazê-lo contrário à lei, tem o direito-dever, porém, de julgar e decidir determinados aspectos administrativos que escapam a qualquer tipo de controle e fiscalização, senão dos próprios outorgantes diretos do poder: os cidadãos. Assim, não é de insurgir, como procedeu Raulino Jacó Bruning (19), ao fato de caber ao Executivo julgar questões de mérito administrativo, tais como, a oportunidade e necessidade da construção de uma ponte ao invés de um hospital; a oportunidade e necessidade de se demitirem ou admitirem funcionários públicos, entre outros exemplos.

Ao Poder Legislativo cabe a elaboração das leis e ao Judiciário exercer o controle de sua aplicação aos casos concretos. Não é possível admitir-se que um Poder seja exercido ao arrepio desses limites, sob pena de por-se em perigo a harmonia e a independência que lhes são essenciais. Inadmissível, por com seguinte, que um juiz impeça a realização de sessões de uma Câmara Municipal, ou abertura e trâmite de procedimentos administrativos disciplinares ou preparatórios da ação penal, bem como que órgãos de outro Poder exerçam suas funções exclusivas e legalmente previstas. Não seria, pois, o exercício legítimo do Controle Externo pelo Judiciário, mas apenas uma arbitrária ingerência, a merecer o mais veemente repúdio, com a conseqüente desobediência por parte dos

responsáveis pela Administração, por serem tais ordens manifestamente ilegais.

Os Poderes mantêm a harmonia e independência, ainda que se tenha um sistema de freios e contrapesos a discipliná-los evitando a hipertrofia, abuso ou desvio de qualquer um deles. São os sistemas de fiscalização e controle confiados, ora a órgãos do próprio Poder, ora a órgãos de outro, os quais visam o acompanhamento constante da execução dos serviços públicos, avaliando o que precisa ser feito e decidindo quais as medidas corretivas a serem adotadas e aplicando-as para garantir a continuidade dos serviços e a consecução dos objetivos maiores da Administração.

Uma grande divisão de pronto se verifica nos sistemas de controle, conforme íntegro ou não, o órgão controlador, ao próprio Poder do qual faz parte o órgão controlado, a saber: controle externo e controle interno.

É externo o controle quando se efetiva por órgão que não faz parte do mesmo Poder a que pertença o órgão controlado. Numa classificação orgânica, teremos: Controle Parlamentar dos Atos Administrativos; Controle Jurisdicional dos Atos Legislativos; Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos; Controle Ministerial das Polícias Militares; Controle Ministerial da Atividade Policial.

O Poder Legislativo, como já vimos, exerce o controle dos atos administrativos dos demais Poderes, consoante art. 70 e seguintes da CF. Através da apreciação da constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário exerce o controle dos atos legislativos, exercendo, também o controle jurisdicional dos atos administrativos de todos os Poderes, inclusive dos seus próprios.

As polícias militares são controladas pelo Ministério do Exército, no que diz respeito à instrução, efetivos, organização e armamento (Decreto-Lei nº 667/69), utilizando-se dos seguintes instrumentos:

a) Limitação do armamento e munição, quanto à quantidade, tipo e especificações, havendo necessidade de autorização para a sua aquisição;

b) exigência de regulamento disciplinar semelhante ao do Exército Brasileiro;

c) inspeções, visando ao fiel cumprimento das prescrições legais;

d) expedição de normas e diretrizes;

e) convocação, com nomeação do Comandante Geral pelo Governo Federal, a fim de assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina, ou ainda para garantir o cumprimento das disposições legais e regulamentares (Decreto-Lei nº 667/69 com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 2.010 de 1(01/83).

Concluindo os sistemas de controle externo, como vimos, dispõem de meios de efetiva interferência nos atos do órgão controlado, Ainda que não possa e não deva tentar substituírem-se aos sistemas de controles internos, praticam determinados atos legalmente previstos, ao seu exclusivo critério, visando à correção dos desvios e ao saneamento de irregularidades e ilegalidades diversas.

As medidas mais notáveis utilizadas pelos órgãos de controle externo são:

a) Inspeções, auditorias, sanções diversas e inclusive multa e sustação da execução dos atos, impostos pelos Tribunais de Contas;

b) a decretação de nulidade de atos administrativos pelo Judiciário;

c) a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, pelo Judiciário;

d) a convocação da Polícia Militar, pelo Ministério do Exército, substituindo o seu Comando Geral;

e) a necessidade de autorização do Ministério do Exército para a compra de armamento e munição, e qualquer alteração nos efetivos das Polícias Militares;

f) a expedição de normas e orientação que vinculam as Polícias Militares, no que diz respeito aos assuntos sobre os quais se exerce o controle, pelo Ministério do Exército.

Os órgãos da Administração Pública, em geral, dispõem de sistemas de controle da atuação do seu pessoal, sem os quais estaria dificultado ou impossibilitado o exercício do poder hierárquico dos ocupantes dos cargos de chefia.

Os membros do Poder Judiciário têm o Conselho de Magistratura, os do Ministério Público, o Conselho Superior, que exercem a verificação e o acompanhamento das duas categorias, mas com características muito especiais, por inexistirem chefes funcionais, mas apenas, administrativos.

Os Conselhos “interna corporis”, as Comissões de Inquérito Administrativo, as Apurações Sumárias dos fatos, as sindicâncias compõem os sistemas de controle interno dos órgãos da Administração Pública, que são todos de caráter disciplinar.

Visando à melhor eficácia dos sistemas de controle, os internos devem auxiliar e apoiar os externos, inclusive comunicando as irregularidades e ilegalidades de que tomarem conhecimento, conforme previsto na Constituição Federal, relativamente ao Controle Parlamentar dos atos administrativos respeitantes às matérias contábil, financeira e orçamentária.

Dois sistemas de controles internos interessam preferencialmente ao Ministério Público: os da Polícias Civil e Militar. Esses sistemas requererem acompanhamento mais estreito do órgão ministerial encarregado do exercício do controle. Em todos eles vemos situações de grande interesse, senão vejamos: a omissão na apuração de responsabilidades por faltas administrativas e apuração de fato delituoso através

de simples sindicância ou outro procedimento interno, aplicando-se, quando muito, a sanção disciplinar, olvidando-se, em consequência, as providências relativas à responsabilidade penal.

As Corporações Policiais Militares que são controladas externamente pelo Ministério do Exército, no que diz respeito à instrução, efetivos, organização e armamento, apenas dispõem de instrumentos de controle interno baseados nos Regulamentos Disciplinares, que são basicamente: a apuração sumária, as sindicâncias, os Conselhos de Disciplina para praças e os Conselhos de Justificação para Oficiais, além dos Inquéritos Policiais Militares. Todos têm a finalidade de manter o pessoal direcionado à execução dos planos da Administração Pública, coibindo o desvio de condutas, a desídia, etc.

A apuração sumária é feita, via de regra, pelo oficial sob o comando direto de quem o infrator exerce suas funções. Ao receber a comunicação da transgressão da disciplina policial-militar, o oficial concede audiência àquele para que se defenda, vindo, a seguir, a decisão punindo ou solicitando a punição ou, então, arquivando ou solicitando arquivamento ao oficial superior.

Há desvio de finalidade quando a sindicância, no âmbito das corporações policiais, é aberta para a apuração de fato notoriamente delituoso, como não raro acontece. A organização policial militar, nesse caso, deverá dar início ao inquérito policial militar, donde, solucionando o comando, pela transgressão da disciplina policial-militar, a punição deverá ser aplicada, seguindo, então o inquérito ao Ministério Público. No caso da organização policial civil deve ser idêntica a situação, ou, dar-se início aos dois procedimentos paralelamente, cada qual com a sua finalidade.

As autoridades responsáveis pelas soluções das sindicâncias nas corporações policiais decidem se houve crime

ou a penas transgressão da disciplina, ou nenhum dos casos, mandando arquivar os autos. É, obviamente, uma sonegação ao Ministério Público da apreciação e formação da “*opinio delicti*” dos fatos praticados por policiais, o que requer meios corretivos adequados.

Não fogem à regra os Conselhos de Polícia, que julgam fatos praticados por policiais civis, que muitas vezes não se encontram noticiados em inquéritos policiais, e de cujas conclusões o órgão Ministerial não toma conhecimento.

Curiosas são as disposições relativas aos Conselhos de Disciplina das Polícias Militares, contidas no Decreto nº 7.500 de 05/12/72.

O decreto em questão, concede à autoridade policial militar a jurisdição penal relativamente às Contravenções Penais e retira do Ministério Público a titularidade da ação penal, pois impossibilita a um de seus órgãos examinar os autos para a formação da “*opinio delicti*”.

Urge, portanto, dotarmos o Ministério Público dos Estados, a exemplo do que ocorre no nosso Parquet, que dispõe do ferramental necessário, para o efetivo exercício do controle externo da atividade policial, como lhe assegurou a Lei Complementar Estadual nº 95/97 (20), da qual podemos extrair o seguinte:

Art. 27. IX - exercer o controle externo da atividade policial;

XI - comparecer às reuniões de conselhos estaduais e municipais, quando necessário;

XVIII - O membro do Ministério Público indicado para os fins previstos na alínea “h” do inciso XIV do art. 10 desta Lei Complementar, antes de iniciada a operação da força policial para os fins previstos, ou logo após o seu início, deverá comunicar à autoridade judicial ou administrativa competente sobre qualquer:

a) irregularidade no mandado de desocupação ou em qualquer outra peça instrumental ou documental que o componha; .

b) falta de requisito legal à medida possessória de efeito coletivo;

c) falta de condições operacionais à ação policial militar, pondo em risco os direitos constitucionais das partes envolvidas.

§ 2º No exercício de suas Funções, cabe ao Ministério Público:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em casos do não comparecimento injustificado, requisitar, sem prejuízo do processo por crime de desobediência, condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades e outros órgãos municipais, estaduais e federais, bem assim das entidades da administração direta, indireta e Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior.

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível, acompanhá-los e produzir provas;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no artigo 129, VIII;

V - sugerir ao Poder competente a edição de normas, a alteração da legislação em vigor e a adoção de medidas destinadas à prevenção e combate à criminalidade;

VII - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

X - fazer uso da Carta Precatória Administrativa para obter informações complementares;

Art. 28. O Ministério Público exercerá o controle da atividade policial por meio de medidas administrativas e judiciais, visando assegurar a indisponibilidade da persecução penal e a prevenção ou correção de ilegalidades ou do abuso de poder, assegurando-se-lhe, especialmente, além de outras medidas e iniciativas decorrentes dos demais dispositivos desta Lei:

I - ter livre acesso e realizar inspeções em estabelecimentos e unidades policiais ou prisionais;

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

III - requisitar providências para sanar a omissão indevida ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial, sindicância ou processo administrativo disciplinar sobre omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial.

§ 1º É obrigatória a remessa ao Ministério Público:

I - no prazo de 24 horas, de cópia de qualquer auto de prisão em flagrante;

II - no prazo de dez dias, de cópia dos registros criminais de ocorrência ou equivalentes, efetuados pelas Polícias Civil e Militar.

§ 2º A remessa a que se refere o parágrafo anterior será feita à Promotoria de Justiça Criminal na Comarca, ou ao órgão do Ministério Público de plantão.

Art. 29 - Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e

Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito: ...

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, incumbe ao Ministério Público, além das providências que lhe caibam por força das demais disposições desta ou de outra lei federal ou estadual:

I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações escritas de qualquer natureza, dar-lhes andamento no prazo de até quinze dias, promovendo as apurações cabíveis;

III - recomendar correções e outras medidas;

IV - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos.

CONCLUSÕES

a) Controle, para a ciência da Administração, é uma função administrativa destinada à verificação do cumprimento dos padrões estabelecidos, para cuja efetividade é imprescindível a aplicação de medidas corretivas pelo órgão controlador.

b) A função administrativa de Controle, como instituto de Direito Público, constitui-se no ato de fiscalização e acompanhamento de atividades administrativas, de forma a não permitir irregularidades, ilegalidades e desvios de propósitos, efetivando-se com a adoção de medidas corretivas, quando necessárias, pelo próprio órgão controlador.

c) A atividade policial a que se refere o inciso VII do art. 129 da Constituição Federal é toda atividade de Polícia Administrativa, Ostensiva e de Polícia Judiciária, exercidas pelas Polícias Civil, Militar, Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, e Guardas Municipais e órgãos da administração pública investidos do poder de polícia administrativa e disciplinar.

d) Os sistemas de Controle Interno da Administração Pública tem atuação disciplinar e, portanto, reagente, (*pós factum*), tendo o legislador constituinte investido o Ministério Público das atribuições de Controle Externo da Atividade Policial, que se dá em tempo real e não apenas quanto aos aspectos formais, mas também e sobretudo, quanto aos aspectos materiais e de mérito da atividade policial, visando ao seu eficaz exercício.

e) Os sistemas de Controle Externo dispõem de instrumentos para o seu exercício, que são, na verdade, situações de interferências nas atividades dos órgãos controlados.

Assim sendo, não obstante a Lei Capixaba ter avançado no sentido de dotar o Ministério Público de efetividade em sede de controle da atividade policial, impõe-se, ainda, não somente a sua implementação, como também o seu aperfeiçoamento. Torna-se necessário, pois, que se estabeleçam nas demais Leis Estaduais, dispositivos e mecanismos que:

I - Determinem a todas as autoridades civis e militares, que encaminhem ao Ministério Público, cópias de todos os atos administrativo-disciplinares, bem como de todas os documentos relativos ao exercício da função policial;

II - vinculem as chefias e comandos de todos os organismos policiais, civis ou militares, às requisições de abertura de inquérito administrativo ou sindicância objetivando a apuração de faltas administrativas.

III - Criminalizem o descumprimento das determinações legais a respeito do Controle Externo da Atividade Policial, bem como às requisições de qualquer órgão do Ministério Público, no exercício desse mister.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) RAYMOND O. LOEN - "Administração Eficaz" - 6^é ed. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1983. p. 28.
- (2) LUIZ MENDES ANTAS - "Glossário de Termos Técnicos". São Paulo. Traço Editora, 1979. p. 222.
- (3) JUSTIN G. LONGENECKER - "Introdução à Administração". São Paulo. Editora Atlas, 1981. p. 249.
- (4) GONÇALO PEREIRA DE FARIA - "Teoria Geral da Administração". São Paulo. Editora Atlas, 1978. p. 74.
- (5) MICHAEL JAMES JUCIUS e WILLIAN E. SCHLENDER, "Introdução à Administração" - 3^é ed. São Paulo. Editora Atlas, 1974.p.65.
- (6) WILLIAN li. NEWMAN - "As Técnicas de Organização e Gerência . Ação Administrativa" - 4^é ed. São Paulo. Editora Atlas, 1981.p. 387.
- (7) ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA. "Motivo e Motivação dos Atos Administrativos". São Paulo. Revista dos Tribunais~1979 .p, 155.
- (8) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - "Interferências entre Poderes do Estado", in Revista de Informação Legislativa. Ano 26 - NQ 103 - Jul a Set 1989. Senado Federal. p. 9.
- (9) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - op. e loc. cit.
- (10) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - op. cit., p.10.
- (11) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - op. cit., p. 11.
- (12) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO - op. e loc. cit.
- (13) JESSE TORRES PEREIRA JÚNIOR - "O Controle da Administração Pública na Nova Constituição Brasileira". in Revista de Informação Legislativa. Ano 26 - N° 103. Senado Federal. p.28.
- (14) JESSE TORRES PEREIRA JÚNIOR - op. cit., p. 29.
- (15) JESSE TORRES PEREIRA JÚNIOR - op. cit., p. 30.
- (16) HELY LOPES MEIRELLES - "Direito Administrativo Brasileiro". 13^a ed. atualizada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987.p. 93.
- (17) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR - "Curso de Direito Administrativo" 10^a ed. - Rio de Janeiro. Forense, 1989. p. 532.
- (18) Apud JOSÉ CRETELLA JÚNIOR - op. cit. 536.
- (19) RAULINO JACÓ BRUNING - "O Controle dos Atos Administrativos

pelo Ministério

Público”. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

(20) LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO

JOSÉ RODRIGUES PINHEIRO
JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA
SAINT'CLAIR LUIS NASCIMENTO JUNIOR

**TESE A SER APRESENTADA NO 12º CONGRESSO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - FORTALEZA-
CEARÁ-26 A 29 DE MAIO/98**

***AUTOR : LUDGERO FRANCISCO SABELLA, PROMOTOR
DE JUSTIÇA DA COMARCA DE BRAGANÇA PAULISTA
ESTADO DE SÃO PAULO**

**ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA
CRIMINAL, DIANTE DA MODIFICAÇÕES DO DIREITO
PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**SUB-TEMA : CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE
POLICIAL: DO DISCURSO À PRÁTICA**

I. TÍTULO

*** O CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL
NA PRODUÇÃO DA PROVA DE ESCUTA
TELEFÔNICA (lei 9296/96), EXCEPCIONADA
PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

II. EXPOSIÇÃO

A ressalva constitucional ao princípio da garantia individual do sigilo das comunicações telefônicas (in fine do inc. XII do art. 5, da CF/88) foi finalmente regularizada através da Lei 9296/96.

Sua finalidade foi a de estabelecer regra específica ao procedimento deste instrumento probatório, quer na fase de investigação criminal quer na fase do processo penal.

Como anotou a Exposição de Motivos sobre a referida Lei - mensagem n. 1.273/94 - da lavra o então Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República,

Doutor Henrique Eduardo Ferreira Hargreves, “o legislador constituinte admitiu a quebra do sigilo das comunicações no caso que mencionou, mas exigiu que tal procedimento, excepcional, não se fizesse de maneira indiscriminada, e sim por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (o grifo é nosso).

Pois bem. Ao disciplinar o procedimento legal da interceptação telefônica, previu-se sua possibilidade em certos crimes, tanto para a investigação criminal quanto para a instrução do processo penal.

Naquela, por solicitação da autoridade policial. E, em ambas as hipóteses, por solicitação do Ministério Público.

Verifica-se a atenção do legislador quando a diligência for pedida e realizada pela autoridade policial. Com efeito, determinou a participação do Ministério Público no sentido de : (a) ser cientificado da diligência, podendo acompanhar a sua realização (art. 6 “caput”); (b) receber o resultado assim que o auto circunstanciado sobre ele for

encaminhado ao Juiz (art.6, parág. 3º).

Além disto e da possibilidade de o Ministério Público conduzir a diligência em procedimento instaurado dentro das suas atribuições (art. 26 da Lei 8625/93), novamente destacou a participação ministerial dando-lhe a possibilidade - e só a ele - de, não sendo importante esta prova, solicitar sua inutilização (art. 9º).

Destarte, a participação do Ministério Público, ao menos com a ciência da diligência probatória, é “conditio sine qua non” para a validade e eficácia da mesma, como mais adiante se demonstrará.

E a par destas considerações quanto a tão importante modo de obtenção de prova criminal, é necessário ainda ressaltar-se a posição do Ministério Público no quadro jurídico nacional.

Nesse contexto, a Constituição Federal realizou importantes modificações, que, nada obstante o razoável tempo decorrido, sequer foram compreendidas por muitos. Ou por puro capricho ou mesmo por ignorância.

Da configuração do Poder Judiciário como vital à harmonização dos Poderes, da Advocacia como essencial à administração da Justiça, do amparo policial para a repressão criminal, outorgou-se ao Ministério Público o relevante papel de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Atribuiu-lhe privativamente a ação penal pública e o dotou de necessários poderes para sua missão, notadamente a de controlar a atividade policial e participar dos elementos de convicção necessários ao aparelhamento devido de sua atividade legal.

Assim, como bem destacou o eminente Procurador de Justiça, Doutor Jaques de Camargo Penteado, no parecer da Apelação Criminal n. 219.887-3/0-TJ, estas inovações “visam a consecução de um estado jurídico que permita o desenvolvimento de cada um segundo as suas potencialidades”.

Logo, vê-se que não foi à toa a indicação do Ministério Público no que se refere à produção da prova através da escuta telefônica. Para a validade desse ato jurídico, sua forma é prescrita rigorosamente na Lei 9296/96. A não observação acarreta indiscutivelmente a nulidade, nos moldes dos arts. 82 e 145, III do Código Civil, arts. 564, III, “d”, e IV, do Código de Processo Penal e art. 246 do Código de Processo Civil.

Enfim, a necessidade de se obedecer rigorosamente ao aspecto formal da lei, é que levou o C. Supremo Tribunal Federal, a decidir reiteradamente que não bastava a ordem judicial para a interceptação de comunicação telefônica, mas, impreterivelmente, a lei regulamentadora (HC

Assim, a omissão do Ministério Público na produção desta prova, seja ao menos pelo seu ciência, fulmina o procedimento, tornando-o nulo e ineficaz, conforme bem anotou os autores LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, “in” Interceptação Telefônica, editora Revista dos Tribunais, nas págs., 221/222.

E desta maneira pode-se veredar para ilegalidade ou ilicitude da referida prova. Fala-se, na doutrina, de “prova ilícita”, “prova ilegítimamente admitida”, “prova ilegítima”, “prova obtida ilegalmente” etc. Como ensina JULIO FABBRINI MIRABETE, lembrando a obra ‘Liberdades públicas e processo penal’ de Ada Pellegrini Grinover :

“Em resumo, a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material. Com fundamento nessa conceituação, dividem os autores as provas em - ilícitas, as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção; e ilegítimas, as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quando na introdução da prova no processo (RT 631/275). É necessário observar, porém, com faz Ada Pellegrini Grinover, que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede sua produção em juízo” (Processo Penal, ed. Atlas, p. 259).

Deve-se anotar como fulcro da questão, que a Magna Carta afirma que são totalmente inadmissíveis no processo penal ou civil tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material (art. 5, LVI, da CF/88).

Portanto, quanto à produção de uma prova

admitida em Direito, e a interceptação telefônica é uma delas, tem-se que verificar, para sua validade e aceitação, a forma prescrita ou não defesa em lei. Em outras palavras, é imprescindível seguir determinada forma na prática do ato para que regularmente produza efeitos jurídicos. A preterição da

solenidade acarreta a nulidade do ato.

E a nulidade ou invalidação ocorre por ausência de formalidade essencial que a norma impõe, qual seja, a cientificação do órgão ministerial. Sua participação salutar na diligência é algo que fica a seu critério. O que a lei exige é sua cientificação, não só como

“dominus litis” como também agindo como “custos legis”.

O agente ministerial, ao contrário do pensamento de muitos, não é mero espectador da produção de provas e muito menos é impulsionado a agir por aquilo que à primeira vista é dito como verdade formal numa peça informativa. Assim é que “diante dos elementos apresentados pelo inquérito policial ou pelas peças de informação que recebeu, o órgão do Ministério Público, verificando da existência de fato que caracteriza

crime em tese e indícios da autoria, forma a opinião delicti. Formada sua convicção promove a ação penal pública com o oferecimento da denúncia” (JULIO FABBRINI MIRABETE, obra cit., p. 127).

Há patente invalidação na produção da prova pelo meio da interceptação telefônica, sem a participação do Ministério Público.

Ao tratar das nulidades, o ilustre EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, em sua obra “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, ed. histórica, Rio, 1976, vol. IV, p. 486, anota que : “assenta-se a nulidade (falta de intervenção do Ministério Público - obs. minha) atendendo ao interesse da Justiça Pública, em ter o seu representante funcionando,

efetivamente e constantemente, numa ação, na qual o poder público deve promover a responsabilidade do infrator penal, e dada a possibilidade de dano ou prejuízo, resultante da falta dessa intervenção”.

Não é outro o entendimento de TOURINHO FILHO, “in” Processo Penal” e JOSÉ FREDERICO MARQUES na sua exemplar obra “Elementos ...”.

Não é diferente, pacificamente a jurisprudência. Como exemplificação :

“Exsurgindo evidente o interesse público na solução da demanda, necessária é a intervenção do MP, em todas as fases da demanda, sob pena de nulidade” (STJ - Resp 12.240-0-SP, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO).

Consequentemente, a eventual prisão do agente e a prática de outros atos, tudo oriundo da interceptação da conversa telefônica cujo procedimento é inválido por falta de participação ministerial, contamina as demais provas decorrentes e não podem ser igualmente aceitas pela aplicação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa - “fruits of the poisonous tree”, aplicada pelo C. Supremo Tribunal Federal (HC n. 74116, em 5.11.96, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA), exatamente porque alcançada ilicitamente ou ilegítimamente. Tudo quanto derivou da interceptação viciada tampouco possui valor, anota os escritores LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI na obra já citada, pág. 217.

Outrossim, além de que a ciência ao Ministério assenta-se no fato dele ser o destinatário precípuo das informações carreadas no inquérito policial, tem como justificação a melhoria e retidão na coleta da prova para o bom desempenho das suas funções. Mais do que isto, essa cientificação anotada na referida lei de maneira congente e impostergável, é uma das maneiras de assegurar a concreção da norma inserida no art. 129, VII, da CF/88, que atribuiu ao Ministério Público o controle externo da atividade policial,

conforme pronunciamento do Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da PGJ n. 15.591/98, provocado em sede do art. 28 do CPP (autos de inquérito policial da comarca de Bragança Paulista, cuja promoção de arquivamento partiu deste Promotor).

Mas não é só.

A produção de aludida prova é excepcionada na Constituição Federal, diante das garantias individuais do sigilo das comunicações telefônicas. Assim, extrai-se a interpretação que o “grampo” telefônico não pode ter outra finalidade senão a produção daquela prova específica que o caso exige. O perigo de revelações de conversas íntimas, alheias aos fatos investigados, acarreta indiscutivelmente uma das principais ofensas ao

consagrado direito da cidadania e das inviolabilidades asseguradas aos cidadãos contra até mesmo a ingerência do Estado. Aqui, por óbvio a necessidade da ciência do Ministério Público, Instituição cuja missão é dentre outras a de defender as garantias constitucionais e a correta aplicação da lei, mais uma vez controlando a atividade policial neste

sentido.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto:

a) na produção da prova de interceptação telefônica, o órgão do Ministério Público deve ter ciência como preceitua a Lei 9296/96, e acompanhá-la;

b) a ciência e acompanhamento visa a melhoria e retidão na produção desta prova, o controle da atividade policial investigatória e garantir a utilização da escuta somente para a finalidade original, posto que a conversa telefônica alheia ao fato investigado permanece sigilosa;

c) a não ciência para participação do Ministério Público acarreta ilicitude ou invalidade desta prova, contaminando as demais provas dela derivadas, não servindo como elementos de convicção para oferecimento da denúncia.

*Ludgero Francisco Sabella-1º Promotor de Justiça de Bragança Paulista-SP

Juizados Especiais Criminais

Meios alternativos de solução de litígios: a transação penal

Luiz Roberto Salles Souza¹

I. Introdução.

Preocupação constante dos operadores do direito, especialmente o estudioso do direito processual penal, é o aperfeiçoamento do vetusto sistema existente desde a década de 40.

Segundo a orientação tradicional, a ação penal de iniciativa pública seria indisponível, ou seja, o titular da ação não teria qualquer discricionariedade para deixar de propô-la quando houvesse justa causa.

Tal orientação dificultava um processo mais efetivo e de melhor qualidade.

O próprio Ministério Público, seguindo esta tradicional orientação, não propiciava qualquer discussão interna no sentido de mitigar a obrigatoriedade da ação penal. Durante décadas, a maior preocupação da instituição, dentro do processo penal, foi a consolidação da titularidade exclusiva da ação penal de iniciativa pública, que acabou acolhida pelo legislador constituinte de 1988.

O avanço da idéia de participação popular na administração da justiça, a busca de soluções conciliatórias, a preocupação com o descrédito da justiça pública criminal (genericamente tratada), a necessidade de repensar-se a função do juiz, do órgão do Ministério Público e da defesa e a preocupação com o papel da vítima no processo criminal, acabaram por incrementar a tendência rumo à “deformalização

do processo - tornando-o mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático, mais próximo da sociedade - e à deformalização das controvérsias, tratando-as, sempre que possível, pelos meios alternativos que permitam evitar ou encurtar o processo, como a conciliação”².

II. Antecedentes legislativos e o direito comparado.

No desenvolvimento legislativo de busca de um “processo de resultados”³, ou seja, aquele que dispusesse de instrumentos adequados e eficazes à tutela dos direitos, várias alternativas surgiram, não só no direito interno, como no alienígena, culminando com a introdução da transação penal no sistema brasileiro com o advento da Lei Federal 9.099/95.

O Anteprojeto José Frederico Marques previa a possibilidade ao Ministério Público de apresentar proposta de pagamento de multa e, em caso de aceitação pelo acusado, tinha por consequência a perempção.

No substitutivo ao Projeto de Código de Processo Penal, o acusado primário poderia concordar com o pagamento de uma multa e o processo seria extinto sem julgamento do mérito.

A Lei 7.244/84 instituiu a sistemática das pequenas causas cíveis, mostrando as vantagens da conciliação.

Na legislação estrangeira podemos mencionar a Lei italiana nº 689, de 24 de novembro de 1981, na qual o acusado, com a concordância do Ministério Público, poderia postular a aplicação de sanção substitutiva “della detenzione”; tal pedido implicava na extinção da punibilidade e tinha por efeito apenas a vedação de segundo benefício.

O novo Código de Processo Penal italiano,

aprovado pelo decreto presidencial (DPR) nº 447, de 22 de setembro de 1988, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1989, representou um “salto di qualità” na evolução do “patteggiamento” introduzido pela Lei 689/81, uma vez que “questo può avere per oggetto non solo le ‘sanzioni sostitutive’, ma anche le vere e proprie pene, ivi comprese quelle detentive, quando si possa in concreto applicarle in misura non superiore a due anni (e siano, quindi, suscettibili di sospensione condizionale ai sensi dell’articolo 163 Codice penale)”⁴.

O instituto italiano não é um benefício deferido ao acusado, mas sim um procedimento especial ligado a um acordo entre acusado e Ministério Público sobre a aplicação da pena que, portanto, resguarda o mérito e se reflete sobre o rito procedimental; ao contrário do anterior acordo do juízo abreviado que resguardava apenas o rito, extinguindo o crime.

A sistemática vigente estabelece que realizado o “patteggiamento”, ou seja, aplicação da pena mediante pedido das partes (acusado e Ministério Público), o acusado renuncia à faculdade de contestar a acusação, não nega a sua responsabilidade e exonera a acusação do ônus da prova; a sentença que acolhe o pedido contém, portanto, uma apuração e uma afirmação implícitas da responsabilidade do acusado⁵.

Como já salientado, o novo instituto italiano perdeu completamente o caráter de benefício ao acusado para transformar-se num verdadeiro e próprio rito alternativo e verdadeira forma alternativa de ação⁶.

Pelo Código de Processo Penal português, aprovado pelo Decreto-lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987, o Ministério Público pode requerer ao Tribunal a aplicação de pena de multa ou pena alternativa, a aceitação da proposta pelo acusado equivale à condenação (art. 396º, nº 4). Por outro lado, o Ministério Público representa a vítima e postula a indenização civil (art. 394º, nº 2).

III. A Constituição brasileira

O constituinte de 1988 introduziu na organização do Poder Judiciário a figura dos Juizados Especiais com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de pequeno potencial ofensivo.

O “caput” do art. 98 da Constituição Federal autorizou a criação dos Juizados Especiais: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou 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 juízes de primeiro grau”.

Por outro lado, a União manteve o monopólio legislativo das normas processuais (art. 22, I, CF), exceto àquelas referentes ao procedimento⁷ que é concorrente com os Estados e o Distrito Federal (art. 24, XI, CF), especialmente dos Juizados Especiais (art. 24, X, CF).

Assim, para a efetiva implantação dos Juizados Especiais Criminais seria necessária lei federal, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entendeu que seria inconstitucional a lei estadual que outorgasse competência penal a Juizados Especiais⁸.

Tal interpretação da Suprema Corte decorre da competência privativa da União para legislar em matéria penal e processual (art. 22, I, CF), sendo “indivudosamente de natureza material a norma que permitiria a transação e regularia seus efeitos penais”⁹. Da mesma forma, somente com a promulgação da lei federal é que os Estados estariam autorizados a criar os Juizados Especiais, dentro do

ordenamento de organização judiciária, e fixar normas específicas de procedimento.

IV. A Lei Federal dos Juizados Especiais

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, é o resultado da aprovação dos projetos de lei de autoria dos Deputados Michel Temer (juizado criminal) e Nelson Jobim (juizado civil).

Referida lei retrata mais uma fase da inclusão, no sistema processual brasileiro, das tendências da participação popular na administração da justiça, da busca de soluções conciliatórias, da preocupação com o descrédito da justiça criminal, da necessidade de repensar-se as funções dos operadores jurídicos.

Anteriormente, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, já havia introduzido a figura da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo (art. 126 e 188, ECA). Tal instituto já propiciava que o adolescente, em conflito com a lei penal, pudesse se compor com o órgão do Ministério Público demonstrando que as circunstância do fato delituoso, o contexto social, sua personalidade e grau de participação no ilícito penal justificariam a exclusão do processo para imposição de medida sócio-educativa¹⁰.

A remissão concedida pelo órgão do Ministério Público é uma verdadeira modalidade de transação com amplitude ainda maior do que aquela prevista na Lei 9.099/95 aos penalmente imputáveis.

Embora não seja objeto do presente trabalho, quer nos parecer que o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente foi mais ousado no sentido de que não determinou limites objetivos rígidos à concessão da remissão pelo Ministério Público. Nem mesmo a audiência de oitiva informal (art. 179,

ECA) realiza-se perante o Juiz da Infância e da Juventude; toda a fase preliminar ocorre somente perante o Promotor de Justiça¹¹.

O próprio papel da vítima no processo penal passou a merecer atenção do legislador quando prioriza a reparação do dano¹², especialmente, como condição da suspensão condicional do processo e no momento inicial da audiência preliminar.

A aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, instituída sob a forma de transação penal, rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio* e possibilita a aplicação de reprimenda sem que seja discutida a culpabilidade

Nos chamados delitos de pequeno potencial ofensivo, a ação penal passou a ser orientada pelo princípio da discricionariedade regrada, onde o titular da ação penal pública, em face de expressa previsão legal, poderá deixar de promovê-la, mesmo havendo justa causa, transacionando com o autor dos fatos.

Outras importantes alterações foram introduzidas pela Lei 9.099/95 na legislação processual penal. A competência para o julgamento das infrações de pequeno potencial ofensivo passou a ser determinada pelo lugar em que for praticado o ilícito (art. 63), ao contrário, o Código de Processo Penal (art. 70) fixava a competência pelo lugar onde se produziu o resultado. Tal alteração segue a moderna orientação da doutrina no sentido de que a produção de provas é mais facilmente obtida no local em que fora praticado o delito.

No que tange à citação, a mesma deve operar-se na própria audiência preliminar (art. 78) após o oferecimento da denúncia ou queixa oral ou por mandado, no caso de ausência do acusado. Não é possível a citação editalícia.

Instaurado o procedimento sumaríssimo, a denúncia ou queixa ofertada somente será recebida após a manifestação da defesa do acusado. O interrogatório somente

ocorrerá após a dilação probatória.

Apesar de não haver, no Estado de São Paulo, lei criando os Juizados Especiais, providências de natureza administrativa vêm sendo tomadas para a aplicação dos dispositivos da lei federal no cotidiano do Poder Judiciário e da Polícia Judiciária.

A Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo baixou comunicado informando que “as Varas de Fóruns, Foros Regionais ou Distritais, da Capital e do Interior do Estado, com competência criminal, recepcionarão, durante o expediente, mediante critério de distribuição, para processo e julgamento as causas que envolvam infrações penais de menor potencial ofensivo, até que sejam instalados os Juizados Especiais Criminais. Os recursos serão encaminhados ao Tribunal competente”. A Corregedoria Geral da Justiça procedeu às adaptações no sistema de distribuição no Foro Central e Regionais da Capital e nas demais Comarcas do Estado¹³.

Da mesma forma, a Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública do Estado de São Paulo instituiu, através da Portaria nº 14 da Delegacia Geral de Polícia, modelo de Termo Circunstanciado de Ocorrência Policial e Termo de Comparecimento¹⁴ e pela Portaria nº 28 instituiu o modelo de requisição e laudo de exame de corpo de delito adequando os serviços policiais aos dispositivos da Lei dos Juizados Especiais¹⁵.

V. A transação penal

A transação penal introduzida pela Lei 9.099/95 somente é possível, como regra geral, nas contravenções penais e nos crimes cuja pena máxima, em abstrato, não exceda a um ano. Todavia, outros delitos de pequeno potencial ofensivo poderão ser criados pelo legislador visando viabilizar

a transação penal¹⁶.

É na audiência preliminar o momento procedimental adequado para que a proposta seja feita pelo Ministério Público. A aceitação da proposta antecipada de pena pelo autor dos fatos e seu defensor não significa reconhecimento da culpabilidade penal ou responsabilidade civil.

A designação de audiência preliminar é ato de ofício do Juízo, não necessitando de requerimento ou qualquer provocação, devendo ser designada tão logo recebido o termo circunstanciado da autoridade policial (art. 70).

Com base nos princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais (art. 62), quando as informações constantes do termo circunstanciado forem insuficientes, desconexas e confusas, o Ministério Público vem se manifestando previamente, principalmente para evitar-se a designação de audiência preliminar para aqueles casos onde não há justa causa para eventual transação ou ação penal, promovendo o arquivamento quando assim entender cabível.

A transação favorece a conciliação e não a barganha penal.

Difere-se da *guilty plea* e do *plea bargaining* do sistema norte-americano, pois o primeiro pressupõe o reconhecimento da culpabilidade por parte do acusado e no segundo permite-se amplo acordo entre o acusador e o acusado sobre os fatos, a imputação e a pena. Na verdade, “a figura que mais se aproxima do instituto pátrio é o do *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do *consenso* à do *conflito*”¹⁷.

A proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, pois, em caso de não aceitação da mesma, deverá o órgão do Ministério Público oferecer, desde logo, a denúncia oral, quando iniciar-se-á o procedimento sumaríssimo¹⁸.

Cabe ao Estado, como titular do direito de punir, a proposta antecipada de pena. Assim, o titular da ação penal de iniciativa pública é o único com atribuição legal para apresentar a proposta de transação penal. Ao órgão do Poder Judiciário não é autorizado tal proposta, pois lhe cabe a fiscalização, controle e homologação da conciliação havida entre o autor dos fatos e o Ministério Público. Ao se admitir que o Juiz transacione a pena antecipada com o criminoso, o equilíbrio e controle do sistema estarão quebrados, bem como estaria descaracterizado o caráter consensual da proposta.

Da mesma forma, nos delitos de ação penal de iniciativa privada, o ofendido, como substituto processual, não está autorizado a transacionar a pena com o autor, pois a lei federal não estabeleceu tal possibilidade. Todavia, não tendo havido composição civil entre o querelante e o querelado, nada impede que, em sendo preenchidos os requisitos legais, possa o Ministério Público oferecer proposta de pena.

Com relação às penas, somente é vedada a transação penal com aquelas privativas de liberdade (art. 5º, XLVI, “a”, CF e art. 33, CP).

As demais modalidades de pena previstas na Constituição Federal ou na legislação penal são passíveis de serem transacionadas. Assim, é possível que o Ministério Público e o autor dos fatos, assistido por defensor, componham-se com relação à perda de bens, à pena pecuniária, à prestação social alternativa e à restrição de direitos.

Vários outros temas relacionados com a transação penal têm sido exaustivamente tratados pela doutrina, tais como, a inconstitucionalidade da medida, a redução da pena de multa pela autoridade judiciária, as vedações e a inadequação da proposta, as condições pessoais do autor dos fatos, a natureza jurídica da decisão homologatória, o não cumprimento da transação etc.¹⁹.

Todavia, algumas questões polêmicas ainda não

foram detidamente estudadas merecendo algumas observações no presente arrazoado.

VI. Questões controvertidas.

Não tendo a pretensão de solucionar pontos polêmicos da aplicação da Lei 9.099/95, optamos por provocar o debate em relação a algumas situações nebulosas da transação penal.

Sem fixar uma ordem de prioridade, passaremos à colocação de algumas preocupações atuais.

A primeira refere-se à indicação do fato típico praticado para justificar a designação da audiência preliminar.

Como já salientado, a designação da audiência preliminar é ato de ofício do Juízo Especial, não necessitando de qualquer pronunciamento prévio. Todavia, ainda quando a descrição dos fatos é clara no termo circunstanciado, alguns órgãos jurisdicionais têm exigido a indicação do fato típico por parte do Ministério Público.

A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em dezenas de casos encaminhados a apreciação daquele órgão da Administração Superior do Ministério Público, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, firmou o seguinte entendimento sumular:

“Juizado Especial Criminal. Audiência Preliminar. Magistrado que se recusa a designar audiência preliminar, determinando que o Promotor de Justiça descreva sucintamente o fato em tese típico.

Quando as informações constantes do termo circunstanciado forem insuficientes, desconexas e confusas é de bom alvitre que esta falha seja suprida *pelo dominus litis*” (Protocolados 56.879/96, 56.880/96, 56.882/96, 57.207/96, 57.290/96, 57.291/

É evidente que nesta fase do procedimento (designação de audiência preliminar) a legislação processual penal não exige a indicação do fato típico.

A exigência, além de ilegal, tumultua o correto rito estabelecido pela hodierna legislação. É evidente que quando do oferecimento da denúncia oral, e somente naquele momento, a regra do art. 41 do Código de Processo Penal deverá ser observada pelo Ministério Público.

A indicação antecipada do fato típico acaba por prejudicar a fase da transação penal porque poderá induzir ao equivocado entendimento de que os termos da acusação já teriam ficado delimitados²⁰.

Situação distinta é aquela onde, apesar de designada a audiência preliminar, não é possível o arquivamento ou oferecimento de proposta de pena por faltar elementos de convencimento.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 288.586/4 determinou ao Juízo indicado como coator que deveria abster-se de exigir da autoridade policial a oitiva dos envolvidos, juntada de documentos ou outras diligências assemelhadas, salvo para corrigir ou esclarecer o termo circunstanciado.

Parece-nos evidente que o órgão julgador de Segundo Grau não inviabilizou a complementação do termo circunstanciado permitindo a sua devolução à autoridade policial para correção ou esclarecimento. É evidente que se o fato for demasiadamente confuso e incerto a providência será a instauração de inquérito policial.

Ademais, já é clássica a orientação do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo no sentido de não poder o juiz indeferir requerimento do Ministério Público no sentido da

volta do inquérito à polícia, cabendo da decisão correção parcial (RT 455/402).

Vicente Greco Filho ensina que “examinado pelo Ministério Público, o inquérito policial pode seguir várias alternativas, adiante enumeradas e comentadas: O Ministério Público pode entender que o inquérito não esclareceu suficientemente os fatos e, portanto, pode entender necessária a volta à polícia para a sua complementação. Neste caso, indicará as diligências necessárias 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”²¹. A mesma orientação é fornecida por Tourinho Filho²².

Apesar do termo circunstanciado não ser inquérito policial, dele apenas se diferencia no que tange à oralidade, informalidade, economia e celeridade, pois, o objetivo primeiro de ambos é fornecer elementos para que o titular da ação penal pública possa formar a sua convicção e propor a transação ou ação penal.

Como a Lei 9.099/95 não estabeleceu forma ao termo circunstanciado, a Administração Superior da Polícia Civil, através de ato administrativo, disciplinou os requisitos mínimos que deverão, obrigatoriamente, ser observados pela autoridade policial que tomar conhecimento da prática de delito de pequeno potencial ofensivo.

A finalidade do inquérito policial é a apuração da existência da infração penal e a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação disponha de elementos que o autorizem a promovê-la²³. O mesmo pode-se dizer do termo circunstanciado com relação aos delitos de pequeno potencial ofensivo.

Exigir-se do Ministério Público que proponha a transação penal, sem que esteja convencido do delito e sua respectiva autoria, é pretensão que contraria todo o ordenamento jurídico.

Finalmente, parece-nos relevante que o Ministério Público fique vinculado a critérios objetivos para a transação penal.

O legislador fixou condições objetivas para a negativa de oferta de pena (art. 76, § 2º), todavia, não fixou qualquer critério relacionado à quantidade da pena objeto da transação penal.

A grande maioria dos autores tem lecionado que, no caso da proposta de pena de multa, o critério seria aquele previsto no Código Penal, ou seja, a quantidade de dias-multa seria fixada com base nas condições judiciais e dentro dos limites legais; já o valor do dia-multa, seria fixado com base na capacidade econômica do autor dos fatos.

Semelhante seria o critério das demais penas não pecuniárias.

Ocorre que tais critérios não parecem suficientes, especialmente pelo fato de que a proposta não deve ter como parâmetro, necessariamente, a pena mínima prevista em lei (como tradicionalmente é fixada pelo Poder Judiciário), como também não pode ser de tal forma elevada a ponto de inviabilizar a aceitação, ainda que com a possibilidade de sua redução em metade (art. 76, § 1º).

A falta de tais critérios orientadores possibilita que algumas propostas sejam efetivamente condizentes com o delito praticado e suas consequências, todavia, de outro lado, possibilita absoluta discricionariedade ao Ministério Público quando da oferta de pena antecipada. Não havendo mecanismos eficazes de controle dessa discricionariedade a transação penal pode ficar maculada por abusos, excessos ou ineficácia.

VII. Conclusões

1) É forçoso concluir que o instituto da transação penal significou um avanço legislativo dentro do ordenamento pátrio, todavia - apesar de ser um mecanismo conciliatório menos abrangente do que a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente - apresenta diversas deficiências que necessitam de reflexão, aprimoramento e alteração legislativa.

2) A transação penal deve ser encarada como parte de um procedimento alternativo e não como um benefício ao acusado.

3) O momento procedimental adequado para a oferta de pena antecipada é a audiência preliminar, devendo o magistrado designá-la independentemente de qualquer provocação.

4) A proposta de transação não é alternativa à promoção de arquivamento, pois, em caso de recusa, a denúncia oral deverá ser ofertada na própria audiência preliminar.

5) O oferecimento de proposta antecipada de pena pelos órgãos do Poder Judiciário quebra o equilíbrio, o controle do sistema e a natureza conciliatória da transação penal.

6) Todas as modalidades de penas previstas na Constituição Federal, não privativas de liberdade, são passíveis de transação penal.

7) A indicação antecipada do tipo penal acaba por prejudicar a fase da transação penal, porque poderá induzir ao entendimento de que os termos da acusação já teriam ficado delimitados.

8) Quando o termo circunstanciado ou as peças de informações forem insuficientes, desconexas e confusas deverá o Ministério Público providenciar a sua complementação

antes da audiência preliminar.

9) O termo circunstanciado difere-se do inquérito policial apenas no que tange à oralidade, informalidade, economia e celeridade, uma vez que ambos visam dar elementos para que o Ministério Público proponha a transação ou a ação penal.

10) É necessário que o Ministério Público fixe critérios objetivos para a proposta antecipada de pena, visando garantir o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima do criminoso e a eficácia da proposta.

¹ Promotor de Justiça em São Paulo, Professor Universitário e Mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP)..

² GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES, Luiz Flávio, Juizados Especiais Criminais, São Paulo, 1997, 2ª edição, editora Revista dos Tribunais, p. 24.

³ GRINOVER e outros, obra citada, p. 23.

⁴ FRIGO, Giuseppe, Il nuovo Codice di Procedura Penale - La legge delega, I decreti legislativi, la relazione del ministro Vassalli, em Supplemento al numero odierno de Il sole-24 ore, p. 151.

⁵ SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G., ZAPPALÀ, E. Diritto Processuali Penale, Milano, 1995, v. 2, Giuffrè editore, pp. 235/257.

⁶ CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio. Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale, Padova, 1996, 4ª edizione, CEDAM, p. 510.

⁷ Para TOURINHO FILHO (Processo Penal, São Paulo, 1997, ed. Saraiva, 18ª edição, p. 12), O processo é uma sucessão de atos pelos quais a jurisdição cumpre o seu mister, sendo o procedimento “a sua exteriorização, ou como já se disse, o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo”. O procedimento, como série de atos pela qual se exterioriza o processo, “é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, São Paulo, 1987, ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição, p. 247). Sob o prisma do direito instrumental, segundo o princípio da ordem consecutiva legal “o procedimento está estruturado como uma sucessão lógica e ordenada de atos típicos, ordem essa que deve ser obedecida porque está instituída para a garantia dos demais princípios” (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, São Paulo, 1993, ed. Saraiva, 2ª edição, p. 348).

⁸ HC 71713-PB e 72.582-1-PB.

⁹ GRINOVER e outros, obra citada, p. 25.

¹⁰ Com relação à medida sócio-educativa de liberdade assistida apresentamos no II Congresso do Ministério Público de São Paulo, realizado no período de 28 a 31/5/97, o trabalho intitulado: “Meios alternativos de cooperação comunitária na defesa eficaz da cidadania dos adolescentes submetidos à liberdade assistida”, que teve suas conclusões aprovadas por votação unânime.

¹¹ SALLES SOUZA, Luiz Roberto. O Ministério Público na fase pré-processual. Projeto de Pesquisa apresentado ao Prof. Dr. ANTONIO SCARANCE FERNANDES quando do concurso para obtenção de vaga no mestrado do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996.

¹² No sistema anterior, que ainda vigora nos casos onde a Lei 9.099/95 não é aplicada, o Código de Processo Penal estabelece tímida possibilidade de obter-se a reparação do dano pela vítima. Quer pela execução da sentença penal condenatória, quer pela ação de conhecimento “ex-delicto”, a reparação do dano, quando obtida, é demasiadamente serôdia. Na hipótese do processo de execução, a vítima deve aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para obter-se o título executivo. Várias são as desvantagens do sistema; como exemplos poderíamos mencionar a impossibilidade de executar-se o responsável civil, a necessidade de liquidar-se o título e a ocorrência de absolvição. Da mesma forma, a ação de conhecimento, pela sua amplitude de discussão, é demasiadamente morosa, dispendiosa e sua execução somente ocorrerá após vários anos da prática delitiva. No sistema tradicional vigente, a vítima pobre fica ainda mais prejudicada uma vez que, via de regra, a Defensoria Pública ou o serviço de Assistência Judiciária não dispõe de meios materiais e de pessoal para o atendimento dos casos. No Estado de São Paulo somente o Ministério Público dispõe de um serviço específico de atendimento à vítima pobre. Ocorre que a propositura da ação civil “ex-delicto” pelo Promotor de Justiça tem gerado polêmica no que tange à legitimidade ativa, fato que cria insegurança nas vítimas e desmoraliza o objetivo primeiro que é a recomposição dos danos causados pelo criminoso.

¹³ Diário Oficial do Estado, Poder Judiciário, caderno 1, parte 1, 27/11/95.

¹⁴ Aviso 250/96-PGJ, Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, seção 1, 08/6/96.

¹⁵ Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, seção 1, 10/9/96, p. 3.

¹⁶ A Lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, previu a possibilidade de transação penal para os delitos descritos nos arts. 303, 306 e 308, apesar da pena máxima ser superior àquela prevista na Lei 9.099/95.

¹⁷ GRINOVER e outros, obra citada, p. 33.

¹⁸ O art. 77, da Lei 9.099/95 estabeleceu que o procedimento sumaríssimo terá início na própria audiência preliminar quando restar frustrada a composição civil e a transação penal. Na lição de Ada Grinover, Magalhães, Scarance Fernandes e Gomes (Juizados Especiais Criminais, São Paulo, 1997, 2ª edição, editora Revista dos Tribunais) “verificada a impossibilidade

de transação, a lei é clara ao determinar que, tratando-se de ação pública, a denúncia será apresentada de *imediato* pelo membro do MP. A única exceção vem prevista pelo § 2º do dispositivo comentado e diz respeito aos casos cuja complexidade ou circunstância não permitam o ajuizamento imediato da acusação, hipótese em que as peças serão encaminhadas ao juízo comum, aplicando-se o procedimento previsto no CPP”. O procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95 é aquele estabelecido na lei federal, não sendo possível aos operadores do direito alterá-lo. Não se trata de formalismo cego e inconseqüente, mas sim, de respeito ao rito procedimental estabelecido claramente na lei como garantia dos demais princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais. Por opção política do legislador, a denúncia, no procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, deve ser oral e apresentada na audiência preliminar.

¹⁹ Além dos doutrinadores já referidos: PAZZALINI FILHO, Marino, MORAES, Alexandre, POGGIO SMANIO, Gianpaolo e VAGGIONE, Luiz Fernando, Juizado Especial Criminal, São Paulo, 1996, ed. Atlas. e JESUS, Damásio Evangelista. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada, São Paulo, 1995, ed. Saraiva.

²⁰ Diversas Promotorias de Justiça Criminal, especialmente na Comarca de São Paulo, em razão da divisão prévia do serviço, apresentam a peculiaridade de que o órgão do Ministério Público que se manifesta nos autos não é o mesmo que irá atuar na audiência. Dessa forma, a indicação antecipada do fato típico poderá ferir o convencimento daquele que participar da audiência preliminar colocando-o em situação até mesmo de constrangimento em face da sua consciência e convicção jurídicas

²¹ Manual de Processo Penal, São Paulo, Editora Saraiva, 2ª edição, 1993, pp. 87 e 88.

²² Obra citada, v.1, p. 349.

²³ TOURINHO FILHO, obra citada, v. 1, p.171.

Edison Miguel da Silva Jr é Procurador de Justiça em Goiás e Coordenador do Centro de Apoio às Promotorias Criminais.

Mozart Brum Silva é Promotor de Justiça e Presidente da Associação Goiana do Ministério Público.

INTRODUÇÃO:

A Lei 9.099/95 estabeleceu um novo paradigma para solução do conflito penal como alternativa à vetusta aplicação de pena/castigo. Baseada no consenso entre as partes, implicou em profunda modificação no direito penal brasileiro, sendo necessária uma **visão crítica**, mesmo que panorâmica, do sistema penal baseado no castigo (terror) para compreensão dessa inovação.

O modelo clássico (punitivo) tem por justificativa a teoria da coação psicológica, bem como a do tratamento ressocializador. Pela primeira, o medo da pena (castigo) inibe a opção pela conduta criminosa, ao passo que a segunda, entende que a pena tem por objetivo propiciar condições para a harmônica integração social do condenado (Lei 7.210/84-art.1º).

Buscando conciliar as duas teorias (será possível?), generalizou-se na doutrina brasileira a idéia da prevenção geral e especial da pena. Ensina DAMÁSIO E. DE JESUS, no seu conhecido manual (1995/457), que a pena é uma sanção aflictiva (castigo), cujo fim é evitar novos delitos. Como prevenção geral, o fim intimidatório da pena dirige-se a todos, visando impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Como prevenção especial, a pena visa o condenado, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

LEGISLAÇÃO PENAL:

Expansionista, simbólica e autoritária.

Por sua vez, nesses tempos de democracia (por ironia do destino), o Estado promove uma verdadeira epidemia legislativa. A cada dia são elaboradas leis inéditas que criam novos tipos penais, aumentando penas, suprimindo ou mitigando direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Tudo para vencer, segundo o modelo punitivo, a “guerra santa” contra o crime pela intimidação, pelo castigo exemplar.

Assim, quanto mais crimes, maior a necessidade de leis severas, de penas cada vez mais desumanas para intimidar os maus cidadãos, em um ciclo vicioso no qual, não raro, o sistema penal não opera de forma preventiva, mas de forma condicionante de carreiras criminosas.

Na verdade, porém, cria-se um direito penal simbólico que não objetiva proteger eficazmente o bem jurídico, mas que visa produzir, conforme alerta ALBERTO SILVA FRANCO, um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança. Passando a impressão de que o Estado está atento ao problema da criminalidade convencional, atuando com presteza através de meios penais cada vez mais radicais (Zaffaroni e Pierangeli, 1997/10-1).

Pura propaganda enganosa! Com propriedade, ensina FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (1991/5) que “o crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento

desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legislante de nossos dias.”

MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: Utilização da criminalidade.

Essa tendência expansionista e autoritária encontra eco nos meios de comunicação social que, geralmente, se utilizam da criminalidade convencional na busca de audiência. Através de uma abordagem sensacionalista, a mídia reduz a violência aos tipos penais. Descaracterizando como tal a fome, o desemprego, a desigualdade social, o apelo exagerado ao consumo, o analfabetismo, a alienação cultural... enfim, a criminalidade não convencional. Fomentando um clima de pânico e alarme social, alimentado a cada dia pelo relato dramático de um hediondo crime acontecido em algum ponto desse Brasil-continente.

ALBERTO SILVA FRANCO (1991/29), quando da promulgação da hedionda Lei 8.072/90, advertia que “... os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a idéia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinadas formas de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal. Surgiram, então, por influxo da mídia manipulada politicamente, manifestações em favor da *law and order*.”

Assim, propaga-se um clima de “guerra” que o Estado combate com uma única arma: a lei penal cada vez mais ameaçadora. Aumentando, com isso, a intervenção estatal na vida do cidadão decente ou não, através da expansão do sistema penal (do terror). Caminhando-se, portanto, para uma sociedade na qual, em nome do combate ao crime, suprime-se ou limita-se conquistas democráticas relacionadas à liberdade. E como é

sabido, cada vez que abrimos mão de um princípio democrático, avança o autoritarismo.

CRISE NO SISTEMA PENAL: Caro, ineficaz e injusto.

Paradoxalmente, o controle social baseado na prisão/castigo está em crise. Não pelo aumento da criminalidade convencional (real ou ilusório), pois isso alimenta esse modelo. Ao contrário, está em crise porque é caro, ineficaz e injusto.

Na superfície da crise, na sua parte mais visível, está a superlotação e precariedade dos estabelecimentos penais; as constantes rebeliões e o alto custo social e financeiro da prisão. Além da elevada taxa de reincidência que comprova a falência da prisão como instrumento ressocializador, sendo uma maneira muito cara de tornar as pessoas piores.

Noticiando a tragédia de CARANDIRU, no qual a Polícia Militar, em meia hora, matou 111 presos na Casa de Detenção de São Paulo, a revista “Veja” de 14/10/92, informa que “... falta tudo nas cadeias brasileiras, a começar por vagas. As delegacias de polícia e as 210 prisões do país têm capacidade para abrigar 51.000 presos, mas nelas amontoam-se 124.000, num excesso de 73.000 pessoas. Quase metade da massa carcerária 59.000 detentos, está alojada nos xadrezes dos distritos policiais, que foram feitos para recebê-los por pouco tempo, enquanto aguardam transferência para um presídio. A situação é pior ainda para os 65.000 detentos que cumprem pena nas prisões. Ali, eles convivem com quadrilhas, com o tráfico e o consumo de drogas e com a corrupção de agentes penitenciários.”

Prossegue a reportagem, “... em Belo Horizonte, 300 presos dividiam onze celas nas quais só havia espaço para quarenta e resolveram o problema com um ritual de

eliminação. Com um sorteio, escolhiam um companheiro para morrer. De um saco plástico, retirava-se o nome da vítima. À noite, quando o escolhido estivesse dormindo, um colega saltava de um pequeno muro próximo ao banheiro da cela sobre seu estômago. Depois, enforcavam-no com uma camisa cheia de nós – a fatal *teresa*, segundo a gíria das penitenciárias. Dias depois, morria outro e mais outro. Assim, quinze presos foram assassinados na loteria macabra.”

E ainda, “... cada penitenciária construída no Brasil, para 500 presos, custa em média 15 milhões de dólares. Como existem 124.000 presos, e 175.000 mandados de prisão para serem cumpridos, o país precisaria de 500 novos presídios para abrigar todo mundo. Pelas contas do Conselho de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça, essa empreitada custaria aos cofres públicos a soma astronômica de 7,5 bilhões de dólares. Para completar, o Erário gastaria 600 milhões de dólares por ano para manter as prisões funcionando, ao custo de três a quatro salários mínimos mensais por preso. É uma fortuna exageradamente alta para o Erário, e é muito fácil imaginar que jamais será aplicada no sistema carcerário, enquanto 32 milhões de crianças e adolescentes viverem em condições de miséria.”

Em 1995, segundo o Censo Penitenciário Brasileiro / Ministério da Justiça, a situação era a mesma ou mais grave ainda:

Presos	144
484	
Vagas	68
597	
Deficit	75
887	

Custo mensal por preso (média nacional) R\$415,69

Aprofundando a análise da crise do sistema penal, percebe-se que o comportamento criminoso não é

exclusivamente uma opção do sujeito, mas um fenômeno social de causas variadas que a ameaça do castigo pouco inibe.

O Código Penal, por exemplo, desde a década de quarenta, proíbe o homicídio, ameaçando com pena/castigo o transgressor. No entanto, até a pouco tempo o marido traído era culturalmente induzido a “lavar” sua honra com sangue. Predominava a tese da legítima defesa da honra. Com o avanço dos direitos das mulheres, com a mudança dos costumes, esse tipo de crime diminuiu. E o Código Penal continua o mesmo, ou seja, a ameaça da pena não era eficaz ou pelo menos não era satisfatoriamente eficaz.

Outro exemplo, nos Estados Unidos a população carcerária atinge a astronômica marca de 1,5 milhão de pessoas a um custo anual de 21 bilhões de dólares. São 600 para cada 100.000 habitantes, contra 88 para os mesmo 100.000 no Brasil. No entanto, tais números não indicam sucesso no combate à criminalidade convencional. Conforme RICHARD A. POSNER (1997/488), é o país que atualmente apresenta os mais altos índices de criminalidade do mundo desenvolvido.

Mais uma vez preciosa a lição de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (1991/5): “Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão.”

A partir da população carcerária verifica-se, ainda, que o sistema atinge preferencialmente cidadãos do segmento social mais pobre, principalmente aqueles que têm “cara de bandido”, estigmatizando-os como eternos criminosos. Reproduzindo e aprofundando, assim, as desigualdades sociais.

Essa seleção de indivíduos que são passíveis de ingresso no sistema penal já ocorre desde o processo legislativo que tipifica condutas que podem ocorrer mais em um seguimento social do que em outro. Por exemplo, o tipo do artigo 155 do Código Penal é crime para todos os cidadãos (igualdade formal), mas dificilmente um rico irá furtivamente subtrair a carteira de alguém. Contudo, o atraso no pagamento do salário para aumentar a margem de lucro não é crime. Também não existe crime algum quando o trabalhador é obrigado, após longa espera, a amontoar-se nos ônibus urbanos.

Aliás, ANATOLE FRANCE, no passado, afirmava com ironia que a lei penal, em sua majestosa igualdade, proibia por igual ao rico, como o pobre, furtar pão para alimentar-se, pedir esmola para comer ou dormir sob a ponte (*Apud* Alberto Silva Franco, 1991/48).

E mesmo se cometida alguma infração penal, ainda assim, para determinados seguimentos sociais, existem alguns “filtros” que evitam ou dificultam o ingresso no sistema penal. Exemplo flagrante no momento atual, em decorrência do “caso SÉRGIO NAYA”, são as imunidades processuais dos parlamentares. Ou, no passado recente, os escândalos de corrupção que levaram ao *impeachment* de FERNANDO COLLOR DE MELO. Ou ainda, quando os tetracampeões voltaram com a taça para o Brasil, por que o Secretário da Receita Federal insistia em verificar a bagagem, estragando a festa “brasileira”?

Ademais, as condutas que mais gravemente ameaçam a paz social são praticadas através de entes coletivos, como por exemplo a fabricação de bombas capazes de destruir toda a vida no planeta ou estratégias empresariais de multinacionais que do dia-para-noite desempregam milhões de trabalhadores, pais de famílias que dependem do salário para o seu sustento e dos seus filhos.

LEI 9.099/95: Alternativa aos malefícios do sistema penal.

Nessa crise, como alternativa aos malefícios do sistema penal, surge a Lei 9.099/95. Logo, ela não pode ser corretamente compreendida pela ideologia do direito penal baseado no terror, pois é uma alternativa a esse modelo.

Outro é o seu paradigma.

Realmente, sua inspiração está em um direito penal democrático que caracteriza-se pela mínima intervenção penal (subsidiariedade e fragmentariedade), com a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão (garantismo), tendo por missão defender os direitos humanos, positivados na Constituição Federal e Direito Internacional (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica).

Ao contrário da tendência expansionista, na perspectiva de um direito penal efetivo, postula que a prisão deve ser limitada às situações de reconhecida necessidade para se evitar mal maior e não panacéia para todos os conflitos sociais, uma vez que a experiência mostra que não raro no lugar da função preventiva, acaba condicionando carreiras criminosas.

Assim, não tendo por pressuposto ideológico a necessidade de aplicação de castigo (teoria da coação psicológica), o novo modelo criou um espaço de consenso no sistema penal brasileiro. E esse espaço de consenso tem por finalidade exatamente evitar a pena de prisão/castigo, substituindo-a por uma medida útil tanto para a sociedade, como para as pessoas envolvidas. O artigo 62 da lei em estudo é taxativo: “... objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

Nessa compreensão, a composição civil extintiva

da punibilidade, a aplicação imediata de pena, a exigência de representação nas lesões corporais leves/culposas e a suspensão condicional do processo são medidas despenalizadoras. Institutos que dificultam ou impedem a aplicação de uma punição, ou seja, o ingresso do cidadão no sistema penal. Importando, conseqüentemente, em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil (STF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, Inq. 1055/AM, j. 24/04/96, DJU 24/05/96 – Internet).

APLICAÇÃO IMEDIATA DE PENA: Alternativa ao processo penal como solução do conflito penal.

Pela primeira vez na história penal brasileira é possível transacionar a persecução penal. Antes de iniciada a ação penal, antes mesmo de qualquer investigação prévia, o susposto “*autor*” do suposto “*fato*” e o Ministério Público podem evitar o processo penal, mediante acordo em audiência pública presidida por juiz de direito (art.76).

Com efeito, nesse novo modelo, o objetivo não é a efetivação do “*castigo*” para dar credibilidade à coação psicológica da pena cominada, mas a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art.62).

Assim, a transação penal não atende à doutrina da coação psicológica, seu fundamento não está na teoria segundo a qual a severidade da pena cominada (e sua aplicação) é forma eficaz de combate à criminalidade pela intimidação da coletividade.

Ao contrário, inspira-se na concepção de que o comportamento criminoso não é exclusivamente uma opção do sujeito, mas um fenômeno de causas variadas que a ameaça do castigo pouco inibe. Fundamenta-se, também, na verificação de que o sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais.

Ampara-se, ainda, na constatação do caráter criminógeno da prisão, na sua ineficácia como instrumento ressocializador, além do seu alto custo social e financeiro.

Enfim, a transação penal ancora-se na idéia de que o DIREITO PENAL/PRISÃO somente deve ser aplicado às situações de reconhecida necessidade de segregação do indivíduo, para se evitar um mal maior à sociedade.

Nessa concepção, na aplicação imediata de pena inexistente acusação e, conseqüentemente, não há processo penal. A denúncia somente será oferecida se não ocorrer o acordo penal (art.77). Ademais, nem a *opinio delicti* foi completamente formada. O termo circunstanciado é enviado ao Juizado sem qualquer investigação prévia (art.69) e a eventual necessidade de diligências imprescindíveis somente ocorre na fase da denúncia (art.77). A possibilidade de arquivamento, como requisito negativo (art.76) para a proposta de acordo penal, refere-se à hipótese de evidente ocorrência e não ao prévio convencimento ministerial da necessidade de instauração do processo penal.

Portanto, se não existe acusação ou processo penal, o autuado não reconhece sua culpa (sentido amplo) quando aceita a proposta de aplicação imediata de pena. Sem admitir culpa ou proclamar inocência, conforma-se com uma sanção penal não privativa de liberdade (**mais uma missão social, do que castigo**) para não ser acusado e processado criminalmente.

Nesse sentido, esclarece ROGÉRIO SCHIETTI: *“Intui-se, portanto, que ambos os protagonistas dessa transação penal buscam, com o acerto de vontades, evitar o processo. O Ministério Público abdica da persecução penal, obviando a formulação de denúncia e toda a atividade processual que decorreria do exercício do ius accusationis; o Autuado também evita o processo... preferindo sujeitar-se a uma pena que, em sendo cumprida, permitirá a extinção da punibilidade”* (Revista

do TRF - 1ª Região, vol. 8, nº 2, p.30 - sem grifo).

Em resumo, a transação penal é uma alternativa ao processo penal e seus efeitos (inclusive a punição/castigo). Solucionando a controvérsia penal consensualmente, sem o ingresso dos envolvidos no sistema penal intimidatório, necessariamente conflitivo.

INEXEQÜIBILIDADE DA PENA IMEDIATA:

Ausência de previsão legal.

Sem o devido processo legal, a sentença que aplica pena restritiva de direitos ou multa, com base no art.76, não tem caráter nem condenatório nem absolutório, mas simplesmente homologatório da transação penal. Declarando uma situação jurídica de conformidade penal bilateral. Não gerando reincidência, registro criminal ou responsabilidade civil (art.76-§§ 4º e 6º).

Logo, não sendo sentença condenatória, inaplicável a execução penal prevista para aquela. Vale dizer, a sentença homologatória de transação penal não pode ser executada na forma dos arts.84-86 da Lei 9.099/95 ou do Código Penal ou da Lei de Execução Penal porque não há identificação das situações, sequer similitude entre elas.

Conforme o modelo garantista, no Estado Democrático Brasileiro não é possível uma sentença penal condenatória sem o devido processo legal (IGUALDADE DAS PARTES, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA...), tornando certa a autoria e a materialidade do fato imputado. Já a sentença penal homologatória é fruto de consenso, de acordo entre Ministério Público e autuado, antes da propositura da ação penal, sem julgamento do fato que originou o termo circunstanciado.

Nem mesmo por analogia é possível a execução de pena aplicada mediante acordo com fulcro naqueles

dispositivos legais. Além da ausência de semelhança, esse método é proibido *“in malan parte”*, no Direito Penal. Carlos Maximiliano adverte: *“... em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia...”* (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 16ª ed., p.213).

Por outro lado, mesmo que o legislador tivesse regulamentado expressamente a hipótese, não poderia fazê-lo nos moldes da execução penal. O que legitima na ordem democrática brasileira a aplicação imediata de pena, ou melhor, aplicação imediata de uma missão social é a consensualidade da medida e a impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade. Evitando-se, assim, o ingresso do autuado no sistema penal intimidatório e suas deletérias conseqüências.

Sujeitar, portanto, o suposto *“autor”* do suposto *“fato”* a um castigo, convertendo a pena imediata descumprida em prisão, ofende ao postulado da *“mínima intervenção, máxima garantia”*, caracterizador do Direito Penal Mínimo (DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO) que inspirou a Lei 9.099/95. Restaurando iniquidade combatida desde o século XVIII, ou seja, a presunção do crime punida como o próprio crime.

DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL:

Início da persecução penal.

Assim, se o suspeito descumpre injustificadamente a pena imediata (não efetiva a missão social acordada) não pode de imediato ser preso, pela conversão da pena acordada em privativa de liberdade. A condenação, ou o reconhecimento de culpa (*lato senso*), não foi objeto do acordo. Sendo que a Lei 9.099/95, regulamentando o art.98-I/CF, ao autorizar a solução consensuada expressamente excluiu a possibilidade de prisão (arts.62 e 76).

Ademais, como a pena imediata não está

vinculada à pena cominada em abstrato é possível aplicação, por exemplo, de restritiva de direitos quando o tipo comine somente multa. E, pela conversão, o suspeito sofre pena mais grave daquele que, não tendo direito à transação, foi condenado através do devido processo legal. O que resulta em inominada iniquidade.

Por fim, considerando que a extinção da punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena acordada, o seu descumprimento injustificado implica em rescisão do acordo penal.

Só restando ao Ministério Público iniciar a persecução penal, na forma do art.77: oferecer denúncia ou requisitar diligências indispensáveis. Promovendo o devido processo legal, em homenagem aos direitos fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL:

Nem sempre revela o conteúdo da norma.

Literalmente, na suspensão condicional do processo não existe espaço para consenso entre as partes. Ao oferecer denúncia, o Ministério Público poderá (e não deverá, mesmo atendidos os requisitos legais) propor suspensão condicional do processo por dois a quatro anos e está encerrada a sua promoção em relação ao mencionado instituto.

Posteriormente, antes mesmo do recebimento da denúncia, continuando com o método literal, o acusado e seu defensor, na presença do Juiz (desnecessária a intervenção ministerial) aceita ou não a suspensão pelo tempo indicado na denúncia (que não pode ser modificado). Se não aceitar o período proposto (desconhece as condições), está encerrada a possibilidade de suspensão do processo. Se aceitar, o Juiz, recebendo a denúncia, poderá (e não deverá) suspender o

processo, impondo ao acusado as condições obrigatórias e, ainda, outras condições adequadas ao fato e à situação do acusado, independentemente da participação ou consenso do Ministério Público ou do acusado.

Trata-se, portanto, da clássica suspensão condicional da pena prevista nos artigos 77 e seguintes do Código Penal, ou seja, medida penal de natureza restritiva de liberdade (forma de execução de sentença condenatória) com uma novidade: pode ser aplicada antes da condenação, mas não perde o seu caráter sancionatório.

Não é a melhor interpretação do artigo 89 e parágrafos da Lei 9.099/95, pois não revela o seu conteúdo inovador: o consenso como solução do conflito penal.

A mencionada Lei transformou expressivamente o panorama penal brasileiro criando um novo modelo de Justiça Criminal caracterizado pelo consenso entre as partes como alternativa à Justiça Criminal conflitiva que a interpretação puramente literal não revela.

De fato, a interpretação literal nem sempre é suficiente para revelar o sentido, a vontade da lei, existindo na doutrina e na jurisprudência várias conclusões em desacordo com a impressão resultante do método puramente gramatical. Na verdade, a interpretação das normas jurídicas, inclusive daquelas que parecem claras, requer com frequência outros elementos que não a primitiva exegese verbal. Hoje, dificilmente se sustenta tese jurídica tão-somente com trechos de gramáticas e dicionários. Estuda-se, todavia, o Direito, de preferência, nos livros de Direito. A interpretação da lei é uma só, mas concretizada através de diversos elementos (gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico...), sem supremacia *a priori* de qualquer um.

No caso em análise, artigo 89 e parágrafos da Lei 9.099/95, pelos demais elementos, sobretudo o sistemático, conclui-se por outro conteúdo do dispositivo e não o inicialmente apresentado de duvidosa constitucionalidade.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO:

Acordo entre as partes.

Na perspectiva apresentada, o referido artigo 89 faz parte do novo modelo consensual de Justiça Criminal. Logo, quando a interpretação literal suprime o espaço de consenso, de acordo entre as partes, contraria o todo, não revelando o verdadeiro conteúdo da norma.

Assim, considerando que a suspensão condicional do processo faz parte do todo (uma alternativa à Justiça Criminal conflitiva e não uma antecipação ao seu ingresso, ou seja, uma antecipação à execução da condenação) é possível compreender o conteúdo do dispositivo como um revolucionário instituto de transação processual entre as partes com a finalidade de reparar os danos sofridos pela vítima e evitar a aplicação de pena privativa de liberdade.

Assim, a proposta de suspensão condicional do processo deve ser oferecida oralmente ao réu pelo Ministério Público, na presença do Juiz de Direito, em audiência pública, contendo, além do período de prova, a especificação das condições. Admitindo-se contraproposta do acusado e sugestões do Juiz, com o devido resguardo da imparcialidade, em busca do consenso, nos limites legais. Ao final da negociação, celebrada a transação entre as partes, oralmente, postularão ao Juiz a suspensão do processo com a conseqüente aplicação das condições acordadas e individualizadas para o caso concreto.

Nessa compreensão, a suspensão condicional do processo é profundamente inovadora e

promissora. Trata-se de instituto despenalizador indireto essencialmente consensual. Tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe do prosseguimento da persecução penal; o segundo sobre parcela dos seus direitos e garantias. Solucionando, dessa maneira, o conflito penal consensualmente, sem imposição de pena ou castigo.

SUGESTÃO DE ORDEM PRÁTICA:

Proposta oral de suspensão.

Em termos práticos, ao oferecer a denúncia por infração penal com pena mínima não superior a um ano, na quota introdutória, o Ministério Público deverá fundamentar de fato e de direito a possibilidade ou não da suspensão condicional do processo, não se podendo confundir requisitos com condições da suspensão. Sendo o caso, na mesma quota, deverá requerer a designação de audiência de conciliação para oferecimento da proposta, que poderá ser na mesma data designada para o interrogatório.

Na referida audiência, oralmente, o Ministério Público proporá ao réu, devidamente assistido por advogado, a suspensão do processo por um período de prova (dois a quatro anos), conforme a natureza e gravidade da imputação e situação do acusado (princípio da adequação ou proporcionalidade). Especificando também as condições que também devem ser individualizadas para o caso concreto, sob pena de flagrante injustiça. Logo, as condições estabelecidas no parágrafo 1º do artigo 89 da Lei 9.099/95 são parâmetros para a proporcionalidade e não condições rígidas de aplicação automática, sem nenhum espaço de consenso entre as partes.

Portanto, o Ministério Público ao apresentar proposta de suspensão não poderá simplesmente “ler” o referido parágrafo 1º. Ao contrário, deverá individualizar as condições previstas no dispositivo e, ainda, propor outras

adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, com base legal no parágrafo 2º do mesmo artigo.

Nessa individualização das condições, destaca-se a possibilidade de prestação de serviços à comunidade (não como pena) pela sua utilidade pessoal e social. Podendo consistir na clássica doação de força de trabalho ou na entrega ao Estado ou à instituição privada de solidariedade social de certa quantia em dinheiro, alimentos, remédios etc.

Dessa maneira, apresentada a proposta de suspensão, o acusado (sempre assistido por advogado) poderá oferecer contraproposta, estabelecendo a negociação, tudo de modo oral e o mais informal possível, na presença do Juiz de Direito, em audiência pública. Diminuindo-se, portanto, a possibilidade do instituto da suspensão condicional do processo transformar-se em atividade inútil pela aplicação estéril e automática de condições distanciadas da realidade do caso concreto.

Finalmente, efetivada a transação processual, com a fixação do período de prova e demais condições, as partes requererão oralmente ao Juiz a suspensão condicional do processo na forma transacionada, pois somente este poderá suspender o processo e submeter o acusado ao período de prova sob as condições acordadas.

CONCLUSÃO: Síntese dogmática.

01) - O sistema penal está em crise. É caro, ineficaz e injusto. Como alternativa, a Lei 9.099/95 procura resolver o conflito penal através do consenso, evitando aplicar pena/castigo.

02) - A sentença que aplica pena imediata (Lei 9.099/95, art. 76-§4º) não pode ser executada por falta de previsão legal. Seu descumprimento acarreta as providências do art. 77 da referida lei, ou seja, oferecimento de denúncia ou requisição de diligências imprescindíveis, em respeito ao Estado

Democrático de Direito Brasileiro.

03) - A proposta de suspensão condicional do processo deve ser oferecida oralmente ao réu pelo Ministério Público, na presença do Juiz de Direito, em audiência pública, contendo, além do período de prova, a especificação das condições. Admitindo-se contraproposta do acusado e sugestões do Juiz, com o devido resguardo da imparcialidade, em busca do consenso, nos limites legais. Ao final da negociação, celebrada a transação entre as partes, oralmente, postularão ao Juiz a suspensão do processo com a conseqüente aplicação das condições acordadas e individualizadas para o caso concreto.

PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

- Alberto Silva Franco. Crimes Hediondos, RT, 1991.
- Ada Pellegrini Grinover e outros. Juizados Especiais Criminais, RT, 1995.
- Carlos Maximiliado. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 1965.
- Cezar Roberto Bitencourt. Juizados Especiais Criminais, Livraria do Advogado, 1996.
- Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, RT, 1997.
- Evandro Lins e Silva. É preciso parar de prender – Veja, 22/05/91.
- Francisco de Assis Toledo. Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 1991.
- Luiz Flávio Gomes. Suspensão Condicional do Processo, RT, 1995.
- Sobre a Natureza Jurídica da Proposta do Ministério Público, RT 724/476.
- Raúl Cervini. Os Processos de Descriminalização, RT, 1995.
- Richard A. Posner. EUA: A nação que mais pune, RT 746/488.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

(O descumprimento da transação penal)

Eduardo M. Cavalcanti

Promotor de Justiça no RN e Professor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

1 – Introdução

Imbuído no espírito reformador que de há muito já tinha convecido, mais particularmente, as comunidades política e jurídica pátrias da necessidade de mudança da legislação penal e processual penal brasileiras, precipuamente para adaptar-se à tendência mundial, pelo menos dos sistemas jurídicos ocidentais, de despenalização e descarcerização, o legislador brasileiro promulgou a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, visando a regulamentar a determinação constitucional estatuída no artigo 98, inciso I.

Esta tendência político-criminal, que abrange os chamados crimes de bagatela, aqueles de pequena e média criminalidade, haviam impulsionados vários países dos continentes europeu e americano a criarem mecanismos para tornar realidade a idéia atual de que o “(...) encarceramento, a não ser para os denominados *presos residuais*, é uma injustiça flagrante (...)”¹.

Assim, como saída, propugnaram os principais idealizadores deste novo pensamento por medidas que pudessem alcançar o objetivo ressocializador transformado em utopia diante da estigmatização que sofre o delinqüente com a pena privativa de liberdade. Dentre as várias sugestões, algumas chegaram à harmonia quase que plena entre os defensores de cada doutrina², como, por exemplo, a aplicação de substitutivos penais e a mitigação ou até mesmo a extinção

do princípio da indisponibilidade da ação penal, que assevera a perseguição pelo Estado de toda e qualquer infração penal.³

Citamos, a título de exemplo, o *guilty plea* (declarar-se culpado) e o *probation sistem*, em que a instrução é realizada, há declaração de culpabilidade, suspendendo apenas a prolação da sentença condenatória e impondo ao acusado condições, ambos do sistema anglo-saxão. Ainda no continente europeu, temos o procedimento especial da “ordem penal, do direito alemão, e o procedimento por “Decreto”, do direito italiano. No sistema jurídico norte-americano, temos o *plea bargaining* (permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e conseqüências penais).

Com a implantação dos Juizados Especiais Criminais, dois institutos foram criados justamente para efetivar este novo pensamento, quais sejam: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

O presente trabalho restringe-se a analisar o descumprimento do acordo realizado na audiência preliminar, ou seja, da transação penal. Parto, em um primeiro instante, da sanção penal, no sentido de vislumbrar a natureza da sanção aplicada ao acusado no questionado acordo. De conseguinte, analiso aspectos formais, comparativos e práticos decorrentes da própria transação penal e da suspensão condicional do processo, visando justamente a concluir qual a correta solução do descumprimento daquele instituto penal.

- Justificativa

Entre os autores pátrios, nota-se que inexistente divergência quanto a admitir que a transação penal longe está do instituto norte-americano *plea bargaining*, que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e as conseqüências penais, posto que a atividade

ministerial esbarra em limites impostos pelo próprio diploma legal em comento (artigo 76) . A isto denomina-se discricionariedade regrada ou regulada.⁴

Diferentemente, porém, quando o assunto trata-se da natureza da sanção imposta ao acusado. Duas são as teses que erigem profundas celeumas, a saber: tem ou não natureza penal a referida sanção? E ainda mais: sendo negativa a resposta, qual, então, a sua natureza? Entre os doutos, chega-se à conclusão que prevalece ainda a posição majoritária, sendo a minoritária defendida por aqueles que posicionam-se pela natureza não penal da obrigação acordada.

Classificando-os, sustentam a tese da natureza penal, entre outros, Ada Pelegrini Grinover (Ada Pelegrini Grinover, *et all.* Juizados Especiais Criminais. 1 ed. São Paulo: RT, 1995, p. 14), Júlio Fabrinhi Mirabete (*in* Juizados Especiais Criminais, São Paulo: ATLAS, 1997, p. 90), Luiz Flávio Gomes (*in* Suspensão Condicional do Processo Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 199) e César Roberto Bitencourt (*in* Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. 3ª ed. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997, p. 116). Grandes nomes deveras. No entanto, de outro lado, de fundamentos não menos razoáveis, citamos, também entre outros, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (*in* Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, pp. 74/75) e Luís Paulo Sirvinskas (*in* Consequências do descumprimento da transação penal - solução jurídica ou prática? - Revista APMP. Ano I, nº 09, agosto de 1997, pp. 25/27).

Outro ponto delicado na doutrina envolve questão pertinente à culpabilidade, vale dizer, com a transação penal considera-se culpado aquele que foi apontado no termo como autor do fato?

Aqui outra divergência entre os doutos. Aliás, a instituição dos Juizados Especiais Criminais, sem sombra de dúvidas, motivou a doutrina brasileira a estabelecer diversas

teorias em torno dos institutos criados (transação penal e suspensão condicional do processo), menos pela satisfação pessoal das discussões acadêmicas, muitas vezes até estéril, do que pela vagueza dos termos legais do diploma em comento. Frise-se, por oportuno, que o descobrimento destas lacunas deve-se exatamente pela grande utilização dos referidos institutos na prática forense.

A posição paradoxal de Ada Pelegrini Grinover (Ada Pelegrini Grinover, *et all.* Ob. cit.) e de Júlio Fabrinini Mirabeti (Ob. cit.) encontra-se sustentada em alicerces que fundam a natureza penal da sanção transacionada e, neste ponto apenas Mirabete⁵, o efeito condenatório da homologação do acordo, mas defendem que em sede de transação penal não se discute a culpabilidade. Concorro, neste pórtico, com Ricardo Wagner de Souza Alcântara⁶, para o qual “(...) esta opção nos parece inconciliável com os princípios constitucionais relativos à aplicação da pena. Ou se nega o caráter de pena (circunscrita aos estreitos limites do direito penal) e, portanto, não se fala em culpabilidade; ou se reconhece o caráter penal das imposições e aceita-se a admissão da culpa”.

Portanto, para aqueles que sustentam que a sanção aplicada no consenso preliminar possui caráter penal, insistem na afirmação de que o autor do fato, no momento em que avença com o Ministério Público a aplicação de sanção alternativa (note que não menciono sanção penal), está assumindo a culpa. Assim entendem justamente para roborar o caráter penal da sanção acordada.

Acompanham este pensamento, entre outros, César Roberto Bitencourt (ob. cit.) e Luiz Flávio Gomes (ob. cit.). E, por conseguinte, entre os que defendem posição contrária, estão Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (ob. cit.) e Luís Paulo Sirvinskis (ob. cit.).

Porém, devemos olhar sob outro ângulo esta sanção. Primeiro frise-se, para respondermos suposto argumento contrário à tese ora defendida, que mesmo

discordando da natureza penal, isto não significa que tenhamos que negar à transação o ínsito caráter penal, tendo exatamente em vista a desistência da ação criminal pelo Ministério Público com o cumprimento dos termos do acordo pelo 'acusado.

Quando falamos em pena criminal, uma palavra precedente surge obrigatoriamente como condição para a sua aplicabilidade: **crime**. Pois bem, independentemente da teoria adotada para explicar o conceito de delito (enxugadas aqui na teoria clássica, neoclássica, finalista e analítica), observa-se que, seja qual for a tese adotada para defini-lo, não se pode prescindir dos elementos tipicidade e antijuridicidade, precipuamente a partir da criação do Estado Moderno e, de consequência, da obrigatoriedade da tipificação legal de condutas repelidas pelas vias do direito penal.

É certo que cada uma das citadas teorias desvenda, na opinião de seus idealizadores, a verdadeira noção de tipicidade e antijuridicidade. Mas, mesmo fazendo uma escala de início e fim, partindo da escola clássica à analítica, na qual percebe-se a evolução da análise puramente formal do delito para o estudo dos elementos subjetivos e normativos do crime, tudo visando ao fim que o agente pretendeu com a empresa criminosa, o aspecto objetivo do crime deve ser decerto vislumbrado, haja vista que “A fragmentariedade do Direito Penal tem como consequência uma construção tipológica individualizadora de condutas que considera gravemente lesiva de determinados bens jurídicos que devem ser tutelados”⁷. Aliás, a valorização do tipo legal é conquista da sociedade, garantia assegurada constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88), imortalizada no epítome *nullum crimen nula poena signe praevia lege*.

E esta estreita característica do direito penal emerge justamente da notabilidade dos bens jurídicos escolhidos pela sociedade. Assim, outra razão não poderia ser senão imprescindível de específico procedimento que, além de oportunizar a descoberta de uma verdade considerada

juridicamente como “real”, rege-se pelos seguintes princípios constitucionalmente assegurados: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); 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 (art. 5º, inc. LV) e ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inc. LVII).

Chegamos em uma das pedras de toque da transação penal, ou seja, reconhecer a sanção consensualizada como penal e a sentença como condenatória estaria ou não violando o princípio do devido processo legal? Posições levadas a efeito pelo fato da transação penal estar expressamente garantida pela Constituição Federal de 1988, (art. 98, I) asseveram que, por isso, estão asseguradas as garantias fundamentais no momento do referido acordo. De outro lado, afirmam que, na hipótese de conversão em pena privativa de liberdade ou título da dívida ativa em razão do descumprimento, respectivamente, da sanção restritiva de direitos ou multa transacionada, este expediente apenas ocorrerá se forem observadas todas as garantias do devido processo legal no incidente executório⁸.

Não se pode devesas olvidar que o principal efeito ao se reconhecer a sanção consensualizada como penal e a sentença como condenatória é a conversão da sanção descumprida em pena privativa de liberdade ou em título da dívida ativa. Entrementes, também deve-se notar que este entendimento esbarra justamente na principal finalidade dos Juizados Especiais Criminais, expressa na seguinte frase: “Tudo nos procedimentos do Juizado deve conduzir à solução não impositora de pena privativa de liberdade”⁹. Ademais, este posicionamento é avalizado por todos os doutrinários pátrios, posto que a criação deste Juizado Especial alberga a aplicação de substitutivos penais e a mitigação do princípio da

indisponibilidade da ação penal. Desta forma, estaríamos decerto defendendo posição contrária ao próprio espírito da Lei nº 9.099/95.

Noutro pórtico, observando do ponto de vista pragmático, reputa-se como principal vantagem da referida lei a possibilidade do indicado “livrar-se do processo”. Mesmo com alguma posição contrária a este entendimento, posto não admitir que “alguém, convencido da sua inocência, aceite, sem processo, contraditório, ampla defesa e prova, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ou multa, tão-somente para ‘livrar-se do processo’, pagando pelo que não cometeu ou participou”¹⁰, jamais podemos olvidar do reflexo de determinado instituto jurídico quando de sua aplicação para solucionar os conflitos sociais, pois é a partir daí que traçaremos a solução jurídica mais consentânea com a realidade do mencionado instituto.

E os operadores que lidam freqüentemente com a Lei nº 9.099/95, sabem que a maioria dos enfrentam pela primeira vez uma audiência judicial preferem resolver logo o “problema”.

Aqui cabe paralelo com a imagem descrita por Francesco Carnelutti sobre a crônica judicial e a literatura policial. Lembra o inexcusável autor italiano que “cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas, de informações, de indiscrições”¹¹. E exatamente por causa deste tormento que os envolvidos procuram o mais rápido possível “se ver longe”.

E o receio de enfrentar este processo-crime, degenerado em suas finalidades primordiais, serve como meio para encontrar a efetividade da transação penal, não necessitando, como querem alguns doutrinadores, encontrá-la na conversão em pena privativa de liberdade ou título da dívida ativa no caso de descumprimento, violando, assim, a garantia do devido processo legal.

De outro lado, antes do advento do diploma legal em comento, a maioria das infrações de menor potencial ofensivo sequer chegava a ser apurada pela autoridade policial, mais pela falta de interesse da própria vítima do que pela falta de estrutura policial que viabilizasse o procedimento investigatório.

Este fato foi um dos motivos que influenciou os idealizadores do projeto de lei do qual resultou a 9.099/95. Nunca se tinha vista no sistema jurídico penal brasileiro a preocupação que teve o referido diploma com a vítima. Determina-se a composição civil no início da audiência preliminar, bem como prescreve a necessidade de representação nos casos de lesão corporal leve e culposa.

Não existe quem tenha atuado nos Juizados Especiais Criminais e não tenha ouvido o indiciado reclamar que “nunca na minha vida, Doutor, eu tive problema com a Justiça”. As partes, sim porque esta frase não é formulada apenas pelo suposto autor do fato, mas também pela vítima que comparece, tentam solucionar, da forma mais rápida possível, o que elas acham de “problema”.

Sabe-se que predomina contra a versão da vítima a própria versão do indiciado. Da mesma forma que a vítima afirma existir testemunhas para confirmar os fatos descritos no termo circunstanciado, também o indiciado alega existirem testemunhas em sua defesa. Como não são devidamente investigados estes fatos, como também inexiste qualquer dilação probatória neste momento, justamente devido à principiologia que alicerça os Juizados Especiais Criminais, não se pode defender que na transação penal a proposta aceita pelo acusado assegura as garantias fundamentais prescritas nos incisos LIV, LV e LVII, artigo 5º, da *Lex Mater* de 1988.

Questões como a autoria do delito e excludentes de ilicitude não chegam nem ao juízo de probabilidade. Assim, volto a repetir, não se observa o devido processo legal

necessário para a aplicação de sanção penal no consendo preliminar dos Juizados Especiais Criminais.

Poder-se-ia fundamentar, em defesa da tese da sanção penal, que a própria Magna Carta de 1988, em seu artigo 98, I, mitigou o princípio da indisponibilidade, bem como reformulou toda a base principiológica do processo penal referente às infrações de menor potencial ofensivo. Concorde neste ponto. Porém, esta modificação, estampada no artigo 62 da Lei nº 9.099/95, refere-se ao procedimento sumaríssimo instaurado pelos Juizados Especiais Criminais. Considerar respeitado o devido processo legal, com suas regras necessárias para a prolação de sentença penal condenatória e, por ser óbvio, para a aplicação de sanção penal, em fase preliminar que nem sequer existe processo, é no mínimo posição estranha.

Argumentar, ainda, no sentido de frisar a obediência ao devido processo legal, que só haverá conversão em pena privativa de liberdade ou em título da dívida ativa com o descumprimento da sanção penal se respeitada a ampla defesa no processo de execução, é esquecer que a garantia do devido processo legal incide também no processo de conhecimento, ou seja, até a sentença penal condenatória.

Noutro pórtico, não se pode afirmar que com a transação penal o suposto autor da infração concorda também com a reprovabilidade social de sua conduta, ou seja, concorda com a decretação de sua culpabilidade. Aqui, do mesmo modo, independentemente da teoria escolhida, ou considerando a culpabilidade como elemento do crime ou como pressuposto da pena, a conduta do indiciado deve ser analisada para se encontrar primeiramente a tipicidade e a antijuridicidade e, de consequência, o próprio crime, dentro, é claro, dos limites do devido processo legal. Destarte, inexistindo esta garantia para se aplicar a sanção penal na oportunidade do consenso preliminar, não podemos falar também em culpabilidade.

Assim, emerge o questionamento: qual, então, a natureza da sanção aplicada? Cabe-nos lembrar, com esta indagação, que, com a necessidade mais crescente de encontrar novo tratamento para a criminalidade de bagatela, sugerem alguns autores a transformação de algumas infrações de natureza penal para o âmbito de outros ramos do direito. Neste diapasão, buscamos achegas na lição do ilustre Magistrado Luiz Flávio Gomes¹², nestes termos: “(...)convém destacar (ainda no que se refere ao tratamento da criminalidade de bagatela) as de Direito Administrativo (descriminalização em sentido estrito, que traslada uma infração de natureza penal de pouca gravidade para o âmbito do Direito Administrativo, aplicando as sanções típicas deste ordenamento), assim como as de Direito Civil (pode-se falar aqui em civilização do Direito Penal, fundada basicamente na reparação civil, fruto de uma conciliação, sem a participação do juiz criminal; para esta via encaminham-se, por exemplo, algumas iniciativas legislativas alemãs, especialmente as que cuidam de ‘furtos em supermercados’ e da chamada ‘justiça de empresa’”.

Aliado ao lanço de profunda inteligência acima transcrito com os fundamentos expendidos no presente trabalho, utilizamos a mesma nomenclatura adotada por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Mauly¹³, qual seja: *“sanções especiais”*.

Mas, ainda, prepondera a vagueza. E, então, qual a natureza destas sanções especiais? Observa-se, agora, que, como ocorre na suspensão condicional do processo, estas sanções especiais são, na realidade, condições, as quais descumpridas cabe ao Ministério Público oferecer denúncia. A afirmação poderá levar alguns ao espanto, e, talvez com o raciocínio repentino, proclamar que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 fala em condições e o artigo 76 deste diploma legal, que trata da transação, menciona pena.

Neste ponto, volto a concordar com aqueles que

defendem teses contrárias a adotada no presente trabalho, mas apenas em seu aspecto literal, posto que as próprias condições estabelecidas no SURSIS, artigo 77 do Código Penal, instituto que inspirou o criador da suspensão condicional do processo, o ilustre Weber Martins Batista¹⁴, são também consideradas como sanções penais, de natureza restritiva de direito, entendimento este roborado após a reforma penal de 1984¹⁵.

Assim, fixar o posicionamento de que as condições da suspensão condicional do processo não possui natureza de sanção penal, pois, precipuamente, não se analisa existência de crime e de culpabilidade, haja vista não serem produzidas provas para tanto, torna-se estranho admitir caráter penal à sanção consensuada em audiência preliminar e também a culpa do indiciado, quando na transação penal sequer foi instaurado processo, como também não foi suscitada qualquer dialética probatória. Ademais, frise-se que ambos os processos são idênticos quanto aos princípios que os abalizam e à formalização, pois regem-se pela mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal e pela aplicação de penas substitutivas, bem como caracterizam-se pelo consenso (a conciliação).

Admitir que na transação preliminar aplica-se sanção penal e considera-se culpado o citado autor do delito, negando estas características para a suspensão condicional do processo, contraria qualquer raciocínio lógico. Assim, o mesmo critério adotado para este instituto “(...) deve ser adotado em relação à transação penal, pois não parece razoável que o legislador tenha pretendido impor, justamente às infrações de menor potencial ofensivo, tratamento mais rigoroso.”¹⁶

Com certeza, chegaremos à conclusão de que, ao aplicar sanção penal e considerar culpado o citado autor do fato na transação, negando-as na suspensão condicional do processo, sem sombras de dúvida este instituto é mais benéfico. Não interessa ao indiciado realizar a transação, acordada com

o fim de livrar-se do processo, haja vista que, em caso de descumprimento, poder-lhe-á ser aplicada pena privativa de liberdade.

Por isso, a conclusão de Luiz Flávio Gomes¹⁷ é tão sugestiva para a doutrina pátria, *in verbis*: “ (...) mesmo no juizado, o autor do fato pode “optar” pela suspensão, em lugar da aplicação imediata de pena alternativa. Basta recusar esta última e então haverá denúncia (art. 77). Formulada a denúncia abre-se a possibilidade de suspensão. João José Leal, emérito professor catarinense, sustenta que a suspensão é melhor que a transação (em Gazeta do Povo, Curitiba, de 06.12.95, p. 6). Está cada vez mais forte, no entanto, o entendimento de que a transação penal não significa ‘condenação penal’ (v. entendimento predominante em Ada P. Grinover *et alli*, 1995, p. 134). **Sendo assim, a transação não seria pior que a suspensão, porque nesta o acusado deve sujeitar-se a um período de prova de no mínimo dois anos.**” (grifos acrescidos).

Por derradeiro, não consideramos, por ser lógico, que a decisão que homologa a transação penal seja condenatória ou absolutória, mas simplesmente homologa o acordo firmado entre o Ministério Público e o indiciado. O pronunciamento judicial, é certo, não restringe-se apenas em mero ato homologatório, pois poderá o Juiz indeferir o acordo caso vislumbre alguma ilegalidade. Como afirmado anteriormente, a atividade ministerial possui limites na transação penal, impostos pela própria Lei nº 9.099/95 (artigo 76). E justamente sobre estes limites que a pronunciamento judicial subsume-se, e não sobre a linha de disponibilidade do Ministério Público.

Devemos acrescentar, ainda, dando guarida à tese aqui defendida, que a imposição da sanção de que trata o § 4º, artigo 76, não constará de certidão de antecedentes criminais e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (artigo 76, § 6º).

3 - Conclusões.

Diante dos motivos acima expendidos, propugnamos pelas seguintes conclusões:

1 - diante do posicionamento que surgiu sobre a necessidade de tratamento diferenciado para a criminalidade de bagatela, do qual nasceu os Juizados Especiais Criminais, tendo como consequência a aplicação de sanções substitutivas e a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal, qualquer questionamento que envolva a transação penal deve ser solucionada com a não imposição de pena privativa de liberdade;

2 - a conversão em pena privativa de liberdade ou título da dívida ativa, respectivamente, em razão do descumprimento da sanção restritiva de direitos ou de multa, fere a garantia do devido processo legal, estatuído nos incisos LIV, LV e LVII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, pois na transação penal, além de não estar formalizado qualquer processo, inexistente qualquer tipo de valoração probatória suficiente para ensanchar a condenação do suposto autor do fato;

3 - sem perder o ínsito caráter penal, tendo em vista a desistência da ação criminal pelo Ministério Público com o cumprimento dos termos do consenso preliminar, a sanção acordada não possui natureza penal, e sim devem ser consideradas com sanções especiais, igualando-as às condições da suspensão condicional do processo;

4 - como os dois institutos são idênticos quanto aos princípios que os abalizam e à formalização, pois regem-se pela mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal e pela aplicação de penas substitutivas, bem como caracterizam-se pelo consenso (a conciliação), fixar o posicionamento de que as condições da suspensão condicional do processo não possuem natureza de sanção penal, pois,

precipuaemente, não se analisa existência de crime e de culpabilidade, haja vista não serem produzidas provas para tanto, não se pode também admitir caráter penal à sanção consensuada em audiência preliminar, pois na transação penal sequer foi instaurado processo, muito menos foi apresentada qualquer prova;

5 - para a transação penal deve ser adotado o mesmo critério da suspensão condicional do processo, ou seja, com o descumprimento da sanção acordada cabe ao Promotor de Justiça oferecer denúncia;

6 - de conseqüência, a decisão que homologa a transação penal seja condenatória ou absolutória, mas simplesmente homologa o acordo firmado entre o Ministério Público e o indiciado. O pronunciamento judicial, é certo, não restringe-se apenas em mero ato homologatório, pois poderá o Juiz indeferir o acordo caso vislumbre alguma ilegalidade. Como afirmado anteriormente, a atividade ministerial possui limites na transação penal, impostos pela própria Lei nº 9.099/95 (artigo 76). E justamente sobre estes limites que a pronunciamento judicial subsume-se, e não sobre a linha de disponibilidade do Ministério Público.

Bibliografia.

- ALCÂNTARA, Ricardo Wagner de Souza. RCD - Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. EDUFRN, v. 01, nº 01, janeiro/junho, 1996.
- BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. Rio de Janeiro: FORENSE, 1997.
- BITENCOURT, César Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. 3ª ed. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997.
- BITENCOURT, César Roberto. Teoria Geral do Delito. São

- Paulo: RT, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: CONAN, 1995.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.
- DUARTE, Maurício Alves. A execução das penas restritivas de direitos descumpridas no regime da Lei nº 9.099/95 e outras questões controvertidas. RT 744/454.
- FILGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 2 ed. São Paulo: RT, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva, *et all.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 6 ed, v. 01, Tomo I. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. Da transação penal e da suspensão condicional do processo (defesa de um modelo de procedimento abreviado ou sumaríssimo). RT 692/385.
- GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all.* Juizados Especiais Criminais. 1 ed. São Paulo: RT, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabrinni. Juizados Especiais Criminais, São Paulo: ATLAS, 1997
- SIRVINKAS, Luís Paulo. Consequências do descumprimento da transação penal - solução jurídica ou prática? - Revista APMP. Ano I, nº 09, agosto de 1997.

¹ César Roberto Bitencourt. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. 3ª ed. Porto Alegre: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1997, p. 22.

² Entre os discordantes, podemos citar a Criminologia Crítica, a qual defende, segundo Alessandro Baratta, que “uma política criminal não pode ser uma política de substitutivos penais que se circunscreva a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária. As circunstâncias atuais requerem uma política de grande reformas sociais que propiciem a igualdade social, a democracia, a reformas da vida comunitária e civil, oferecendo mais alternativas e que sejam mais humanas.” *Apud.* César Roberto Bitencourt. Ob. cit., p. 28. Esta teoria, alfim, proclama a

impossibilidade de conseguir a ressocialização do delinquente numa sociedade capitalista.

³ Neste sentido, ver: Ada Pellegrini Grinover, *et all.* Juizados Especiais Criminais. 1 ed. São Paulo: RT, 1995; Júlio Fabrinini Mirabete. Juizados Especiais Criminais, São Paulo: ATLAS, 1997; Luiz Flávio Gomes. Suspensão Condicional do Processo Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 1997; Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

⁴ Denominação utilizada por Ada Pellegrini Grinover, em Novas tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: FORENSE UNIVERSITÁRIA, 1990, p. 403.

⁵ Apenas Mirabete, pois Ada Pellegrini afirma que a sentença não é condenatória nem absolutória, mas somente homologatória da transação penal.

⁶ A transação penal e os princípios constitucionais relativos à aplicação das penas. RCD - Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. EDUFRN, v. 01, nº 01, janeiro/junho, 1996, p. 169.

⁷ César Roberto Bitencourt. Teoria Geral do Delito. São Paulo: RT, 1997, p. 82.

⁸ Ada Pellegrini Grinover *et all.*, p. 173.

⁹ Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 2 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 504.

¹⁰ Maurício Alves Duarte. A execução das penas restritivas de direitos descumpridas no regime da Lei nº 9.099/95 e outras questões controvertidas. RT 744/454.

¹¹ As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: CONAN, 1995, p. 45.

¹² Da transação penal e da suspensão condicional do processo (defesa de um modelo de procedimento abreviado ou sumaríssimo). RT 692/385.

¹³ Ob. cit., p. 75.

¹⁴ Weber Martins Batista e Luiz Fux. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. Rio de Janeiro: FORENSE, 1997, pp. 353/356.

¹⁵ Neste sentido, ver: Alberto Silva Franco *et all.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 6 ed, v. 01, Tomo I. São Paulo: RT, 1997, pp. 1227/1230.

¹⁶ Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly. Ob. cit, p. 79.

¹⁷ Suspensão Condicional do Processo..., p. 203.

O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL E O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA

Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser
Promotora de Justiça em São Paulo

Uma questão polêmica e que merece reflexão é aquela referente ao não cumprimento da proposta de transação efetuada pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato consistente no pagamento de multa.

Pergunta-se: admite-se a conversão da pena pecuniária em pena restritiva de direitos ou em prisão?

Alguns doutrinadores vem sustentando a posição de que é admissível, em virtude do descumprimento da transação penal, o oferecimento de denúncia.

Entretanto, não concordamos com essa posição.

Em se tratando de delito de menor potencial ofensivo, o descumprimento da transação não tem o condão de retornar à via normal da ação penal.

Cumprir registrar que o fato do autor do fato não ter efetuado o pagamento da pena pecuniária, objeto de transação penal, em audiência preliminar, não autoriza o oferecimento de denúncia.

O novo instituto da transação penal encontra-se disciplinado no artigo 76 da Lei nº 9.099/95¹. Em um primeiro momento, por usar a lei o termo pena, conclui-se pela natureza condenatória da sentença que a aplique. Contudo, esse argumento não impressiona. Na verdade, trata-se de uma sanção a ser aplicada após concordância do agente, ou seja, é uma “sanção consentida”, não podendo ser analisada sob a luz do princípio da indisponibilidade da ação penal, mas, sim, da discricionariedade regulada e da oportunidade regradada².

A Lei dos Juizados Especiais Criminais inseriu,

em nosso ordenamento jurídico-penal, o sistema consensual de solução de litígios criminais. No dizer de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS³, “o autor da infração renuncia a certas garantias constitucionais em prol de satisfazer outros interesses pessoais, como, v.g., o de não sofrer constrangimento de um processo penal em virtude da prática de uma infração penal de pouca monta”. Em outras palavras, havendo representação por parte da vítima e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público, o autor e seu defensor ajustam, de comum acordo, uma medida adequada para o caso *sub judice* sem adentrar no mérito da questão. Pode ser uma pena restritiva de direitos ou multa, não se podendo falar em aplicação de pena

¹ “Art. 76 da Lei nº 9.099/95: havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”

² Vide a respeito: Damásio Evangelista de JESUS, *Lei dos juizados especiais criminais anotada*, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, pp. 62/3.

³ Confira artigo in *IBCCrim* 45/02, agosto/96.

privativa de liberdade (artigo 72 da Lei nº 9.099/95). A pena restritiva de direitos desdobra-se em: a) prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos e c) limitação de fim de semana.

O legislador utilizou-se da palavra “pena”, em alguns dispositivos, dando a entender tratar-se de uma sanção de natureza penal, advindo conseqüências próprias de uma sentença condenatória. Entretanto, isso não ocorre. Ao contrário, e expressamente o parágrafo 4º do artigo 76 afirma que a sentença que tenha aplicado a multa ou a sanção restritiva de direitos “não importará em reincidência” e “não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor a ação cabível no juízo cível” (§ 6º).

Não há, portanto, seja absolvição, seja condenação, pelo simples fato de não ter havido qualquer análise do mérito da causa e, ainda, pelo fato de não ter havido ação penal instaurada, já que não houve sequer denúncia, o que é conclusão natural do artigo 77 da Lei nº 9.099/95, o qual estabelece que a denúncia só será oferecida “pela não ocorrência da hipótese prevista no artigo 76 desta Lei”, ou seja, nos casos em que o agente não preencha os requisitos para obtenção do benefício da proposta ministerial de “pena consentida”, ou quando ausente o autor do fato.

Se houver aceitação da proposta, o acordo será submetido à homologação pelo Juiz.

Discute-se: qual a natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal?

A sentença homologatória da transação “não se trata de decisão condenatória, nem tampouco absolutória, mas simplesmente uma *sentença homologatória de transação*¹, figura que não é estranha ao nosso direito (art. 584, III, CPC). E, uma vez preclusas as vias de impugnação, fará coisa julgada material, impedindo que se volte a discutir o caso, ainda na hipótese de não cumprimento da sanção resultante do consenso entre as partes”².

Nesse passo, a sentença homologatória de transação penal faz coisa julgada material, sendo certo que uma vez descumprido o compromisso pelo autor do fato, a solução legal é a execução da multa, que com a Lei nº 9.268/96 passou a ser considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da dívida ativa da Fazenda Pública³.

Frise-se que, com a entrada em vigor da Lei nº 9.298/96, suprimiu-se qualquer possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, revogando-se expressamente os parágrafos 1º e 2º do artigo 51 do Código Penal, e o artigo 182 da LEC, ficando também destituído de qualquer eficácia o teor do art. 85 da Lei 9099/95⁴.

O recebimento da denúncia fere, entre outros, a coisa julgada e o princípio da legalidade estrita.

Outrossim, a exclusividade da ação penal pública pelo Ministério Público encontra seus limites na lei, cumprindo ressaltar, por exemplo, que o Código Penal prevê duas espécies de ação pública, isto é, a incondicionada e a condicionada.

A Lei nº 9.099/95 trouxe importantes inovações a respeito da promoção da ação penal pública, no que se refere às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Ressalte-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não foi afastado pela Lei nº 9.099/95. Ao receber o termo circunstanciado da autoridade policial, o representante do Ministério Público, obrigatoriamente, deverá adotar uma das seguintes medidas: a) verificar o cabimento de proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 76, *caput*); b) oferecer denúncia oral (art. 77, *caput*); c) oferecer denúncia por escrito (art. 77, § 2º); d) requerer o arquivamento; e) requerer diligência imprescindível ao oferecimento de denúncia ou f) propor a suspensão do processo (art. 89).

Desse modo, emerge do sistema atual da Lei dos Juizados Especiais Criminais, o princípio da discricionariedade regradada ou controlada.

Ainda, não se há falar em inconstitucionalidade da possibilidade de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, na denominada transação (artigo 76 da Lei nº 9.099/95), “porque a própria Carta Magna admite a ‘transação’ nos ‘procedimentos oral e sumaríssimo’ dos juizados especiais (art. 98, I). Há, na audiência preliminar, um procedimento penal que, sendo obedecido, constitui o ‘devido processo legal’ exigido pela Constituição. Cabe, aliás, ao agente, a possibilidade de recusar a proposta de transação, optando, se julgar mais vantajoso, pelo exercício da plena defesa no processo sumaríssimo a ser instaurado. A aceitação da proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade é,

aliás, uma técnica de defesa”⁵.

Assim, pode-se asseverar que, descumprida a obrigação decorrente de transação penal por parte do autor do fato, não há como ressurgir o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal pelo Ministério Público: a solução legal indicada é a execução da pena de multa, atualmente, considerada dívida de valor.

CONCLUSÕES:

01. A sentença homologatória da transação não se trata de decisão condenatória, nem tampouco absolutória, mas simplesmente uma *sentença homologatória de transação*, figura que não é estranha ao nosso direito (art. 584, III, CPC), a qual faz coisa julgada material.

02. O fato do autor do fato não ter efetuado o pagamento da pena pecuniária, objeto de transação penal, em audiência preliminar, não autoriza o oferecimento de denúncia.

03. Uma vez não efetuado o pagamento da multa pelo autor do fato, a solução legal é a sua execução, que com a Lei nº 9.268/96 passou a ser considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da dívida ativa da Fazenda Pública.

04. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.298/96, suprimiu-se qualquer possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, revogando-se expressamente os parágrafos 1º e 2º do artigo 51 do Código Penal, e o artigo 182 da LEC, ficando também destituído de qualquer eficácia o teor do art. 85 da Lei 9099/95.

BIBLIOGRAFIA

GOMES FILHO, ANTÔNIO MAGALHÃES - “Juizados especiais criminais” in Revista do Advogado, São Paulo, AASP, 1997.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES - Juizados especiais criminais - Comentários à Lei nº 9.099/95, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA DE - Lei dos Juizados especiais criminais anotada, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- IBCCrim nº 45, agosto/96

MIRABETE, JULIO FABBRINI - Juizados especiais criminais, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, MARINO, ALEXANDRE DE MORAES, GIANPAOLO POGGIO SMANIO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE - Juizado especial criminal, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 1997.

¹ “A classificação da sentença como homologatória da transação não significa - como pareceu a alguns - que o juiz, para proferi-la assumia atitude meramente passiva, ou que não se exija de sua parte, a aferição da existência dos requisitos de admissibilidade da proposta e da vontade livre e consciente do autuado. Na homologação da vontade das partes, o magistrado é juiz da legalidade (e nisso consiste a discricionariedade regulada), mas não da oportunidade...A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial” (Ada Pellegrini GRINOVER, Antônio Magalhães GOMES FILHO, Antônio Scarance FERNANDES e Luiz Flávio GOMES, *Juizados especiais criminais, Comentários à Lei nº 9.099/95*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 144-5).

² “Justamente por não se tratar de sentença de condenação, até porque no sistema brasileiro não se exige do agente o reconhecimento da culpa para a

transação, tal decisão não gera reincidência, apenas impedindo nova transação no prazo de cinco anos (art. 76, § 4º); também não constará dos registros criminais (art. 76, § 6º) nem terá efeitos civis (art. 76, § 6º)” (Antônio Magalhães GOMES FILHO, “Juizados especiais criminais” *in* Revista do Advogado, São Paulo, AASP, 1997, p. 51).

³ “É por isso que parece equivocada a posição do Chefe do Ministério Público de São Paulo (Prot. 67.131/96), publicada no DO de 10.1.97, no sentido de determinar o oferecimento de denúncia nas hipóteses de a pena de multa não ter sido cumprida. A homologação da transação, correspondendo a sentença de mérito transitada em julgado, criou título executivo a ser executado consoante as disposições do art. 84 da lei (com as alterações da Lei 9.268, de 19.4.1996..). O legislador não previu, em momento algum, que o descumprimento da pena aplicada consensualmente possa levar à instauração do processo. Se a denúncia for oferecida nessas condições, o juiz deverá rejeitá-la (Ada Pellegrini GRINOVER e outros, *op. cit.*, p. 146).

⁴ “A Lei nº 9.268/96 alterou, unicamente, o procedimento a ser adotado para a execução da pena de multa. Portanto, permanece competente a Vara de Execuções da comarca. Da mesma forma, continua o Ministério Público legitimado a requerer, nos termos do artigo 164 da Lei de Execuções Penais, a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado para promover a cobrança judicial da multa. O legislador, ao inserir a expressão *dívida de valor* no art. 51 do Código Penal, não pretendeu alterar a natureza jurídica da multa, espécie de sanção de caráter penal. Na verdade, adotou expressão utilizada nos Tribunais, indicativa da possibilidade de incidência da correção monetária sobre a multa, a fim de restaurar-lhe o valor. Reforça-se a conclusão de que o legislador não pretendeu alterar a natureza jurídica da multa ao se constatar que a Lei nº 9.268/96 não modificou o art. 32 do Código Penal, notadamente seu inciso III, que aponta a multa como espécie de pena” (Marino PAZZAGLINI FILHO, Alexandre de MORAES, Gianpaolo Poggio SMANIO e Luiz Fernando VAGGIONE, *Juizado especial criminal*, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 1997, pp. 90-91).

⁵ Julio Fabbrini MIRABETE, *Juizados especiais criminais*, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 1997, p. 90.

INEXIGIBILIDADE DA FORMAÇÃO DO CORPO DE DELITO PARA A TRANSAÇÃO E A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

MIGUEL BATISTA DE SIQUEIRA FILHO

Promotor de Justiça – To

EXPOSIÇÃO:

a) Imputação, fato delituoso de autoriaincerta e *notitia criminis*.

A notícia da ocorrência de um delito, por si, não autoriza a instalação de um processo criminal. Se assim fosse, teria o Estado a permissão de impor a qualquer Cidadão o constrangimento de se ver acusado por mera suspeita ou informação imatura. O que transformaria o dever de prestar segurança do Estado, em direito de arbítrio e de impor vexame, bem próprio dos Estados autoritários, onde, em regra, a Cidadania é uma quimera.

Em um Estado Democrático de Direito, que tem o processo acusatório como única forma legítima de compor litígios¹, nem mesmo a instauração deste - o processo - é permitida sem que seja articulada uma imputação substancial.

A *notitia criminis*, em regra, já contém uma imputação incipiente - a atribuição de uma infração penal a alguém -, que acaba por delimitar o objeto da *persecução criminis*, como nos elucida Frederico Marques². Porém, tal imputação incipiente precisa tornar-se substancial, para que, na ação penal, articulada em uma denúncia ou queixa, dê causa ao processo criminal.

Portanto, enquanto a imputação incipiente determina, em regra, o objeto da investigação criminal, o objeto da acusação e, conseqüentemente, do julgamento tem como

pressuposto a substancialidade da imputação e como limite a sua articulação, na denúncia ou queixa, de forma a permitir, sob pena de inépcia da peça exordial acusatória, o sagrado direito de defesa em toda sua amplitude³.

Mas há notícia de infração desprovida de uma imputação, que suscita uma investigação contra incertos, como nos orienta o mestre português João Castro e Sousa⁴. Porém, existindo ou não uma imputação incipiente na notícia crime⁵, fundamental se faz que esta paire sobre um fato suspeito subsumível a um tipo penal. Assim, a tipicidade do fato historiado é a primeira e principal condição de existência da notícia crime. Não há *notitia criminis* sem tipicidade hipotética.

Há, entretanto, *notitia criminis* que se apoia em uma imputação substancial, desprezando qualquer investigação ou averiguação. Em regra, esta espécie vem instruída com um conjunto de documentos, testemunhos, perícia etc., denominados de peças de informação. Tais peças de informação, para que autorizem a proposição imediata da ação penal, têm que reconstituir - por meio de exames periciais, testemunhos, documentos, etc. - os elementos substanciais constitutivos e acessórios do delito historiado, de forma a fazer crer em sua existência. Deve, também, conter um substrato indiciário que autorize imputar a alguém tal delito. A este se dá o nome de indiciamento, àquele, de formação do corpo de delito.

b) Da formação do corpo de delito:

A expressão corpo de delito tem sido confundida, muitas vezes, com um de seus meios de formação, o exame de corpo de delito. Este, que outrora foi “o exame inspeccional do fato” e hoje resume-se à perícia técnica, é “um dos meios de formar-se o corpo de delito”- transcrevendo os ensinamentos de Duarte de Azevedo, citado por Frederico Marques⁶. Aquele é “o registro sobre a existência do crime, com todas as suas

circunstâncias, tornando-se, por essa forma, a base para o procedimento penal”, como nos revela De Plácido e Silva⁷.

Corpo de delito, portanto, “é o conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime”, como nos elucida Hédio Tornaghi⁸, e que jamais pode ser suprido pela confissão do indiciado (art. 158 do CPP).

A formação do corpo de delito, a apreensão e registro dos vestígios deixados pelo crime, pode se dar de forma direta ou indireta. O corpo de delito direto é o composto por exame pericial (art. 158 do CPP). O corpo de delito indireto é o formado pela autoridade policial por meio de provas testemunhais (art. 167 do CPP) ou documentais.

Assim, não é lícito confundir, como muitas vezes ocorre na doutrina, o exame direto e indireto de corpo de delito com o corpo de delito direto e indireto. Aqueles dois são os meios pelos quais se forma o corpo de delito direto.

Quando o exame de corpo de delito recai sobre vestígios materiais deixados de imediato pelo delito, como a autópsia, o exame externo no caso de morte violenta, laudo pericial sobre a natureza da droga, etc., denomina-se exame de corpo delito de direto.

Pode ocorrer, entretanto, que, em conjunto com o exame de corpo de delito direto ou, na impossibilidade de fazê-lo, de forma isolada, os peritos utilizem depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc., como base de sua perícia. Estamos diante de um exame de corpo de delito indireto. Exemplos deste tipo de exame são os realizados com base na reconstituição fundada em depoimento de testemunhas, como ocorre, geralmente, nos casos de acidente automobilístico.

O exame de corpo de delito indireto, assim, não se confunde com o corpo de delito indireto. Enquanto no exame de corpo de delito indireto as colheitas de informações orais e outras são feitas por peritos (polícia técnica) para

complementar, fundar ou apoiar o laudo pericial; no corpo de delito indireto, tais informações orais e outras são colhidas durante o procedimento policial rotineiro pela polícia empírica. Há, portanto, o corpo de delito direto, formado por meio do exame do corpo delito direto e indireto, que se constitui sempre em ato de polícia técnica e o corpo delito indireto formado por meio de depoimentos, indícios, etc. colhidos pela própria autoridade policial.

Assim, enquanto o corpo de delito direto (exame de corpo de delito direto ou indireto) é formado, em regra, por dois peritos oficiais ou, na falta destes, por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame⁹, as quais devem prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo¹⁰; o corpo de delito indireto será constituído pela própria autoridade policial.

Hoje, a atuação da polícia empírica na formação do corpo de delito possui função quase que totalmente subsidiária a da formação direta do corpo de delito.

Aliás, a legislação atual busca imprimir um rigor técnico-científico à formação do corpo de delito. Não se utiliza mais a velha inspeção ocular exigida pela legislação do império ou em certos países onde vigorou o instituto do Juiz Instrutor, como na Espanha¹¹.

Tal diligência foi substituída pelo exame de corpo de delito feito por peritos técnicos. Assim, o Art. 6º, inc. I, CPP, determina que a autoridade policial, ao tomar conhecimento da infração, dirigir-se-á ao local do delito e procederá o seu isolamento até a chegada dos peritos. Estes, sim, é que deverão fazer a inspeção, levantando todos os dados e elementos que comprove a materialidade - formação do corpo de delito - e leve a individualização da autoria, descrevendo ou registrando-os por meio de desenhos ou fotografias, com o fim de realizar

o exame do local do crime que, em nosso direito, substitui a velha inspeção ocular.

Aliás, a redação originária do Art. 6º, inc. I, CPP, dava a este ato da autoridade policial uma natureza discricionária. Esta diligência perdeu, contudo, seu caráter de conveniência, tornando-se um dever da autoridade policial com a nova redação dada pela Lei nº 8.862/94¹², reforçando a necessidade de uma formação direta do corpo de delito. Inclusive, dando maior relevo à formação direta do corpo de delito, a nova redação do inciso II, do art. 6º do CPP, conferida pela Lei nº 8862/94, prevê a prudente instrução que a autoridade policial somente poderá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, quando liberados pelos peritos criminais.

Portanto, notória é a importância que o Direito Processual moderno deposita na formação direta do corpo de delito. Aliás, nos crimes que deixam vestígios (fato permanente), em regra, sob pena de nulidade (art. 564, III, letra “b”, CPP), é necessário o exame de corpo de delito direto ou indireto (art. 158 de CPP), só se admitindo o corpo de delito indireto se houverem desaparecido os vestígios ou por se tratar de fato transeunte.

c) O equívoco da concepção que não reconhece a formação do corpo de delito como pressuposto de instalação e desenvolvimento válido do processo penal:

Autores do quilate de Frederico Marques e Feu Rosa, entorpecidos pelos ensinamentos de Cernelutti, negam a existência da formação do corpo de delito como pressuposto de uma imputação que autorize a proposição da ação penal.

O mestre Frederico Marques descreve uma graduação de juízo: a investigação criminal inicia-se com a *notitia delictia*, a denúncia com a simples suspeita de crime -

opinio delicti - e a coação judicial cautelar e a pronúncia exigem “a prova do fato punível ou o *corpus delicti*”¹³. Para Feu Rosa, os indícios exigidos para que se forme a denúncia ou queixa devem ser de grau inferior aos da prisão cautelar. Esta funda-se em um juízo de probabilidade, enquanto para aquelas basta um juízo de possibilidade¹⁴.

O equívoco de tal conclusão é fruto da fusão de dois fatores: a) a inserção de doutrina alienígena, construída sobre direito, morfológicamente, distinto do nosso; b) a reprodução, quase inconsciente, de uma leitura da legislação processual do Império (Lei de 3 de Dezembro de 1841 e a alteração do Decreto 4824 de 22 de Novembro de 1871), que encontrava amparo no instituto do processo do sumário ou formação de culpa.

Para dirimirmos tal equívoco, é fundamental compreendermos, em primeiro lugar, a doutrina de Carnelutti à luz da legislação italiana da época e sua contradição com as nossas formas de processo em vigor. Em segundo, as legislações do Império e o processo sumário (formação de culpa), bem como o sentido de sua superação pelo direito hodierno.

As lições de Carnelutti foram erigidas sobre os institutos do Código de Rocco, onde vigorava, em sua plenitude, o sistema misto¹⁵, com a presença do juízo de instrução, em sua forma original. Assim, as lições do Mestre Italiano - de que antes de castigar um homem é necessário condená-lo; porém, antes de condená-lo, é preciso saber se o mesmo pode ser submetido a debate; entretanto, antes de submete-lo ao juízo acerca da possibilidade de ser a ele imposta a fase dos debates, é fundamental que haja um juízo anterior, que é o da imputação, ou seja, o da proposição da ação penal¹⁶ - pressupõem uma fase intermediária, inexistente em nossa morfologia processual, entre o juízo da imputação, que autoriza a proposição da ação penal, e o processo acusatório, propriamente dito: a fase de instrução onde se forma o corpo de delito.

Neste sistema, inegável é o fato de que para a ação penal basta a mera suspeita do delito. Uma imputação substancial, fundada em um *corpus delicti* formado, é pressuposto não da ação penal, mas do juízo que permite submeter o imputado a fase dos debates. Por conseguinte, dentro das formas de processo previstas no Código de Rocco, razão assistia a Carnelutti, pois três são os juízos inerentes à escala de paciência que é o processo penal¹⁷: o de simples suspeita de delito, para a ação penal (juízo de possibilidade); o de uma imputação substancial, fundada em corpo de delito formado, para a admissão da fase dos debates (juízo de probabilidade); por fim, uma sentença condenatória (juízo de certeza)¹⁸.

Porém, o transporte de tal trilogia, para a doutrina pátria, esbarra-se no direito processual brasileiro, que não optou pelo instituto da Instrução Judicial. Em nossas formas de processo, em regra, só há duas espécies de juízos: um que dá base à ação penal e ao seu recebimento e outro, de natureza definitiva, contido na sentença condenatória.

Mas para que possamos vislumbrar a real natureza do juízo, que autoriza a ação penal em direito pátrio, e dissolvermos, de vez, o aludido equívoco doutrinário, é necessária uma abordagem histórica que nos leve ao Império.

No Código de Processo do Império, de índole liberal, a formação do corpo de delito se dava, em regra, pela forma direta, ou, na falta desta, pela indireta¹⁹; na fase preliminar, antes do sumário ou formação da culpa²⁰, funcionando como base da imputação que dava origem àquele (ao sumário da culpa), vigorando o princípio: *actio non datur nisi constet de corpore delicti* - a ação penal não pode ser proposta sem o corpo de delito²¹.

A Lei de 3 de Dezembro de 1841, entre as reformas de natureza conservadoras e centralizadoras, aboliu a necessidade da formação do corpo de delito para a

proposição da ação penal, ao determinar que o corpo de delito indireto fosse formado na fase do sumário ou formação da culpa²².

O Decreto nº 4824, de 22 de Novembro de 1971, que traçou nítida distinção entre funções judiciárias e de polícia judiciária, permitiu que o corpo de delito indireto fosse realizado no inquérito policial, porém manteve sua prescindibilidade para proposição da ação penal, facultando a sua efetivação na fase do sumário ou formação da culpa²³.

O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, com exceção do procedimento do Júri, não manteve a fase de sumário da culpa. Assim, se na morfologia da legislação do fim do Império se podia distinguir três juízos - um que autorizava a ação penal, bastando a mera suspeita de existência do delito (juízo de possibilidade); outro na fase de pronúncia, no fim do sumário da culpa, que exigia imputação substancial (juízo de probabilidade); e por fim, o constante na sentença final, correspondente ao término da fase de instrução e julgamento (juízo de certeza) -, hoje só temos de fato dois momentos passíveis de juízo: o da ação penal, que dá início ao processo acusatório propriamente dito, e o da sentença final.

Cabe-nos uma questão: suprimida a fase do sumário da culpa, onde se formava o corpo de delito, seria possível uma exegese que, ao invés de restaurar o postulado do *actio non datur nisi constet de corpore delicti*, permitisse a instalação, direta, da instrução e julgamento sem formação de corpo delito? Creio que a resposta só pode ser negativa, sob pena de optarmos por um sistema de restrição das garantias individuais do Cidadão de maior severidade que o próprio sistema misto, onde exige-se, para que se possa instalar a instância acusatória, a formação do corpo de delito na fase do Juízo de Instrução.

Ademais, a mera suspeita como base para a ação penal e a formação do corpo de delito como pressuposto da

prisão preventiva têm como raízes mais um equívoco.

O sumário da culpa - como denominou o Decreto nº 4824, de 22 de Novembro de 1871 - não era exigido no processo de todas as infrações. Nos crimes de polícia, nas contravenções e nas chamadas infrações de postura das Câmaras Municipais, a ação penal corria sem culpa formada.

A exigência de formação de corpo de delito, como pressuposto da instrução e julgamento, tinha sua razão de ser não no fato de estar o réu preso, mas na gravidade da infração, que provocava conseqüências processuais - o crime era inafiançável ou afiançável - e penais - punição com pena privativa de liberdade - de maior gravidade ao acusado. Portanto, só não se exigia a formação de culpa apenas nos delitos de pequena monta, onde as penas eram, em geral, pecuniárias, ou, quando privativas de liberdade, o réu delas se livrava solto²⁴.

Assim, o que impunha a formação de um corpo de delito não era a prisão preventiva, mas o fato de estar respondendo o acusado por um delito que poderia autorizá-la. Portanto, o corpo de delito não era considerado pressuposto da prisão preventiva em si, mas de todo o processo que, em tese, pudesse ensejá-la.

Aliás, a ausência de exigência da formação do corpo delito, em crimes de pequeno monta, é uma praxe que perdura até nossos dias. Os Arts. 26 e 531 do CPP dispunham que o processo das contravenções em geral, de natureza sumária, que eram aplicados, por força do Art. 1º da Lei 4.611/65, também às formas culposas dos crimes de homicídio e lesão corporal, teria início com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judicial ou policial. Em todos estes casos, quando iniciados por portaria, havia uma inexigibilidade tácita de formação de corpo de delito para a instauração do processo penal. Tais dispositivos, porém, não foram recepcionados pela Ordem Constitucional de 1988,

que em seu art. 129, inc. I, ao tornar privativa do Ministério Público a ação penal, consagrou, em sua pureza democrática, o princípio *ne procedat judex ex officio*.

De outro lado, Frederico Marques²⁵ parece ter alicerçado sua convicção de que só há exigência de formação de corpo de delito nos casos em que o Código de Processo Penal utiliza expressões como: “houver prova de existência de crime” (Art. 312, inc. II, do CPP) ou “se o juiz se convencer da existência do crime”(Art. 408 do CPP), correspondendo, a primeira, à decretação da preventiva e, a segunda, à pronúncia. Ora, o que significa a dição contida no art. 648, inc. I, do CPP - “quando não houver justa causa”-, que autoriza o trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*, senão a imprescindibilidade de corpo de delito formado para a instalação do processo penal? O que representam as lições do professor Tourinho Filho²⁶ no sentido da necessidade de “elementos mais ou menos sensatos”, de “um mínimo de prova mais ou menos séria” que respalde o oferecimento da denúncia ou queixa, sob pena de não recebimento, senão a fragilidade de ação penal carente de corpo de delito formado e de indícios suficientes de autoria?

De mais a mais, se a formação do corpo de delito não fosse indispensável ao oferecimento da denúncia ou queixa, como harmonizar tal convicção com os arts. 158, 167 e 564, inc. III, letra “b”, do CPP?

Na hora de prolatar a sentença, constatando o Juiz a ausência de exame de corpo de delito, direto ou indireto, ou de prova testemunhal que possa substituí-lo, deve este absolver o réu por não haver prova da materialidade do fato (Art. 386 do CPP), ao invés de decretar a nulidade do processo. Da mesma forma, em grau de recurso, a sentença que haja condenado o acusado sem a existência de corpo de delito formado, não enseja uma decisão que anule o processo, mas sua reforma, com conseqüente absolvição do apelante²⁷. Se é assim, quando se considerará nulo o processo por ausência

da formação do corpo de delito direto ou indireto? Quando o inquérito ou peça de informação, que instruíra a denúncia ou queixa recebida, for desprovido de corpo de delito direto - o exame, direto ou indireto, de corpo de delito (Art. 158 do CPP) -, nas infrações que deixam vestígio, ou, na impossibilidade deste, de corpo de delito indireto - prova testemunhal que possa suprir-lhe a falta (Art. 167 do CPP). Portanto, a formação do corpo de delito é um pressuposto de instauração e desenvolvimento válido do processo penal, causando-lhe, a carência deste, a sua nulidade.

d) Das exceções:

Como vimos, a legislação do império previa a prescindibilidade da formação do corpo de delito nos crimes de pequena monta, onde, em regra, o réu se livrava solto e a pena não produzia graves restrições à liberdade individual. E, que tal prática legislativa perpetuou-se no tempo, sendo um de seus exemplos a natureza sumária do processo das contravenções em geral, que não foi recepcionado pela atual Constituição, que consagrou, em sua plenitude, o princípio *ne procedat iudex ex officio*. Mas esta não era a única exceção à exigência da formação do corpo de delito direto em nosso direito, na vigência da Ordem Constitucional anterior.

A Lei 4.898/65, em seus artigos 13 e 14, já permitia e continua autorizando que a denúncia seja oferecida, no prazo de quarenta e oito horas, com fulcro na mera representação da vítima. Bem como, caso o crime de abuso de autoridade tenha deixado vestígios, que o ofendido demonstre tais vestígios por meio de duas testemunhas qualificadas (corpo de delito indireto) ou que os peritos apresentem o relatório e prestem depoimentos verbais ou por escrito na audiência de instrução e julgamento, permitindo que a formação do corpo de delito ocorra na fase de instrução processual, após o oferecimento da denúncia.

A razão deste tratamento se dá: a) por ser, como ocorria no império, tal infração de pequena monta, onde em regra o réu se livra solto; b) por questão de política criminal, face ao alarmante grau de impunidade que a exigência da formação do corpo de delito poderia produzir, em razão do sentimento de corporação ou do próprio poder que goza a autoridade que agiu de forma abusiva ou, ainda, pelo temor e pressão que esta poderia infligir no espírito da vítima, criando obstáculos ao bom desenvolvimento do processo.

Recentemente a Lei 9.099/95, ao instituir a autuação sumária na forma do termo circunstanciado, passa a prescindir da formação do corpo de delito nos casos relativos às infrações de pequeno potencial ofensivo²⁸. Primeiro, pela própria natureza sumária da investigação policial e pelo limitado campo probatório contido no termo circunstanciado. Segundo, porque para a audiência preliminar e, conseqüentemente, para a transação, basta a requisição do exame pericial (Art. 69 da Lei 9099/95) nas infrações que deixam vestígios. E, terceiro, porquanto para a proposição da ação penal não é necessário o exame de corpo de delito, como previsto no Art. 158 c/c o Art. 564, inc. II, letra “b” do CPP, sendo suficiente o boletim médico ou prova equivalente (Art. 77 da Lei 9.099/95).

As razões deste fenômeno nos parece ser, mesmo que latentes na inconsciência do Corpo Legislativo por força da tradição, as mesmas da legislação do Império. Nas infrações de pequeno potencial ofensivo, não só a pena é de pequena monta, como, em regra, os autuados ou acusados se livram soltos. Tais infrações são de natureza contravencional ou formada de delitos punidos com penas mínimas, que de fato são apenadas geralmente com detenção, não sendo suscetíveis de prisão preventiva, ressalvando os casos previstos nos incs. II e III, Art. 313, do CPP. Ademais, nem mesmo será lavrado o auto de prisão em flagrante nas infrações de pequeno potencial ofensivo, livrando-se solto o autuado independentemente de fiança, bastando seu assentimento no

sentido de comparecer na audiência preliminar (Art. 69, parágrafo único, Lei 9099/95).

Nestas duas exceções não se exige, para que esteja autorizada a ação penal, um juízo de probabilidade, bastando um juízo de possibilidade, juízo este que não se confunde com o mero atendimento dos requisitos do artigo 41 do CPP, exigindo-se um mínimo de base indiciária: a) a representação do ofendido, no crime de abuso de autoridade; b) o boletim médico ou prova equivalente, por exemplo, nas infrações de pequeno potencial ofensivo.

e) Indiciamento:

A notícia crime, como vimos, em regra já traz em si uma imputação incipiente ou, às vezes, assenta-se na narração de um fato delituoso de autoria incerta. No primeiro caso, temos um suspeito a quem imputar, de forma frágil, a infração penal. No segundo, torna-se necessário individualizar a autoria.

Mas uma imputação, para que autorize a ação penal, tem que se pautar em circunstâncias colhidas e provadas que mantenham uma conexão entre o fato historiado e o autor a quem se imputa. Bem como, que tal imputação, a ser feita a determinado indivíduo, seja provida de maior fundamento do que a de outro que com ela concorra, como nos elucida Mittermaier²⁹. Assim, é necessário que haja *fumus boni juris*, indícios satisfatórios de autoria.

Portanto, o indiciamento é a formação do corpo indiciário que sustenta a indicação de autoria contida em uma imputação. Um indivíduo transmuda da condição de mero suspeito para indiciado no momento em que, pelo menos, sobre ele se deposita um conjunto de provas de caráter lógico³⁰, um raciocínio indicativo que “deduz o conhecido do desconhecido partindo do princípio de causalidade”, como nos elucida

Malatesta³¹. Ou seja, que à conclusão de sua provável participação no delito surja de silogismos que, partindo da veracidade de fatos ou circunstâncias ligadas ao crime (premissas menores), têm como premissas maiores³² regras obtidas na experiência e na observação cotidiana, como, por exemplo: a) quem é encontrado no lugar do crime, portando a arma usada no delito, provavelmente é o autor do disparo; b) quem é encontrado na posse do objeto subtraído, provavelmente é o autor do furto; c) quem é encontrado na posse de objetos usados no delito, provavelmente dele participou; etc. Assim, indiciar é mostrar o autor de uma infração por meio de indícios, como nos elucida Plácido e Silva³³.

Assim, notória é a distinção entre indiciado e suspeito. Este recebe uma imputação desprovida de maiores indagações probatórias, como nos esclarece Estulano Garcia³⁴, enquanto aquele figura em uma imputação sob bases indiciárias. Esta distinção é fundamental em termos pragmáticos.

Em primeiro lugar, a exegese do inc. V, art. 6º, do CP, nos faz concluir que só o indiciado deve ser interrogado, com a observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, do Livro I, do Código Penal. O suspeito deve depor como qualquer testemunha, o que não impede que seja, após o indiciamento, interrogado. Pois, dar ao suspeito tratamento de indiciado não só ofende sua Cidadania, como transforma este em paciente, possibilitando impetração de *habeas corpus* e o conseqüente trancamento do inquérito policial³⁵.

Por conseguinte, somente quando há elementos robustos que apontem no sentido de ser alguém autor da infração, este será ouvido na condição de indiciado, ou seja, de alguém contra quem pesa uma imputação substancial.

Em segundo, a identificação criminal das pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminais,

independentemente da identificação civil (art. 5º Lei nº 9.034/95)^{36 37}, e do não civilmente identificado só poderá recair sobre a pessoa do indiciado, jamais sobre a de um mero suspeito, conforme interpretação literal do art. 6º, inc. VIII, CPP. O que demonstra, por sua vez, a imprescindibilidade desta dessemelhança conceitual entre indiciado e suspeito.

Enfim, a nítida distinção entre suspeitos e indiciados é fundamental para a proposição da ação penal. Contra o mero suspeito há falta de justa causa para o oferecimento da denúncia ou queixa.

Assim, não é lícito impor a um mero suspeito o constrangimento de se ver interrogado ou identificado criminalmente, por não ser compatível com um Estado Democrático o reconhecimento tácito ou mesmo a mera omissão voluntária sobre uma certa condição de discricionariedade de fato da polícia³⁸, que permite a esta a ação de prender ou admoestar³⁹ os Cidadãos como se fosse anjo justiceiro, à margem do legal. Da mesma forma, ao exercer sua função de deduzir a acusação, o Órgão do Ministério Público jamais pode sujeitar um Cidadão a um processo criminal quando não houver, no mínimo, satisfatórios indícios de autoria, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO:

Sem uma imputação substancial, articulada na denúncia ou queixa de forma a permitir o amplo direito de defesa, não se pode instaurar o processo penal por falta de justa causa. Ressalvando-se, além dos crime de abuso de autoridade, os crimes de pequeno potencial ofensivo, sujeitos a autuação sumária (Lei 9.099/95), onde não se exige a formação do corpo de delito, bastando a mera suspeita (juízo de possibilidade) para que se possa transacional ou propor a competente ação penal.

Primeiro, pela própria natureza sumária da investigação policial e pelo limitado campo probatório contido no termo circunstanciado. Segundo, porque para a audiência preliminar e, conseqüentemente, para a transação, basta a requisição do exame pericial (Art. 69 da Lei 9099/95) nas infrações que deixam vestígios. E, terceiro, porquanto para a proposição da ação penal não é necessário o exame de corpo de delito, como previsto no Art. 158 c/c o Art. 564, inc. II, letra “b” do CPP, sendo suficiente o boletim médico ou prova equivalente (Art. 77 da Lei 9.099/95).

¹SIQUEIRA FILHO, Miguel Batista de. Teoria geral das normas processuais e o âmbito de admissibilidade da suspensão condicional do processo : Ensaio jurídico, vol 3 – Coordenação de Ricardo Bustamante e Paulo César Sodré, 1ª ed., Rio de Janeiro : Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1997. Pg. 174.

²MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal - volume II. Campinas : Bookseller, 1997, pg. 223.

³SIQUEIRA, Geraldo Batista de. A imputação na perspectiva do tipo penal : Ensaio jurídico, vol 3 – Coordenação de Ricardo Bustamante e Paulo César Sodré, 1ª ed., Rio de Janeiro : Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, 1997. Pg. 213 e seguintes.

⁴SOUSA, João Castro e. A tramitação do processo penal. 2ª tiragem, Coimbra : Coimbra Editora Ltda., 1985, pg. 137.

⁵A *notitia criminis* provida de uma imputação é constituída de elementos objetivo (materialidade) e subjetivo (autoria) integrantes da imputação, como nos elucida Clariá Olmedo (El proceso penal. 2ª ed., Buenos Aires : Depalma, 1994, pg. 08). Enquanto *anotitia criminis* que suscita uma investigação contra incertos só possui o elemento objetivo.

⁶MARQUES, José Frederico. Op. cit., nota, pg. 334.

⁷SILVA, De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico – volume I. Rio de Janeiro : Forense, 1989, pg. 568.

⁸TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal : volume I. São Paulo : Saraiva, 1987, pg. 316.

⁹ Antes da redação dada ao art. 159 do CPP, havia divergência quanto à necessidade de dois peritos oficiais. O STF editou a Súmula 361: “no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligencia de

apreensão". A redação dada ao aludido artigo pela Lei nº 8.862/94, deixa expressa a exigência dos dois peritos oficiais. Porém, a nulidade é relativa, devendo ser argüida no momento oportuno, demonstrando-se o prejuízo (RT 535/290).

¹⁰Tal compromisso constitui mera irregularidade (RT 475/298).

¹¹A inspeção ocular visava a descrição de tudo aquilo que poderia ter relação com a existência e a natureza do crime, pela própria autoridade policial, com nos ensina Lorca Navarrete (NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. Derecho procesal penal. 2ª ed., Madrid : Tecnos, 1988, pg. 250).

¹²Redação anterior do inc. I do art. 6º do CCP: "I – se possível e conveniente, dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e conservação das coisas, enquanto necessário". Atual redação dada pela Lei 8.862/94: "I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais".

¹³MARQUES, José Frederico. Op. cit., Voume I, pgs. 159-165.

¹⁴FEU ROSA, Antônio José Miguel. Processo penal - volume 2. Rio de Janeiro : EDC, 1993, nota da pg. 476.

¹⁵LEONE, Giovanni. Manuale di diritto processuale penale. 13ª Edição, Napoli : Jovene Editore, 1988, pg. 11.

¹⁶CARNELUTTI, Francesco. Cuestines sobre el proceso penal. Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : E.J.E.A., 1961, pg. 139.

¹⁷Idem, Ibidem. pg. 139.

¹⁸Idem. pgs. 138/139.

¹⁹O Aviso nº 221, de 9 de Abril de 1836, declarou não ser essencial, para a interposição da queixa ou denúncia, o exame de corpo delito, o qual poderia ser suprido pelo corpo de delito indireto, realizado na fase preliminar.

²⁰ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. Op cit. pg. 17.

²¹Idem, Ibidem. pg. 14.

²²Idem. pg. 16.

²³Idem.

²⁴Idem. pg. 249.

²⁵MARQUES, José Frederico. Op. cit., volume I, pgs. 159/165.

²⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado - volume I. São Paulo : Saraiva, 1996, pg. 43.

²⁷RT 580/316; 556/348; 637/267; 553/339; 548/339; 534/416.

²⁸São infrações de pequeno potencial ofensivo as contravenções em geral e os crimes com pena máxima igual ou inferior a um ano, que não possuem procedimento próprio

²⁹MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. Tradução de C. A. Alexandre para o francês e de Herbert Wüntzel Heinrich para o português. 3ª ed., São Paulo : Bookseller, 1996, pg. 330.

³⁰Ver: MARQUES, José Frederico Op. cit., Volume II, pg. 344.

³¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal : volume I. Tradução de Alexandre Augusto Correia, São Paulo : Saraiva, 1960, pg. 206.

³² Ver: TORNAGHI, Hélio. Op. cit., pgs. 452/454.

³³ SILVA, De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico – volume I. Rio de Janeiro : Forense, 1989, pg. 455.

³⁴ GARCIA, Ismar Estulano. Inquérito – procedimento policial. Goiânia : A.B., 1991, pg.12.

³⁵ Cabe o truncamento do inquérito policial quando a atipicidade do fato for clamorosa ou há evidência da impossibilidade de ser o indiciado o autor do fato (RT 649/267); na falta de representação na ação pública condicionada ou do requerimento na ação privada (RT 577/385); quando o inquérito foi instaurado mediante requisição de Promotor de Justiça, nos casos de atribuição privativas do Procurador-Geral de Justiça (RJTJESP 137/525).

³⁶ O art. 6º, inc. VIII, CPP, ordena a identificação do indiciado pelo processo datiloscópio, se possível. Tal dispositivo de lei não foi recepcionado, em toda a sua amplitude, pela nova Ordem Constitucional. Com a Constituição de 1988 o indiciado, civilmente identificado, não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos em lei (art. 5º, LVIII, CPP). Até o presente momento, só a Lei nº 9.034/95 regulamentou a identificação criminal da pessoa civilmente identificada (art. 5º). Nos demais casos, por ausência de disposição de lei que regulamente tal dispositivo constitucional, em nenhuma hipótese mais é possível a identificação criminal do civilmente identificado. Assim, não subsiste a Súmula 568 do STF. Nesse sentido: STJ – “o art. 5º, LVIII, proíbe a identificação criminal do civilmente identificado, ressalvados os casos previstos em lei. Diante deste preceito, inexistindo previsão legal para a hipótese em exame, não há como se entender legítimo tal procedimento, que, caso executado, sem dúvida, caracterizaria constrangimento ilegal” (RT 685/381).

³⁷ Com já decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (DJU 8.6.92), tendo como relator Min. Fláquer Scartezini, como identificação criminal deve ser compreendida, não só a datiloscópica, mas “também, a fotográfica” (RT 685/381).

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Criminologia : Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade. Coimbra : Coimbra Editora Limitada, 1992, pg. 443.

³⁹ Ver: TURK, A. Criminatity and legal order. Chicago : McNally, 1969, pg. 65.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL COMO INSTÂNCIA APURADORA DO DELITO DE LESÃO CORPORAL

Francisco Raulino Neto¹

O delito de lesão corporal é processado mediante ação penal pública. Vale dizer, a ação penal inicia-se com o recebimento da denúncia proposta pelo representante do Ministério Público.

O Estado tem sido o detentor do direito de punir, do “jus puniendi”, uma vez que o Direito Penal é público e ao particular é vedado o direito de aplicar a sanção penal.

É, portanto, o Estado-Administração, através do Ministério Público, quem comunica ao Estado-Juiz a prática de um fato com características de crime, requerendo, via de consequência, a punição do respectivo autor, através da aplicação da lei vigente.

Ora, se o Direito Penal é público e somente ao Estado compete legislar sobre matéria repressiva, conclui-se que o “jus perseguendi”, em princípio, também pertence ao Estado.

Sendo a ação penal, em tese, privativa do Estado, deve prevalecer a regra consoante a qual no silêncio da lei a ação penal será pública.

Se examinarmos o art. 129, do Código Penal, em seu **Caput**, parágrafos e incisos, inferiremos que o legislador pátrio silenciou no que tange à ação penal. Este silêncio pode ser traduzido na seguinte assertiva: a ação penal, em qualquer modalidade de lesão corporal prevista em nosso Código, será sempre pública incondicionada. Noutras palavras. Será promovida através de denúncia do Ministério Público, independente da interferência de um terceiro

interessado.

O art. 100, do Código Penal, assim se manifesta sobre a ação penal:

“A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declarar privativa do ofendido.

§ 1º. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º. A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º. A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal.

§ 4º. No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente ou irmão”².

Houve, em verdade, vários estudos, para a elaboração de um novo Código Penal, propondo a mudança dessa regra geral.

O art. 88, da Lei nº 9.099/95, concretizou a modificação do que existia, até então, sobre a ação penal nos crimes de lesões corporais leves e culposas, senão, vejamos:

“Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e culposas”.

Através desse dispositivo os delitos nele especificados, que antes eram de ação penal pública incondicionada, passam a ser de ação penal pública condicionada.

DAMÁSIO DE JESUS assim se manifestou sobre o assunto:

“O art. 88 incide sobre as formas simples, privilegiada e agravada de lesão corporal dolosa leve (CP, art. 129, **caput** e §§ 4º, 5º e 7º), com exclusão das figuras qualificadas (lesões corporais graves e sentido amplo, §§ 1º e 2º; e lesão corporal seguida de morte, § 3º). (...) No art. 88, entretanto, o legislador fala em lesão corporal leve, excluindo apenas a grave, gravíssima e seguida de morte, pelo que subsiste as agravadas por causas de aumento de pena (§ 6º).

A disposição abrange a lesão corporal culposa simples e agravada (CP, art. 129, §§ 6º e 7º). “ (*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 86).

Na mesma trilha, segue JULIO FABBRINI MIRABETE:

“Os crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas abrangidos pelo dispositivo previsto nos arts. 129, **caput** e §§ 4º, 5º, 6º e 7º, do Código Penal, passaram a ser objeto de ação penal pública condicionada, ainda que sejam apurados em processo comum por força de conexão ou outra causa”. (*Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação, Atlas*, São Paulo, 1996, p. 138).

Essa espécie de ação vai atingir não só os feitos que tramitam no Juizado, como também aqueles da competência da Justiça Militar, como mostra a emenda, abaixo:

“Recurso de HABEAS CORPUS – crime de lesão corporal culposa praticado por soldado da Aeronáutica: necessidade de representação do ofendido”. (Revista dos Juizados Especiais, 4/447)

A Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 91, estabelece que:

“Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”.

Evidentemente o dispositivo refere-se aos delitos de lesão corporal, simples, leve e culposa, cometidos antes de 26 de novembro de 1995. Para os demais crimes, com possibilidade de julgamento pelo Juizado Especial, o prazo decadencial continua sendo de seis meses.

O art. 88 exige uma **representação**, que o art. 91, ambos da Lei nº 9.099/95, esclarece ser do **ofendido ou de seu representante legal**. Se, todavia, for o ofendido uma criança e o seu representante legal (pai, padrasto, tutor ou curador) o ofensor, quem deve apresentar a representação? Ainda assim, deve a ação ser pública condicionada?

O Código de Processo Penal, em seu art. 33, aponta como solução, para a ação penal privada, a nomeação de curador especial, tratando-se de ofendido menor de 18 anos, mentalmente enfermo ou débil mental

sem representante legal ou com os interesses do ofendido e de quem o representa conflitantes entre si.

Para o deslinde das questões apontadas, propomos três soluções práticas, que sempre estarão voltadas para a ação penal pública incondicionada:

A primeira delas é a aplicação da interpretação analógica como maneira de eficiente subsunção do fato à norma juridico-penal.

Embora o Direito Penal não admita o uso da analogia (salvo nos casos de aplicação analógica **in bonam partem**), esta não deve ser confundida com a interpretação analógica, que é a busca da vontade da norma através da semelhança com fórmulas usadas pelo legislador.

O art. 92, da Lei dos Juizados Especiais, diz:

“Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”.

Daí, concebermos a possibilidade de ação penal pública incondicionada, por interpretação analógica do princípio estabelecido no inc. II, do § 1º, do art. 225, do Código Penal:

§1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”.

A segunda hipótese encontra respaldo no art. 227, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é categórico

ao afirmar que os crimes praticados contra a criança (e o adolescente) são de ação pública incondicionada.

Havendo lesões corporais na criança, praticada pelos pais, ocorre-nos, imediatamente, que é obrigação de cada um deles oferecer representação contra o outro, o que sem dúvida levaria ao conflito entre os cônjuges, acarretando retrocesso na tutela especial prevista pelo Estado para a criança.

Além disso, poderíamos ter ainda casos em que o pai-ofensor fosse viúvo, fosse o único parente do ofendido ou contasse com a omissão da mãe, por medo ou covardia.

Entendemos, como terceira hipótese, , entendemos que o Ministério Público deve denunciar, porque seria de total ineficiência a intimação da parte ofendida em casos de vítima agredida pelos pais, sob pena de se incorrer em dois grandes equívocos: por primeiro, a intimação da criança (que não poderia pleitear em seu nome ou nomear procurador para fazê-lo), ou, de modo secundário, a intimação do representante legal (que seria o próprio agressor), sob pena de decadência, o que em última análise, ensejaria na impunidade e, conseqüentemente, num aumento da criminalidade.

Saliente-se, por oportuno, que nesta última hipótese a vítima não pode (por si ou por seu representante legal) oferecer representação, muito diferente do fato da vítima (ou de seu representante legal) não querer oferecer representação. Este último caso, sim, geraria a decretação da extinção da punibilidade, por desinteresse em exercer o poder formal exigido em lei.

Diante do exposto, infere-se que, sendo a vítima criança e o ofensor seu representante legal, devem os crimes de lesões corporais, processados nos Juizados Especiais, iniciarem sempre através do recebimento da denúncia formulada pelo representante do Ministério Público.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro, tradicionalmente, vinha apurando os crimes de lesões corporais através de ação penal pública incondicionada.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, os crimes de lesões corporais dolosa leve e lesões corporais culposas passaram a ser processados através de ação pública condicionada, vale dizer, exigem agora representação da parte ofendida ou de seu representante legal.

Ocorre que o representante legal pode vir a ser o próprio agressor. Neste caso, apontamos a ação penal pública incondicionada para a apuração dos fatos, com esteio em três pilares básicos: (a) aplicação, por interpretação analógica, do princípio estabelecido pelo inc. II, do § 1º, do art. 225, do Código Penal; (b) o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 227, considera a ação pública incondicionada a mais adequada para processar os crimes praticados contra a criança (e o adolescente) e (c) a intimação da vítima-criança agredida por seu representante legal restaria ineficaz e geraria a impunidade, caso a ação penal fosse pública condicionada a representação.

¹ O autor é Promotor de Justiça no Estado do Piauí e Professor universitário com Mestrado na PUC/SP.

² O Código de Processo Penal, em seus arts. 24 a 39, refere-se à ação penal.

INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ARTIGO 87 DA LEI Nº 9.099/95

AUTORES

**MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO –
PROMOTOR DE JUSTIÇA
ROBERTSON ALVES DE MESQUITA -
PROMOTOR DE JUSTIÇA**

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso I do artigo 98, alterou significativamente a legislação penal pátria com a criação do instituto despenalizador da transação penal, consistente em concessões mútuas entre o Ministério Público e o autor do fato, a fim de se ter a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Com isso, o Poder Político procurou a desburocratização da Justiça Criminal, a imediata reparação dos danos à vítima, a não-reincidência do autor do fato, e, sobretudo, uma pronta resposta estatal ao delito, despertando na sociedade a credibilidade da justiça.

2. Não reconhecimento de culpabilidade na transação penal.

Na melhor esteira de entendimento doutrinário, a aceitação da sanção penal pelo autor do fato no momento da transação penal não significa em aceitação de culpa.

Na verdade tem-se um exercício do direito de defesa, sendo que o autor do fato prefere submeter-se a uma pena não privativa de liberdade do que sofrer a estigmatização do processo, e, quiçá, uma futura condenação.

Como bem ressalta Ada Pellegrini Grinover, o legislador brasileiro não fez depender a transação penal do prévio reconhecimento da culpabilidade: o acordo sobre a aplicação imediata da pena é anterior à acusação e na técnica da Lei n. 9.099/95 não há discussão nem reconhecimento de culpa.

Com efeito, o autor do fato ao aceitar a proposta oferecida pelo Ministério Público, não está reconhecendo a culpa, que por sua vez, não chega a ferir o princípio da presunção da inocência, inscrito no inciso LVII do art. 5º, da Constituição Federal.

Assim, em hipótese alguma poderíamos falar em reconhecimento da culpabilidade, tanto é que a aplicação da sanção penal nos termos do artigo 76, da Lei nº 9.099/95, não constará de certidão de antecedentes criminais, bem como não irá gerar efeitos civis.

3. A autocomposição como meio alternativo de pacificação social.

Ao exercer a jurisdição, a vontade do Estado predomina sobre as partes, havendo a substitutividade, pois há solução do conflito de interesses. Entretanto, a pacificação social pode ser alcançada através de meios alternativos, dentre os quais, ressaltamos o da autocomposição.

Com efeito, a transação é uma das formas de autocomposição a que a conciliação pode conduzir. Assim, a transação penal é uma forma das partes realizarem concessões bilaterais, mútuas e recíprocas, fazendo com que cada uma desista de parte de suas pretensões.

Por sua vez, existem outras duas formas, quais sejam, a renúncia e a submissão. Na renúncia, uma das partes cede sua pretensão, desistindo da tutela de seus interesses supostamente lesados. Na submissão, o sujeito passivo não

oferece resistência a pretensão, mas sim reconhece-a.

Contudo, cumpre salientar que na transação penal, o Ministério Público não pode renunciar sua pretensão punitiva, uma vez que os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade não foram abolidos, mas sim mitigados, bem como o Estado não deixou de tutelar o direito de liberdade do indigitado autor do fato (*jus libertatis*), não podendo este desistir deste direito por inteiro.

Assim, fica claro que se o autor do fato reconhecesse a culpa não sealaria em transação, mas sim em submissão penal. Todavia, esta não foi a vontade do Poder Constituinte Originário ao dispor sobre o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, onde se refere a transação, e não a renúncia ou submissão.

4. Natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal

Ainda não se alcançou, por parte da doutrina e jurisprudência, um entendimento uníssono em relação a natureza jurídica da sentença da transação penal, sendo que parte da doutrina acredita tratar-se de sentença condenatória, com a consequente aceitação de culpa por parte do autor do fato, necessário para a aplicação da sanção penal, e parte entende se tratar de sentença declaratória, tendo em vista que não há admissão de culpa e tampouco aplicação de sanção de caráter penal, mas sim uma aplicação de uma medida substitutiva.

Certo é que, a sentença não é condenatória, e, como bem nos esclarece Ada Pellegrini Grinover, a sentença que homologa a transação penal não poderá ser condenatória, uma vez que não houve sequer acusação.

Trata-se de sentença nem condenatória nem absolutória, mas simplesmente de sentença homologatória de transação penal.

5. Reflexões sobre a cobrança de custas na transação penal.

Dispõe o artigo 87 da Lei nº 9.099/95 que as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual, nos casos de aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (transação penal).

Em que pese a intenção do legislador almejar reduzir os encargos ao autor do fato, não foi a melhor solução estabelecer o pagamento de despesas processuais no caso da transação penal, haja visto que nesta, o autor do fato não reconhece a culpabilidade, pois nem ao menos foi condenado por uma sentença. O que fez foi simplesmente aceitar a aplicação imediata de uma sanção penal, através de uma das formas de autocomposição, qual seja, a transação. O Estado sequer exerceu sua atividade jurisdicional, sendo que as partes solucionaram o conflito de interesses por vontade própria, dispensando a substitutividade da jurisdição.

A título de exemplo, o Código de Processo Penal em seu artigo 804, prescreve que a sentença ou acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido. Deste dispositivo podemos inferir que para ser condenado em custas, o juiz deverá julgar, o que não acontece na transação penal por haver uma forma de autocomposição, e a parte deverá ser vencida, o que também não ocorre, pois o autor do fato não reconhece a culpabilidade.

Destarte, na transação penal não se pode cobrar despesas processuais do autor do fato, tendo em vista que não houve condenação nem aceitação de culpa, sob pena de arranhar o princípio da presunção da inocência.

6. Conclusão.

Dessa forma, entendendo que o autor do fato não

reconhece a culpa, não há que se falar em custas, tornando-se inconstitucional o artigo 87 da Lei 9.099/95 no que tange a transação penal, por ferir o princípio da presunção da inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, eis que o Estado não pode cobrar de quem não foi sucumbido.

Marcelo André de Azevedo

Promotor de Justiça

Robertson Alves De Mesquita

Promotor De Justiça

Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados Especiais Criminais. São Paulo, Ed. RT, 1996.

JESUS, Damásio E. de. Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. São Paulo, Saraiva, 1997.

FILHO, Marino Pazzaglini, et al. Juizado Especial Criminal. São Paulo, Atlas, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria, et al. Juizados Especiais Criminais interpretação e crítica. São Paulo, Malheiros, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Criminologia e Juizado Especial Criminal. São Paulo, Atlas, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel, et al. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Malheiros, 1993.

ABREU, Pedro Manoel, et al. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Florianópolis, Obra Jurídica, 1996.

1. TÍTULO

A necessidade de intimação da vítima virtual para comparecimento à audiência preliminar nos casos de *aberratio ictus* com unidade de resultado.

Francisco de Assis Santos Lauzid¹

2. EXPOSIÇÃO

Em atenção aos princípios de intervenção mínima (*ultima ratio*) e de humanização do Direito Penal, o legislador ordinário instituiu, através da Lei 9.099/95, modernizando o Direito Penal pátrio, o já cediço Juizado Especial Criminal, competindo-lhe a conciliação, julgamento e execução das causas decorrentes de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Dentre seus princípios norteadores, expressos (oralidade, informalidade, economia processual e celeridade) e implícitos (*ultima ratio* e humanização do Direito Penal), o Diploma suso apresenta (art. 62), em observância às diretrizes do Direito Penal moderno, seu desiderato, entre outros, de se conquistar, a reparação dos danos sofridos pela vítima como forma de se extinguir a punibilidade nos casos de ação penal pública condicionada à representação (art. 74, parágrafo único) ou propiciando, através da referida reparação, a aplicação de pena alternativa antecipada, por meio de transação penal nos casos de ações penais públicas incondicionadas, por se apresentar a pena não privativa de liberdade suficiente e consentânea diante da composição civil, é claro que conciliada às demais circunstâncias listadas em Lei (art. 76, § 2.º).

Ainda em obediência à intervenção mínima e subsidiária, seguindo escólio de penalistas modernos, que pregam, como fórmula para a consecução dos princípios implícitos nupercitados, a convolação de ações penais públicas incondicionadas, concernentes às infrações de menor gravidade, em condicionadas ou privadas, o legislador ordinário condicionou à representação do ofendido, as ações pertinentes aos Crimes de Lesão Corporal Leve e Lesão Corporal Culposa (art. 88).

1. O autor é Promotor de Justiça de Muaná, Ilha do Marajó-Pa

Interessa-nos, aqui, o Crime de Lesão Corporal Leve praticado através de *aberratio ictus* com unidade de resultado, ou seja, quando o agente, denominado pela Lei retrocitada de autor do fato, escopando lesionar alguém (vítima virtual), por erro na execução ou desvio do golpe, não consegue atingi-la, vindo ofender, sem desígnio direito ou indireto, a incolumidade física de pessoa diversa (vítima efetiva).

Tecnicamente e em tese, o agente (autor do fato) teria praticado dois crimes: Tentativa de Crime de Lesão Corporal Leve contra a vítima virtual e Lesão Corporal Culposa contra a vítima efetiva.

Entrementes, por questão de política criminal, nosso Código Penal, segundo lastro em seu art. 73, achou por bem, como medida menos gravosa ao infrator, puni-lo como se tivesse praticado apenas um crime, conciliando as qualidades da vítima virtual com o resultado alcançado na vítima efetiva, relegando as qualificações pessoais desta última, para definir um terceiro crime, em substituição aos dois primeiros já tratados no parágrafo anterior, responsabilizando, assim, o infrator por um só Crime de Lesão Corporal Leve consumada como se tivesse sido praticada contra a vítima virtual.

Ocorre que, comumente, no caso em testilha, figura como vítima, tanto em termos circunstanciados como em

inquéritos policiais, apenas a vítima efetiva, i.e., aquela que de fato foi lesionada em sua incolumidade física, possivelmente, pela unidade de resultado (material), punida, de igual forma pelo Código Penal, como se apenas um crime houvesse sido praticado (ficticiamente contra a vítima virtual, imputando-se-lhe o resultado consumado na vítima efetiva), quando, no mundo real e concreto, tecnicamente há dois crimes e duas vítimas.

Conforme já pisado, como é de praxe, nos inquéritos e termos circunstanciados figuram, respectivamente, como indiciado ou autor do fato, apenas a vítima efetiva e assim, errônea e injustamente, apenas esta é intimada para comparecer à audiência preliminar, colimando a composição dos danos sofridos ou o oferecimento de representação, relegando-se ao oblívio o mesmo direito à vítima virtual, que consoante a própria designação já a explícita, também é vítima.

O art. 69 da Lei 9.099/95 impõe à autoridade policial que encaminhe, imediatamente, os autos do termo circunstanciado com o autor do fato e a vítima ao Juizado, o art. 70 orienta que se não for possível a realização imediata de audiência preliminar, o que de praxe não ocorre em virtude do assoberbamento da pauta do judiciário, seja designada outra data para o mesmo fim, ficando ciente da mesma, autor do fato e a vítima, sendo que na falta de comparecimento de quaisquer dos envolvidos, o art. 71 reza que serão providenciadas suas intimações.

Vemos que o legislador ordinário usa apenas a palavra vítima, sem especificá-la ou adjetivá-la como virtual ou efetiva.

É princípio hermenêutico não poder, o intérprete da norma, fazer distinção onde o legislador entendeu por bem não distinguir. Ao se mencionar a necessidade da presença da vítima e de sua intimação para audiência preliminar, sem lindes discriminatórias, entende-se como necessária a presença e

intimação de todas as vítimas, não importando suas adjetivações, fato que vem corroborado pelo art. 71 do mesmo Diploma, quando impõe que a Secretaria deverá, em caso de ausência, intimar todos os envolvidos, expressão que comporta maior abrangência de significados e alcança, pondo cobro a qualquer dúvida, conotação ampla de vítima, seja esta qual for.

Não sendo assim, corremos o risco de promovermos a injustiça de se permitir que a vítima efetiva renuncie ao direito de representação ou aceite proposta de transação penal que acabará por extinguir a punibilidade de igual forma, arquivando-se, por conseguinte, o termo circunstanciado, prejudicando a vítima virtual com idênticos direitos à representação ou reparação de dano em audiência preliminar e na esfera criminal, *in casu*, composição apenas de danos morais, uma vez que não lesionada sua integridade física.

Destarte, as vítimas virtual e efetiva deverão ser encaminhadas ou intimadas para comparecer à audiência preliminar para exercer, pessoalmente, seus direitos, querendo, de transação civil, ou oferecimento de representação.

Exsurge daí, contudo, outro problema. Qual o crime a se imputar ao autor do fato se apenas uma das vítimas representar?

Imaginemos se houver composição dos danos apenas com a vítima virtual, não sendo aceita esta pela vítima efetiva ou vice-versa, promovendo uma delas, a representação. A composição dos danos equivale à renúncia ao direito de representação (art. 74, parágrafo único), contudo a outra vítima da mesma conduta infracional, resolve representar.

Nesses casos, propomos que se olvide a orientação do art. 73 do C.P.B. quanto à *aberratio ictus*, imputando-se ao autor do fato, se evidentemente for caso de denúncia, ultrapassada a fase de transação penal, o crime realmente

praticado contra a vítima que exercer seu direito à representação, i.e., se for exercido pela vítima virtual, ao autor do fato será imputada prática de Tentativa de Crime de Lesão Corporal, se for exercido pela vítima efetiva, imputar-se-á, ao autor do fato, a prática de Crime de Lesão Corporal Culposa.

Adotamos o entendimento retro, como medida mais justa e menos gravosa ao autor do fato, haja vista, ter o mesmo efetivado a reparação do dano em relação a uma das vítimas, pois do contrário, mesmo reparando os danos sofridos por apenas uma das vítimas, de nada se beneficiaria, caso fosse responsabilizado na trilha do art. 73 do Códex Penal, i.e., por Crime de Lesão Corporal Leve consumada.

Seria iniquidade nenhum refrigério ser deferido ao autor do fato, diante de seu arrependimento e espírito conciliador e, mesmo, dos princípios informadores da própria Lei 9.099/95, mormente o da humanização do Direito Penal, que pugna pela reparação do dano e arrefecimento das conseqüências penais àquele que procura minimizar o sofrimento e prejuízos de suas vítimas, ao menos de uma delas.

3. CONCLUSÃO

Sobranceiros Congressistas, o Juizado Especial Criminal, primando, máxime, pela reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade, deve favorecer a conciliação civil, sem prejudicar direitos, tanto do autor do fato, quanto da vítima ou, em havendo mais de uma, das vítimas, mesmo nos casos em que ocorrer *aberratio ictus* com unidade de resultado; deve, ainda, primar pela obrigatoriedade da intimação de todas as vítimas para a audiência preliminar, sendo despiciendo, para esse fim, adjetivações quanto a sua qualificação de virtual ou efetiva, promovendo, com a reparação civil, ainda que apenas em relação a uma das vítimas, solução menos gravosa ao autor do fato.

BIBLIOGRAFIA

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 11. ed. vol.1, 1989.
- JESUS, Damásio de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 3.ed. 1996.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 11.ed., vol. 1, 1986.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito Processual Penal*. São Paulo: Bookseller, vol.1, 1997.

O direito de representação e o procedimento criminal da Lei 9.099/95

João Batista Machado Barbosa

Promotor de Justiça e Professor de Direito Penal do CEAJ/RN

Sumário

1. Introdução 2. O direito de representação nas ações penais públicas condicionadas 3. A *Lei dos Juizados Especiais* e os crimes de ação penal pública condicionada 4. Haveria sido modificado o termo inicial do prazo decadencial nos delitos processados segundo a *Lei dos Juizados Especiais* ? 5. Conclusão

1.Introdução

A partir da data da vigência da Lei 9.099/95, uma verdadeira revolução se operou no sistema processual civil e penal brasileiro.

O conceito de justiça, muito observado apenas pelo lado da seriedade e correção de seus julgados, precisou ajustar-se à crescente demanda social para que a mesma fosse realmente efetivada. Em função da celeridade, simplicidade e oralidade dos procedimentos criados pela *Lei dos Juizados Especiais*, como passou a ser conhecida, determinadas relações jurídicas privadas de pequeno vulto e infrações penais de menor potencial ofensivo saíram das ruas para o processo, resgatando parte da credibilidade e da confiança no sistema judiciário brasileiro.

A adaptação a esse novo sistema processual, no entanto, não tem sido simples e célere, justamente a *mens legis* da norma especial em estudo. Isto porque, em nome

desses e de outros princípios, corporificados pela *Lei dos Juizados Especiais*, há um verdadeiro ímpeto em modificar alguns conceitos jurídicos básicos que não podem ser atingidos pela lei especial.

A proposta deste trabalho, no embalo destas colocações, é relembrar e discutir o conceito de representação e seu prazo decadencial, previsto na Lei Processual Penal Brasileira para as ações penais públicas condicionadas, e sua aplicação no procedimento estabelecido na *Lei dos Juizados Especiais*.

A importância deste estudo toma vulto a partir do momento em que começam a surgir discussões a respeito do prazo decadencial para exercer o direito de representação, nas ações penais públicas condicionadas submetidas ao procedimento disposto na *Lei dos Juizados Especiais*. Defendem alguns autores que o mesmo começa a fluir na data em que, frustrada a conciliação, é imediatamente concedido o direito ao ofendido de oferecer a representação (art. 74 da Lei 9.099/95). Por isso, em algumas Comarcas, os Juízes têm determinado o sobrestamento dos autos, aguardando que a vítima exerça o seu direito de representação, caso a mesma não compareça à audiência preliminar.

Será que a *Lei dos Juizados Especiais*, em nome do princípio da especialidade, tem amplitude e abrangência para modificar o termo *a quo* da representação nas ações penais públicas condicionadas?

2.O direito de representação nas ações penais públicas condicionadas

2.1 Primeiras considerações

No mundo contemporâneo, o monopólio do *jus puniendi* pertence ao Estado, sepultando-se de vez os vetustos

sistemas da vingança privada e da vingança estatal. Para a recomposição da ordem social violada pelo infrator penal, o *Parquet* exerce o seu ministério, efetivando a *persecutio criminis*, através do processo e da ação penal.

A regra assim estabelecida, no entanto, comporta algumas exceções.

Em alguns casos, poderia ser mais danoso para a vítima a publicidade dos fatos contra ela praticados do que a própria punição para o criminoso (**ação penal privada**), em outros, malgrado a relevância do interesse público atingido, o legislador condicionou a ação penal à iniciativa do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça (**ação penal pública condicionada**), e, por último, em caso de o Órgão acusador não oferecer a denúncia no prazo legal, a vítima, ou alguém que a represente, pode tomar a iniciativa e instaurar a ação penal (**ação penal privada subsidiária da pública**).

De todo modo, entretanto, o direito de punir do Estado é limitado pela lei e pelo tempo. Pela lei, quando estabelece regras fixas e predeterminadas para definir quais atos violam os interesses que o Estado tutela (**norma penal**) e quais os instrumentos adequados para processar e punir os infratores (**norma processual penal**). Pelo tempo, quando define o período em que o interesse em punir conflita com outro interesse do Estado: a paz social e a segurança das relações jurídicas.

Destarte, na autorizada lição de CAIO MÁRIO DA SILVA VELOSO, emprestada do direito privado, a repercussão do tempo nas relações jurídicas, regulada pelos institutos da prescrição e decadência, tem como verdadeiro fundamento o interesse na paz social e na tranquilidade da ordem jurídica. Com efeito, se uma situação contrária a seu direito pudesse ser permanentemente revivida, seria perpetuar a incerteza da vida social¹.

Se para as relações jurídicas privadas, onde

normalmente é apenas exigido um sacrifício patrimonial, o tempo é tão influente, seu impacto ainda é mais vigoroso na seara penal, onde há possibilidade de se ter sacrificada também a liberdade e até mesmo a vida (art. 5º, XLVII, *a*, CF 88).

Para isso, o legislador penal estabeleceu, como condições extintivas da punibilidade, a decadência e a prescrição. Aquela para os prazos de interposição de queixa e representação, nos crimes de ação privada e pública condicionada, respectivamente; essa para os demais circunstâncias no direito penal.

2.2 A representação como *notitia criminis* postulatória e suas principais características

Voltando agora para o objeto deste trabalho, após relembrar alguns importantes conceitos de direito penal, temos por inconteste a influência do tempo no direito de representação, que pode ser definido como a “*manifestação da vontade do ofendido ou de seu representante legal no sentido de autorizar o Ministério Público a desencadear a persecução penal*”², nas ações públicas condicionadas.

Sobre esse direito o legislador penal instituiu um prazo decadencial de 6 (seis) meses que é peremptório, ou seja, não está sujeito à suspensão ou interrupção, contrariamente ao que ocorre com a prescrição. Percebe-se a natureza peremptória do prazo decadencial até mesmo nos casos de retratação da vítima (art. 102 do CP), quando, antes do oferecimento da denúncia, ela pode se arrepender e retirar a representação formulada, e novamente apresentá-la, caso lhe interesse fazê-lo, dentro do referido prazo, ocasião em que ocorre a *retratação da retratação* (RT 371/136).

Em outro prisma, podemos destacar que o supracitado prazo decadencial, exceto para os menores de 18 anos (súmula 594 do STF) e nas ações penais privadas

subsidiárias, inicia-se da data do conhecimento da autoria do fato criminoso, segundo o que dispõe o art. 38 do CPP, *litteris*:

“art. 38 - Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, **contado do dia em que vier a saber que é o autor do crime**, ou no caso do art. 29 do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.”

(grifos)

Do mesmo dispositivo legal, podemos inferir também que tanto o ofendido quanto o seu representante legal podem exercer o direito de representação, entendendo a jurisprudência que esse direito é mais de caráter material do que formal, permitindo, portanto, a iniciativa da mãe, dos avós, dos tios, dos pais de criação, dos irmãos, entre outros parentes.³

Além de expressamente permitir a postulação da *notitia criminis* por outra pessoa, diferente da vítima, o legislador processual penal também não exigiu rigorismo na forma e no conteúdo da representação, que pode ser feita perante o Juiz, o Promotor de Justiça e a autoridade policial, segundo o que dispõe o art. 39 do CPP, *in verbis*:

“Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou à autoridade policial.

§ 1º...

§ 2º A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.”

Portanto, podemos concluir que o importante na

representação é o de que a **vítima demonstre cabalmente a vontade de processar o autor do crime**, movimentando o *jus persecuendi in juditio*, não lhe sendo exigido nenhuma fórmula sacramental para a sua postulação, diferentemente da queixa (art. 41 do CPP).

Sobre esse aspecto, é pacífica a jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, que a vontade da vítima, para que seja considerada a representação, pode ser aceita em face do próprio Boletim de Ocorrência (RT 454/360), do simples comparecimento à Polícia pedindo a punição do autor da ação (RT 595/348) ou das próprias declarações da vítima na delegacia (RT 436/348), dispensando, portanto, a existência de termo expresse (STF, RT 576/461)⁴.

Feitas essas considerações, podemos indagar: quais foram as modificações impostas pela *Lei dos Juizados Especiais* no instituto da representação acima estudado?

3. A Lei dos Juizados Especiais e os crimes de ação penal pública condicionada

Conforme resumido acima, a *Lei dos Juizados Especiais* trouxe uma enorme gama de modificações no processo penal brasileiro. A informalidade e a oralidade de seus procedimentos, aliados ao espírito da economia processual e da celeridade, permitiram que as infrações de pequeno vulto fossem efetivamente processadas e julgadas.

Além desse aspecto conceitual, o referido diploma legal estabeleceu, expressamente, a necessidade de ser realizada uma audiência preliminar, antes da denúncia, para que as partes possam tentar uma conciliação em relação aos danos civis, eventualmente experimentados pela vítima.

Para as infrações de menor potencial ofensivo processadas segundo o rito da lei especial, havendo conciliação nessa audiência preliminar, com a composição dos danos civis,

ocorrerá a renúncia ao direito de representação (§ único, art. 74 da Lei 9.099/95).

Ocorre, nesses casos, uma renúncia tácita ao direito de representação, acrescentando-se mais uma nova hipótese no rol do art. 107 do CP, pois se a “vítima se compôs com o autor do fato em relação à reparação aos danos civis, dele obtendo a desejada satisfação, não mais se justifica o ajuizamento da ação penal nas infrações de menor potencial ofensivo”⁵.

Entretanto, não havendo sucesso na referida conciliação, será dada imediatamente a palavra ao ofendido para exercer o direito de representação verbal, que será reduzido a termo (art. 75).

Pode ocorrer ainda, que o ofendido não queira exercer seu direito potestativo na audiência preliminar referida acima. Em todo o caso, porém, o período decadencial não é interrompido, podendo a vítima exercê-lo dentro do prazo legal.

Havendo, porém, o ofendido ratificado o desejo em ver processado o autor do fato, o Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, poderá propor a imediata aplicação da pena de multa ou a prestação de serviços à comunidade (art. 76).

Não sendo também aceita a proposta oferecida pelo *Parquet*, este deverá oferecer a denúncia oral contra o autor do fato, quando então o processo seguirá, em seus ulteriores termos, até a sentença final (art. 77).

Além dessas particularidades, aplicáveis às ações penais públicas condicionadas na *Lei dos Juizados Especiais*, resumidamente a **conciliação** e a **transação penal**, é importante também destacar que o referido diploma legal estabeleceu que a ação penal, prevista nos crimes de lesão corporal leve e culposa, dependem de representação (art. 88).

Com abrigo nas revolucionárias mudanças promovidas pela *Lei dos Juizados Especiais*, alguns autores,

entretanto, vêm sustentando que o prazo decadencial, nos crimes de ação penal pública condicionada, inicia-se na data da audiência preliminar, quando é dada a palavra ao ofendido para oferecer a representação verbal.

Seria isso possível?

Quais são as repercussões que essa proposta de mudança poderão acarretar no direito de representação do ofendido?

4. Haveria sido modificado o termo inicial do prazo decadencial nos delitos processa dos segundo a *Lei dos Juizados Especiais* ?

Após uma breve sinopse dos procedimentos estabelecidos pela novel legislação especial, especificamente enfocada nas ações penais públicas condicionadas, resta-nos partir agora diretamente para o cerne da polêmica que nos motivou a realizar este estudo.

Alguns estudiosos no assunto vêm defendendo a tese de que o prazo decadencial para o exercício do direito de representação inicia-se da data da audiência preliminar e não da data em que a vítima tomou conhecimento da autoria do fato (art. 38 do CPP).

Em defesa desta tese, expõe a eminente Promotora do Estado de Pernambuco, a Dra. SELMA MAGDA PEREIRA BARBOSA, com a colaboração da Dra. Ângela Simões de Farias, Coordenadora do CAOP da Cidadania/PE, *in verbis*:

“Assim, a Lei 9.099/95 criou um novo momento para o início do prazo decadencial do direito de representação do ofendido, pois **determina expressamente o seu exercício na audiência preliminar, após a tentativa de conciliação**, não sendo possível a aplicação do prazo do artigo 38 do

CPP nestes casos, uma vez que, ao revés do que ocorre nos Juizados Especiais Criminais, no Juízo Comum (regulado pelo CPP) a fase processual somente se inicia após o oferecimento da denúncia decididamente consubstanciada na representação do ofendido, representação essa que não exige formalidades, devendo-se interpretar qualquer manifestação como desejo de representação para legitimar o Ministério Público a iniciar a *persecutio criminis*”⁶
(grifos)

Em seu bem fundamentado artigo, a eminente colega pernambucana justifica a sua interpretação para a mudança na contagem do prazo decadencial, destacando o **princípio da especialidade**, segundo o qual o dispositivo da *Lei dos Juizados Especiais* determina que, não obtida a conciliação, é oferecida *imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação* (art. 75 da Lei 9.099/95), que deveria prevalecer sobre a lei comum (data do conhecimento da autoria - art. 38 - CPP).

Argumenta a autora também que o Ministério Público, para dar início a *persecutio criminis*, não se pode utilizar de “qualquer manifestação do ofendido, mas da representação oferecida na audiência preliminar ou em momento posterior a esse, dentro do prazo de seis meses”.

Por fim, arremata sua tese lembrando que a data de início da contagem do prazo decadencial nos Juizados Especiais é um dos pontos mais controversos da *Lei dos Juizados Especiais*, pois, apesar de o legislador ter tido a intenção de tornar a Justiça Penal mais instantânea e, portanto, mais próxima de sua efetividade como justiça, nas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, casos há em que não se consegue agilizar os procedimentos nos Juizados Especiais Criminais, esgotando-se o prazo de seis meses sem a

realização de audiência conciliatória⁷.

Com a devida vênia, não podemos concordar com os que defendem essa tese.

Malgrado o caráter especial da Lei 9.099/95, não cremos que o referido diploma legal teve a intenção de modificar a data de início da contagem do prazo decadencial do direito de representação.

Em primeiro plano, cremos que se a *Lei dos Juizados Especiais* tivesse essa intenção teria expressamente fixado um dispositivo nesse sentido - o que não ocorreu. Ao revés, a lei especial reservou a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no que fosse com ela compatível (art. 92). Entendemos, portanto, que o início do prazo decadencial continua sendo o do art. 38 do CPP, já que a nova lei foi omissa nesse sentido.

Por outro lado, sobre o argumento de que, por ser uma lei especial, esta haveria derogado tacitamente o art. 38 do CPP, já que instituiu um momento próprio para que o ofendido exerça seu direito de representação (art. 75), também não podemos concordar.

Dissentimos dos que defendem essa tese igualmente nesse aspecto porque se um dos princípios básicos da lei especial é a **informalidade**, por que ela criaria um momento solene para isso? Por definição legal, para a representação não se exige formalismo algum, aceitando-se, inclusive, até o próprio Boletim de Ocorrência policial, com a inequívoca manifestação da vítima em dar início a *persecutio criminis*, conforme sedimentada construção pretoriana (ver item 2.2 retro). Deste modo, com o comparecimento da vítima perante a autoridade policial, dando-lhe ciência do fato e de seu desejo em processar o autor do mesmo, não teria aquela exercido o seu direito potestativo?

É bom lembrar igualmente que a autoridade policial,

nos crimes de ação pública condicionada, não está autorizada a preencher o termo circunstanciado *ex officio*, mas somente a requerimento da vítima ou de seu representante legal, que exerce, neste momento, o seu direito de representação, conclusão deduzida do disposto no § 4º do art. 5º do Estatuto Processual Penal.

Portanto, entendemos que o prazo decadencial da representação, nas infrações de menor potencial ofensivo, processadas segundo o rito da *Lei dos Juizados Especiais*, é obstado com o preenchimento do termo circunstanciado perante a autoridade policial. Com base nesta data e na data do conhecimento da autoria do fato é que o Órgão Ministerial deve analisar se ocorreu ou não a extinção da punibilidade pela decadência.

Por todos esses motivos, cumpre-nos dissentir dos que defendem a tese acima mencionada no ponto em que é pugnada a mudança na data de início do prazo decadencial para a data da audiência preliminar (art. 75 da Lei 9.099/95) pelo fato de que, muitas vezes, poderia ocorrer a fluência do referido prazo antes da realização deste ato.

Conforme asseveramos acima, o prazo decadencial foi obstado com a postulação da *notitia criminis* perante a autoridade competente. Assim, não há que se preocupar com a data em que for realizada a audiência preliminar, pois esta não mais influenciará na contagem do prazo decadencial.

Além disso, gostaríamos de lembrar que transportar o início da contagem do prazo decadencial para a data da audiência preliminar é perpetuar a insegurança social, em prejuízo do autor da infração, já que a vítima, mesmo conhecendo a autoria do fato, poderia postergar, a seu próprio talante, a data em que iria comparecer perante a autoridade policial para exercer o seu direito de representação. Estaria, portanto, sendo admitida uma hipótese, para os crimes de menor potencial ofensivo, de indefinida limitação temporal,

contrastando com o procedimento adotado nos crimes mais graves, por exemplo o homicídio, que tem um prazo prescricional de 20 (vinte) anos.

Como vimos acima, não é este o espírito da lei.

Por mais especial que seja a sua natureza, a lei nova não pode contrariar as bases em que estão fundamentados o nosso direito, pois acima dos interesses das partes está o interesse de toda a coletividade.

Resta-nos, portanto, responder a seguinte indagação: por que então o legislador instituiu um momento específico para o ofendido oferecer oralmente a representação, logo após ter sido frustrada a tentativa de conciliação dos danos civis (audiência preliminar - art. 75 da Lei 9.099/95)?

De acordo com o que apontamos acima, nos delitos processados segundo o rito da lei especial e que necessitam de representação da vítima, esta é exercida no momento em que a mesma se dirige à autoridade competente e comunica o fato criminoso, manifestando o seu desejo em processar o autor do fato. Com o preenchimento do termo circunstanciado e com a assinatura da vítima, o prazo decadencial é obstado, não sendo necessária a existência de nenhuma outra fórmula sacramental.

Havendo exercido o direito de representação no prazo decadencial, a oportunidade referida no art. 75 da *Lei dos Juizados Especiais* tem apenas natureza jurídica de **declaração do ofendido**, onde o mesmo poderá, ou não, se retratar. Esta ocasião, fase imediatamente anterior a da transação penal e a da denúncia, é a última oportunidade que a vítima terá para se retratar, pois, a partir dessa fase, a representação será irretratável (art. 102 do CP e 25 do CPP).

Por todos esses motivos, não consideramos correta a determinação de que os autos fiquem sobrestados em cartório, aguardando o pronunciamento da vítima, caso ela não

compareça à audiência preliminar no *Juizado Especial*. Entendemos que o direito postulatório foi exercido pelo ofendido no momento em que o mesmo se dirigiu à autoridade competente e forneceu os dados para o preenchimento do termo circunstanciado, manifestando a sua vontade em processar o autor do fato, legitimando assim a proposta de transação penal por parte do *Parquet*. Para a compreensão deste ponto de vista, é importante também não olvidarmos de que a **ação penal é pública**, e que o Ministério Público não precisa ficar aguardando os últimos dias do prazo decadencial para saber se a vítima vai ou não se retratar.

Feita esta resumida análise sobre o exercício do direito de representação e a *Lei dos Juizados Especiais*, resta-nos concluir este estudo, sumariando os tópicos acima vistos.

5. Conclusão

Para dar início a esta discussão a respeito do direito de representação e a data de início do prazo decadencial correspondente, segundo a ótica dos Juizados Especiais Criminais, sentimos a necessidade de rever alguns importantes conceitos de direito penal.

Nesta ocasião, vimos que a representação não demanda uma fórmula sacramental para a sua interposição, pois até mesmo o boletim de ocorrência, preenchido perante a autoridade policial, pode ter o condão de demonstrar o interesse e a iniciativa da vítima.

Apontamos ainda a influência do tempo nas relações jurídicas como importante fator de pacificação social.

Dando seqüência ao tema, anotamos outrossim as principais alterações advindas com a vigência da *Lei dos Juizados Especiais*, particularmente no que dizem respeito aos crimes de ação penal pública condicionada à representação.

Por último, divergindo de abalizadas opiniões em contrário, registramos que a melhor interpretação para o dispositivo legal em estudo, ou seja, o art. 75 da Lei 9.099/95, é que a data de início da contagem do prazo decadencial dos crimes de ação penal pública condicionada continua a ser a do art. 38 do CPP.

Entendemos que o princípio da especialidade não pode ser aplicado ao caso em estudo, posto que o espírito da lei nova não foi o de criar um momento solene para o exercício do direito de representação, já que isso não existia antes dela.

Da mesma forma, entendemos que o prazo decadencial se esgota com a inequívoca vontade da vítima em ver processado o autor do fato criminoso, quando do preenchimento do termo circunstanciado perante a autoridade policial. Por isso, o referido prazo decadencial não pode ter início na data da audiência preliminar, após a frustrada tentativa de conciliação. Caso isso ocorresse, estaríamos permitindo a perpetuação da insegurança social, condicionando à apuração do fato ao inteiro dispor da vítima, ou seja, só quando a mesma resolvesse ir à Polícia e comunicar a ocorrência de um crime, com o conseqüente aprazamento e realização da audiência preliminar, é que iria ter início o prazo decadencial referido. Tal procedimento, especificamente adotado para os crimes de menor potencial ofensivo, contrastaria com o adotado para os crimes mais graves, como o homicídio, que prevê um prazo prescricional de 20 (vinte) anos.

Por tudo isso, cremos que a oportunidade dada à vítima, expressa no art. 75 da *Lei dos Juizados Especiais*, tem natureza jurídica de **declaração do ofendido**, na qual a mesma poderá ratificar os termos da representação já formulada ou se retratar. Seguindo-se, na primeira hipótese, a fase de transação penal e a da denúncia, a partir do qual a representação será irretratável.

A importância dessas colocações, conforme dito

acima, está ligada diretamente ao exercício de nosso ministério.

As infrações penais de pequeno potencial ofensivo sujeitas à representação, como as lesões corporais leves e culposas, bem como a ameaça, são as que mais têm sido processadas nos Juizados Especiais Criminais, com tendência a se expandir ainda mais com o novo Código Penal, em fase de discussão no Congresso Nacional.

Portanto, consideramos que a solução definitiva para esta controvérsia só pode surgir de um amplo debate, no qual a multiplicidade de vozes se fundirá numa só proposta, de modo a orientar nosso trabalho e ajudar-nos a construir a unidade que tanto almejamos.

Natal, 1º de março de 1998

João Batista Machado Barbosa

Promotor de Justiça

¹VELLOSO, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

p. 475.

²FRANCO, Alberto Silva; BETANHO, Luiz Carlos; FELTRIN, Sebastião Oscar. *Código penal e sua interpretação*

jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v.1, t.2, p.48.

³MIRABETTI, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 369.

⁴JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 34.

⁵GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados especiais criminais - comentários à lei 9.099 de 26.9.95*

1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.119.

⁶BARBOSA, Selma Magda Pereira. *A prescrição na Lei 9.099/95* art. pub. na revista da Associação Paulista do

Ministério Público. ano II. nº 13. ed. dezembro de 1997. p.6

⁷BARBOSA, Selma Magda Pereira, op. cit. p.6

1- TÍTULO: A REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E CULPOSAS, E A POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA HIPÓTESE DE DECADÊNCIA DESSE DIREITO.

Elaine Castelo Branco Souza

Promotora de Justiça em Santo Antônio do Tauá-PA

2 - JUSTIFICATIVA

Sabe-se que a atuação do Ministério Público na esfera criminal foi profundamente alterada, ante a lei 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais Cíveis e Criminais e que este deve atuar agora não apenas como um mero acusador em busca de uma condenação, mas também como um órgão interessado na solução consensual do conflito humano.

Esta revolução jurídica ocorrida, implica em uma verdadeira revolução de mentalidade. Não é adequado face ao espírito da nova lei se fazer sempre uma interpretação clássica.

Agapito Machado no Bol.Inf. Criminal, Belém, v.2 n.6 (1997, p.15) aduz que “A lei 9.099, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais deve ser interpretada com desprezo pelo sistema tradicional, sob pena de não se entendê-la”.

Pretende-se com este tema, que ousamos apresentar para apreciação, focalizar dois aspectos importantes para o contexto processual e penal em vigor:

A hipótese de decadência ao direito de representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas;

A resolução dessas questões pelo Ministério Público.

Buscar-se-á sobretudo alertar aos Membros de nossa Instituição , a quanto de sua atuação na esfera criminal , sobretudo aqueles que oficiam perante os Juizados Especiais em Capitais, com seus Juizes quase sempre assoberbados de serviço, cumulando com outras varas, onde não raro se observa audiências Preliminares designadas para até seis meses após o fato.

A atuação do Membro do Ministério Público, como defensor da sociedade e dos direitos sociais e individuais indisponíveis deve ser a de extrema cautela, sobretudo no cuidado de se ver resguardado os menores direitos do cidadão.

Bastos, (1989, p.339) apud Cretella Júnior (1993, p.3297), elucida que o “O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte, porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade”.

E acentua: “Trata-se, portanto de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem um especial tratamento do ordenamento jurídico”.

Ante a visão desse novo sistema, o Código de Processo Penal será invocado apenas subsidiariamente e somente quando as normas que não forem incompatíveis com a nova lei.

2.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO.

A Lei 9.099/95 trouxe como inovação legislativa a alteração do regime de ação penal pública, cuidando-se de lesões corporais leves e lesões culposas.(Brasil, 1995), exigindo-se a representação para a propositura da ação penal.

Os crimes de lesões corporais culposas e lesões leves, abrangidos pelos dispositivos previstos nos artigos 129, “caput” e parágrafos quarto, quinto e sexto do Código Penal, de ação penal pública condicionada, ainda que sejam apurados em processo comum por força de conexão ou outra causa.

O artigo 61 da supra citada lei assinala, que consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos da lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

E o artigo 88, dispõe que além das hipóteses do Código penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Têm-se daí que o Ministério Público deve contar com a necessária representação da vítima ou de seu representante legal para que a pretensão punitiva estatal, vencida a fase preliminar dos arts. 74 e 76, possa ser deduzida.

A Representação é pois a manifestação da vítima ou de seu representante legal no sentido de autorizar o Ministério Público a oferecer a Denúncia. Como ensina Mirabete (1997), a representação constitui-se em *condição suspensiva de procedibilidade*.

O que se procura resguardar, entretanto são as hipóteses em que não realizada a audiência em data próxima, mas sim depois de um elástico prazo temporal, que quase sempre ultrapassa o prazo previsto no Código de processo penal para oferecimento da representação, a vítima cairá prejudicada.

O Ministério Público é uma instituição cuja função é essencial à administração da Justiça e está definida no artigo 127 da Constituição federal como “*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.” (Brasil, 1988)

Mirabete (1997, p.136) afirma que “A representação não exige fórmula sacramental, bastando que se apure pela iniciativa da vítima ou de seu representante legal que se desejem providências policiais ou judiciais para a persecução penal .

2.2 DA FASE PRELIMINAR

Pela nova sistemática, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Entretanto, pelo dispositivo previsto no artigo 70, que prevê que comparecendo o autor do fato e a vítima e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima para a sua realização, o que se observa é que na prática grande parte das audiências não são realizadas e nem tampouco saem as partes cientificadas da previsão de tal ato processual.

Sendo assim , qual o momento do oferecimento da representação? Na audiência preliminar? E se a audiência for designada para mais de seis meses depois?

Na audiência preliminar onde deverão estar presentes obrigatoriamente o Representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, e se possível o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena privativa de liberdade. (art.72)

Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou

de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta renúncia ao direito de queixa ou representação.

O artigo 75 da Lei 9.09/95 prescreve o momento para o oferecimento da Representação oral.

Assim está ele disposto:

Art.75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de *representação verbal*, que será reduzida a termo. (grifo nosso).

O artigo 75 estabelece que, na audiência preliminar, logo após a constatação de que não foi possível a composição dos danos civis, o Juiz dará ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzido a termo.

Ora, daí conclui-se que a representação, dado os princípios peculiares inerentes aos juizados especiais, será verbal e na própria audiência, não se aplicando, portanto, os rigorismos técnicos, em decorrência até mesmo do princípio da informalidade reinante nos juizados.

2.3 PRINCÍPIOS PROCESUAIS DOS JUIZADOS.

Diz o artigo 2o. :

“O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Neste sentido o grande mestre Mirabete, (1997), nos ensina que deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática de atos solenes estéreis e sem sentido

sobre o objetivo maior da realização da justiça.

2.3.1- A Representação nos Juizados Especiais

Como é pacífico na jurisprudência, a representação não exige fórmulas especiais, bastando à vítima manifestar a vontade de ver ser processado o autor do fato criminoso.

Nesse sentido decisões jurisprudenciais:

“NÃO EXIGE A LEI, PARA QUE TENHA VALIDADE, RIGORIS-MOS FORMALÍSTICOS, BASTANDO PARA QUE SURTA EFEITO, A INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DE QUE SEJA O AUTOR DO CRIME SUBMETIDO A PROCESSO” (RTJ 57/391)

“A REPRESENTAÇÃO, COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL, PRESCINDE DE FÓRMULA RÍGIDA, SENDO SUFICIENTE A MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VÍTIMA OU DE QUEM TENHA QUALIDADE PARA REPRESENTÁ-LA, NO SENTIDO DE QUE O REPRESENTADO SEJA PROCESADO COMO AUTOR DO CRIME. PRECEDENTES DO STJ” (RSTJ 73/101-2)

2.3.2 Prazo para a representação

O prazo para o oferecimento da representação contra o autor dos ilícitos de menor potencial ofensivo é o previsto nos artigos 105 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, de seis meses a contar da data em que a vítima ou seu representante legal veio a saber quem foi o autor do crime

Entretanto, MIRABETE (1997, P.138) afirma que:

“ Deve-se ter em vista, porém, que como é pacífico na jurisprudência dos Tribunais superiores, a representação não exige formalidades, devendo ser tida como preenchida a condição de procedibilidade quando o ofendido, por sua iniciativa ou declarações, demonstrou ter desejado a instauração da ação penal (nos autos de inquérito ou da ação penal) .

Aufere-se desta forma, que o simples fato da vítima dirigir-se à autoridade policial, já constitui em tese uma manifestação inequívoca de ver o autor do fato processado como autor do crime, senão vejamos entendimentos jurisprudenciais:

“ O boletim de ocorrência, lavrado pelo delegado de polícia retrata o comparecimento do genitor à Delegacia, pedindo providências policiais em relação ao ofensor. Logo é documento hábil e vale como representação, pois nele temos consubstanciada a vontade do titular da representação quanto à instauração de providência em relação ao fato e seu autor”(TJSP- RT 454/360).

A manifestação é válida inclusive na presença do Promotor de Justiça:

“ As declarações prestadas voluntariamente pela vítima perante o Órgão Ministerial de primeiro grau, noticiando a ocorrência de fatos, revelam, por si só a intenção de representar criminalmente contra aquele que teria praticado os ilícitos penal. Basta, para que se supra a exigência legal, a demonstração de vontade, no sentido de ver

iniciada a persecução penal, não se exigindo um rigoroso formalismo”. (TACRSP/ RT 732/ 643)

Em audiência Preliminar, dar-se-á, apenas uma nova oportunidade da vítima vir a desistir desse direito, preferindo a composição dos danos civis.

3. CONCLUSÃO

- Deve o Membro do Ministério Público, zelar para que os mínimos direitos do cidadão não sejam prejudicados pelo acúmulo processual das varas a qual atuem.

- Zelar para que seja assegurado que o simples depoimento na fase policial já seja considerado a manifestação inequívoca de vontade em ver o autor do fato processado pelo crime a que deu causa, salvo demonstração em contrário na audiência preliminar .

- O Promotor de Justiça deve zelar para que na audiência Preliminar sejam assegurados todos os direitos da vítima, inclusive nos casos em que esta se realiza após mais de seis meses da data do fato, a fim de que não se alegue decadência do direito de representação; como já exposto, deve ser considerado o seu depoimento na fase policial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1-BASTOS, Celso Ribeiro- Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 11a. ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

2-BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. 1988

3-BRASIL. Lei 9.099/95, de 26 de Setembro de 1995, Dispõe sobre os Juizados especiais Cíveis e Criminais.

4-CRETELLA JÚNIOR, José, 1920- Comentários à Constituição brasileira de 1988- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

6- MACHADO, Agapito,/ artigo publicado no boletim Informativo Criminal n. 6 v.2- elaborado pelo Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Pará. Belém, 1997.

7-MELO, José Maria de/ PARENTE, Mário. Lei dos Juizados especiais: comentada- 1a. ed., 2a. tir./ Curitiba: Juruá, 1997.

8-MIRABETE, Júlio Fabbrini- Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, legislação- 2. ED.- São Paulo: ATLAS, 1997.

8-PAZZAGLINI FILHO, Marino ...[et al]., “Juizado especial criminal: aspectos práticos da lei n.9.099/95- São Paulo: Atlas 1996

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

1- ARAÚJO, Adilson de. Da ação Penal Pública Condicionada nos processos em curso à luz da lei 9.099/95, Ministério Público Paulista.

2- ARAÚJO, Carla Rodrigues de. Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

3- BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal, Saraiva

4- BRASIL- Código penal e sua interpretação jurisprudencial / Alberto Silva Franco... [et al.]. 4. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais.

5- CUNHA, J.S Fagundes. Questões Controvertidas nos juizados especiais. Curitiba: Juruá, 1997.

- 6- CRETELLA JÚNIOR, José- Curso de direito administrativo. 11. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense
- 7- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à lei dos juizados especiais Cíveis e Criminais.
- 8-GRINOVER, Ada Pelegrini/ GOMES FILHO, Antônio Magalhães/ FERNANDES, Antônio Scarance/ GOMES, Luiz Flávio, “Juizados Especiais Criminais- Comentários à Lei 9.099/95”- São Paulo, 1996
- 9-JESUS, Damásio E. de- Código de processo penal anotado/ 8. ed., atual. e aum.- São Paulo: Saraiva, 1989.
- 10-JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS- Editor Arnaldo Oliveira: Coordenação editorial Alexandre Cardoso . 1995- AMMP
- 11- MARQUES, José Frederico- Curso de direito penal, São Paulo, Saraiva, 1956, vol.III
- 12- PARÁ. Ministério Público - Centro de Apoio Operacional Criminal, Boletim informativo Criminal n. 6 v.2.. Belém. 1997
- 13 - PONTES DE MIRANDA- Comentários à Constituição, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol.III, p. 406.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.
Possibilidade de retratação da representação,
após o oferecimento de denúncia.

Anastácio Nóbrega Tahim Júnior
Promotor de Justiça/RN
Professor do CEA/MPRN
Professor da Escola da Magistratura/RN

INTRÓITO

01. Atualmente, nos crimes de menor potencial ofensivo para os quais a lei exige representação $\frac{3}{4}$ não obtida a composição civil dos danos nem proposta a transação penal $\frac{3}{4}$, depois de oferecida a denúncia pelo Ministério Público **não é possível** à vítima retratar-se da representação inicialmente ofertada.

02. Isto porque $\frac{3}{4}$ à míngua de disposição legal expressa $\frac{3}{4}$, prevendo o artigo 92, da Lei nº 9.099/95, que “Aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”, **tem-se entendido** que depois de oferecida a denúncia, é irretratável a representação do ofendido, no âmbito do Juizado Especial Criminal, nos termos do artigo 25¹, do Estatuto Processual Penal, aplicado supletivamente.

03. Entretanto, essa aplicação subsidiária recomendada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (artigo 92) diz respeito (tão somente) às normas que, com a Lei nº 9.099/95, **não forem incompatíveis**, como se pode observar da simples leitura da norma.

04. Dessa forma, tem o presente ensaio o objetivo de demonstrar a inaplicabilidade do artigo 25, do Código de Processo Penal, aos Juizados Especiais Criminais, face a **incompatibilidade** existente entre aquele preceito e a Lei nº

9.099/95 para, com isso, admitir a possibilidade de retratar-se a vítima, mesmo após o oferecimento da denúncia.

JUSTIFICATIVA

05. Tenha-se presente que a simples ausência de disposição legal expressa **não é** suficiente a autorizar a aplicação subsidiária, de uma maneira geral. Nos casos de silêncio da lei (como é o da hipótese em comento), devem ser buscadas soluções que atendam aos critérios informativos e às finalidades principais daquela².

06. Noutras palavras, para que o CPP possa ser aplicado subsidiariamente na Lei nº 9.099/95 é necessário: **a** - não possuir a Lei nº 9.099/95 dispositivo expresso a respeito; e **b** - não ser a norma do CPP incompatível com os critérios e objetivos que informam aquela.

07. Neste lance, diz-se inaplicável, aos Juizados Especiais Criminais, o artigo 25, do Código de Processo Penal, porque incompatível com os **objetivos e critérios informativos** da Lei nº 9.099/95. Ao contrário, a aceitação da retratabilidade da representação do ofendido, mesmo após o oferecimento de denúncia, é solução que guarda estreita harmonia com aqueles. Senão vejamos...

08. O Código de Processo Penal exigiu a representação do ofendido como condição de procedibilidade da ação penal para determinados crimes, sensível ao fato de que, por vezes, o processo pode mostrar-se mais maléfico à vítima do que a própria infração. A despeito dessa *sensibilidade*, consignou $\frac{3}{4}$ no artigo 25 $\frac{3}{4}$ que a mesma representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia. E o fez porque inspirado por um modelo processual penal inaugurado aos **03 de outubro de 1941**.

09. Vale dizer quando unicamente admissível era a idéia de

que o Estado podia e devia perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, **em hipótese alguma**, certa dose de não obrigatoriedade ou disponibilidade da ação penal.

10. Diametralmente diverso foi o *pano de fundo* da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Editada para inaugurar um modelo consensual de Justiça criminal, significou uma verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro.

11. Rompendo corajosamente com esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal, a Lei dos Juizados Especiais Criminais criou os institutos da *transação penal* e da *suspensão condicional do processo*, os quais representam $\frac{3}{4}$ senão o fim $\frac{3}{4}$ indiscutível mitigação dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, até então absolutos e indeclináveis.

12. Inspirada por uma tendência mundial, a Lei nº 9.099/95 dispensa especial preocupação para com a vítima $\frac{3}{4}$ antes pouco valorizada, senão esquecida. A ponto de, para utilizar de uma expressão do Professor Mirabete³, **a reparação** dos danos causados ao ofendido possuir, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, **mais relevância do que a própria persecução** contra o autor do ilícito, numa demonstração segura de que constitui uma Justiça institucionalizada, prioritariamente, em prol dos interesses da vítima.

13. Tanto é verdade que, nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, a composição civil dos danos, homologada por sentença, extingue a punibilidade, verdadeira exceção à separação entre as esferas civil e penal.

14. Essa circunstância é também observada por Cezar Roberto Bitencourt, para quem “Finalmente, a Lei 9.099/95 dá uma **importância extraordinária** para a reparação do dano *ex delicto*, tornando-a prioritária em relação à composição penal. (...) Essa preocupação com as **pretensões reparatorias** da vítima **constitui princípio orientador** de toda a estrutura do

Juizado Especial, (...)”⁴.

15. Doutro lado, não se pode deixar de registrar o caráter despenalizador da Lei nº 9.099/95. Satisfazendo o anseio de, com celeridade e um mínimo de formalidades, buscar a solução dos conflitos ³/₄ sobretudo consensualmente ³/₄, foram instituídas quatro medidas despenalizadoras: 1ª - a extinção da punibilidade pela composição civil, nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada; 2ª - a transação penal; 3ª - a exigência de representação da vítima para os casos de lesões corporais leves ou culposas; e 4ª - a suspensão condicional do processo para os crimes cuja pena mínima não exceda a um ano.

16. Isso como reflexo ³/₄ também na esteira da moderna criminologia mundial ³/₄ de uma mentalidade que vê o encarceramento como medida recomendável, apenas, para os chamados presos residuais.

17. Como se vê, **é de difícil aceitação** a coexistência entre a impossibilidade de retratação da representação (mesmo) após o oferecimento de denúncia (artigo 25-CPP) e um diploma legal (L 9.099/95) que, emprestando temperos de relatividade à indisponibilidade da ação penal, prima pela pacificação do meio social consensualmente e prioriza a reparação dos danos suportados pela vítima, **com muito mais razão** nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa pública condicionada.

CONCLUSÕES

18. Expendidas estas considerações, pode-se concluir:

I - a aplicação subsidiária recomendada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em seu artigo 92, diz respeito (tão somente) às normas que, com a Lei nº 9.099/95, **não forem incompatíveis**;

II - a simples ausência de disposição legal expressa **não é**

suficiente a autorizar a aplicação subsidiária, de uma maneira geral. Nos casos de silêncio da lei, devem ser buscadas soluções que atendam aos critérios informativos e às finalidades principais daquela. Dessa forma, para que o CPP possa ser aplicado subsidiariamente na Lei nº 9.099/95 é necessário não possuir a Lei nº 9.099/95 dispositivo expresso a respeito, bem como não ser a norma do CPP incompatível com os critérios e objetivos que informam aquela;

III - o artigo 25-CPP é incompatível com os objetivos e os critérios que informam a Lei nº 9.099/95, pelo que sua aplicação não se afigura recomendável. A impossibilidade de retratação da representação, depois de oferecida a denúncia, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, revela-se injustificável porquanto neles não vigem mais os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal (ao menos com o caráter absoluto que tinham em 1941, quando editado o Código de Processo Penal). Mas sim, a prevalência das pretensões reparatórias da vítima em detrimento da própria persecução criminal do autor do fato; e

IV - admitir-se a possibilidade do ofendido retratar-se da representação, mesmo após o oferecimento da denúncia, é $\frac{3}{4}$ **ao contrário** $\frac{3}{4}$ homenagear o modelo consensual de Justiça criminal tão perseguido pela Lei nº 9.099/95. Consiste, ainda, em prestigiar o ofendido com os contornos da vitimologia idealizada pelos Juizados Especiais Criminais, além de mostrar-se bem mais consentâneo com seu espírito despenalizador.

Em Natal, Rio Grande do Norte, 28 de março de 1998.

Anastácio Nóbrega Tahim Júnior

¹ Segundo o qual “A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.”

² Consultar, a respeito, ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *in* JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, Comentários à Lei nº 9.099/95, de 26.09.1995, 2ª ed., São Paulo:RT, 1997, p. 62

³ *In* JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, Comentários - Jurisprudência - Legislação. São Paulo: Atlas, 1996

⁴ JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS e ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria DO ADVOGADO, 1997, p. 78. Os grifos foram acrescentados.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. Competência nas hipóteses de concurso de crimes.

Anastácio Nóbrega Tahim Júnior

Promotor de Justiça/RN

Professor do CEAF/MPRN

Professor da Escola da Magistratura/RN

INTRÓITO

01. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, previu que ao Juizado Especial Criminal competirá a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, considerando tais as que a lei comine pena máxima não superior a um ano.

02. Entretanto, silenciou aquele diploma normativo quanto às regras para determinação de competência nas hipótese de concurso de crimes, seja formal ou material. Vale dizer, deixou a cargo do intérprete a definição sobre se o aumento resultante do cúmulo deve ser considerado nas penas *in abstracto* de cada delito, para fins de determinação de competência.

03. Dessa forma, tem o presente ensaio o objetivo de apresentar solução para a questão, limitando-se às hipóteses de concurso (formal ou material) entre duas ou mais infrações cuja pena máxima não exceda a um ano.

EXPOSIÇÃO

04. Considere-se, por exemplo, a prática, contra determinada vítima, do delito de lesão corporal leve e o de ameaça, em concurso material. Vale dizer, crimes $\frac{3}{4}$ lesão leve e ameaça $\frac{3}{4}$

a que a lei comina pena máxima não superior a um ano.

05. Todavia, em que pese autorizadas vozes em contrário, no sentido de que merece a hipótese conhecimento pelo juízo comum, já que somadas as penas máximas *in abstrato* $\frac{3}{4}$ em razão do cúmulo material $\frac{3}{4}$ ultrapassa o limite de um ano, assim não entendemos...

06. Dispondo a Lei nº 9.099/95 que ao Juizado competirá a conciliação, o julgamento e a execução das **infrações penais de menor potencial ofensivo, considerando tais as que a lei comine pena máxima não superior a um ano**, teve ela sob mira as infrações de menor gravidade, enquanto crime individualmente considerado, funcionando a quantidade da sanção abstratamente cominada, um critério revelador dessa gravidade.

07. O cúmulo material (ou o aumento previsto para o cúmulo formal) não pode subsidiar o cálculo do *quantum* da reprimenda *in abstrato* para fins de determinação de competência do Juizado Especial Criminal, exatamente porque ele não torna os delitos sob concurso mais graves, não tipifica em si uma conduta penalmente imputável, tampouco importa em complexidade do feito. Serve, apenas, de majorante quando da fixação da sanção, como **sistema de aplicação de pena** que é, para utilizar de uma expressão do Professor Mirabete.

08. Tanto é verdade que, em sede de extinção da punibilidade em face da verificação da prescrição $\frac{3}{4}$ em qualquer de suas modalidades $\frac{3}{4}$, porque prescreve o crime individualmente considerado, segundo a pena a ele cominada, o Código Penal, em seu artigo 119, dispõe: " No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente."

09. Doutro lado, se, de acordo com Lei 9099/95, compete ao Juizado Especial Criminal, conhecer dos crimes a que não seja cominada pena máxima não superior a um ano, a ele devem

estar afetos esses crimes, excetuados os casos para os quais seja previsto procedimento especial, porquanto não cabe ao intérprete excepcionar onde não o fez o legislador, consoante consagrada máxima exegética.

10. *Mutatis mutandis*, embora que por outras razões, também comunga da mesma opinião a Professora Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual “No tocante aos crimes continuados e à hipótese de concurso formal, não se deve considerar o acréscimo, mas somente o tempo de pena previsto para cada infração penal isoladamente, aplicando-se por analogia, na falta de disposição expressa, o art. 119 do Código Penal.”¹

CONCLUSÃO

11. Expendidas estas considerações, pode-se concluir que nas hipóteses de concurso de crimes, onde se envolvam infrações afetas ao Juizado Especial Criminal, a soma ou o aumento da reprimenda abstratamente cominada, em razão do cúmulo, não deve ser considerado para fins determinação de competência.

Em Natal, Rio Grande do Norte, 28 de março de 1998.

Anastácio Nóbrega Tahim Júnior

¹ In JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95, RT, 1997, p.60

AUTORA: HORTÊNSIA GOMES PINHO

Promotora de Justiça

Simões Filho-Ba.

EMENTA: Aditamento da denúncia com alteração da capitulação, em qualquer fase processual, para permitir a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95

INTRODUÇÃO

A imputação precisa do fato delituoso tem íntima ligação com o princípio constitucional da ampla defesa. O Órgão acusatório, transmutado na figura do Promotor de Justiça, não age por impulso de caráter pessoal, é organismo estatal que detém a titularidade da pretensão punitiva. Está entretanto, sujeito as falibilidades do ser humano, a descoberta de fato novo e a melhor avaliação da ocorrência factual, sendo conveniente e as vezes imperioso o aditamento da exordial acusatória.

A atividade corretiva é salutar, a possibilidade de acrescentar, completar, incorporar, clarear, suprir ou explicitar a denúncia, repercute em suas conseqüências, ilumina globalmente a reação necessária e alcança seus reflexos últimos, para permitir uma decisão com apego a verdade real e plena na fundamentação, advindo daí a segurança da sociedade.

FUNDAMENTAÇÃO

No ordenamento processual penal brasileiro encontramos dentre outros, previsão de aditamento da exordial acusatória no art. 384, parágrafo único (*mutatio-libelo*) e no art. 569, que possibilita a retificações e supressões de omissão. O nosso estudo se prende à possibilidade de aditamento da inicial, afora estas duas hipóteses expressamente previstas.

A interpretação formal e literal dos dispositivos citados leva a conclusão, sustentada **em muitos julgados dos nossos tribunais** de que ao Promotor cabe o exame preliminar das peças de informação e uma vez oferecida a denúncia, não pode alterar os elementos de convicção ali contidos. Porquanto, à dicção do art. 569 é apenas permitido alterar a inicial para suprir simplesmente falhas ou omissões, como a correção de nomes, local, data, etc.

De outro modo, o Código de Ritos Processuais Penais Pátrio somente prevê mais uma possibilidade de aditamento da denúncia, desta vez para permitir a modificação da definição jurídica ou classificação do fato delituoso, quando, no art. 384 (*mutatio libelli*), prevê a hipótese de verificar o juiz da causa que a prova colhida convence da existência de circunstância elementar do crime, não contida naquela peça inicial, de forma expressa ou tácita, a qual, levando a diversa definição jurídica da espécie de fato, importe na possibilidade de agravar a situação do réu. Surge então o aditamento provocado (parágrafo único).

A jurisprudência pátria já decidiu:

Aditamento logo após o interrogatório para reformulação da capitulação inicial - Inadmissibilidade (RT; 546; 325).

Nulidade - Alteração da definição jurídica do fato

mediante aditamento da denúncia - Iniciativa do órgão do Ministério Público - Inadmissibilidade - Aplicação dos arts. 383 e 384 do CPP.

Inadmissível, na fase do art. 499 do CPP, iniciativa do órgão do Ministério Público, aditando denúncia para dar ao fato definição jurídica diversa da constante de peça vestibular. Compete com exclusividade ao Juiz da causa a aplicação dos arts. 383 e 384 da Lei Processual Penal (TACrimSP - *Julgados*, 21:209).

Data venia, discordamos de tal entendimento, ao nosso sentir pode e deve o Promotor de Justiça para o livre exercício de suas funções institucionais, aditar denúncia em qualquer fase do processo, mesmo que seja para dar nova definição jurídica ao fato, desde que garantida ampla defesa e o contraditório, quando necessário, com nova citação e reprodução de provas, pois desta forma não se violará o princípio da congruência entre a acusação e a defesa.

O Ministério Público é *dominus lites*, a ele cabe sopesar os elementos de convicção não apenas para oferecer a denúncia mas no decorrer de todo processo. *O parquet*, não pode ficar preso, tolhido a *opinio crimines* manifestada na denúncia como *camisa de força* pois é ele no dizer do professor José Frederico Marques “que encarna no processo o interesse punitivo do Estado”.

O Promotor é o agente da Ação Penal, inicialmente a ele é dirigido o *informatio delicti*, é ele que promove a peça inicial e acompanha o processo em todas as suas fases e atos, fiscalizando, zelando e velando da primeira a última instância. Assim, é uma incongruência querer restringir a atuação ministerial em matéria de Ação Penal, mesmo porque não há na legislação processual vedação expressa ao aditamento da inicial em qualquer fase do processo.

Leciona Eduardo Espinola Filho, o maior processualista penal pátrio, referindo-se ao aditamento provocado previsto no parágrafo único do art. 384 do CPP:

“Não quer isso dizer seja a única situação, em que é possível proceder-se ao aditamento da denúncia, em tal sentido.

De feito, se é permitido fazê-lo, quando a ação chegou a tal ponto que, para solucioná-la, só falta a sentença definitiva, nada impede, evidentemente, se efetive o aditamento, em época anterior, quando vai a causa em curso de discussão e prova, eis fique evidenciada a existência da circunstância elementar, não contemplada na denúncia, e da qual resulta, com a nova classificação, a exasperação da pena.

Não só não há obstáculo algum, em preceito expresso, ou decorrente de qualquer regra de direito objetivo, como, ao contrário, é de considerar que o art. 569 faculta, declaradamente, seja, a todo tempo, antes da sentença final, supridas as omissões da denúncia, ou queixa”. (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Vol. IV, Fls. 117, 6ª Edição, Editora Borsoi)

O professor **Júlio Fabbrini Mirabete** reforça:

Reconhe-se pacificamente ao Ministério Público o direito não só de corrigir as falhas e omissões da denúncia, de acordo com o artigo 569 (nesse caso pode se tratar de mera retificação de dados circunstanciais, de data, lugar etc.), como de promover seu aditamento, a qualquer tempo, durante a instrução. Pode fazê-lo para incluir novos ilícitos penais ao imputado ou para ampliar a acusação a novos acusados pela prática de infração objeto da denúncia, em decorrência dos elementos

probatórios colhidos durante a instrução. Tal direito é indubitoso não só em decorrência do artigo 569, como das regras de competência por conexão ou continência dos artigos 76 e 77, que obrigam como norma geral a unidade de processo e julgamento, salvo, quando, instauradas ações penais diversas, estiver uma delas com sentença definitiva (art. 823 *in fine*). Além disso, se ao Ministério Público cabe aditar a queixa (art. 45), com maior razão poderá quando se tratar de denúncia. (Processo Penal, Fls.128, 2ª Edição, Editora Atlas).

O entendimento esposado neste estudo é mais amplo que o defendido pelos juristas citados, ao nosso sentir, o Promotor de Justiça pode aditar a denúncia não apenas para incluir novos crimes e/ou novos acusados, como também para alterar definição jurídica dada ao fato, ante a avaliação parcial da prova. Assim após o interrogatório, ou a ouvida da vítima ou depoimento de uma testemunha, ou perícia; o órgão acusatório firmando convicção da necessidade de alterar a exordial, pode fazê-lo de pronto, da mesma forma, se perceber que existiu uma avaliação jurídica equivocada do colega que o antecedeu no processo.

A Instituição do Ministério Público é *una*, portanto a *opinio criminis* manifestada pelo Promotor da denúncia, pode ser modificada através de aditamento quando o próprio órgão verifique que errou ou ante avaliação parcial da prova, ainda que não configure necessariamente *fato novo*, mas que tenha sido suficiente para firmar a convicção jurídica do *dominus lites*.

É vero, que no momento das Alegações Finais pode o Promotor postular a desclassificação, alteração do tipo penal e até absorção; que com o fim da instrução o Promotor tem uma valoração globalizada da prova. Não havendo

cerceamento de acusação, porquanto é oportunizado momento para manifestar-se, por isso a questão ora debatida diluía-se no bojo do procedimento penal, não havendo prejuízo irremediável.

O tema entretanto exsurge de importância com advento da Lei 9.099/95, uma corajosa inovação que representa a maior revolução no sistema processual penal brasileiro dos últimos 50 anos. Os operadores do direito tem que ingressar no espírito da desburocratização da justiça criminal, pois esta é a poderosa tendência processual penal da atualidade.

A classificação dada pelo Ministério Público por ocasião da denúncia estabelece os parâmetros para aplicação das medidas despenalizadoras contidas no novo diploma legal. É a capitulação da infração que delinea a competência dos juizados especiais criminais e possibilita o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo e ainda delimita a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal.

Não pesa questionamento sobre o fato de trata-se a Lei 9.099/95, de *novatio legis* favorável, imperando o princípio clássico “favor rei”. A Lei benéfica ao réu deve ser aplicada de imediato e retroage para alcançar os fatos ocorridos antes da vigência da mesma. Para a efetiva retroatividade da Lei Penal benéfica ora em análise, *mister*, que o Promotor de Justiça não se acanhe, não se intimide em aditar a inicial quando entender possível, em qualquer fase do processo, ante seus elementos de convicção, a recapitulação do tipo penal elencado na denúncia para outro que esteja sobre a égide do novo diploma legal. Caso o órgão acusatório haja de outra forma a retroatividade garantida constitucionalmente (art. 5º, XL) terá efeito meramente proclamatório.

Ora, se no curso do processo o Promotor de Justiça que detém por determinação constitucional a titularidade da

Ação Penal, firma convicção que a definição jurídica dada na denúncia pelo próprio órgão ministerial está equivocada, não está obrigado a esperar para exarar tal manifestação. O Órgão Ministerial não despoja-se de sua apreciação crítica do mérito da acusação a partir da Denúncia para só retoma-la nas Alegações Finais.

Ademais, não se justifica o constrangimento a vítima e das testemunhas com constantes idas e vindas ao fórum, procrastinar-se o feito, tomar o tempo precioso dos Promotores, Juizes e serventuários, para concluir uma instrução criminal, se ao final será hipótese de aplicação da Lei 9.099/95, onde não discute culpabilidade, ocasionando simplesmente a estigmatização do autor do fato derivado do próprio processo, com elevado preço.

CONCLUSÃO

É facultado ao Promotor de Justiça no livre exercício de suas funções institucionais aditar a denúncia, em qualquer fase do processo, para dar-lhe nova definição jurídica ante a avaliação parcial da prova ou melhor avaliação factual e/ou jurídica, especialmente quando verificar a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95.

O aditamento imediato da denúncia com a desclassificação do tipo penal, que torna o caso *sub judice* sobre o manto da Lei 9.099/95 é medida inafastável que se impõe por questão de **economia processual, celeridade da justiça, para evitar gastos e perdas de tempo e ainda por questão de conveniência, praticidade e política criminal.**

AUTORA: HORTÊNSIA GOMES PINHO

Promotora de Justiça

Simões Filho-Ba.

EMENTA: Inclusão dentre as condições obrigatória do Sursis processual, previsto na Lei 9.099/95, da prestação de serviço a comunidade e exclusão da proibição de freqüentar determinados lugares, tornando-a facultativa.

INTRODUÇÃO

A Lei 9.099/95 inovou profundamente o nosso ordenamento jurídico penal, configurando-se na maior revolução legislativa penal dos últimos 50 (cinquenta) anos.

A corajosa inovação embasa-se no princípio da simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e oralidade, buscando a desburocratização e simplificação da justiça, revitalizando as vias conciliativas, buscando alcançar um “**processo de resultado**”.

A hodierna legislação veio atender a um reclame generalizado dos operadores do direito, que se viam assoberbados de processos, a grande maioria de delitos de pequeno potencial ofensivo, que *furtavam* o tempo de cuidar-se prioritariamente da criminalidade mais grave, ocasionando a morosidade da justiça e seu descredito ante as prescrições e impunidade exacerbada

Com dois anos e três meses da existência do multicitado diploma legal, já vislumbramos resultados. A sociedade a princípio desconfiada das medidas

despenalizadora e descarcerizadoras instituídas, passou a sentir os reflexos positivos de uma justiça mais célere, de pronta prestação jurisdicional, preocupada com a “*lide social*” e mais próxima de alcançar a pacificação social.

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei 9.099/95 institui 04 (quatro) medidas despenalizadora:

- 1 - A extinção da punibilidade em razão da composição civil, nas ações penais privadas e na ação penal pública condicionada - art. 74, § 1º;
- 2 - Necessidade de representação nas lesões corporais culposas ou leves - art. 88;
- 3 - Transação Penal - art. 76;
- 4 - Suspensão condicional do processo - art. 89.

Os 02 (dois) institutos mais festejados são a Transação Penal e o SURSIS processual, o primeiro que contempla a possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa nos crimes em que a pena máxima prevista em abstrato não ultrapassar 01 (um) ano e o segundo a sustação do processo por um período de prova de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, mediante o cumprimento de 04 (quatro) condições obrigatórias e de outras facultativas que poderão ser fixadas pelo juiz atendo a critério de avaliação de necessidade. Desnecessário se torna conceituação mais extensa pois os institutos mencionados já são por demais conhecidos, tendo-nos permitido a alusão conceitual por ordenamento da exposição.

O enfretamento do presente estudo visa excluir do SURSIS Processual a proibição de freqüentar determinados lugares, como condição obrigatória e inclusão dentre estas da prestação de serviço a comunidade. A motivação da proposta

é garantir a efetividade prática aos arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95, evitando que o primeiro torne-se letra morta e o segundo seja desfigurado no objetivo conferido-lhe pelo legislador.

Os aplicadores do direito que atuam nos juizados especiais criminais e no juízo comum criminal, já perceberam que os **autores do fato** aos quais estaria sendo imputado a prática de delito com pena máxima não excedente a 01 (um) ano, se mostram reticentes e recusam sistematicamente a proposta da Transação Penal, demonstrando preferência expressa pelo SURSIS Processual, que seria hipótese consagrada para crimes de maior gravidade.

A postura dos **autores do fato** e dos advogados, se justifica porque a Transação Penal tornou-se na prática uma “**sanção**” mais onerosa, mais pesada, uma vez que estabelece sempre a pena restritiva de direito, na maioria das vezes traduzida em prestação de serviço a comunidade e o descumprimento ocasiona automaticamente a conversão em pena privativa de liberdade, o que inclusive é objeto de polêmica. Ao revés do SURSIS que estabelece algumas condições de fácil cumprimento, cuja não observância ocasiona simplesmente a retomada do processo. Ora, nesses termos é natural que os autores do fato façam opção pelo SURSIS Processual.

Analizando com realismo as condições obrigatórias impostas pelo art. 89, impõe-se a conclusão que na prática são de nenhuma repercussão e de mitigado caráter punitivo.

A primeira delas, a reparação dos danos, na maioria das vezes se torna impossível ante a condição econômica do acusado, ou ante a dificuldade de aquilatar os valores, que ficam para serem discutidos no juízo cível; o comparecimento mensal ao fórum para informar e justificar suas atividades, transmulta-se em verdadeiro ônus inócuo, pois raros os juizes que tem oportunidade de conversar, interagir e orientar o autor do fato, transformando-se em mera formalidade cartorária;

obrigação de não se ausentar da comarca onde reside, sem autorização do juiz é de fácil cumprimento, restringindo-se em mera comunicação ao juiz da ausência ou mudança de endereço.

Por fim, a proibição de freqüentar determinados lugares é de difícil fiscalização e ousamos dizer torna-se as vezes ridícula, como por exemplo em crime de furto simples, cujo o autor é abstêmio e origina proibição de freqüentar bares e congêneres. Tal condição há de ser facultativa e ficar a critério do juiz, para quando o caso concreto exigir ou tornar conveniente que o autor do fato evite freqüentar determinado local, possua estreita relação com a causa e/ou conseqüências do crime ou condições pessoais do **autor do fato**.

Afora as condições legais o Legislador teve a sensibilidade de permitir no novel instituto que o juiz determinasse outras condições, facultativas, que devem guardar proporção com o fato praticado pelo agente e suas condições pessoais. Tal faculdade salvou o instituto do Sursis Processual de transforma-se em fonte de impunidade, algo inútil e impediu que a Transação Penal caísse em desuso

Felizmente muitos juizes *desconfiados* da preferência sistemática pelo Sursis em detrimento da Transação Penal, preocupados com a deformação do espírito da Lei 9.099/95 e conscienciosos do risco da mesma desfigurar-se de marco de modernidade da Justiça Penal para mais uma decepção do povo brasileiro, passaram a estabelecer habitualmente dentre as condições facultativas a prestação de serviço a comunidade, tornando o Sursis mais gravoso e menos *interessante*, agindo assim, ao nosso sentir, de forma acertada, porquanto tal medida despenalizadora é destinada a criminalidade mais grave.

A condição de prestação de serviço a comunidade estabelecida usualmente dentre as condições facultativas, foi erigida, na prática, à condição mais relevante e de resultado

efetivo, inclusive a nível de satisfação da sociedade, bem como de resguardar da credibilidade da justiça. Dada essa importância deve a prestação de serviço a comunidade sair da esfera de condição facultativa, fixada ante a **avaliação subjetiva** do juízo, para figurar dentre as condições legais.

CONCLUSÃO

Em síntese, a aplicação prática da Lei 9.099/95, demonstrou ser necessária as alterações legislativas a seguir explicitadas:

- a) exclusão do rol das condições legais do art. 89 da Lei 9.099/95 do dispositivo “I”, concernente à proibição do autor do fato freqüentar determinados lugares, pois a mesma só tem razão de ser quando as circunstâncias do crime e/ou condições pessoais do agente recomendarem;
- b) inclusão dentre as condições obrigatórias previstas expressamente no art. 89 da Lei 9.099/95 da condição de prestação de serviço a comunidade, para que o instituto tenha efetividade prática e não se torne medida despenalizadora mas benigna que a Transação Penal, porquanto é destinada a autores de mais graves atentados aos valores sociais vigentes

POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA E ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

PAULO ROBERTO DANTAS DE SOUZA LEÃO

Promotor de Justiça. Mestre em Direito. Professor dos cursos de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, da Universidade Potiguar, do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do RN e da Escola Superior da Magistratura do RN.

I - EXPOSIÇÃO

O Brasil tem enfrentado grandes dificuldades com seu problema penitenciário, ensejando uma reflexão mais profunda sobre uma filosofia tanto na aplicação da pena como na execução desta.

É sabido, em nosso ordenamento jurídico penal, que, *prima facie*, **pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo Órgão Judiciário, a quem praticou ilícito penal.**

A pena tem **finalidade retributiva e preventiva**. Retributiva porque impõe um mal, uma diminuição ou suspensão de um bem juridicamente tutelado. É preventiva porque visa a evitar a prática de crimes, a todos em geral ou ao autor do delito em espécie, intimidando-o quanto à prática de novas infrações penais.

É comezinho, também, que a pena rege-se por três princípios básicos: a) **legalidade** (Art. 5º, XXXIX, CF), ou seja, deve ser prevista por lei vigente à data do fato; b)

individualização (Art. 5º, XLV, XLVI, XLVIII, CF), ou seja, a pena deve ser individualizada em cada caso e não pode passar da pessoa do condenado; c) **aplicação pelo judiciário, após regular contraditório, assegurada ampla defesa** (Art. 5º, XXXVII, LII, LIV e LV, CF).

Assim, as penas em nosso país são: **privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.**

As penas privativas de liberdade dividem-se em reclusão e detenção. Há poucas diferenças entre as penas de reclusão e detenção que podemos citar: **quanto ao regime de cumprimento delas** (Art. 33, CP) em que a de reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto e a de detenção em regime semi-aberto e aberto, salvo a necessidade de transferência para o regime fechado (o condenado a uma pena superior a 08 anos deverá cumprí-la, inicialmente, em regime fechado e entre 04 e 08 anos em regime semi-aberto, desde que não seja reincidente e igual ou inferior a quatro anos poderá cumprir em regime aberto); **na ordem de execução**, quando aplicadas cumuladamente em concurso material (Art. 69, CP); **na incapacidade do exercício do pátrio poder** (Art. 92, II, CP); **na limitação ou não para a fiança** (CPP, Art. 323, I); **nos pressupostos para a prisão preventiva** (Art. 313, I e II, CPP).

Pois bem, o nosso ordenamento jurídico permite a aplicação de sanção que não a privação da liberdade. A essa possibilidade alguns chamam, a meu ver equivocadamente, de **penas alternativas**.

Esse equívoco assenta-se no erro de chamar de alternativo o que é principal. O Código Penal no seu art. 32 já prevê, em elenco *clausus*, as penas restritivas de direitos e a pena de multa, além das privativas de liberdade. Pode-se, porém, chamar de **alternativas à Privação da liberdade**.

Nesse passo, tem o juiz a possibilidade de, em caso

de condenação, e considerando desde à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos e circunstâncias do crime, além dos requisitos objetivos, de ser prevista pena privativa de liberdade inferior a um ano ou culposo o crime, aplicá-las.

Vê-se, assim, que aos crimes de pequeno potencial ofensivo, cuja pena não excede hum ano, o juiz tem a possibilidade de condenar o agente à prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana.

Por hora, a nossa lei penal não admite que alguns crimes ditos de intermediário potencial ofensivo sejam apenados dessa maneira, coexistindo, entretanto, a privação da liberdade e a multa.

Em nosso entender, *maxima venia*, a privação da liberdade só deveria ser aplicada em delitos de **grande potencial ofensivo**, como o homicídio doloso, o estupro, o atentado violento ao pudor, o latrocínio, a extorsão mediante sequestro, as lesões graves, o roubo, enfim, àqueles delitos de grande alcance danoso e que revele a periculosidade do agente, ou seja, uma pessoa que não possa de fato conviver em sociedade.

Os chamados crimes “brancos” e os tidos como “brandos”, de pequeno ou médio potencial ofensivo, ou seja, àqueles cuja privação da liberdade hoje não excedem 06 anos deveriam ser apenados com restrições de direitos de um modo geral ou com aplicação de multas razoáveis.

Nesse sentido, há de se perguntar: qual o retorno social ao se apenar com privação da liberdade empresário poluidor ou lesivo ao consumidor ou banqueiro que atente contra o sistema financeiro? Ao nosso ver, uma multa bem razoável, que vá fundo em seu patrimônio, deixando-o, porém, com condições de sobrevivência e proibição de exercer àquela

atividade por algum tempo tem um retorno muito mais proveitoso.

Por essa ótica, apresentamos algumas sugestões, considerando o momento que é oportuno em virtude da modificação em curso da parte especial do Código Penal: privação da liberdade somente para delitos tidos como hediondos ou de grande dano à vida ou à pessoa ou ao patrimônio, ou que revele o caráter periculoso do agente. Para os delitos de pequeno ou médio potencial ofensivo, ou mesmo àquelas infrações que não aflorem a periculosidade do autor, como crimes contra o consumidor ou relações de consumo, crimes contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, contra a probidade administrativa ou contra a administração pública ou da justiça, poder-se-ia, *in casu*, aplicar multa razoável e/ou restringir direitos civis.

Vale informar que há estudo no sentido de ampliar para sete – hoje são quatro – as penas alternativas à privativa de liberdade, aumentando ainda o limite temporal do *sursis* de até dois anos para até quatro anos de pena, desde que seja o agente primário e de bons antecedentes.

A nosso sentir, essa pretensão legal não terá o impacto desejado por ser ainda de **curto alcance**.

Quase que diariamente vemos a imprensa noticiar a falta de vagas nos presídios e o estado precário dos estabelecimentos já existentes, fatos que deterioram as expectativas de recuperação dos presos; e também é sabido que o alto custo para a criação e a manutenção dos estabelecimentos carcerários determina um terrível desgaste da responsabilidade do Governo pela questão. Porém, as soluções possíveis são diversas, todavia o que mais falta é vontade política para determinar o fim do problema. O Brasil tem ao todo 511 Estabelecimentos de Confinamento, somando aproximadamente 60 mil vagas para presos. Todavia, estão presos nestes estabelecimentos 130 mil presos, representando

um **déficit** de 70 mil leitos. E ainda existem 275 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos. Cada preso custa por mês para os cofres da nação o total de 4,5 salários mínimos, sendo que o gasto geral dos Governos Federal e Estaduais é de 60 milhões num só mês (Dados obtidos na Teleconferência do Ministério da Justiça, Sistema Penitenciário - Penas Alternativas, em 30.04.96). A situação dos presos é desanimadora em decorrência da superlotação dos estabelecimentos de cárcere e a escassez de recursos financeiros para construção e manutenção dos presídios.

Deste modo, o problema é muito grave e vem se agravando dia a dia. O que fazer? qual a solução satisfatória e imediata? Uma das soluções pode ser facilmente encontrada na legislação criminal pátria. A outra, na modificação da norma penal. Para a primeira, buscando no atual Código Penal a adoção possível de Penas Alternativas às Penas Privativas de Liberdade. Todavia, é bom que se esclareça que isto não significa deixar sem punição os criminosos, mas sim aplicar-lhes penas condizentes com a gravidade de seus crimes. Também, não se pretende deixar os criminosos fora das prisões pelo simples fato de não existirem dependências nos presídios. O que se quer, na realidade, é que sejam aplicadas as determinações legais já existentes na legislação e que, modificadas, tenham alcance maior. Dentre as penas alternativas pode-se citar as Restritivas de Direitos, previstas nos arts. 32, 43 a 48 do Código Penal. Para a segunda, modificando-se a legislação penal, podem ser adotadas outras formas de sanção, como as penas intimidatórias e patrimoniais, como: admoestação, multas razoáveis, proibição de frequentar determinados lugares, tarefas públicas, dentre outros. Quando um juiz aplica a um condenado uma pena alternativa a privação da liberdade, ele não só está depositando confiança na recuperação do mesmo, como está colaborando para que ele não frequente um ambiente não correspondente ao tipo de

crime que ele cometeu, além de aplicar uma pena condizente com o delito cometido. Não se pode confundir um homicida com um “ladrão de galinhas”, com um sonegador de impostos ou um funcionário que comete peculato. Os crimes são bem diferentes, os primeiros implicam numa ação violenta, direcionada contra a pessoa humana em relação à sua vida e à sua integridade física. Já os outros, incidem no patrimônio e resultam de uma ação de astúcia e esperteza. A aplicação de penas alternativas a privação da liberdade é uma das soluções para o sistema penitenciário, porém, carece de meios de fiscalização capazes, mas que certamente custariam muito menos para o Estado do que investir em casas de reclusão para todos os criminosos e todos os tipos de delitos. Sendo que o retorno social e educacional seria muito mais proveitoso para a comunidade

Por outro lado, para os crimes violentos, cremos que aumentando o número de presídios e dando-lhes estrutura adequada de funcionamento para abrigar os efetivos autores de delitos hediondos e os de graves danos à pessoa e ao patrimônio; modificando a legislação penal para alcançar os delitos de médio potencial ofensivo com sanções alternativas a privação da liberdade, estruturando-se o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Ministério Público para fiel execução dessas restrições de direitos e cobrança das multas, que por ter natureza de título executivo deve ser cobrada pela Procuradoria da Fazenda Pública pertinente.

Somente a título de ilustração, catalogamos algumas penas alternativas à privativa de liberdade cominadas nas legislações penais estrangeiras: prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, interdições temporárias de direitos, multa, multa indenizatória à vítima, reparação do dano, tratamento de choque (**probation** – penas de curta duração como 20 dias de prisão), tarefas públicas (hospitais, escolas, museus, casas de caridade) proibição de frequentar certos lugares, exílio local (confinamento em

residência), frequência a cursos escolares e profissionalizantes, repreensão pública, retratação com pedido de desculpas à vítima, pagamento de cestas básicas à instituições de caridade, suspensão de direitos políticos, perda do cargo ou função ou mandato eletivo, incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, inabilitação para dirigir veículos, proibição de uso de cheque bancário ou cartão de crédito, manter distância da vítima, suspensão da autorização do uso de arma de fogo, devolução do objeto subtraído, mudança de residência ou de bairro, proibição de transitar em determinados lugares, trabalho obrigatório, recolhimento noturno à prisão com trabalho durante o dia.

III - CONCLUSÃO

Portanto, a aplicação das penas alternativas à privação da liberdade, em um alcance maior, pode caracterizar um grande avanço da legislação pena brasileira, visto que a prisão não demonstrou ser capaz para o controle da criminalidade, devendo ser aplicada, pois, quando estritamente necessária, impondo-se, desta forma, alternativas ao cárcere.

Finalmente, é de se concluir, assim, que a solução passa, e obrigatoriamente:

- a) pela construção de novos presídios, objetivando desafogar a lotação excedente e cumprimento efetivo dos novos mandados de prisão, podendo essas ser aplicadas a delitos também de médio potencial ofensivo;
- c) no aumento das espécies de penas alternativas à privação da liberdade, sugerindo, além das já previstas no Código Penal, a adoção de algumas já existentes em outros ordenamentos, como por exemplo: prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, interdições temporárias de direitos, multa, multa indenizatória à vítima, reparação do dano, tratamento de choque (**probation** –

- penas de curta duração como 20 dias de prisão), tarefas públicas (hospitais, escolas, museus, casas de caridade) proibição de frequentar certos lugares, exílio local (confinamento em residência), frequência a cursos escolares e profissionalizantes, repreensão pública, retratação com pedido de desculpas à vítima, pagamento de cestas básicas à instituições de caridade, suspensão de direitos políticos, perda do cargo ou função ou mandato eletivo, incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, inabilitação para dirigir veículos, proibição de uso de cheque bancário ou cartão de crédito, manter distância da vítima, suspensão da autorização do uso de arma de fogo, devolução do objeto subtraído, mudança de residência ou de bairro, proibição de transitar em determinados lugares, trabalho obrigatório, recolhimento noturno à prisão com trabalho durante o dia.
- d) pelo estabelecimento, ainda, de condições ao incremento do labor prisional extra e intra muros, com incentivo especial à formação de mão de obra especializada, através de cursos profissionalizantes, em parceria com escolas técnicas públicas e privadas.

Deste modo, iniludivelmente, teremos: privação da liberdade pela reclusão ou detenção somente para os crimes mais graves e agentes perigosos, porém com um programa de ressocialização e sanções alternativas à prisão, como a aplicação de multas razoáveis e restrições de direitos civis ou interdições temporárias de direitos, num alcance mais elástico, atingindo também os delitos de médio potencial ofensivo dentro de critérios de justiça e bom senso.

Natal, março de 1998

O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL E A EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

1. INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

À luz do critério cronológico, é certo dizer que a Lei n.º 9.099/95 perdeu, passados mais de dois anos de sua publicação, o estatuto do inusitado. Mas é o critério científico que indica a atualidade desse diploma normativo, na medida em que persistem as inquietações originais, sobretudo no que concerne à transação penal. Deveras, atual é a lei porque atual é a dificuldade encontrada no estabelecimento preciso de suas repercussões jurídicas.

O problema ora recolhido é de especial significância. Dado que só o título judicial revestido dos requisitos de validade é apto a ensejar a satisfação objetiva do direito nele inserto, propomo-nos a investigar a consonância das penas aplicadas em decorrência de transação penal com a garantia do devido processo legal, extraíndo, daí, as conseqüências afetas à executoriedade da pena restritiva de direitos aplicada no âmbito do juizado especial criminal, por força de acordo entre o autor do fato e o Ministério Público.

Noutros termos, importa saber se a pena decorrente de transação criminal insere-se com plena validade no mundo do Direito, logrando equiparação com a sanção decorrente de sentença condenatória e subordinando-se, com efeito, às mesmas condições de executoriedade desta, de molde a comportar a conversão.

A exigüidade de indicações doutrinárias no presente estudo prende-se à própria inquietação científica sobre o tema versado, o que justifica a sua problematização e sua apresentação como tese.

O interesse na abordagem científica presta-se a suprir lacuna nesse sentido, uma vez que a insegurança concernente à forma de execução das penas oriundas de transação criminal, afora as inconveniências acadêmicas da imprecisão teórica, tem legitimado formas alternativas de execução, não autorizadas em lei (como a doação de cestas básicas, por exemplo), num ato de perplexidade de promotores e juízes diante da expectativa de impunidade gerada pela pena não executável.

Releva, pois, buscar na ordem jurídica a racionalização do problema e os fundamentos dogmáticos autorizadores da conversão da pena restritiva de direitos, aplicada por força de transação penal, em pena privativa de liberdade, estabelecendo padrões seguros de interpretação e aplicação do direito.

2. PREMISSAS CONSTITUCIONAIS

É sem maior aviso que se busca identificar o devido processo legal com o sistema de direito positivo destinado ao regramento da *persecutio criminis*. O devido processo legal é garantia constitucional. Como tal, seu conteúdo é antes principiológico do que normativo, não se podendo homogeneizar, senão com indiferença científica, o princípio com a sua instrumentalização. Bem por isso, o *due process* não constitui o processo conforme à lei, mas, antes, o processo conforme à Constituição, porque é ela, a Constituição, o instrumento jurídico-positivo cristalizador dos princípios.

Daí porque, num primeiro momento, afigura-se injurídica qualquer conclusão que identifica o devido processo legal, modo puro e simples, com a observância de formas procedimentais legalmente estabelecidas. Estas nenhum valor terão sem o suporte constitucional que lhes dita o conteúdo e lhes outorga validade no plano da hierarquia. Como conclusão

necessária, a se extrair já neste passo, tem-se que denúncia, citação, interrogatório, atos de instrução, sentença, enfim, não caracterizam o devido processo legal, mas constituem, tão-só, uma forma de manifestação deste, sem foros de exclusividade, como se verá adiante.

Importa, então, buscar, na Carta de Princípios, e não na ordem subconstitucional, os postulados que fundamentam, à guisa de premissas, a tese ora apanhada.

Estabelece a Carta Magna: **“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”** (art. 5º, inciso LIV).

O sentido do “devido processo legal”, de outra parte, vem tonalizado, em seus matizes subjacentes, no próprio texto constitucional: **“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”** (art. 5º, inciso LV, grifamos)

A primeira conclusão lógica a se extrair do texto é que só aos acusados o contraditório é assegurado. Mister ressaltar, todavia, que em sede de transação criminal não há acusação formalizada, de onde ressaí que não há acusado, não há contraditório, não há ampla defesa. O que há, isto sim, é **consenso**.

Consenso expressamente admitido pela Constituição Federal, no artigo 98, inciso I, ao dispor que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão **“juizados especiais, providos por juízes togados, ou 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 juízes de primeiro grau”**.

Veja-se, por primeiro, que a conjunção aditiva “e”, no dispositivo transcrito, estende a conciliação aos juizados especiais criminais. A palavra “**transação**”, inserida, ainda, no inciso I do artigo 98 da Carta Magna, reforça o amparo constitucional para a validade do consenso no âmbito da justiça penal.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL: O DUE PROCESS DOS NÃO ACUSADOS

Constata-se, portanto, que o Constituinte de 1988 assegurou o contraditório para todos os acusados (art. 5º, inciso LV), mas, ao mesmo tempo, constitucionalizou um sistema de justiça que, em admitindo transação, pressupõe renúncia ao processo e, inexoravelmente, renúncia ao contraditório e renúncia à ampla defesa, esta concebida como resistência formal a uma pretensão deduzida judicialmente (art. 98, inciso I). Então, o processo, que era, por tradição brasileira, indisponível, quer para o Ministério Público, quer para o autor do ilícito penal, transmutou-se em algo a ser visto sob a ótica da disponibilidade, da transação, da renúncia.

Ora, como é cediço, a melhor de qualquer interpretação, relativa ao confronto entre normas, é a que procura sistematizá-las, aproveitando-lhes o conteúdo (*interpretação sistêmica*). E como, ainda, seria teratológico falar em inconstitucionalidade de norma constitucional, em especial da norma prevista no art. 98, I, em face do art. 5º, LV, só uma conclusão é viável: o Constituinte de 1988 autorizou a criação do que, alegoricamente, e sem qualquer pretensão de criar doutrina, poderia ser chamado “devido processo legal consensual”, destinado aos não acusados, pois aos acusados o contraditório é impositivo, inadmitindo-se transação.

Do contrário, não seria concebível assegurar contraditório e ampla defesa e, ao mesmo tempo, admitir a

sua renúncia, pela transação.

Concluindo: no âmbito constitucional, o devido processo legal é para todos (CF, art. 5º, LIV); o devido processo é contraditório para os acusados (CF, art. 5º LV); o devido processo é consensual para os não acusados, quando assim for possível, à luz da lei (CF, art. 98, I). É esta a única conjugação sistematicamente possível dos dispositivos constitucionais em lume e cuja validade ressumbra inapelável no plano lógico-jurídico.

Daí porque a pena restritiva aplicada por força de transação criminal, entendemos, não arranha, em nada, a garantia do devido processo legal insculpida no art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

O que ocorre é que alguém, não acusado, e para não vir a sê-lo, renuncia, como lhe é dado fazer, ao contraditório e à ampla defesa, os quais, frise-se, nem por isso deixam de ser assegurados. Afinal, em nenhum momento se subtrai do autor do fato típico o direito de defesa; apenas lhe é facultado o não exercício de tal direito, com assistência do seu advogado e mediante a fiscalização do seu juiz natural.

Mas, assim como ao **acusado** é permitido renunciar ao direito de recorrer de uma sentença condenatória, o que implica renunciar recurso inerente à ampla defesa, ao **não-acusado** a lei outorga mais: outorga o poder de renunciar ao contraditório, concedendo-lhe, ainda, vantagem expressiva, qual seja, a ausência de registro de antecedente judicial.

É tão verdade que a pena aplicada por força de transação criminal é pena resultante do devido processo legal, **que da decisão que a aplica cabe apelação** (Lei n.º 9.099/95, art. 76, par. 5º). Ou se pode conceber apelação sem processo? E, repita-se, se há processo previsto em lei, com arrimo na Constituição, cuida-se de processo legal... “devido processo legal”. Ademais, não se descuida de guardar, na

esfera dos juizados especiais criminais, o princípio do juiz natural, o que se erige em outro indicativo da presença viva do devido processo legal.

Vale lembrar que, no arremate da exposição de motivos da Lei n.º 9.099/95, consta expressamente:

São estes, em apertada síntese, os aspectos principais do Projeto, cuja filosofia se insere no filão que busca dar efetividade à norma penal, ao mesmo tempo em que privilegia os interesses da vítima, sem descuidar jamais das garantias do devido processo legal (grifo no original).

3. EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CONSENSUAL

Com infundada resistência, judiciosas posições têm recusado à transação criminal os atributos do devido processo legal. Forte nisso, ainda, denegam a possibilidade da conversão das penas restritivas de direitos, impostas na transação, em pena privativa de liberdade.

Cuidam-se de posicionamentos presos a atavismos jurídicos, com alta dose de preconceito quanto ao novel instituto, cuja validade encontra supedâneo constitucional que lhe garante legitimidade plena.

Com efeito, impõe-se solver o impasse imposto na doutrina e na jurisprudência. Impõe-se compreender a natureza constitucional do instituto e assegurar-lhe o devido lugar no ordenamento jurídico. É força reconhecer que a pena derivada da transação penal corresponde à definição constitucional do devido processo legal moderno.

No âmbito da justiça consensual, há, por assim dizer, um negócio jurídico-penal em que um autor, em tese, de fato típico, assume, solenemente, uma obrigação de “dar” (no caso de pena pecuniária) ou de “fazer” (no caso de pena restritiva de direito). Tal compromisso, como qualquer outro,

não é infenso à execução, e nisso não destoa de qualquer ato jurídico de natureza negocial.

O que distingue, todavia, a execução do ajuste formulado entre Ministério Público e autor do fato típico, afora o caráter público que o informa, é, em tese, a forma de coerção com que o Direito impõe ao **inadimplente** o cumprimento da obrigação assumida. A executoriedade, neste caso, sujeita-se aos caracteres próprios da área criminal, que tem, por tradição, o instituto da privação da liberdade.

E a Lei n.º 9.099/95 não afasta, em absoluto, a conversão como forma de execução. A *mens legis* está expressa, prescindindo, por isso, de maior esforço hermenêutico, conforme ressaí dos artigos 85 e 86 da Lei n. 9.099/95, cujo conteúdo só foi parcialmente revogado. De fato, a Lei n.º 9.268, de 01-04-1996, só alcançou, com vigor revogatório, as penas pecuniárias.

Aliás, só o preconceito, aliado ao apego aos velhos institutos, justifica a crença na inconstitucionalidade da conversão da pena restritiva de direitos consentida em pena carcerária. Ora, se o enfoque é constitucional, como há de vingar tal entendimento no confronto com a norma constitucional que admite prisão civil por dívida? Como pode causar estranheza a prisão penal por obrigação (de prestar serviços), se é constitucionalmente válida a prisão civil por obrigação (de prestar alimentos ou do depositário infiel)?

Como pode a prisão no crime – sede tradicional da privação de liberdade, e única sede verdadeiramente legítima, à luz da evolução dogmática – afrontar a constituição, se a prisão no cível não o faz?

Como dito alhures, não há razão para subordinar o devido processo legal aos atos processuais concernentes à ação, defesa e decisão de mérito.

Suponhamos o seguinte. Alguém é preso em flagrante e obtém liberdade provisória, mediante o

compromisso de comparecimento aos atos do processo. Quando este alguém descumpre o **compromisso** é preso. **Sem sentença, sem contraditório**, mas nem por isso se diz que o devido processo legal foi inobservado. Caso semelhante é o da prisão preventiva decretada antes da citação, em que, igualmente, alguém é privado de sua liberdade sem contraditório e sem condenação.

Ora, no ato da concessão da liberdade provisória, para um **acusado**, a lei o obriga a aceitar a condição de comparecer aos atos do processo? Não. Então, se qualquer acusado pode, em tese, aceitar, legitimamente, a prisão provisória, por que se diz que um **não-acusado** não pode aceitar, legitimamente, uma restrição de direitos?

Por outra ótica: se um acusado pode ser preso por **descumprir o compromisso de comparecer aos atos do processo**, por que se diz que o **não-acusado** não pode ser preso porque **descumpriu a restrição de direito consentida**?

Se, em ambos os casos, não há sentença condenatória, a prisão tem um só fundamento: a lei.

Mas, veja-se, apenas no segundo caso (da conversão) a restrição do *status libertatis* é verdadeiramente legítima e inquestionável à luz do devido processo legal. É que, no caso de transação criminal, o devido processo legal comporta a renúncia ao processo e à condenação, o que não ocorre com a prisão preventiva do acusado, porque, fora da Lei n.º 9.099/95, o processo contraditório é irrenunciável e a sentença condenatória, portanto, é indispensável.

Registre-se: a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que inadmite restrição patrimonial sem processo (art. 5º LIV), admite pena pecuniária – verdadeira restrição patrimonial – sem contraditório, ampla defesa ou sentença condenatória (i.e., com transação, art. 98,I), de onde resulta que **não é a sentença, nem o contraditório, nem a ampla defesa que caracterizam o devido processo legal, à luz da**

Carta Republicana. Portanto, temos o *due process* consensual e o *due process* contraditório. Um tão constitucional quanto o outro; um para os não-acusados, em infrações de menor potencial ofensivo; outro para os acusados, seja ou não de baixa lesividade a infração cometida.

Daí porque afirmamos, como de início, ser infundado entender que a pena aplicada por ocasião da transação penal não resulta do devido processo legal.

Nesse sentido:

Dúvida poderia surgir quanto à possibilidade de a pena restritiva resultante de transação na fase preliminar poder ser convertida em pena privativa, em virtude de o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, afirmar “ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal”.

Mas essa conversão é admissível porque foi a própria Constituição Federal que, no art. 98, I, em norma especial e por isso preponderante sobre a de caráter geral, admitiu expressamente a transação. (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES *in* Juizados Especiais Criminais, RT, 1996, p. 173).

É o que também sustenta JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

Se na ação pública, contudo, o juiz pode impor ao autor do fato infracional pena de multa ou restritiva de direitos – em face de transação celebrada entre este e o Promotor de Justiça – nos termos do artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, é imperioso reconhecermos que, nesse momento, embora não haja ainda denúncia, já existe relação jurídica vinculando os sujeitos do processo (acusador, juiz e autor do fato), e, conseqüentemente, a decisão que vier a ser proferida, longe de ter conteúdo administrativo, será manifestação de efetivo exercício da jurisdição.

Ditas sanções (a multa ou a restritiva de direitos), à evidência, têm natureza penal, sendo passíveis de imposição no contexto do devido processo legal inerente aos Juizados Especiais Criminais, tanto assim que a própria Lei n.º 9.099/95 admite recurso de apelação da decisão que homologar a transação ... (in AÇÃO PENAL, Aide Editora, 1997, p. 27).

De efeito. A conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade nunca fugiu à sistemática da Lei n.º 9.099/95. O artigo 85 previa a conversão da multa em pena carcerária. Sem embargo da revogação desse dispositivo, em nada foi afetada a possibilidade de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade.

Portanto, não se diga que a Lei dos Juizados Criminais não comporta a conversão pleiteada. Sempre comportou, inclusive para as penas pecuniárias, o que ainda vale para as restritivas de direito.

Basta, pois, recorrer ao comando do art. 86 e executar a pena restritiva “perante o órgão competente, nos termos da lei”. Entenda-se, por “órgão competente”, o juízo com competência executacional; a expressão “nos termos da lei” refere-se inequivocamente a Código Penal e Lei de Execução Penal.

Absolutamente possível, dessarte, converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. O que não se pode é transformar o Juizado Especial Criminal na “justiça do golpe”, que é o que ocorre quando o “golpista” escapa do processo, não cumpre o ajuste e consuma o “estelionato processual”, obtendo uma “impunidade ilícita”, em prejuízo “da sociedade”, mediante o meio fraudulento de aceitar uma pena que não será executada.

Ora, quando a transação criminal se implementa e adentra com plena validade no mundo jurídico, mercê da observância do que, alegoricamente, permitimo-nos chamar

“devido processo legal consensual”, nada há que obste a transação penal de produzir efeitos, ato jurídico que é.

E o efeito, justamente, é a executóriedade da transação, porque o Direito opera sua **coercibilidade** e compele o faltoso ao cumprimento, se não da pena avençada, da pena convertida, porque a pena consentida, em sendo decorrente do devido processo legal, é pena aplicada e eficaz, gozando de estatuto idêntico ao da pena oriunda da condenação.

Então, é impositivo expungir do Direito os preconceitos. Esse valioso instrumento, a Lei n.º 9.099/95, em que pesem suas imperfeições, é uma das soluções mais legítimas para a tão vilipendiada “morosidade da justiça”, muito ao revés de outras soluções simplistas, como as que, sobre serem polêmicas, centralizam poder e aniquilam consciências as mais brilhantes. Deixemos de lado o apego pelos velhos institutos, porque o Direito Novo nos apresenta as armas e nos convida à luta, enquanto a sociedade espera. Cumpre-nos apreender o manejo e aprimorar o que temos de inusitado.

Precisamos conhecer o *due process* do século XX, que ganhou em agilidade, sem perder legitimidade. Os velhos conceitos capitularam, porque a modernidade, finalmente, nos deu o ar da graça. É hora de contemplar a evolução e acompanhar o movimento, pois, desde Heráclito (± 545-485 a.C.), a humanidade bem sabe: ***“Tudo flui, nada persiste, nem permanece o mesmo. O ser não é mais que o vir-a-ser.”***

3. CONCLUSÃO

Do quanto foi exposto, cumpre alinhar, à guisa de conclusão, os fundamentos que autorizam a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade:

1º - O devido processo legal deve ser entendido

segundo diretrizes constitucionais, porque se cuida de princípio, tendo sua tonalização normativa insculpida na Carta Política, de modo que a denúncia (ou a queixa), a defesa, os atos instrutórios e decisórios não caracterizam o devido processo legal, mas são simples manifestação deste, sem foros de exclusividade.

2º - A Constituição Federal garante a todos o devido processo legal como pressuposto da privação da liberdade ou dos bens. Mas, ao mesmo tempo que impõe a todos o devido processo legal, admite transação criminal, na forma da lei, conduzindo à conclusão de que está constitucionalmente prevista a renúncia de garantias processuais, sem o que não haveria falar em transação em seu sentido jurídico.

3º - Como o devido processo legal é garantia de todos, é lícito dizer que a Carta Política estabeleceu duas manifestações do devido processo legal: o *devido processo legal contraditório* e o *devido processo legal consensual*. Do contrário, não seria concebível assegurar contraditório e ampla defesa e, ao mesmo tempo, admitir a sua renúncia, pela transação.

4º - Por expressa disposição constitucional, todos os acusados estão sujeitos a processo contraditório. Com efeito, a transação só é dada aos não acusados. Ora, não sendo concebível ingerência pública no *status libertatis* (penas restritivas de direitos) ou no direito de propriedade (penas pecuniárias) sem o devido processo legal, é unicamente sob a égide deste que se pode conceber a transação criminal. E não sendo concebível acusação sem contraditório e ampla defesa, só aos não acusados é dado renunciar tais garantias e, ainda assim, manter-se ao abrigo do devido processo legal que permita ao Estado interferir no *status libertatis* ou no direito de propriedade. Em suma: no âmbito constitucional, o devido processo legal é para todos (CF, art. 5º, LIV); o devido processo é contraditório para os acusados (CF, art. 5º LV); o devido

processo é consensual para os não acusados, quando assim for possível, à luz da lei (CF, art. 98, I). É esta a única conjugação sistematicamente possível dos dispositivos constitucionais em lume e cuja validade ressumbra irretorquível no plano lógico-jurídico.

5° - Tanto é veraz tal conclusão, que mesmo a transação criminal resta fulminada, no plano da existência jurídica, se não for ela formulada perante juiz natural, o que indica a presença real da garantia do devido processo legal no procedimento consensual. Mais: é tão verdade que a pena aplicada por força de transação criminal é pena resultante do devido processo legal, **que da decisão que a aplica cabe apelação** (Lei n.º 9.099/95, art. 76, par. 5º). Ora, a própria possibilidade legal de recurso indica a manifestação da existência de relação jurídico-processual, culminada por prestação jurisdicional, a atestar a existência de processo, inobstante o rito consensual.

6° - Em sendo, a pena aplicada em sede de transação criminal, decorrência da observância do devido processo legal, não há como negar-lhe equiparação com a pena aplicada em sede de condenação. Cuida-se de pena com plena validade jurídica, consubstanciada em título executivo, subordinado, portanto, às regras específicas de execução criminal, bastando recorrer ao comando do art. 86 da Lei n.º 9.099/95, e executar a pena restritiva “perante o órgão competente, nos termos da lei”. Entenda-se, por *órgão competente*, o juízo com competência executacional; *nos termos da lei*, entenda-se Código Penal e Lei de Execução Penal.

7° - Com efeito, é absolutamente possível converter, em pena carcerária, a pena restritiva de direitos aplicada em transação criminal, porque sempre foi essa a intenção do legislador, conforme se depreende dos artigos 85 e 86 da Lei n.º 9.099/95, cujo conteúdo só foi parcialmente revogado, pois a Lei n.º 9.268/96 só alcançou, com vigor revogatório, as penas

pecuniárias.

8º - No caso da aludida conversão, a prisão exsurge como conseqüência do descumprimento do negócio jurídico-penal, pois o autor do fato submete-se, pela transação, a uma obrigação espontaneamente assumida. Mas nem por isso deve, a prisão por dívida penal, causar estranheza, sob o enfoque constitucional. Ora, se a Constituição Federal admite prisão civil por dívida, ainda que excepcionalmente, não pode a ordem jurídica restar melindrada pela prisão penal por dívida, porque é na área criminal, justamente, que a prisão logra legitimidade social e justifica sua necessidade histórica.

9º - A conversão, em pena privativa de liberdade, das penas restritivas de direitos aplicadas em transação criminal, é medida tão juridicamente válida, quanto salutar ao interesse social, devendo ser sistematicamente requerida, em sede de execução penal, com o manejo do recurso de agravo, nos casos de indeferimento.

David Medina da Silva,

Promotor de Justiça em Frederico Westphalen, RS.

TÍTULO: EXECUÇÃO PENAL E PENAS ALTERNATIVAS

AUTOR: ELZA ROXANA ÁLVARES SALDANHA,
PROMOTORA DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

JUSTIFICATIVA

Hoje o número de detentos brasileiros alcança o número de 150.000, sendo que as vagas existentes atingem apenas a metade deste total, enquanto que o número de mandados de prisão não cumpridos passa dos 300.000. Como consequência de uma política criminal mal direcionada, eclodem rebeliões de encarcerados em todo país.(Só 42 presídios de São Paulo abrigam 36.000 detentos.) É certo que a superlotação está bem acima dos limites suportáveis. Via de regra, em um cubículo de 20 metros quadrados, amontoam-se ate 30 ou 40 pessoas, obrigando a um desumano revezamento de espaço para o descanso diário.

Coloca-se , ainda o problema crucial da infecção pelo HIV dentro dos estabelecimentos prisionais. As referências ao número de portadores do vírus varia entre 22.000 a 30.000 detentos, aliadas à falta de assistência em saúde adequada e à facilidade de contágio seja por meio do compartilhamento de seringas e agulhas contaminadas durante o uso de drogas, seja pela prática sexual desprovida de preservativos , resultando em um quadro aflitivo da intimidade dos cárceres brasileiros (in Mário Scheffer, “Coquetel de HIV”, revista CAROS AMIGOS , março de 1998, p. 40,SP e revista TEJE PRESO , janeiro de 1997,PE)

É diante desta realidade que se coloca o problema da **EXECUÇÃO PENAL E DAS PENAS ALTERNATIVAS** como uma das maneiras possíveis de se modificar esse panorama dantesco.

Antes , porém , cumpre analisar o que se tem feito a título de controle da criminalidade, pois embora se saiba que as penas cruéis operam justamente a antítese da intimidação, a legislação criminal brasileira colocando-se a serviço de correntes de equivocada política criminal, como a do “Movimento da Lei e da Ordem”, adotou medidas repressivas de extrema severidade as quais longe de trazer algum benefício, são responsáveis pela perda da finalidade precípua do Direito Penal e pela atuação disforme do Direito Processual Penal. Em poucas palavras, a punição se converte em arma do terror, que petrifica os homens e perpétua o gozo e os benefícios do poder, no dizer de Emílio Mira y López (*in* FUNCIÓN Y APLICACIÓN DE LA PENA, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 35). Ainda seguindo as lições do mestre Bettiol, *“la prevención general, desprovista de todo ligamen con la idea de una justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal”*. (*in* Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *op. Cit.* , p. 41).

A noção, ultrapassada de que o delito seria um comportamento anormal do homem, e por isso deveria ser combatido com princípios rígidos da lei e da ordem não encontra fundamento nas modernas teorias penais. Considera-se o crime uma **atitude**. O delito sempre existiu e sempre existirá. Atinge todas as camadas sociais, sendo praticado por homens “bons” e “maus”. Sendo impossível extinguí-lo, pode-se, entretanto, reduzi-lo a índices toleráveis.

Ensina Enrico Pessina, para quem o delito é a negação do Direito e ainda é a ação da liberdade humana que infringe o Direito:

“La violación o negación del Derecho exige la reafirmación del mismo, lo cual significa que la fuerza del Derecho debe vencer a la actividad individual, sujetándola, subordinándola a sí misma. Es preciso, por tanto, que cierto sufrimiento represente la retorsión de la fuerza del Derecho

contra la actividad rebelde. Al delito, pues, debe suceder una restricción de los derechos...

...El fin de la pena es anular el delito.” (in Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *op. Cit.* , p. 24).

Vários estudiosos no assunto têm insistido no fato de que inexistem dados cientificamente comprovados ou concretamente verificados e que permitem se pretender a elaboração de programa destinado a transformar o **criminoso em não-criminoso**. É fato também corrente no campo da política criminal, que a pena de prisão (pena privativa de liberdade) é, via de regra , incapaz de exercer o papel de agente ressocializador.

À partir desta realidade universalizou-se a tendência de penas alternativas, principalmente após o XII Congresso de Direito Penal, e Penitenciário em Haia, em 1950. Podemos citar o caso do leste europeu, onde vários países adotaram a pena de **trabalho correcional**, sendo que a Polônia, de forma mais evoluída instituiu, além deste, a **obrigação de prestar serviço de fins sociais gratuitamente**. Os regimes de semidetenção; semiliberdade; a prisão aberta; albergue e similares, encontraram acolhida em várias legislações (entre elas, a da Alemanha e da Itália). Há porém grandes inconvenientes, destacando-se a dificuldade de harmonizar as populações carcerárias, permanente e flutuante e sobretudo a falta de instalações prisionais adequadas. Portugal e Espanha também adotaram tal prática. Contudo foi na Inglaterra onde as penas alternativas obtiveram grande êxito, principalmente aquela denominada **COMMUNITY SERVICE ORDER** (ou seja pena de prestação de serviço à comunidade) implantada pelo Criminal Justice Act de 1972, seção 15. À experiência inglesa consistente na “obrigação de durante os períodos de descanso, dedicar algumas horas a um trabalho não remunerado em favor de uma causa de interesse comum”, provou ser um dos meios adequados para reduzir eficazmente a população carcerária,

um dos grandes problemas do nosso tempo e, no momento, do nosso país.

No Brasil, a “Moção de Goiânia” (1973) já recomendava como imprescindível, a substituição das penas privativas de liberdade de pouca duração, por normas de conduta a serem fixadas segundo as circunstâncias de cada caso, de modo a se adaptarem aos valores sociais, possibilitando ao condenado participar ativamente do processo de sua recuperação. A essas normas se passou a denominar **“penas alternativas”**.

A “Carta de Joinville” (1993), rejeitando a privatização dos presídios, exigia imediata reforma e ampliação dos estabelecimentos prisionais, como solução ao problema que se agravava, e seguindo uma política criminal voltada para a recuperação psicossocial e reeducação profissional do sentenciado, **propunha a descentralização da execução das varas de execução penais**.

As chamadas penas alternativas foram incluídas no nosso sistema legal, quando da reforma da parte geral de Código Penal, ocorrida em 1984, com a expressa intenção de funcionarem como substitutivos penais para as penas privativas de liberdade. Assim, no art. 43, o Código Penal dispõe:

- I - prestação de serviços à comunidade;
- II - interdição temporária de direitos;
- III - limitação de fim de semana

Dentre estas, as que consideramos de maior interesse é a **prestação de serviços à comunidade**. Entendemos esta medida permite que o condenado se conscientize dos problemas sociais e tem maior valor coercitivo. É socialmente mais útil que a curta detenção, segundo a maioria da doutrina a respeito. No nosso Código Penal, a pena de **prestação de serviço à comunidade** esta prevista no art. 46:

“A prestação de serviço à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistencias, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Parágrafo único: As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.”

Tal modalidade substitutiva da pena de prisão, porém, dá-se apenas quando o fato processual reúne as condições previstas no art. 44 do CP, ou seja, quando a pena privativa de liberdade aplicada ao caso for inferior a um ano; o réu não for reincidente e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que esta substituição seja suficiente.

CONCLUSÃO

O Direito Penal, como se sabe, visa a defesa da sociedade e a recuperação do delinquente, de modo que a pena, sob qualquer de seus aspectos, deve contribuir para o bem estar social e para a adequação do delinquente aos padrões superiores da civilização moderna, prevenindo-se a criminalidade.

A legislação penal é sempre expressão de uma determinada organização política. As limitações ou a falta de limitação da função penal, a orientação do Direito punitivo e da finalidade da pena estão subordinadas, *ultima ratio*, à uma questão de política criminal.

Em que pese a falência da pena de prisão e do caótico sistema penitenciário brasileiro, confuso e casuísta, no dizer do grande penalista, o Professor Damásio de Jesus (O

Direito Penal e o Processo Penal no Próximo Milênio in Est. de Direito Proc. Trab. Civil e Penal , ed. Consulex, 1996, p. 287 e ss.) , como a pena privativa de liberdade ainda é, e deve continuar sendo, utilizada para punir os delitos execráveis e os criminosos contumazes e de alta periculosidade. Contudo, há que ser repensado o sistema repressor e refeita à luz dos Direitos Humanos a nova política criminal a ser implantada, pois o que tem chamado até este momento de política criminal, aumentou a criminalidade em proporções jamais vistas e a situação concreta das populações carcerárias conduziu a sucessivas rebeliões e outras gravíssimas consequências.

Considerando , finalmente que , atualmente a criminalidade vem aumentando de forma alarmante, em face de fatores socio-econômicos, consubstanciado, sobretudo, no alto índice de desemprego ,entendemos que a adoção das chamadas penas alternativas em larga escala , aumentando-se , inclusive a possibilidade de aplicação das mesmas com a consequente alteração do art. 44 do CP, e ampliando os critérios subjetivos passíveis de serem utilizados tanto no momento da cominação da pena , quando na análise que possibilita a progressão de regime, ou substituição do mesmo no âmbito da Execução penal, desafogaria o sistema prisional e permitiria uma abertura na forma de ressocialização, e, por que não dizer, do caráter retributivo da pena.

A EXECUÇÃO PENAL E A INCONVERSIBILIDADE DA PENAL DE MULTA

Francisco Raulino Neto¹

O vocábulo multa tem origem na palavra latina **mulctra** (produzir, multiplicar) – devido, provavelmente, ao fato de que antigamente sua quantia era fixada multiplicando o dano produzido pelo delito (**Apud**. Luiz Regis Prado. Multa penal, p. 17).

A multa penal, no Direito brasileiro, pode ser encontrada: (a) no Projeto Clemente Pereira (apresentado em 16 de maio de 1827), onde já continha referências à pena de multa, sendo esta considerada em graus; (b) no Código Criminal do Império - 1830 (art. 55); (c) no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil – 1890 (art. 58); (d) no Projeto Galdino Siqueira – 1913 – a multa foi eliminada do elenco de penas; (e) no Projeto Sá Pereira – 1916 – como pena principal (art. 42) e acessória (art. 56); (f) no Projeto Alcântara Machado – 1938 – fixada em quantias mínima e máxima (art. 40 e seguintes); (g) na versão original do Código Penal de 1940, como a última das penas principais (art. 28, III); (h) nas Reformas Penais de 1977 e 1984, principalmente na última, a multa foi atualizada, sofrendo consideráveis modificações com o Código Penal de 1969.

A multa pode apresentar-se como sanção principal, quando cominada abstratamente enquanto sanção específica de um preceito penal, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade.

Podemos encontrar – na doutrina, na jurisprudência ou na legislação – quatro sistemas distintos de pena de multa: (1º) o sistema temporal, onde a multa consiste no pagamento,

pelo condenado, por dia, semana ou mês, de certa importância em dinheiro, permanecendo tão-somente com o necessário à sua sobrevivência; (2º) o sistema tradicional apresenta a multa correspondendo a uma quantia fixa em dinheiro, conforme a gravidade da infração penal e situação econômica do réu; (3º) o sistema igualitário traz uma pena correspondente ao efetivo dano causado à vítima, ou ao benefício angariado pelo acusado; (4º) o sistema escandinavo ou dos dias-multa, adotado inclusive no Brasil, a multa é fixada em dias-multa, conforme a gravidade do delito, e o valor de cada dia-multa leva em conta a situação econômica do réu.

Já se dispôs que a multa seria convertida em detenção quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução (art. 51, do CP, e art. 182, da LEP)².

A Lei nº 9.099/95, em seu art. 85, também tratou do assunto:

“Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei”.

A questão consiste em saber se a alteração operada na legislação pátria – com o advento da Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, modificando a redação do **Caput** e revogando o §§ 1º e 2º do art. 51 do Código Penal e o art. 182 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP) – alcança o art. 85, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995?

A matéria tem dividido doutrinadores ilustres.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, juntamente com outros professores, comentando a Lei dos Juizados Especiais, assim se expressa:

“A lei admitiu a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos da lei, sem, contudo, especificar em que hipótese deverá

ser feita a conversão em uma ou outra.

Tanto o Código Penal como a Lei de Execução Penal prevêem a conversão da pena de multa em pena de detenção (art. 51 e parágrafos do CP e art. 182 da LEP), mas não tratam da conversão em pena restritiva.

Assim, a Lei 9.099 acabou trazendo interessante inovação, permitindo também a conversão da multa em pena restritiva. Mas, como não fixou os critérios para a conversão em pena privativa ou em pena restritiva, deixou ao intérprete o trabalho de, no conjunto de suas normas, extrair a real intenção do legislador”.

Mais adiante, como forma conclusiva de seu raciocínio, ensina:

“Portanto, em síntese, decorrem da lei as seguintes linhas interpretativas a respeito da conversão da pena de multa:

- a) em regra deve-se evitar a conversão em pena privativa, dando-se preferência à pena restritiva;*
- b) a conversão em pena privativa só pode ocorrer sobre pena imposta em sentença condenatória;*
- c) a conversão em pena restritiva é a única possível na hipótese de multa aplicada em face de transação na fase preliminar;*
- d) a conversão em pena restritiva é viável também em sentença condenatória.” (Juizados especiais*

criminais: comentários à lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, págs. 171-172).

,JOEL FIGUEIRA JÚNIOR e MAURÍCIO LOPES tratam como saudável novidade da Lei 9.099 a conversão da pena de multa em pena restritiva de direitos, acrescentando:

“Urge, pois, estabelecer os critérios judiciais para se operar tal conversão. Entendo ser possível operá-la após análise das condições genéricas previstas no art. 59 do Código Penal e 76, III desta Lei, conquanto não se esteja a examinar a aplicação da pena, mas a conversão da pena aplicada em outra modalidade, portanto, reaplicação da pena, atendendo-se, ademais, ao escopo fundamental da Lei 9.099, esculpido na última parte do art. 62; o processo perante o Juizado Especial objetivará, sempre que possível, a aplicação da pena não privativa de liberdade. Daí a possibilidade de conversão da multa em restrição de direitos ordinariamente, reservando-se a conversão mais drástica para as situações limites de reprovabilidade (...)”
[Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, págs. 375-376].

A conversão da pena de multa em pena detentiva, para ELZA TEIXEIRA e MÁRCIA SANTOS, depende constantemente de um pressuposto que deve sempre resultar comprovado – a solvência do condenado – e ocorre em duas

hipóteses: a) quando o condenado deixar de pagar a multa e b) quando frustrar a sua execução. Já não há mais cogitar, portanto, de conversão no caso de condenado insolvente, absoluta ou relativamente. Vale acentuar, contudo, que, ‘para que se possa converter a pena de multa em prisão, será necessária primeiramente notificar o condenado para que pague em 10 (dez) dias (art. 163 da LEP).’ [Comentários e prática forense dos Juizados especiais cíveis e criminais, LED, São Paulo, 1996, pág. 116]

JOSÉ MARIA DE MELO e MÁRIO TEÓFILO NETO advertindo que a conversão mencionada no art. 85 da Lei 9.099/95 não ocorre automaticamente apontam para uma solução:

“Dessa forma, uma vez não paga a multa, deve-se proceder ao devido processo de execução nos moldes do art. 164 e ss. da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Se, porventura, mesmo com o processo de execução persistir ainda a inadimplência, aí sim, se procederá à conversão da sanção de multa em pena restritiva de direito ou privativa de liberdade. Sobre dita conversão será efetuada com fulcro no art. 51 do CP e art. 182 da Lei de Execução Penal” (Lei dos juizados especiais: comentada, Juruá, Curitiba, 1996).”

DAMÁSIO DE JESUS trata da conversão da pena de multa em privativa de liberdade, quando diz:

“Está sendo abandonada pela maioria das legislações (p. ex.: Canadá). Aplicada multa, não é justo que o não-pagamento

permita a conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Caso contrário, a inadimplência seria mais grave do que a infração penal cometida, em consequência da qual foi imposta a pena pecuniária. Não efetuado o pagamento, convém que sejam aplicados os arts. 164 e s. da LEP (execução da quantia da multa)”. (Lei dos Juizados Especiais Anotada, Saraiva, São Paulo, pág. 85).

FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO, depois de fazer menção ao art. 51, do Código Penal, tece algumas considerações:

“Considerando que se aplica subsidiariamente o Código Penal (art. 92), e a lei aqui comentada também alude aos “termos previstos em lei”, deve ser levado em conta se o réu é relativa ou absolutamente solvente e, no primeiro caso, antes da conversão, possibilitar que o Ministério Público promova a execução da multa na forma dos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Para que a conversão possa ser feita para pena restritiva de direitos, é preciso que o réu não se enquadre nos três incisos do § 2º do artigo 76, aplicando-se subsidiariamente o artigo 44 e incisos do CP, no que couber”. (Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei Federal nº 9.099/95, Copola Livros, Campinas-SP, 1995, págs. 95-96)

LUCAS PIMENTEL DE OLIVEIRA também emite

opinião sobre o assunto:

“Sem diferenciar o réu solvente do insolvente, dispõe a lei que o não pagamento da multa importará na sua “conversão em privativa de liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei” (art. 85), vale dizer, segundo disposto no art. 51 do Código Penal, providência que só pode ser adotada em regular processo de execução, regulado nos arts. 164 a 170 da Lei de Execuções Penais.

Não competirá ao Juizado Criminal, contudo, a “execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas”, hipótese em que tocará ao Juízo das Execuções tal mister (art. 86), lembrando que a competência deste é firmada pela Lei nº 7.210/84 (art. 65) e pelas normas de Organização Judiciária.” (Juizados Especiais Criminais: Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, EDIPRO, Bauru-SP, 1995, pág. 66)

O simples não pagamento da multa, na opinião de CEZAR BITENCOURT, não acarreta a sua conversão imediata em pena privativa de liberdade. Aliás, o art. 688, I, do CPP, já consagrava regra semelhante a essa da Lei de Execução Penal.

A jurisprudência e a doutrina, continua o citado autor, que era pacífica no ordenamento anterior mostra-se presente no novo regime, exigindo a cobrança judicial antes da conversão. (Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de prisão, 2 ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre-RS, 1996,

NEREU GIACOMOLLI só admite a conversão da pena pecuniária em pena restritiva de direitos, como expõe no seu resumido texto:

“Cingindo-se a transação criminal à medida pecuniária, no inadimplemento, o magistrado poderá convertê-la em medida restritiva de direitos, na forma do artigo 85 da Lei nº 9.099/95; jamais em privação da liberdade, mormente com o advento da Lei 9.268/96.

*Negando-se o autor do fato ao cumprimento da medida restritiva direitos, não poderá haver conversão desta em privação de liberdade, na forma do artigo 45 do Código Penal, pois a restritiva de direitos, nos moldes do Código Penal, substitui uma pena privativa de liberdade, pelo mesmo tempo desta (art. 55 do CP); no inadimplemento, há parâmetro de retorno à de primitiva. Porém, a medida restritiva de direitos imposta no âmbito da Lei nº 9.099/95 é autônoma, não podendo haver interpretação *in malam parte*.*

O Ministério Público não poderá denunciar, pois houve transação homologada, impeditiva de qualquer ação criminal”. (Juizados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95, Livraria do Advogado, Porto Alegre-RS, 1997, págs. 109-110)

Em nosso entendimento, a pena de multa, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não pode mais ser

convertida em privativa de liberdade ou restritiva de direitos, pelos motivos que passaremos a explicar.

Com o advento da Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, foi alterado o art. 51 do CP que previa a conversão da multa em pena de detenção, ou seja, a nova lei deu um fim à conversão e passou a considerar a multa como dívida de valor, que deve obedecer às normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, até mesmo no tocante às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Dessa forma, o art. 85 da Lei nº 9.099/95, que também prevê a conversão da multa em pena privativa de liberdade, “nos termos previsto em lei”, foi revogado tacitamente pelo art. 1º da Lei nº 9.268/96.

Apesar do que dispõe o art. 85 acima mencionado, também não se pode mais converter a pena de multa em restritiva de direitos, pois aquele artigo só admite a conversão “nos termos previstos em lei” e não existindo qualquer lei tratando do assunto torna-se impossível a conversão, sob pena de desobediência ao art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal e ao art. 1º do Código Penal.

Uma outra questão, menos complexa, diz respeito ao procedimento para a execução da pena de multa.

MARINO PAZZAGLINI FILHO, juntamente com outros co-autores de um mesmo livro, espousa a idéia segundo a qual a Lei nº 9.268/96 além de alterar o art. 51 do Código Penal modificou o art. 164 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), exclusivamente no tocante ao procedimento para a execução da pena de multa, uma vez que adotou o regime estabelecido na Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80). A alteração teria objetivado melhor atuação estatal no efetivo cumprimento da pena, utilizando um procedimento mais rápido e eficiente, além de prestigiar a sanção pecuniária como alternativa eficaz no tratamento das infrações de pequeno potencial ofensivo.

Apesar de tudo isso, os referidos autores acham que a Vara de Execuções da comarca permanece competente para a execução da pena de multa, continuando o Ministério Público legitimado a requerer, nos termos do artigo 164 da LEP, a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado para promover a cobrança judicial da multa. (Juizado Especial Criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.099/95, Atlas, São Paulo, 1997, págs. 90-91).

Sendo a pena de multa a única aplicada, quer por transação ou por decisão judicial condenatória, logo que a sentença transitar em julgado deve ela ser paga na Secretaria do Juizado Especial. Sendo ela aplicada cumulativamente com outra pena, a sua execução deverá ser feita diante do órgão competente para executar as demais sanções, como estabelece o art. 86, da Lei nº 9.099/95.

Não efetuando o devedor da multa o seu pagamento no prazo estabelecido por lei, o termo a que chegamos faz-nos crer na impossibilidade de execução desta pena perante o juiz criminal, por intermédio do Ministério Público, todavia diante do juiz cível competente para apreciar as ações executivas da Fazenda Pública, promovida por procurador competente.

CONCLUSÃO

O Art. 51 do Código Penal previa a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de novembro de 1995 (art. 85), passou-se a admitir a conversão da pena de multa não só em privativa de liberdade como também em restritiva de direitos, “nos termos previstos em lei”.

A Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, em seu art. 1º, revogou o art. 51 do Código Penal e o art. 182 da Lei nº 7.210/84, onde se tratava da conversão da pena de multa em pena privativa

de liberdade. Conseqüentemente, foi vedada a possibilidade de conversão nos moldes estipulados pelo art. 85 da Lei dos Juizados Especiais.

A conversão da multa em restritiva de direitos também passou a não mais ser operada, pela inexistência de termo legal prevendo tal hipótese.

O representante do Ministério Público, que antes podia promover a cobrança judicial da multa, perante o Juiz da vara de Execução Penal, já não pode fazê-lo, uma vez que esta cobrança passou a ser realizada junto à vara responsável pelas ações executivas da Fazenda Pública e o Estado tem no seu Quadro de Pessoal procuradores competentes para tais providências.

¹ O autor é Promotor de Justiça no Estado do Piauí e Professor universitário com Mestrado na PUC/SP.

2 “Art. 51. A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixar de pagá-la ou frustra a sua execução.

§ 1º. Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.

§ 2º. A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa”.

“Art. 182. A pena de multa será convertida em detenção, na forma prevista pelo art. 51 do Código Penal.

§ 1º. Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, cujo tempo de duração não poderá ser superior a um ano.

§2º. A conversão tornar-se-á sem efeito se, a qualquer tempo, for paga a multa”.

Com o propósito de dividir nossa experiência com os colegas do Ministério Público, particularmente com os que se angustiam diante de processos morosos, infundáveis e de resultados inócuos, tornamos público o modo como temos administrado a 13ª e a 14ª Promotorias de Justiça Criminal de Brasília.

Tal angústia muitos a sentem. É a aflição de ver anos e anos de investigações policiais jogados à lama e de instruções criminais tornadas imprestáveis. É o constrangimento de mostrar ao público as deficiências da Justiça (aqui entendida como englobando todos os órgãos incumbidos de sua Administração), impotente diante de dificuldades criadas ora pela burocracia, ora pela falta de boa-vontade dos operadores jurídicos, ora pela insensibilidade dos legisladores ou pelo fetichismo legalista dos acomodados.

Em resposta a esse sentimento, temos, por meio de um esforço conjunto com a Magistratura, obtido resultados satisfatórios e gratificantes. O principal deles, o julgamento de acusados soltos no prazo de 30 dias. Quanto aos acusados que se encontram presos, aquele prazo geralmente não excede 15 dias.

Para tanto, temos feito uso da conjugação de esforços criativos e racionais na utilização dos instrumentos legais e funcionais postos à nossa disposição, buscando concretizar as seguintes idéias e procedimentos:

1. O exame, o diagnóstico e a solução de uma patologia social que se definiu como violadora de um tipo penal passa, necessariamente, pela adoção de critérios de razoabilidade e de bom senso no uso das alternativas possíveis diante do ordenamento jurídico. Para tanto, no enfrentamento dos permanentes problemas que se põem nos casos confiados

ao nosso exame, priorizamos a interpretação sistemática e teleológica da lei, atentos às peculiaridades do caso concreto, por entendermos que *lex non est textus, sed contextus*. A técnica do Direito tem a sua importância como mecanismo de desenvolvimento científico, na busca de meios para a otimização da prestação jurisdicional. O processo há de ser entendido, pois, como um simples veículo que conduz o profissional do Direito ao seu objetivo, que é a solução **justa** do litígio. A atuação funcional, assim, não pode jamais perder de vista que o processo não se justifica por si mesmo, sendo apenas um **instrumento** de atendimento ao consumidor do Direito.

Essa concepção se aplica nas duas fases da persecução penal. No **inquérito policial**, o Promotor de Justiça limita-se a buscar a materialidade do crime e os indícios de que o indiciado ou suspeito foi o seu autor, sem a preocupação de esclarecer todos os detalhes da dinâmica do evento criminoso, sob pena de transformar o procedimento investigatório em verdadeiro processo. Já na persecução *in iudicio*, a atividade probatória deve limitar-se ao estritamente necessário para a obtenção do resultado justo, seja a condenação, seja a absolvição do acusado.

2. Visto o processo como instrumento para a **obtenção de um provimento justo e eficaz**, não se justifica a instauração de ações penais cujos resultados, certamente, serão inócuos. Como exemplos, podemos mencionar os casos em que a pena a ser eventualmente imposta em sentença condenatória não ultrapassaria determinado quantitativo, suficiente para gerar a prescrição retroativa da pretensão punitiva (deixando claro que tal avaliação há de ser responsável, sob pena de incorrer-se em mero exercício de futurologia), ou, ainda, nas hipóteses em que, existindo somente a prova testemunhal do fato - muitas vezes limitada à palavra isolada da vítima, desacompanhada de qualquer outro indício - dificilmente ela se repetirá em juízo com a necessária

idoneidade para respaldar um decreto condenatório. Nessas situações, para preservar o sistema de ações inúteis, que apenas ocupariam, desnecessariamente, o precioso tempo das partes, do juiz e dos protagonistas do crime, com efeitos nefastos à credibilidade e à eficiência da Justiça, é preferível arquivar o inquérito policial, aduzindo faltar justa causa (falta de lastro probatório mínimo de autoria e materialidade delitiva) ou interesse processual (entendido sob a ótica do binômio necessidade-utilidade do futuro provimento jurisdicional), mediante a devida fundamentação.

Ainda no terreno da **instrumentalidade do processo**, buscamos alcançar o discernimento, qualidade que nos auxilia a distinguir, de um lado, quando devemos ser breves, e, doutra parte, quando devemos esmiuçar jurisprudência e doutrina, aprofundar argumentos e expor todo o nosso saber jurídico para convencer o Magistrado a respeito de nossa posição. Deveras, a sobrecarga de trabalho de todos os protagonistas da Justiça exige **objetividade** e, sempre que possível, **simplicidade** e **brevidade** nas manifestações processuais. Peças enxutas é o que se almeja, evitando-se rodeios inúteis, clichês batidos, reproduções e citações inseridas com o único propósito de avolumar a peça. Exemplo dessa anomalia é constatarmos, ainda, alegações finais com relatório excessivamente minucioso, muitas vezes mais extenso que o próprio relatório da sentença, este sim, garantia do jurisdicionado.

3. Também sob a influência da **razoabilidade** e do **bom senso**, procuramos ter presente que o Direito Penal há de ser entendido como *ultima ratio* para a solução dos litígios humanos. Adotando-se como praxe a idéia da **intervenção mínima do Direito Penal**, relega-se para outros ramos da ciência jurídica a medicação para a cura do conflito humano que inicialmente se supôs pertencente ao Direito Penal.

4. Devemos, outrossim, estar conscientes de que

somos um seleto grupo de servidores que dispensaram anos de estudos para vencer um rigoroso concurso de provas e títulos, o que nos credencia, em tese, como agentes políticos capazes e inteligentes, dotados de prerrogativas e poderes sem par em outros países. Porém, não é a mera aprovação em concurso público que nos legitima perante a sociedade, mas a procura do valor “justiça” em todas as nossas intervenções, orais e escritas. Justiça nem sempre encontrável na letra fria da lei, mas sim nos princípios que subjazem a todo sistema jurídico baseado na dignidade da pessoa humana. Acreditamos que o uso dos instrumentos que o Direito (e não apenas a lei, parte do todo) nos oferece, e com o auxílio dos vários métodos de interpretação da norma jurídica, bem assim com uma visão ético-instrumental do processo e multidisciplinar do fenômeno criminoso, é-nos possível realizar a nobre função de promover a verdadeira Justiça.

5. No exame minucioso que deve ser feito de todo inquérito policial que nos é distribuído, não podemos, comodamente, esperar para exercer nosso mister apenas a partir do momento em que o procedimento é concluído. Quem deve dizer se o inquérito policial está pronto ou não para a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa) é o Ministério Público. Temos arquivado inúmeros inquéritos que, a despeito de buscarem a apuração de condutas penalmente atípicas ou já prescritas, tramitavam há meses ou mesmo há anos, com baixas sucessivas, certamente justificadas pelo volume de feitos para exame. Por sua vez, várias denúncias temos oferecido inobstante pedidos de baixa, desnecessários ante a suficiência de dados para iniciar a ação penal. Em verdade, se nos conscientizarmos de que o tempo gasto hoje será recompensado amanhã, vale a pena folhearmos todos os inquéritos com pedido de baixa, indicando diligências a serem cumpridas, ou mesmo, se for o caso, já oferecendo denúncia ou pedido de arquivamento.

6. Quanto aos processos, procuramos iniciá-los com

denúncias concisas, inclusive no que respeita ao rol de testemunhas, o qual deve ter sua abrangência limitada às pessoas cujos depoimentos sejam efetivamente relevantes. Por que arrolarmos todas as pessoas ouvidas no inquérito policial se apenas uma parte delas tem algo de útil a dizer em juízo? Ainda no terreno da prova testemunhal, insistências em ouvir determinada testemunha que não compareceu à audiência somente se justifica pela absoluta imprescindibilidade de seu depoimento. No tocante aos prazos processuais, como já salientado linhas atrás, procuramos não esgotá-los e até mesmo eliminá-los eventualmente. Já por ocasião das alegações finais, a postulação há de ser responsável e bem avaliada, porquanto de nada adianta requerer condenação se o conjunto probatório é totalmente inidôneo para tanto. Por fim, a interposição de recursos se justifica quando se está convicto do desacerto da decisão judicial, e da possibilidade de que o provimento da impugnação traga alguma alteração relevante na situação das partes. Se recorremos por vaidade, disputa acadêmica de posição doutrinária, ou para postular resultado que, na prática, será inócuo, com certeza nos caberá uma parcela de culpa no estrangulamento do sistema.

7. A concentração dos atos processuais - subprincípio da oralidade chiovendiana - há de ser buscada ainda quando a lei não o determina. Para tanto, basta a anuência das partes e a certeza de que nenhum prejuízo advirá da eliminação de um prazo estabelecido em garantia do acusado. *Ad exemplum*, nada impede que, sob a concordância do acusado e de seu defensor, se realize uma única audiência para a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. Ainda com o consenso das partes, por que não se produzirem, oralmente, as alegações finais, ao encerramento da audiência de instrução, naquelas situações em que os fatos restaram indubitavelmente demonstrados, de tal modo a ensejar a brevidade nas derradeiras alegações?

8. Os prazos postos à disposição dos sujeitos

processuais são **limites** para a prática dos atos do processo, cumprindo-nos envidar todos os esforços para não utilizá-los inteiramente. Assim, o inquérito policial de indiciado preso em flagrante não necessita de 10 (dez) dias para ser remetido à Justiça (melhor seria diretamente ao Ministério Público, após inicial distribuição aleatória no Judiciário, como já ocorre no âmbito federal, no Distrito Federal e em alguns Estados-membros), pois, na maior parte das vezes, lavrado o auto de prisão em flagrante, praticamente nada mais se faz, na esfera policial, a título de investigação. De igual modo, uma denúncia relativa a indiciado preso, inobstante o prazo legal de 5 (cinco) dias, deve ser oferecida no primeiro dia em que o *Parquet* tem vista dos autos. Até a eliminação de prazos se justifica eventualmente, como, e.g., por ocasião do prazo inscrito no art. 499 do Código de Processo Penal, que na maior parte das vezes pode ser dispensado pelas partes tão logo encerrada a audiência de instrução, momento em que já se sabe, normalmente, quais diligências devem ser requeridas, principalmente se já o foram com a apresentação da acusação.

9. Mais recentemente passamos a deflagrar a ação penal tendo por lastro tão somente o auto de prisão em flagrante quando fornecida a indispensável justa causa, constatando que as ações penais assim instauradas poderiam ter o seu desfecho encurtado em cerca de dez dias, tempo previsto no Código de Processo Penal para a conclusão de inquérito policial na hipótese de indiciado preso (art. 10).

Deveras, recebemos o inquérito policial de indiciado preso por força de prisão em flagrante mais de dez dias após o cometimento do crime, já que raras vezes a autoridade policial remete a peça informativa-constitutiva antes de vencido o prazo que a lei lhe disponibiliza.

Doutra parte, verificamos que, na grande maioria dos casos, nenhum ato substancial foi praticado após a lavratura do auto de prisão em flagrante, sendo quase

corriqueiro encontrarmos, em seguida a esta peça, tão somente cópias de ofícios (aos IML, IC, II, ao Ministério Público e ao Juiz de Direito etc.), cópia da nota de culpa, carimbos, certidões ...

Fácil constatar, portanto, que entre a data da prisão em flagrante do autor do fato e o recebimento do inquérito policial decorreram vários dias sem que se praticasse qualquer ato de conteúdo relevante.

Ainda nessa linha de observações, lembramos que, tão logo se efetue a prisão em flagrante de alguém, recebemos da Polícia Civil a respectiva comunicação (art. 10 da LC 75/93), acompanhada de cópia do respectivo auto, momento em que, pela leitura do documento, temos não apenas a possibilidade de examinar a legalidade da custódia cautelar, como também a possibilidade de formar nossa *opinio delicti*, oferecendo, no prazo legal, a denúncia ou, se for o caso, o pedido de arquivamento.

Qual seriam as vantagens da adoção desse procedimento?

Em primeiro lugar, economizaríamos alguns dias no cômputo geral dos prazos de conclusão da instrução criminal, diminuindo a possibilidade de eventual constrangimento ilegal pela demora na prática dos atos probatórios, e a conseqüente soltura do acusado. Com efeito, os dias economizados no início da atividade persecutória estatal poderão ser utilizados no momento em que se necessita de maior prazo para a prática de atos processuais, quais sejam, os de natureza instrutória.

Em segundo lugar, daríamos parcial cumprimento à norma inserida no art. 7, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente no Brasil por força do Decreto nº 678, de 9/11/92, que reza:

“Art. 7. Direito à liberdade pessoal.

... *omissis* ...

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela Lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”(grifo nosso).

Ora, ao acelerarmos o início da ação penal, antecipa-se em vários dias a oportunidade que a lei confere ao preso de ser conduzido à presença do juiz natural da causa, ou seja, no seu interrogatório judicial. A rigor, para que a norma em comento fosse integralmente respeitada, deveríamos pugnar para que, antes mesmo do início da ação penal, i.e., ainda na fase inquisitorial da persecução penal, fosse o preso apresentado pessoalmente à autoridade judiciária, ensejando um maior controle sobre a legalidade e a necessidade da prisão cautelar, bem assim a verificação das condições em que se encontra o preso.

Porém, uma vez que tal providência não depende apenas do Ministério Público, sendo de esperar-se resistências na maioria dos juizes em adotar essa iniciativa, podemos, ao menos, contribuir na redução do praza para que se formule a imputação, oportunizando o início do contraditório e a judicialização da persecução penal.

Para finalizar esta argumentação, salientamos ainda dois outros efeitos benéficos que a aceleração do início da ação penal acarretará:

a) Redução da população carcerária nas Delegacias de Polícia,

porquanto em muitos casos o acusado, ainda que venha a ser condenado, alcançará a liberdade (seja por substituição da pena privativa de liberdade, seja pela concessão de sursis, seja pela fixação de regime aberto de cumprimento da reprimenda);

b) Diminuição do número de pedidos de liberdade provisória formulados pela defesa, na medida em que, sendo o autuado denunciado dois ou três dias após a sua prisão em flagrante, eventual avaliação mais aprofundada quanto à manutenção ou não da custódia processual poderá ser efetuada no momento do interrogatório, o qual se realizará, certamente, antes que tenha sido remetido ao Ministério Público o inquérito policial.

Acrescentamos, ainda, no que pertine à legalidade da postura adotada, que a legislação processual penal agasalha a propositura da ação nos moldes propostos, ao deixar claro que o inquérito policial é peça dispensável ao oferecimento da denúncia (Código de Processo Penal, art. 46, § 1º), nada impedindo o oferecimento de denúncia instruída tão somente pelo Auto de Prisão em Flagrante, desde que este forneça os elementos atinentes ao *“fumus boni iuris”*, vale dizer, a indispensável justa causa.

10. Postura outra que, conquanto não interferindo diretamente na celeridade da Justiça, acreditamos deva nortear nossa atuação, diz respeito ao tratamento dispensado aos sujeitos processuais. Juiz, advogado, acusado, vítima e testemunhas devem merecer não somente a nossa cordialidade - compatível com a firmeza de propósito, e que não se confunde

com a desenfreada paixão - mas a transparência de nosso trabalho. Notadamente no que interessa à vítima, às testemunhas e ao acusado, personagens estranhos ao meio jurídico, convém fornecer, sempre que possível, as informações que lhes permitam entender o funcionamento do aparato judicial e ter conhecimento de seus deveres e direitos diante da Justiça. Com essa idéia em mente, elaboramos folheto que é entregue, na medida do possível, aos citados partícipes do cenário processual, contribuindo para otimizar-lhes a cidadania, outra das missões constitucionais do Ministério Público. Estas informações são fornecidas em audiência ou encaminhadas por correspondência com aviso de recebimento. Para tanto, desenvolvemos um sistema informatizado que nos permite, inclusive, manter atualizado nosso cadastro de informações quanto ao paradeiro de testemunhas, vítimas e acusados, sistema este denominado SISCO - Sistema de Comunicação.

CONCLUSÃO:

A busca de procedimentos para uma melhor e mais rápida Justiça encontra amparo no próprio ordenamento jurídico vigente. Não há porque, pois, aguardar uma tão prometida quanto enganosa reforma processual para que o Ministério Público possa contribuir para uma pronta prestação jurisdicional. A mudança da mentalidade dos operadores jurídicos é passo fundamental para demonstrarmos que ferramentas como as que vimos utilizando são aptas a cumprir o objetivo ora proposto.

Rogério Schietti M. Cruz

Promotor de Justiça - 13ª PJCrIm

André Vinícius E. S. de Almeida

Promotor de Justiça - 14ª PJCrIm

Cláudia Valéria Queiroz

Promotora de Justiça Adjunta - 14ª PJCrIm

A PLENA DEMOCRACIA NA PRÁTICA DOS JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL DO JÚRI - A NECESSIDADE DE REFORMAS.

Marcellus Ugiette¹

Introdução

Em inúmeros estudos acerca do Tribunal do Júri, efetivamente após quase 12 anos de atuação na Promotoria de Justiça, me permiti uma visão crítica da instituição, remontando pensamentos e impressões já admitidas nos idos de 1978 quando então estudante de direito da UNICAP, reforçados pelas primeiras ilações simuladas em dezembro/1988, por ocasião do 1º Encontro de Promotores de Justiça e Juizes de Direito do Sertão de Pernambuco, na cidade de Serra Talhada/PE.

A preocupação visada academicamente em 1978, 10 anos depois era ditada pela prática do dia a dia nas comarcas da região do Pajeú Pernambucano, naquele instante vendo o processo do júri como bifásico, porém com atos processuais por vezes repetidos em três momentos distintos - inquérito, instrução, julgamento pelo júri -, e mesmo assim sem a eficácia necessária, seja em casos de absolvição, seja nos casos de condenação do réu.

No fim dos anos 80, via que o Tribunal do Júri era sublime e não raras vezes festivo, e que anunciava a comunidade a existência do Promotor de Justiça, o órgão acusador. Era como se a população definisse o nível de capacidade do representante do *parquet*, pela sua atuação na tribuna do júri, olvidando-se das inúmeras atribuições sociais que nos havia concedido a carta maior de 1988.

Com efeito, tal constatação era mínima se a tribuna me mostrava a triste realidade de que, em alguns municípios, mas inteligente seria matar que lesionar. Ora, o raciocínio era simples a qualquer mortal; praticando uma lesão corporal, fosse ela a natureza que tivesse, os técnicos se encarregariam do julgamento, enquanto que na hipótese mais grave, os chamados juizes de fato-leigos, eram então exortados a julgar.

Nesse aspecto, tem o Ministério Público, mesmo na condição de instituição neófita e que busca sua afirmação administrativa e funcional, papel preponderante, uma vez que junto a sociedade e com o dom e oportunidade da palavra, pode mostrar em palestras, conferências, e na própria tribuna do júri, a real importância, o exercício democrático do julgamento pelo júri, e a relevância de uma decisão justa, seja absolutória, seja ela condenatória.

Exposição/Justificativa

Nesse sentido, passei a me debruçar sobre a instituição do júri e, sem nenhuma originalidade, conclui que o assunto clama por um amplo debate, uma ampla discursão.

Não há como se debater tão apaixonante tema, sem vislumbrar-se a versão política do Estado, que surgiu da necessidade de se organizar a sociedade, ou de que ele se faça representar. Nesse diapasão recebeu o Estado a outorga da sociedade para aplicar-lhe o direito e a norma jurídica como fator indispensável ao equilíbrio social e, no que diz respeito ao júri, devolveu generosamente tal mandato a comunidade, oportunizando-lhe participar e receber o encargo de julgar o comportamento de um semelhante.

O Estado, na verdade é um depósito de outorga dessa mesma comunidade, porém num rasgo de rara humildade resolveu por devolver-lhe o mandato.

Essencialmente, é o Tribunal do Júri uma das poucas manifestações de democracia - o povo assiste ao julgamento

do povo, com a relevância de que este mesmo povo se reveste do poder de decidir.

Um dos temas deste Congresso Nacional alude sobre o júri como instrumento de democracia plena, e é nesse mister que resolvi por comentar.

Não é de novo original, que um pecado capital dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, seja a influência externa - extra autos -, aquela ditada pelo coronelismo, pelas questões psicológicas, sentimentais, pelo receio, e hoje também pelo controle remoto da mídia que modifica e distorce valores e conceitos sociais.

O Promotor de Justiça do município de Além Paraíba/MG, Dr. Nelson Hungria², então com pouco mais de 19 anos, por duas decisões ocorridas em julgamentos da corte popular daquela comarca, escreveu as mais duras e radicais críticas a instituição, principalmente quando tratou dos julgamentos dos crimes passionais, e para se fazer entender usou expressões como “contrabandistas do ódio”, “estelionatários do amor”, e culpou o Tribunal do Júri pela absolvição dos sicários passionais.

É claro que foi e é uma visão pessoal do nosso mestre penalista, alguns diriam até radical, todavia nos remete a uma reflexão de que não há como se debater o júri sem uma estudo e uma análise sociológica da questão.

A falta de isenção em inúmeros julgamentos pelo Tribunal do Júri, se assim posso afirmar, de certo modo nodua o conceito de que a instituição revela-se como instrumento de democracia plena.

O próprio silêncio funeral imposto ao jurado, que via de regra é exortado, chamado, ameaçado, suggestionado e seduzido pelas força externas e estranhas aos autos, algumas silentes porém bem latentes e presentes, também aponta um outro defeito formal da instituição, e abusa o preceito de plena democracia, mesmo por inibir por cansativas horas, a liberdade

de expressão.

Privar as partes de questionarem o réu e as testemunhas, muito embora alguns juizes permitam a direta inquirição às testemunhas, também não representa uma boa prática e reclama uma outra postura da legislação adjetiva penal.

Não chegaria ao cúmulo de afirmar que a condição dos jurados leigos, possa também ser tido como pecado da instituição, já que a devolução da outorga pelo estado, se destina a comunidade e não (obrigatoriamente) aos técnicos do direito e, se assim fosse, não havia necessidade do tribunal popular, o juízo singular seria suficiente para julgar os casos hoje levados a júri.

A própria quesitação da tese de legítima defesa, na minha ótica é enfadonha e desnecessária, afronta a essência democrática emprestada ao júri, eis que quando um jurado leigo responde sim a terceira questão, regra geral o faz com a certeza de ter o réu agido sob o manto da excludente de ilicitude prevista no art. 23, inciso II, e definida no art. 25 do código penal. Não raras vezes fui interpelado sobre a razão das demais questões complementares que peculiarizam a tese.

E como se o presidente do Tribunal do Júri, levado pela imposição legal, duvidasse do entendimento, do discernimento e da intenção do voto expressado pelo jurado. Indaga-se: É democrática tal prática, ou já se detona um vício também passivo de reforma?

De todas essas ilações meramente pessoais, algumas resultado de leituras a respeito do tema, outras fruto de diálogos com o festejado jurista pernambucano Gilberto Marques, me sobra a evidência de que o júri é instrumento de democracia plena, ou pelo menos foi assim pensado e idealizado, no entanto os inúmeros vícios ou imperfeições facilmente visualizados na prática dos julgamentos da espécie, enfaticamente aqueles extra autos, aqueles informais, sem

desprezo daqueles vícios formais, mancham com tintas fortes o pretendido exercício da plena democracia, tornando o sublime ato processual numa festa às vezes, e não raras vezes, com final destoante e dissonante.

A questão passa pela reforma do Código de Processo Penal, mas também é motivo para acurado estudo sociológico.

Por fim, vejo que a medida em que historicamente os vícios e defeitos emergem, ofuscando a essência democrática da instituição do júri, de todo modo ocorre uma relevante evidência: É como se a sociedade denunciasse a situação, como se pedisse socorro, reformas na legislação, posições sociais do estado mais definidas, e um grito importante e que não pode ser desprezado, pois que nesse ensejo é uma expressão de plena democracia.

Não há dúvidas então, de que existe a necessidade de urgentes reformas estruturais na instituição do Tribunal do Júri, jamais castrando sua essência democrática virtualmente atropelada pelas imperfeições apontadas, porém adequando a prática a realidade, e enfim descortinando a hipocrisia de que tudo anda bem, oportunizando equívocos de ordem prática, social e processual, e erros que levam a comunidade a desacreditar na eficácia da lei, e no trabalho da justiça, mormente em tal importante fórum onde se discute a vida e a liberdade.

Conclusão

Sem a pretensão de inovar, mesmo porque o assunto é de domínio público, entendo, a exemplo do que já entendia nos idos de 1978 e 1988, que a reforma estrutural no Tribunal do Júri não pode mais ser adiada, e que a regionalização é uma solução a ser buscada para minimizar as influências externas, sem embargo de profundas

modificações de ordem técnico-legal, como a necessidade de conceder aos membros do corpo de sentença a oportunidade de discutirem e debaterem sobre o processo apresentado, a faculdade para as partes inquirirem diretamente réu e testemunhas, entre tantas outras que são do conhecimento daqueles que laboram na esfera do direito.

Marcellus de A. Ugietto
Promotor de Justiça

¹ Promotor de Justiça da Comarca de Escada/PE e Professor de Processo Penal da Academia de Polícia Civil/PE

² Discurso proferido pelo Dr. Cid Flaquer Escrtezzini, Ministro do STJ, na posse da Academia Paulista de Direito. Set/74

Tese apresentada ao 12º Congresso
Nacional do Ministério Público, realizado em Fortaleza (CE)
de 26 a 29 de maio de 1998.

**Temário I - A Atuação do Ministério
Público na área criminal, diante das
modificações do Direito Penal e Processual Penal.**

**Título da Tese: “ A necessidade da reforma do Júri
Popular como forma de compatibilização e
aprimoramento de seu mecanismo ao Estado
Democrático de Direito “ .**

**Autora: Dra. Ana Cláudia de Moraes (Promotora da Comarca
de Independência , CE, de 2a. Entrância)**

**Sumário: Importância especial do Júri Popular nas Sociedades
Democráticas.**

**A descaracterização do julgamento popular como
espetáculo caricato
e burlesco e sua manipulação pelos donos do poder
local. Pela reestruturação do Julgamento do Tribunal do Júri. Conclusões.**

Justificação: (Exposição).

Em nossas manifestações como Promotora de
Justiça perante o Tribunal Popular do Júri das diversas
Comarcas onde temos atuado, (Jati, Porteirias, Quiterianópolis
e Independência), invariavelmente, antes de proceder a
acusação formal objeto de nosso munus funcional, temos
procedido uma exortação ao corpo de jurados, procurando

conscientizar cada membro da responsabilidade especialíssima que o Legislador Constitucional lhes atribuiu como julgadores da sociedade.

Lembro-lhes de que em razão do homicídio ser em tese, o crime de maior relevância e que causa maior abalo na estrutura da vida comunitária e familiar, o Legislador, poupou o julgador monocrático dessa grande responsabilidade e resolveu entregar à própria sociedade a tarefa de aprovar ou reprová-la a conduta ilícita que o órgão de acusação penal, apresenta-lhes para exame e deliberação.

Ainda como recurso retórico, tenho argumentado com os diversos jurados com os quais trabalhei, que em geral é tendência do cidadão comum criticar com mordacidade às autoridades públicas, cobrando-lhes correção e honestidade. Indago: “quem nunca criticou o Prefeito do Município, o Vereador, o Deputado, O Promotor de Justiça, o Juiz de Direito e até mesmo o Presidente da República ? “. E conclusivamente lhes digo: Pois bem, chegou a hora dos senhores agirem como autoridades, como juízes, como representantes da sociedade, e nos darem um exemplo de como proceder corretamente.

Feita tal exortação sobre o papel do Juri, e o aspecto democrático do julgamento, depois é que inicio a acusação formal, se for o caso, a partir do libelo acusatório;

De modo geral, embora façamos um trabalho sério e equilibrado, nos deparamos com uma série infindável de dificuldades inibidoras do projeto punitivo. De um lado a fragilidade dos Inquéritos Policiais (geralmente elaborados por Delegados militares e não por Delegados de Carreira.) Some-se a isso a ausência em quase todas as comarcas interioranas de médicos legistas capacitados para proceder a descrição criteriosa e técnica do corpo do delito, de cientificamente elaborar o laudo necroscópico. E muitas vezes o único médico da cidade é Vereador ou Prefeito, e vive em campanha política todo o ano, de modo que não tem interesse

em “incriminar” ninguém, fazendo pois laudos frágeis e incapazes de embasar uma acusação científica.

Além desses aspectos constitutivos da realidade da vida do Promotor de Júri, há um outro, de ordem sociológica e que reflete a miséria e a dependência dos cidadãos das comunidades interiores do Nordeste, e cremos, de todo o Brasil, como demonstrou-se com o exemplo do Júri da cidade de Pedro Canário. Refiro-me à influência do Poder local na determinação do resultado dos julgamentos. Como se sabe a escolha e sorteio dos jurados é uma prática deformadora da finalidade do Júri. Geralmente os Escrivães do Júri selecionam “as pessoas de confiança” que integrarão por sorteio o Júri Popular. Em determinados casos, independentemente da gravidade do crime ou da prova dos autos, o resultado do julgamento é previamente conhecido.

Todas essas distorções são justificadas em nome da chamada “soberania do juri popular”, como se houvesse soberania para alguma pessoa ou instituição praticar ilegalidades e injustiças.

A descaracterização do julgamento popular como espetáculo caricato e burlesco e sua manipulação pelos donos do poder local.

As distorções acima alinhadas descaracterizam o Tribunal Popular do Júri como um instrumento real da atividade democrática dos cidadãos. O Júri é na maioria das vezes apresentado como um espetáculo entre o bem e o mal. E o mal, por incrível que pareça é o personificado pelo Promotor de Justiça, visto simplesmente como um acusador intransigente, como aquele que quer prender o réu, tirá-lo do convívio da família e transferi-lo para o Presídio. De outro lado estaria o advogado de defesa, caricaturado como a figura do bem e do perdão, sempre pugnando pela liberdade de todos os acusados. “Quem nunca cometeu um delito, quem nunca

pecou ? Atire a primeira pedra”...

Outra infelicitante deformação do Júri Popular diz respeito ao baixo nível de compreensão dos Jurados e dos debates jurídicos que alí se desenvolvem, ao ponto de serem substituídos por espetáculos circenses e novelescos, com gritos, choros e simulação de desmaios. E no meio do besteiro, muitas vezes se instala o desrespeito ético-profissional entre os debatedores, com xingamentos, piadas e outras ridicularias, embora com as repetidas expressões “ vossa excelência “, para simular seriedade dos atos alí exercitados.

Nós que trabalhamos no Júri, com seriedade, sentimos o conjunto dessas limitações como causas inibidoras de sua função de socialização e democratização da Justiça. Do que jeito em que está , o Tribunal do Júri é instrumento de desgaste da figura da Representação do Ministério Público e de descrédito social na Justiça.

Nas Capitais, a situação não é muito diferente. A escolha de funcionários públicos para integrarem a relação de cada temporada de júri, passa por critérios do poder pessoal do Juiz e das Secretarias. Ora são escolhidos servidores dos Correios, do Banco do Brasil, da CEF e de outros órgãos, mas nunca esses funcionários são submetidos a um curso prévio de formação para-jurídica, que poderia ser ministrado pela OAB em conjunto com as Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público.

Os casos de influência espúria, de corrupção para interferir nos resultados dos Júris são registrados aos montes. Um mesmo crime, nas mesmas circunstâncias, dependendo de quem o pratica ser pobre ou rico, tem os veredictos mais contraditórios possíveis.

O destino das pessoas passa por um critério meramente quantitativo, onde sete jurados, comumente sem nenhuma qualificação jurídica e sem ter participado de qualquer curso sobre o papel do tribunal do júri, decidem por “ sete a zero”,

“seis a um” , “cinco a dois” ou “quatro a tres” se o acusado é inocente ou culpado. Às vezes a coisa vira jogo de azar. Sem nenhuma substância lógica ou jurídica.

O sistema de funcionamento do Tribunal do Júri Popular no Brasil, é hoje viciado, anacrônico e historicamente superado. Quase sempre se converte numa palhaçada, pois cada vez mais exige menos conhecimento, menos critérios científicos e doutrinários dos debatedores, e menor compreensão do corpo de jurados.

Quando atingimos o limiar do ano 2.000 não podemos deixar de pensar na urgência, na necessidade inadiável de mudarmos o mecanismo e o sistema do Tribunal do Júri, hoje tão caricato, tão burlesco e sem credibilidade.

Urge que nesse Congresso Nacional do MP deliberemos sobre tais mudanças. Em outros países, como nos Estados Unidos, por exemplo, o veredicto do júri tem que ser unânime e fundamentado. Os membros do júri são submetidos a uma orientação prévia, de modo que o resultado do julgamento espelhe ou retrate com maior fidelidade a verdade perseguida no processo.

O 12º CONGRESSO NACIONAL DO MP preocupado com o aprimoramento do Estado Democrático de Direito deve pugnar junto a CONAMP , ao Procurador Geral da República no sentido de iniciativas parlamentares junto ao Legislativo Federal visando as modificações que nossa realidade estar a exigir, tais como exigir um grau mínimo de escolaridade para ser membro do Juri Popular (no mínimo a conclusão do 2º Grau); escolher preferencialmente quem tiver nível superior de escolaridade, e nesses casos dar prevalência a quem apresentar formação em Direito.

Discutir sobre as divergências possíveis em um veredicto e sobre a fundamentação dos julgamentos populares. Deliberar no sentido do Juiz Presidente do Tribunal do Júri não permitir agressões e xingamentos e outras “baixarias” como

substituição ao debate jurídico fecundo e sereno, que deveria predominar nos julgamentos populares.

CONCLUSÕES:

D)- Os membros inscritos na relação de jurados devem ser submetidos, em cada Comarca ou em Comarcas escolhidas por região, a um Curso de Preparação ao Tribunal do Júri , promovido pelas autoridades judiciárias da Comarca, com a participação de um Representante da OAB, um Representante do MP (que pode ser o próprio Promotor de Justiça da Comarca) e do Juiz da Vara do Júri. Esse curso deverá ser aberto aos advogados que atuam na Comarca, e conforme as condições, e deliberação das autoridades promotoras do curso, poderão participar como ouvintes pessoas da comunidade civil;

II) Enquanto não são editadas novas leis regulamentadoras do funcionamento do Tribunal do Júri, o Promotor de Justiça de cada comarca deve ministrar aulas e palestras sobre a relevância democrática do Julgamento Popular do Júri de modo a que a Sociedade Civil identifique nesse instrumento uma forma de fazer a Justiça Social e reprimir a criminalidade; Tal trabalho poderá ser feito com ajuda dos Clubes de Serviços, Associações Comunitárias e Igrejas, e em conjunto com os Advogados e o Juiz da Comarca;

III) O Promotor de Justiça deve liderar ações no sentido de melhorar a qualidade dos Inquéritos Policiais, pugnando sempre junto à PGJ e às Secretarias de Segurança Pública Estaduais pela presença obrigatória de Delegados de Polícia Civil, de carreira, ao invés de Delegados militares, sem nenhuma formação jurídica;

IV)- Iguais providências devem ser assumidas pelo R. do MP no sentido de fazer juntar aos autos Laudos Necroscópicos ou de Lesões Corporais (exames de corpo de

delito) , requisitando, quando necessário ajuda dos Institutos de Polícia Técnica e Institutos Médico Legais, de modo a que seu procedimento jurídico seja assentado em prova científica irrefutável;

V) - Pugar junto a CONAMP por providências urgentes visando a elaboração e iniciativa de processo legislativo no sentido das mudanças acima indicadas , na estrutura e mecanismo do Tribunal do Júri Popular, tais como a adoção de um sistema misto, onde os jurados sejam escolhidos tendo por maioria pessoas de formação universitária, preferencialmente com graduação em Direito; Não permitir funcionar como membro do Juri pessoa que não tenha concluído o curso secundário;

A adoção das providências acima sugeridas como conclusão dessa Tese, com certeza implicará em mudanças restabelecedoras do conceito do Júri Popular (hoje francamente desacreditado) e do carater democrático do Julgamento da Sociedade.

TEMA CENTRAL:
MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA.

Para Assentamento no Temário:

I - Atuação do Ministério Público na área criminal, diante das modificações do Direito Penal e Processual Penal

Submissão ao sub-tema:

Júri como instrumento de democracia plena.

Título da Tese:

**A ignorância por imposição legal ou
Democracia pífia na morada das liberdades.**

Autores: Wandílson Lopes de Lima

e

Otoni Lima de Oliveira*

**“Livre, sentirás a necessidade do trabalho
honesto e apreciarás os nobres sentimentos que
hoje não compreendes”.**

(José de Alencar, In: O Demônio Familiar)

A democracia, em ângulos primorosos do seu ideário, possui índole assemelhada ao estado de felicidade, qual seja, só é valorizada quando não se tem e reconhecida quando se perde.

Ímpar na sua grandeza, por ser filha da liberdade, a democracia não admite ser composta de retalhos nem vivenciada em cubos. Embalada no berço dos sacrifícios, geme

sob os estalidos do açoite e conspira silente na inteligência do espírito madrigal. No vórtice de suas labaredas, indiferente à voragem do tempo, incendeia os braços que lhe encarcera e escancara sorrisos que enfeitiçam a história.

Dir-se-ia que a **democracia** é mais exigente que a **liberdade**. É, que, enquanto **aquela** resulta de sentimento cívico no perneio das disciplinas, **esta** se afirma no desate da rebeldia, na incondicionalidade das vagas, no arremate dos ventos.

Para ser plena, isto é, uma democracia sem cognomes e sem quartéis, há que ser calcada na fluidez solidária e no respeito mútuo; o primeiro, formador da paz; o segundo, construtor da justiça. Sob pena de ser brado sem eco e nadejar nos mares da utopia, a democracia, apesar de sua transcendentalidade conceitual, há que concretizar-se no perfil das instituições a regar as veias do organismo social nas individualidades de suas representações. Para administrar a latitude imensurável dos seus recursos são postos às mãos dos seus beneficiários mecanismos instruentes que conduzem aos seus ideais.

O direito, aqui considerado de forma panorâmica e na sua interdisciplinaridade é uma das peças desse engenho formidável: é dele que promana a regra, é perante ele que se esgrimam os interesses, é através dele que o homem proclama a sua própria contradição.

O Tribunal do Júri, por popular na sua essência, edifica obra de tríplice figuração: enunciado da liberdade, instância democrática e termômetro das vontades manifestas, frente a casos concretos e segundo a quadra histórica de cada época. Sobrevivente a regimes de governos estranhos aos princípios, tem vencido etapas longas e tortuosas, superando pesadas e até autorizadas críticas. Servilizado por “resultados de encomendas”, ressumbram nódoas que, não raro, enfeiam a sua face e inter põem obstáculos à sua caminhada rumo à

liberdade do pensamento.

O Tribunal do Júri é o mais perseguido, é o mais invejado, é o mais aviltado dos institutos do Direito. Todavia, por ser palco onde se discute o bem maior que o próprio Direito tutela, que é a liberdade como razão maior da vida, é o Júri Popular mais respeitado, o mais venerado e o mais cristalino cursor da majestade da Justiça. O requêstamento das forças vivas da sociedade organizada, é bem verdade que ainda de forma tímida, mas, em via de modernização, aponta para o propósito participativo e indiscriminado de categorias sociais varejadas sem reserva de raça, religião, sexo ou cores ideológicas, consentindo universo sem fronteiras na sua composição delegada. É por isto que o Conselho de Sentença tem, cada vez mais, a “cara do povo” em demanda à democracia plena.

Entretanto, não só os percalços de uma civilização em formação, condição inegável da civilização brasileira, obstacularizam o preito à plenitude democrática, mas, sim, o arcabouço de leis derrotadas pelas vicissitudes e necessidades dinâmicas que, atadas ao tempo de suas concepções, se tornaram imprestáveis, causando desserviço ao trato contemporâneo, agredindo e contaminando a sensibilidade inquiridora dos dias de hoje, dos homens e mulheres do agora.

O Plenário do Júri, diga-se com o melhor aproveitamento da retórica, é a “morada das liberdades”. Ali o homem é abstraído de sua solidão de valores e compelido a habitar no seio dos sentimentos coletivos. A verdade que lhes chega aos ouvidos no fascínio dos debates tem a policromia do arco-íris, por isto a avaliação difícil e o sufrágio duvidoso.

O acusado, peça convergente de todas as atenções momentâneas, é convidado a explicar o gesto que praticou e o faz respondendo as indagações exclusivas do presidente da sessão, sendo vetado a quem formula a acusação, a quem está encarregado da sua defesa e a quem deva proferir voto

de julgamento, qualquer interferência. A isto chamamos de “democracia pífia, mascarada, na “morada das liberdades”.

“A ignorância” das partes interessadas, porque “donas” do debate e, mais ainda, daqueles que devam formar juízo valorativo, os “senhores jurados”, é “uma imposição legal” consignada no art.465, do Código de Processo Penal, cujo teor recomenda a forma de interrogatório estabelecida no livro I, Título VII, Capítulo III, qual seja, e mais precisamente, a forma do art. 187, ídem C.P.P.: “o defensor do acusado não poderá intervir ou influenciar, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”.

Consabidamente, inobstante a redação do artigo supramencionado, cuja recomendação é apenas a “não interferência do defensor”, de há muito tem se decidido que tal proibição é estendida à acusação e, no plenário do júri, aos jurados.

É bem verdade que a disposição do artigo 187, sobre o qual recai este enfoque, permite interpretação que leva ao entendimento de que “não pode haver interferência” nas perguntas do juiz e “nas respostas do acusado” (sic), não deixando claro se o defensor do acusado poderia ou não formular perguntas; para a hipótese, leia-se também a acusação.

Todavia, assim se tem concelebrado: as partes são proibidas de indagar ao acusado sobre a imputação que lhe é atribuída, pondo em grande estranheza os que convivem com esta anomalia legalmente imposta num atentado afrontoso a liberdade democrática no feito processual penal.

No plenário do júri esta “proibição legal” assume vulto de difícil resposta ao “tribunal leigo” (mas, inteligente), provocando embaraço aos que militam no cotidiano da instituição.

As manifestações sobre o assunto, para corrigir essa inexplicável centralização nas mãos do presidente do feito, têm

migrado da opinião de abalizados processualistas e estudiosos, a exemplo de Teófilo Siqueira Filho, Leôncio de Salignac e Souza, Artur Pagliusi Gonzaga, Jorge Luiz de Almeida, José Antonio de Andrade Góes, Edson Marques, Jorge Alberto Romeiro, Adauto Alonso S. Suannes, Alberto Zacharias Toron, sem perdermos de vista, entre outros estudos importantes, o excelente trabalho da Promotora da Justiça Militar da União, Dr.^a Selma Pereira de Santana, apresentado no 11º Congresso Nacional do Ministério Público, sob o título “Intervenção das partes no interrogatório”, cujo fôlego técnico e riqueza de conteúdo, emprestou laboriosa contribuição à discussão que, pelo morejamento e relutantes efeitos dessa excrescência de ordem legal, dá cabimento a permanência desse reclamo.

Se o interrogatório é o meio de prova, como tem se admitido, maior ainda é o valor da intervenção das partes, sobremaneira para a aferição confrontativa entre a versão que o acusado traga aos autos e o acervo informativo da denúncia ou advinente da queixa. Ademais e neste aspecto que ora aventamos, o Código de Processo Penal revela-se um documento de rotunda e inexplicável contradição ao consentir que a Defesa do acusado, o Ministério Público e, caso do Júri Popular, os jurados, formulem perguntas às testemunhas, vetando o que se refere ao acusado.

Diz o processualista Walter. P. Acosta, na sua obra “O Processo Penal” que “O interrogatório é termo essencial, cuja supressão injustificada acarreta a nulidade do processo (art. 564, III, e, C.P.P.). É mais do que prova da defesa ou da acusação, um esclarecimento a bem da verdade, contendo preciosos elementos para a fixação da pena.” No mesmo texto ensina Espínola Filho: “que o interrogatório tem a tríplice finalidade de permitir ao juiz o conhecimento da personalidade do indiciado, transmitir-lhe a versão que este, sincera ou

tendenciosamente, dá do fato e verificar suas reações diante da minuciosa notícia que se lhe dá sobre a acusação”.

Mas adiante informa o processualista: “ O interrogatório é ato absolutamente pessoal, em que não podem intervir de qualquer forma o advogado ou o promotor, embora possam presenciar, eis que se trata de ato público”.

Assim, o renomado professor retromencionado, encerra, na sua festejada obra, as referências à matéria.

O que nos desanima é a simples menção de que o advogado e o promotor “possam presenciar” o interrogatório, eis que se trata de “ ato público”, o que cabe a leitura : “ como qualquer do povo, sem representação, sem munus, indiferentes para o ato”.

A verdade real, perseguição natural do processo, fica ancorada no formalismo e refém dos isolacionismo do juiz no seu “convencimento íntimo”, restando às partes, conforme o dispositivo legal em questão, a função de meros espectadores do interrogatório.

Conclusão

Urge, sobremaneira na presente hora de reformas dos Códigos Penal e Processual Penal, a arguição no sentido de dar nova redação ao art. 187, do Código de Processo Penal, retirando de vez esse óbice que vem garroteando o exercício democrático no ato interrogativo de quem se atribui culpa, estabelecendo claramente que é facultado às partes tributárias na formação do juízo as suas intervenções por perguntas. Advertidos que modificado o art. 187, do C. P. P., não haverá necessidade de nova redação ao art. 465, ídem C. P. P.

Proposta

**Dar nova redação ao artigo premencionado, 187
(C. P. P), dessa forma:**

Art. 187 - Após as perguntas ao acusado, o juiz dará a palavra ao promotor, ao defensor e aos jurados , no caso do plenário do júri, respectivamente , para a formulação de suas indagações.

Fortaleza , CE, 26/29 de maio de 1998.

Wandilson Lopes de Lima

Otoni Lima de Oliveira

***Promotores do Júri das Comarcas da capital (João Pessoa), e Mamanguape, respectivamente, Estado da Paraíba.**

Crime organizado, quebra do sigilo e a inadequação legislativa.

Título : O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público .

Sumário :

I - Crime Organizado. 1. Conceito. 2. *O parquet* e a atividade investigatória. II - A quebra do sigilo constitucional. 1. Introdução. 2. O direito positivo e a quebra do sigilo. 2.1. A Lei nº 9.034/95. 2.1.1. A experiência italiana. 2.1.2. O procedimento. a) Introdução. b) As formalidades e os seus conflitos. 2.2. A Lei nº 9.296/96. 2.2.1. Introdução. 2.2.2. A abrangência da lei. a) Os Pressupostos. b) O Procedimento. III - Propostas de atuação ministerial . IV - Conclusão. V - Bibliografia.

I - Crime organizado.

a) Conceito :

O legislador não definiu o significado da expressão deixando esta tarefa aos juristas e a jurisprudência. A complexidade do assunto talvez tenha levado o legislador a agir assim.

O artigo 1º da Lei nº 9.034/95 leva a crer que o conceito de crime organizado estaria relacionado com crime de quadrilha ou bando. O enunciado da lei, não o definiu, fez referência tão somente as ações praticadas por organizações criminosas.

Alguns doutrinadores afirmam que as expressões¹ são sinônimas, outros dizem que não. Os que entendem que os conceitos são diferentes sustentam que, em razão disso, a

lei teria aplicação limitada ao combate da criminalidade sofisticada, a transnacional² e não a criminalidade massificada (crime de quadrilha ou bando).³

A discussão é estéril, pois a “criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade...é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais”⁴.

O aumento de crimes de roubo e furto de veículos nos últimos três anos⁵ e de cargas aliada a constatação de que os automóveis são trocados por drogas mostra que a prática de tais crimes fazem parte de um esquema organizado de ações criminosas. Os meios tradicionais de investigação e repressão estão se mostrando insuficientes. O roubo à carga atingiu índices alarmantes em determinadas regiões⁶ devendo, atribuir-se tais ações às organizações criminosas locais. Entendemos que a restrição imposta pela doutrina ao conceito de crime organizado, em nada contribui para a prevenir e combater as ações de organizações criminosas. Pelo contrário, o conceito de crime organizado deve ser o mais abrangente possível, para que, a legislação existente, sobretudo a que disciplina os meios de obtenção de prova e procedimentos investigatórios (Lei nº 9.034/95) possa ser aplicada também no combate a pequenas quadrilhas ou bandos que tendem, naturalmente, a crescerem e evoluírem na prática de crimes mais complexos.

b) O *parquet* e a atividade investigatória.

O *parquet* é o titular exclusivo da ação penal pública, art. 129 da CF/88, no entanto, para o exercício de suas funções, necessita de suporte probatório mínimo para o ajuizamento da

ação penal ou algumas vezes para a obtenção de providências cautelares (ex. prisão preventiva, prisão temporária, interceptação de comunicações telefônicas etc).

O Poder Judiciário manifestava-se rigoroso na preservação dos direitos constitucionais, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, que regulamentou a interceptação telefônica. Não bastava a existência de ordem judicial para que a diligência fosse levada a efeito, o STF exigia que lei estabelecesse quais crimes poderiam ser objeto (hipóteses) de interceptação, o que levou o legislador, a reservar a aplicabilidade da lei a crimes de maior gravidade e ainda previu a maneira (forma) como ela deverá ser feita e os seus requisitos.⁷.

O modelo brasileiro adota o inquérito policial como instrumento destinado a obter elementos probatórios do fato e da autoria através de um órgão chamado polícia judiciária⁸. O professor Tourinho ensina que uma vez realizada a investigação, pela polícia judiciária, as informações que a compõem são levadas (nem sempre) ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal.

Nota-se que o sistema pátrio atribuiu a investigação preliminar do crime⁹, primeira fase da *persecutio criminis*, à polícia judiciária. A segunda fase atribui-se ao *parquet* que pode também realizar investigação existindo ou não inquérito policial, pois o Promotor de Justiça ao presidir uma investigação não está usurpando as funções de Delegado de Polícia, pelo contrário ele está exercendo plenamente suas prerrogativas. O Ministério Público não produz inquérito policial, mas sim peças de informação de caráter administrativo que poderão servir de base para o início da ação penal¹⁰.

Na realidade o que se observa é que o atual sistema esta falido. A polícia judiciária por uma série de razões, não consegue apurar infrações ou mesmo só apura aquilo que lhe

interessa, havendo assim sérios prejuízos para a *persecutio criminis*.

O Ministério Público, neste contexto, acaba por funcionar como um mero receptáculo de inquérito, um destinatário passivo e acomodado por força do costume e da ferrugem de uma legislação arcaica que ainda é invocada por muitos para impedir o exercício pelo *parquet* de uma de suas prerrogativas mais típicas : a prerrogativa de realizar investigações próprias. É raciocínio lógico e mediano de que quem pode o mais (ajuizar ação penal) pode o menos (colher provas). A atividade investigatória decorre, portanto do natural exercício da ação penal, princípio constitucional.

O direito francês dispõe no art. 14, al. 1 CPP, que a polícia judiciária ¹¹ é encarregada de apurar infrações à lei penal, de obter provas e de identificar os autores. Sua missão consiste ainda de esclarecer o Ministério Público acerca dos fatos, lembrando que o exercício de suas atribuições é exercida sob direção do Procurador da República ou, ainda de ofício durante o inquérito preliminar (art. 75 CPP) ¹².

O Código de Processo penal italiano dispõe que o *L'enquête préliminaire est conduite par le ministère public* (art.327 CPP). Vemos que o inquérito preliminar é conduzido pelo Ministério Público, demonstrando-se assim, que no direito comparado, é plenamente possível e aceitável o exercício da atividade investigatória com as outras atribuições do *parquet*.

O sistema italiano reflete ainda, uma forma de controle externo da atividade policial, pois determina o CPP italiano que a polícia judiciária deverá sinalizar, sem demora e por escrito, ao Ministério Público a ocorrência de infração que ela tenha tido conhecimento indicando as fontes de prova e as diligências já adotadas ¹³ ("...A cet effet, obligation est faite à la police judiciaire de signaler sans délai et par écrit au ministère public l'existence de l 'infraction dont elle a eu connaissance, en indiquant les sources de preuve et les activités déjà accomplies.").

Observa-se que uma das atribuições do Ministério Público alemão é de “...dirige l'enquête de police, ordonne dans l'urgence certaines mesures coercitives...”. Verifica-se que o *parquet alemão*, exerce atividade investigatória preliminar visando identificar o acusado na fase de investigação preliminar e obter os elementos necessários à propositura da ação (“Ainsi le principale mission est de rechercher, au cours de la phase préparatoire, les éléments de preuve à charge et à décharge contre l'accusé - § 160, II, StPO”).

A Constituição federal¹⁴ atribui ao Ministério Público poderes investigatórios ao assegurar no art. 129, e incisos VI e VIII, a prerrogativa de utilizar requisição ministerial para obtenção de documentos e realização de diligências, depreendendo-se que se o *parquet* pode o mais, vale dizer, requisitar que outros realizem diligências, consideradas necessárias para o esclarecimentos de fatos, ele pode com muito mais razão fazer o menos, ou seja, realizar e conduzir suas próprias investigações.

A Lei orgânica nacional do Ministério Público - Lei n. 8.625/93 - regulamentou o disposto na CF/88 e assegurou definitivamente a figura da requisição ministerial, que já existia no sistema anterior, mas sem a força e referência de um texto constitucional.

A lei que trata sobre o crime organizado, dispõe que em qualquer fase de persecução criminal, poder-se-á fazer uso dos meios operacionais previstos na inovadora lei (art. 2º, caput, Lei nº 9.034/95). Portanto, o *parquet* pode utilizar-se dos procedimentos especiais da lei para obtenção de provas, quando da realização de investigação própria.

II - A quebra do sigilo constitucional.

a) Introdução.

O tema é tratado a partir do art. 5º, inciso X, da

Constituição Federal que dispõe : *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*;

Celso Bastos ensina que intimidade “ consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”¹⁵.

A doutrina francesa apresenta definição semelhante ao afirmar que *Le domaine de la vie privée correspond à la sphère secrète où l'individu aura le droit d'être laissé tranquille*¹⁶. O domicílio e o sigilo da correspondência estão também ao abrigo de intrusões não consentidas.

Em suma, intimidade abrange, em sentido restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, e o segredo profissional ¹⁷.

Aparentemente, tem-se a impressão de que o direito a intimidade é um direito absoluto¹⁸ e em razão disso impedido estaria o Estado de quebrar o sigilo do indivíduo.

Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade face a necessidade de proteger-se outros direitos fundamentais conforme relata o acórdão baixo :

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, X E XII, DA CF) –
I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo face a determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do parquet

federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (TRF 2ª R – HC 95.02.22528-7 – RJ – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Valmir Peçanha – DJU 13.02.96).

A relatividade dos direitos fundamentais passa ser possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, maneira de corrigir-se o alcance de certos direitos fundamentais, cujo exercício pode conduzir efeitos inaceitáveis e perniciosos para o Estado Democrático de Direito. Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a admissibilidade e utilização de prova ilícita, na hipótese, da mesma ter sido obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado ¹⁹.

Por fim a quebra do sigilo exige prévia autorização judicial, porque atinge direito fundamental da pessoa necessitando portanto da proteção do juiz e também previsão legislativa ²⁰.

b) O direito positivo e a quebra do Sigilo.

1) A lei nº 9.034/95.

1.1. A experiência italiana.

O combate ao crime organizado demanda especificidade de atuação e instrumentos alternativos de investigação a fim de que numa primeira fase, ocorra a coleta de informações (dados), em seguida, a análise dos mesmos, a obtenção de provas e só então providências judiciais repressivas, materializada, pela instauração de processo criminal.

A experiência italiana mostrou que a realização de investigações patrimoniais sobre pessoas que haviam cometido algum ato de corrupção foram muito importantes para a

identificação de rastros de operações criminosas.

As aberturas de contas, a escuta telefônica, a análise de contas telefônicas, a movimentação bancária dos investigados, mostraram-se eficazes para o sucesso da “Operação Mãos Limpas” ²¹, pois serviram de rastros para os investigadores.

A Itália utilizou a delação premiada, escutas telefônicas, a penalização dos caixas-dois, punição à corrupção, dentre outros instrumentos, para combater o crime organizado, mas nada se comparou com a manifestação popular exigindo um basta a corrupção através do apoio as atividades investigatórias realizadas pelo *parquet* mediante envio de telegramas e cartas aos parlamentares.

A lei brasileira surge como forma de dotar os órgãos encarregados da persecução criminal de meios operacionais e jurídicos para atuarem no combate ao crime organizado. O legislador, no afã de mostrar a opinião pública sua indignação com o avanço da criminalidade, elaborou uma lei permeada de defeitos técnicos, razão pela qual a doutrina e jurisprudência começam a apontar inconstitucionalidades e restrições ao alcance da mesma.

Veremos, em seguida, o procedimento estatuído pela lei para a quebra do sigilo do investigado.

1.2. Procedimento

a) Introdução.

O direito a intimidade, a imagem, as comunicações telefônicas, enfim a vida privada podem ser assegurados por previsão constitucional ou lei. Além da garantia material, assegura-se o sigilo do indivíduo através da existência de procedimento legal, norteador da violação do direito a intimidade e suas diversas formas, o qual como dissemos a

pouco, é um direito relativo.

A exigência de prévio procedimento legal e sua observância são manifestações do princípio do devido processo legal. É com este que evita-se a arbitrariedade ou abuso ou a ilegalidade da medida excepcional.

b) As formalidades e os seus conflitos.

O art. 3º, caput da Lei nº 9.034/95, dispõe que :

Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

Observa-se que o legislador atribuiu ao juiz a condução do procedimento de violação do sigilo individual, na hipótese de acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Na verdade, a legislação atribui ao juiz a função de investigador, de inquisidor. A solução encontrada tem sua origem na era do Império Romano e seu auge na Idade Média, durante a *Santa Inquisição*.

No sistema constitucional anterior era admitido que o magistrado praticasse atos típicos da parte tendo em vista previsão legal e a inexistência de regra constitucional sobre o tema ²².

A nova ordem constitucional atribuiu a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129 da CF/88), vedando-se, assim a pratica de atos típicos de parte pela autoridade judicial ²³. O art. 26 do CPP, em razão disso, encontra-se revogado conforme entendimento da jurisprudência.

A inovação legislativa fere o princípio *done procedat iudex ex officio* , pois atenta contra o devido processo legal,

que em última análise assegura a imparcialidade do julgador. A atribuição conferida ao juiz compromete o psíquico do magistrado, pois aquele atuará no processo como investigador e julgador. A ocorrência de impedimento (art. 252, II CPP) se manifesta, gerando nulidade processual ²⁴.

A lei introduziu a função de juiz inquisidor em um sistema acusatório ²⁵. Não me parece absurdo atribuir-se ao magistrado funções investigatórias, desde que o sistema processual admita a inovação.

Existe no direito francês a figura do juiz de instrução, o qual não se assemelha à figura criada pelo legislador pátrio, pois não adotamos o sistema acusatório formal ²⁶ que prevê três etapas : a) investigação preliminar; b) a instrução judiciária (*instruction préparatoire*); c) a fase de julgamento.

Neste sistema, a fase de *instruction préparatoire* ²⁷ é conduzida pelo juiz de instrução (*Le juge d'instruction*), o qual tem a função de procurar provas verificando se existem indícios suficientes contra uma pessoa para esta seja julgada. Importante acrescentar que no sistema francês, existe a possibilidade da realização de instrução judicial por órgão de 2º grau, através da *Chambre d'accusation* ²⁸ (art.191 à 230 CPP, francês).

Em suma, por essas razões, entendemos que a inovação foi infeliz em virtude da incompatibilidade existente entre o código de processo penal e a lei e secundariamente com a Constituição, pois se o sistema adotado fosse o francês, os questionamentos constitucionais não existiriam ²⁹. Tivesse o legislador fortalecido o verdadeiro destinatário de qualquer investigação criminal (O Ministério Público), nós teríamos iniciado definitivamente o combate à criminalidade organizada, seja de massa ou não com o auxílio e colaboração da Polícia.

O artigo 3º exige que a diligência seja conduzida, pessoalmente pelo magistrado, mas não exige que ele a faça *com suas próprias mãos*, pois o § 1º prevê que o magistrado

poderá requisitar auxílio de pessoas que tenham ou possam facilitar o acesso aos objetos de sigilo.

A materialização do procedimento de quebra de sigilo deverá ser documentado, por ordem do próprio juiz, descrevendo-se os detalhes de relevância para a investigação.

Interpretar-se literalmente a legislação é exigir que o magistrado faça trabalho braçal de investigação. O legislador quis assegurar, ao máximo, que a violação da intimidade dos investigados ocorresse de forma menos traumática possível. Portanto, entendo que o artigo 3º e parágrafos traduzem a idéia de supervisão das diligências visando a quebra do sigilo constitucional.

O parágrafo 2º, prevê³⁰ que serão anexadas cópias autênticas dos documentos de relevância probatória aos autos de diligência. Indaga-se de imediato : Como o magistrado saberá se o documento é relevante ou não, se não é ele quem conduz as investigações?

A reflexão acima demonstra a **inadequação do procedimento escolhido pelo legislador**, pois ao mesmo que a Lei impõe ao magistrado a condução pessoal da diligências de quebra do sigilo individual, a Constituição além de impedir que o magistrado aja de ofício, atribui a outros órgãos, Polícia e Ministério Público a prerrogativa de realizarem investigações.

2. A lei 9.296/96.

2.1. Introdução.

A Constituição federal de 1988, foi a primeira a prever o sigilo das comunicações telefônicas ³¹. O texto remeteu a legislação a previsão das hipóteses e forma da quebra do sigilo (art. 5º, XII) o que provocou acirrada discussão acerca da aplicabilidade da norma constitucional ³².

No sistema constitucional anterior o tema só foi objeto de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal, em 1977 ³³.

A lei não só ratificou o princípio da intangibilidade do direito a intimidade, como regra constitucional, como estabeleceu de forma clara os estreitos limites da interceptação das comunicações telefônicas ³⁴. O legislador criou a referida lei com o propósito de dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes e adequados no combate ao crime organizado ³⁵.

No direito comparado observa-se que países como a Inglaterra ³⁶, Alemanha ³⁷ e recentemente a França ³⁸ foram condenados pela *Cour européenne des droits de l'homme* por violarem o art. 8 da Convenção dos Droits de l'homme, em razão, da inexistência de lei específica sobre escuta telefônica, providência exigível em uma sociedade democrática ³⁹.

A interceptação telefônica é meio de apreensão imprópria de prova, uma vez que configura operação técnica através da qual se permite a apreensão, não de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica ⁴⁰.

2.2. A abrangência da lei.

Pode ser utilizada em investigação criminal ⁴¹ e em instrução processual penal (art. 1º), podendo ser empregada em qualquer espécie de comunicação telefônica ⁴², incluindo-se aí aquelas em sistema de informática e telemática ⁴³ (§ único, art. 1º).

a) Os pressupostos.

A medida poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a pedido da Polícia ou do Ministério Público ⁴⁴.

O pedido deverá descrever com clareza a descrição

do objeto da investigação, o qual deverá ser crime punido com pena de reclusão; os indícios de autoria ou participação na infração penal, inclusive com qualificação dos investigados, se conhecida, e por fim a demonstração da impossibilidade ou a dificuldade de obtenção de provas por outros meios.

b) O procedimento.

A lei permite, excepcionalmente, que o pedido seja deduzido oralmente, devendo-se, no entanto, ser reduzido a termo, junto com a decisão, que deverá ser fundamentada.

A execução da medida ficará a cargo da autoridade policial ⁴⁵ (art. 6º), devendo a autoridade policial dar ciência ao *parquet* do início da medida, a fim de que o mesmo acompanhe a sua realização, se quiser.

Existindo possibilidade de gravação da comunicação interceptada, esta será transcrita e ao fim da diligência, será encaminhada ao juiz que uma vez recebida as transcrições determinará o apensamento da prova obtida em autos apartados (art. 8º) dando-se ciência ao Ministério Público.

A gravação que não interessar à investigação ou ao processo será destruída por decisão judicial na presença do *parquet* (art. 9º) instaurando-se, procedimento incidental aos autos principais.

Por fim, vale notar, que o sucesso da medida pressupõe que o investigado não tenha prévia ciência, da diligência deferida, o que não fere o princípio do contraditório, pois o investigado ou réu, terá ciência do inteiro teor das gravações ou transcrições obtidas, oportunamente, instaurando-se, então, o chamado *contraditório diferido* que assegurará o direito do réu de impugnar a prova obtida ⁴⁶.

III - Propostas de atuação ministerial.

O Ministério Público precisa de uma nova doutrina de atuação na área criminal. Atualmente, o *parquet* está distanciado da realidade criminal, concentrando todo o seu esforço, na tentativa de obter a condenação de réus formalmente denunciados ⁴⁷ ou ainda atuando na área civil como parecerista ⁴⁸.

Dados, mostram que o Ministério Público tem sua atuação limitada a grande parte, do trabalho da polícia judiciária (leia-se Polícia Civil), o qual é deficiente, traduzindo-se na apuração de apenas 10% a 20% das ocorrências criminais ⁴⁹. Observa-se que é raro encontrar inquéritos que tenham por objeto a apuração de crimes que levam a profissionalização do delinqüente e à formação de quadrilhas (tráfico de drogas, receptação, crimes do colarinho branco, corrupção ou prevaricação, jogo do bicho, roubo organizado de carros e de carga ⁵⁰, seqüestro, etc.

O Ministério Público não pode ficar a margem disso, apesar de não dispor, ao contrário de seus colegas franceses, italianos e alemães, de meios para interferir na produção provas. Na verdade o *parquet* funciona como um reproduzidor daquilo que foi apurado no inquérito policial como já dissemos neste trabalho.

A atual realidade começa a ser mudada. São exemplos : a iniciativa do *parquet paulista* em criar o Grupo de Centro de Análise e Integração no combate ao Crime Organizado ⁵¹ ou ainda, o bem sucedido exemplo do Ministério Público fluminense ⁵² que criou uma *Central de Inquéritos*, a qual, possui uma estrutura própria de policiais e funcionários encarregados em dar suporte às investigações mais complexas e sensíveis; a reformulação da estrutura da segurança pública realizada no estado do Ceará extinguindo-se as corregedorias das polícias ⁵³ substituindo-as por um único órgão de controle,

o qual, será autônomo e supervisionado diretamente pelo Ministério Público⁵⁴, por fim, o exemplo mineiro, que propõe a criação de uma promotoria de justiça de combate ao crime organizado e que ainda se encontra em fase de discussão legislativa⁵⁵.

O legislador federal também tem contribuindo através de iniciativas com a do Projeto de Lei do Senado nº 031/95, cujo o autor é o Senador Pedro Simon, que propõe diversas alterações no CPP⁵⁶ apresentando forte justificativa⁵⁷.

Os exemplos mostram a veracidade da assertiva de que os promotores e procuradores devem sair detrás das pilhas de processo e partirem para campo, não se contentando em receberem aquilo que lhes é encaminhado⁵⁸. No direito estrangeiro temos diversos exemplos como dissemos alhures⁵⁹, de que a polícia judiciária é subordinada ao Ministério Público ou ainda que é comum policiais serem cedidos pela Polícia para trabalharem junto aos promotores, apesar das instituições serem independentes⁶⁰. O Ministério Público do novo milênio deve assumir um novo papel diante do aumento da criminalidade e da complexidade das ações criminosas⁶¹.

Visando colaborar com a elaboração e aperfeiçoamento de doutrina institucional proponho as seguintes **propostas** operacionais e institucionais de atuação ministerial face aos crimes de praticados por organizações criminosas ou não :

O *parquet* deve participar e acompanhar, segundo o seu juízo, a apuração de infrações penais que representem maior ameaça ao meio social, ao lado da autoridade policial, sugerindo medidas, orientando-a e colaborando com a investigação;

O Ministério Público tem legitimidade para conduzir e realizar investigações próprias, mediante procedimento investigatório, podendo e devendo para tanto, requisitar dos

órgãos públicos os meios e serviços necessários, bem como assessoramento técnico das entidades de estudo e pesquisa;

O Ministério Público pode utilizar-se dos meios legais existentes, durante suas investigações, visando obter peças de informação, podendo buscar, quando necessário, apoio operacional junto aos comandos das polícias local e à Procuradoria Geral de Justiça.

A investigação ministerial pressupõe a existência de policiais, exclusivamente voltados para o trabalho de investigação, o que demanda a criação de uma seção de investigação ministerial, responsável pela apuração e repressão, à criminalidade organizada (entendendo-se crimes de corrupção, roubo de cargas, e etc), razão pela qual, é indispensável a criação de um serviço de inteligência subordinado hierarquicamente e administrativamente, ao Ministério Público nos moldes do modelo italiano e francês, o qual não impede a investigação e repressão pela via tradicional.

O Ministério Público não pode ficar a mercê dos trabalhos da polícia judiciária ou militar, transformado-se em um mero receptáculo das investigações, ou ainda como um mero parecerista inerte e estático, encarregado em dar continuidade a *persecutio criminis*, contente e acomodado com atual estrutura. Deve buscar, ao contrário, diretamente, *in loco*, as provas necessárias para a realização de seu mister, utilizando-se de uma estrutura administrativa mínima que seja.

A Administração Superior do Ministério Público deve traçar política de aproximação com os comandos das Polícias e Superintendência das Receitas Federal e Estadual, observando-se as seguintes sugestões : a) estreitar laços funcionais, através da realização de operações de investigação e repressão ao crime; b) realizar convênios de cessão de viaturas e policiais para realização de investigações sensíveis⁶² a cargo do *parquet*, objetivando suprir os órgãos ministeriais dos meios materiais; c) criar banco de dados relacionados com

crimes de repercussão e realizar troca de informações com outras centrais de inteligência e órgãos fiscais; d) realizar convênios nacionais e internacionais de cooperação técnica com academias de polícia, buscando ensinar técnicas de investigação aos membros do *parquet*; e) realizar estudos e experiências sobre o tema “O *parquet* e a investigação” propondo-se à médio prazo, a mudança na estrutura investigatória, sugerindo-se a subordinação e controle da polícia judiciária pelo titular da ação penal, nos moldes de diversos países europeus.

IV - Conclusão.

1. O conceito de crime organizado deve ser entendido em sentido amplo, proporcionando, assim a aplicação da lei nº 9.034/95 na repressão à crimes como por exemplo roubo à carga, tráfico de drogas interno, furto de veículos organizado, receptação organizada, corrupção etc;
2. O *parquet* pode instaurar e realizar investigações mediante procedimento administrativo com o objetivo de formar e obter peças de informação, o qual decorre do natural exercício da ação penal;
3. O direito a intimidade não é um direito absoluto, razão pela qual admiti-se sua restrição. Os direitos fundamentais possuem certa relatividade, o que se justifica pela necessidade de proteger-se outros direitos fundamentais
4. O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como forma de atenuar a rigidez dos direitos fundamentais para impedir que a criminalidade encontre refugio na própria lei ofendendo assim o Estado Democrático;
5. A experiência italiana mostra que o apoio popular ao Ministério Público foi crucial para o sucesso da operação “mãos limpas”, razão pela qual necessário se faz uma campanha nacional de debate sobre o tema buscando assim apoio popular;

6. A colheita de provas realizada pelo juiz (art. 3º da lei 9.034/95) é inovação infeliz do legislador, pois a lei introduziu a função de juiz inquisidor em um sistema acusatório que pressupõe atribuição a pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar, violando-se portanto, o princípio *ne procedat iudex ex officio*, representado pelo devido processo legal.
7. O procedimento (art. 3º , § 2º da lei 9.034/95) mostra-se inadequado ao dispor que o magistrado conduzirá pessoalmente diligências de quebra de sigilo, pois a Constituição ao mesmo tempo que impede que o juiz aja de ofício, atribui à Polícia e ao Ministério Público a prerrogativa de realizar investigações.
8. A previsão legal de que o magistrado anexará aos autos da diligência de quebra de sigilo documentos de relevância probatória, mostra-se também inadequada pois “como o juiz saberá se o documento é relevante ou não, se não é ele quem conduz as investigações ? “
9. É possível a interceptação e apreensão de dados transmitidos via telefone, incluindo-se internet, telex etc.
10. O Ministério Público não pode ficar a mercê dos trabalhos da polícia judiciária ou militar, transformado-se em um mero receptáculo das investigações, ou ainda como um mero parecerista inerte e estático, encarregado em dar continuidade a *persecutio criminis*, contente e acomodado com atual estrutura. Deve buscar, ao contrário, diretamente, *in loco*, as provas necessárias para a consecução de seu mister, utilizando-se de uma estrutura administrativa mínima.

V - Bibliografia.

Livros :

Afonso da Silva, José. In Curso de Direito Constitucional, p. 203, 13ª ed, Ed. Malheiros.

De Farias, Edilson Pereira; Colisão de Direitos - A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem *versus* A Liberdade de Expressão e Informação;

Porto Alegre; Ed. Fabris;; 1996.

Alberto Silva Franco, Boletim IBCCrim, n. 21, Extra, p. 5, citado por Luiz Flávio, p. 75, Crime Organizado, RT.

Avolio, Luiz Torquato, *in Provas Ilícitas*, RT, p. 155 e 156, citado por Fábio Tavares Ribeiro.

Comentários à Constituição do Brasil, Ed.Saraiva, v.2, 1989, p.63.

Dovat, Eduardo F. Fernández (membro do Ministério Público argentino). *In* La Investigación preliminar a cargo del Ministerio Público. p. 231, Revista Jus nº 12.

Ferraz, Antônio Augusto Mello de Camargo e Guimarães Júnior, João Lopes. *In A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*, p. 190, Revista Jus, publicação da AMMP.

Ferraz, Antônio Augusto Mello de Camargo e outros; Ministério Público - Instituição e Processo; Ed. Atlas; São Paulo; 1997.

Freyesleben, Márcio Luís Chila. O Ministério Público e a Polícia Judiciária. Ed. Del Rey, Belo Horizonte.

Gomes, Luiz Flávio; Crime Organizado; ed. RT; 2ª ed; 1997, São Paulo.

Grinover, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas, p. 201-5, citada por Ribeiro, Fábio Tavares.

Hassemer, Três temas d Direito Penal, cit, p.85, citado por citado por Luiz Flávio Gomes,p.75.

Laure-Rassat; Michèle; Procédure pénale; Ed. PUF, Paris, 1990.

Laure-Rassat; Michèle; Le Ministère Public - Entre SON PASSÉ ET SON AVENIR; Ed. Bibliothèque de Sciences Criminelles; Paris.

Mireille Delmas - Marty. Procédures pénales d'Europe, Thémis, PUF, 1995, p. 229.

Moraes, Alexandre de; Direito Constitucional; Ed. Atlas, São Paulo; 1997.

Orange, Jean. Droits de l'homme et libertés publiques.3ed, PUF, 1982.

Mossim, Heráclito A , Sigilo Bancário e Interceptação telefônica; In Revista Jurídica nº 221, pág. 56, CD ROOM Síntese, Doutrina.

Nardini, Maurício José. O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal. In

Ribeiro, Flávio Tavares. *Escutas telefônicas por determinação judicial. Estudo sobre legalidade. Tese aprovada no III Congresso Estadual em Minas Gerais, Revista Jus 20/55, publicação da Associação Mineira do Ministério Público.*

Sarabando, José Fernando Marreiros; Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público; Revista Jurídica, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, Belo Horizonte, 1997.

Simon, John Anthony. *In* O Ministério Público nos Estados Unidos da América. P. 153. Revista Jus nº 10, AMMP.

Soeyer, Jean-Claude. Manuel Droit Pénal et Procédure Pénale, pag.9, 2ª

parte, ano 1993. 10º Ed. LGDJ.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 1. pág. 85, 12ª ed. Ed. Saraiva.

V. Luciana F. L. Pinto e Tatiana BICUDO, in Boletim IBCCrim, n. 12, p.1 citado por Luiz Flávio Gomes, p. 75.

Artigos e estatísticas criminais :

O Estado de São Paulo, Cidades, caderno "Cidades" , p. C 8, abril de 1997. Palestra proferida pelo Sr. Procurador Geral italiano Paulo Ielo, na Comissão de Constituição e Justiça, presidida pelo Sr, Deputado Bernado Cabral, em setembro de 1997, sobre a experiência italiana no combate ao crime organizado.

Resolução do Colégio de Procuradores de Justiça de São Paulo pelo Ato (I) nº 76/95-PGJ de 21-12-95, alterado pelo Ato(N) nº 163/96-PGJ de 29-10-96.

Vital de Castro, Geraldine Pinto. Prova Ilícita e a proporcionalidade, *in* Revista Literária de Direito- Setembro/Outubro de 1997.

Secretaria de Segurança Pública de São Paulo; Coordenadoria de Análise e Planejamento.

Mário Antônio Conceição (Promotor de Justiça da Comarca de Elói Mendes – MG)

¹ Crime organizado ou organização criminosa e crime de quadrilha ou bando. Gomes, Luiz Flávio. Crime Organizado, p. 89-102, RT, São Paulo, 2ª ed.

² Alberto Silva Franco, Boletim IBCCrim, n. 21, Extra, p. 5, citado por Luiz Flávio, p. 75, Crime Organizado, RT.

³ V. Luciana F. L. Pinto e Tatiana BICUDO, in Boletim IBCCrim, n. 12, p.1 citado por Luiz Flávio Gomes, p. 75.

⁴ Hassemer, Três temas d Direito Penal, cit, p.85, citado por citado por Luiz Flávio Gomes, p. 75.

⁵ Dados da Coordenadoria e Planejamento da SSP/SP. Furtos e roubos de veículos registrados na grande São Paulo. Período-**1995 : 7.517,9; 96: 9.220,5; 97: 8.843,3; Jan. 98: 9.268).**

⁶ Por exemplo, no sul do estado de Minas Gerais, já foram roubados e ou furtadas aproximadamente 200.000 sacas de café, em menos de seis meses, o que levou o Conselho de Segurança do Sudeste a propor a criação de delegacia especializada sediada na cidade de Varginha-MG.

⁷ Mossim, Heráclito A, Sigilo Bancário e Interceptação telefônica; In Revista Jurídica nº 221, pág. 56, CD ROOM Síntese, Doutrina.

⁸ Tourinho Filho, Fernando Costa. Processo penal, vol. 1; p. 69; Ed. Saraiva; 12ª ed.

⁹ Nardini, Maurício José. O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal. In Revista Jus 20/275, publicação da AMMP. "A Constituição Federal não confere exclusividade à Polícia Civil na apuração de ilícitos penais". Nesse mesmo sentido Lazzarini e Chila.

¹⁰ Ibidem, p. 276.

¹¹ La police judiciaire est placée sous la direction du procureur de la République (art.12 CPP), sous la surveillance du procureur général dans le ressort de chaque cour d'appel et sous le contrôle de la chambre d'accusation (art. 13 et 224 CPP). Em resumo, a polícia judiciária é dirigida pelo promotor de justiça sob supervisão do procurador geral e também sob o controle da *Chambre d'accusation* (vide nota nº 20). Mireille Delmas - Marty. Procédures pénales d'Europe, Thémis, PUF, 1995, p. 229.

¹² OP. Cit., p. 229.

¹³ OP. Cit., p. 303.

¹⁴ A Constituição italiana prevê no art. 109 que o Ministério Público dispõe diretamente da polícia judiciária, dispositivo regulamentado pelo art. 58 e 327 CPP.

¹⁵ Comentários à Constituição do Brasil, Ed.Saraiva, v.2, 1989, p.63.

¹⁶ Morange, Jean. Droits de l'homme et libertés publiques.3ed, PUF, 1982.

¹⁷ Afonso da Silva, José. In Curso de Direito Constitucional, p. 203, 13ª ed, Ed. Malheiros.

¹⁸ De Farias, Edilson Pereira; Colisão de Direitos; p. 74-78; Ed. Fabris, 1996; Porto Alegre. O autor faz profundo estudo sobre normas restritivas de direito fundamental citando doutrina estrangeira e julgados de tribunais constitucionais.

¹⁹ Antônio Scarance Fernandes, Constituição da República, p.72, citado por Luiz Flávio Gomes, in Crime Organizado, p. 121, 2ª Ed, RT. É uma tentativa de atenuar-se a Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of poisons tree), com origem na Suprema Corte dos EUA.

²⁰ De Farias, Edilson Pereira. Op. Cit, p. 76. "Comumente faz-se referência às seguintes restrições : a) as estabelecidas diretamente pela constituição; b) as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e c) as estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas).

²¹ Palestra proferida Sr. Procurador Geral italiano Paulo Ielo, na Comissão de Constituição e Justiça, presidida pelo Sr, Deputado Bernado Cabral, em setembro de 1997, sobre a experiência italiana no combate ao crime organizado.

²² Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou **por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária** ou policial(gn).

²³ Impossibilidade de **iniciar processo** contravencional conhecido como judicialiforme mediante portaria.

²⁴ TARS. "Auto de prisão em flagrante e atos de investigação presididos por Juiz, em razão de greve dos Delegados de Polícia. Impedimento para exercer a jurisdição no porcesso. Nulidade absoluta ".STF:RTJ 47-543.TJSP RT 550-303. JTACRESP 46-225.

²⁵ É aquele que assegura todas as garantias do devido processo legal como por exemplo o princípio da igualdade, do contraditório. Pressupõe ainda a existência de outras garantias (publicidade, atribuições a pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar).

²⁶ O Brasil adota o sistema acusatório, pois não temos a figura do juiz instrutor. Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 1. pág. 85, 12ª ed. Ed. Saraiva.

²⁷ Chamada também de *l'information judiciaire ou l'information*. Soeyer, Jean-Claude. Manuel Droit Pénal et Procédure Pénale, pag.9, 2ª parte, ano 1993. 10º Ed. LGDJ.

²⁸ La Chambre d'accusation est une juridiction d'instruction du second degré. Elle est composée de trois membres, un président et deux conseillers et est une section de la Cour d'appel. Idem, pág.288.

²⁹ Sustentam alguns que o caput do art. 3º afronta o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, comprometendo, em razão disso, o psíquico do magistrado, a sua imparcialidade, requisito indispensável para qualquer julgamento.

³⁰ O juiz, **pessoalmente**, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos **que tiverem relevância probatória**, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc (gn).

³¹ Ribeiro, Flávio Tavares. *Escutas telefônicas por determinação judicial. Estudo sobre legalidade. Tese aprovada no III Congresso Estadual em Minas Gerais, Revista Jus 20/55, publicação da Associação Mineira do Ministério Público.*

³² Avolio, Luiz Torquato, in *Provas Ilícitas*, RT, p. 155 e 156, citado por Fábio Tavares Ribeiro, entende pela inaplicabilidade da norma face ausência à época de lei específica. Ribeiro, Fábio Tavares; op. Cit., p. 57, apoiado em doutrina, entende pela possibilidade, face a recepção da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), pela nova ordem constitucional.

³³ A prova gravada de uma ligação telefônica era colocada como ponto principal da discussão. O STF inquiriu de ilegal e imoral a prova obtida de que se utilizou o cônjuge, em ação de divórcio, cassando a decisão do TJRJ. Ibidem, p. 56. A questão começa a ser revista por alguns tribunais, p.ex, Ementa: Processo Civil. Prova. **Gravação de conversa telefônica** feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Admissibilidade. RE n.9.012/RJ-Registro 91045039. RDR(rev.renovar) nº 8/Maio/Agos. 1997.

³⁴ Comentários a lei nº 9296/96. Professor Alexandre de Moraes, realizados durante as aulas proferidas no curso *Prof. Damásio de Jesus*.

³⁵ A lei nº 9.034 de 3.5.95 dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

³⁶ Condenada em 1984; in *Morange, Jean; Droits de l'homme et libertés publiques*. p. 179, 3ª ed. PUF.

³⁷ Condenada em 1978. Ibidem, p. 179.

³⁸ Condenada em 1990. Ibidem, p. 179.

³⁹ A *Cour européenne* utilizou os seguintes argumentos " *en resumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré . Il en allait encore davantage aussi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. Kruslin n'a pas joui du degré minimal de protection voulu para la préeminence du droit dans une société démocratique*", Ibidem, p. 179, CEDH 24 abril 1990, *Affaire Kruslin c/ France*.

⁴⁰ Grinover, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas*, p. 201-5, citada por Ribeiro, Fábio Tavares, op. Cit., p. 59.

⁴¹ Nelson Nery Júnior admite prova emprestada (Princípios do Processo Civil na CF/88, RT, 96, p 159-160), da ação penal para processo civil, desde que as partes sejam as mesmas. Posicionam contra Antonio Scarance(Justiça Penal-Críticas e Sugestões, RT, 97, p. 54) e Vicente Grecco (Interceptação Telefônica, 1996, São Paulo, Saraiva, p. 24).

⁴² Luiz Flávio Gomes na 1ª edição do livro *Crime Organizado* entendia pela invulnerabilidade total do dados no instante da sua "comunicação ,

transmissão", mas na 2ª edição, p. 124, item 3.9 e 3.10, evolui em seu entendimento acenando pela possibilidade de **interceptação de dados**, quando essa comunicação é feita *via telefônica*. A transmissão de dados, via telefone, não deixa de ser uma comunicação telefônica, pouco importando o conteúdo da comunicação telefônica (conversa, som, imagens, símbolos etc), podendo, assim receber o mesmo tratamento do art. 1º da lei.

⁴³ Vale exemplificar Internet, telex, etc.

⁴⁴ Art. 3º. A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

⁴⁵ Não é mais a Companhia Telefônica a responsável em conduzir a diligência. É a autoridade policial, civil ou militar, quem realiza a diligência, podendo para tanto, requisitar serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º).

⁴⁶ Entendemos que a prova obtida poderá ser usada contra terceiros ou para demonstração de outros fatos criminosos diferentes daquele que justificou a medida, desde que haja um nexo com o objeto da investigação. Portanto, o conhecimento fortuito de outro crime, durante a interceptação telefônica, impede a utilização da prova, mas não afasta a efetivação de prisão em flagrante.

⁴⁷ Ferraz, Antônio Augusto Mello de Camargo e Guimarães Júnior, João Lopes. *In A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*, p. 190, *Revista Jus, publicação da AMMP*.

⁴⁸ Freyesleben, Márcio Luís Chila. *In O Ministério Público e a Polícia Judiciária. Ed. Del Rey*. O autor critica a estrutura do *parquet*, pois atribui aos procuradores e promotores de justiça a função quase que exclusiva de **pareceristas**. Assim, a instituição inclina-se a uma postura de inércia em relação aos acontecimentos sobretudo na área criminal.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 190-191. Os autores dizem ainda "as restantes não são investigadas, sem que haja o menor controle quanto as razões. É bem verdade que existem algumas medidas visando impedir tal prática. A CE/MG dispõe no art. 125, II, letra "f" que o *parquet* receberá cópia de ocorrência lavrada pela polícia Civil ou pela Polícia militar. Há notícias de que em São Paulo, existe um controle interno das ocorrências registradas e os flagrantes lavrados.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 191.

⁵¹ Proposta aprovada pelo órgão especial do Colégio de Procuradores de Justiça, por unanimidade, regulamentada pelo Ato (I) nº 76/95-PGJ de 21-12-95, alterado pelo Ato(N) nº 163/96-PGJ de 29-10-96. O grupo destina-se a realizar diligência ou pesquisa destinada à obtenção de elementos de prova relacionados ao crime organizado e também crimes que se tornem conhecidos durante as investigações (art.2º, §1º e art.3º,§2º).

⁵² Deve-se lembrar que o *parquet* carioca iniciou ofensiva contra o “jogo do bicho” finalizando com o desmantelamento e prisão de toda a cúpula de bicheiros e para tanto valeu-se da estrutura do Serviço de Inteligência da Polícia Militar (P2) e de policiais dessa unidade cedidos e subordinados diretamente ao Ministério Público. Vale citar, também que o então Procurador Geral do Rio de Janeiro Dr. Biscay, tentou (por duas vezes) investigar e prender os “bicheiros”, pela via tradicional de investigação, não obtendo qualquer êxito face ao regular vazamento de informações.

⁵³ Proposta semelhante esta sendo estudada no estado de Minas Gerais dentre outras.

⁵⁴ O Estado de São Paulo, Cidades, caderno “Cidades”, p. C 8, abril de 1997.

⁵⁵ A Procuradoria Geral de Justiça mineira optou em criar uma promotoria de justiça, ou seja um cargo, e não um grupo ou seção, razão pela qual, demandou-se envio de projeto de lei ao Poder Legislativo.

⁵⁶ Dentre todas as inovações cito a remessa do Inquérito Policial pela autoridade policial, diretamente, ao Ministério Público (alterando o art. 10, § 1º) e o acréscimo do parágrafo 1º no artigo 257 que dispõe: **No desempenho de suas atribuições de promover a execução da lei penal, o Ministério Público, a seu juízo exclusivo, e quando o interesse social o exigir, conduzirá, por si só, o trabalho investigatório, devendo as entidades de estudo e pesquisa universitárias, seu próprio corpo de assessoramento técnico-científico e demais entidades e serviços da administração pública prestar-lhe pronto atendimento nas diligências que requisitar, sob pena de responsabilidade criminal (gn).**

⁵⁷ Por clara coerência, se é titular exclusivo da ação penal pública, óbvio que a lei processual há de ensejar ao Ministério Público a atribuição de, quando situações de relevo surgirem, chamar a si a condução, também exclusiva, do trabalho investigatório, com o concurso de entidades qualificadas; específicos serviços públicos, e a criação de quadro próprio de pessoal habilitado aos diversos níveis em que hoje opera a criminalidade sofisticada, para melhor combatê-la.

⁵⁸ Gomes, Luiz Flávio, op. Cit, p. 158, citando Ministério Público paulista, jul-

ago/95, p.18-20.

⁵⁹ O *parquet* e a atividade investigatória (item B deste trabalho).

⁶⁰ Simon, John Anthony. In O Ministério Público nos Estados Unidos da América. P. 153. Revista *Jus* nº 10, AMMP.

⁶¹ Dovat, Eduardo F. Fernández (membro do Ministério Público argentino). In La Investigación preliminar a cargo del Ministerio Público. p. 231, Revista *Jus* nº 12." Las nuevas atribuciones del Ministerio Público exigen la reestructuración del mismo y la incorporación a él com facultades de investigación autónomas de funciones investigativas, especialmente pertenecientes a la Policia Administrativa, sometidos a la estrutura de aquel y a su disciplina jerárquica.

⁶² São aquelas que dizem respeito a corrupção no meio policial, ao abuso de autoridade praticado por altas autoridades locais, crimes do "colarinho branco", crimes que indicam envolvimento de políticos. Crimes dessa natureza tendem a não serem apurados face a estrutura investigatória estar vinculada ao Poder Executivo, a qual facilita pressões sobre a apuração, comprometendo-se com isso a *persecutio criminis*.

TEMA- 01 - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL DIANTE DAS MODIFICAÇÕES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.

SUB-TEMA: - A IMPUNIDADE COMO FATOR DE AUMENTO DA CRIMINALIDADE.

TÍTULO DA TESE: O ART. 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A IMPUNIDADE.

AUTORES: Antônio Marco Polo Cavalcanti Dias
Newton Carneiro Vilhena

A sociedade brasileira, por todos os seus segmentos, tem manifestado sua preocupação com a impunidade. Assiste-se a verdadeiro clamor público nas praças e nas portas dos Tribunais. O clima é de insegurança e descrédito na justiça. A imprensa faz amargas críticas ao poder judiciário e já se cogita a criação de um órgão controlador das suas atividades. Censura-se a morosidade processual e a ineficiência das decisões judiciais.

Os legisladores brasileiros perdem-se num emaranhado de leis, propostas e aprovadas sem qualquer rigor técnico-científico, quase sempre para atender situações e interesses particulares, quando deveriam visar as generalidades das aspirações da sociedade. Observe-se, v. g., a Lei 8.072/90, que considerou alguns tipos penais como **crimes hediondos**, e, como tais dispensando-lhes um tratamento mais rigoroso, ao restringir os benefícios da liberdade provisória e da progressão de regime na execução da pena. Logo depois, veio a Lei nº 8.930/94 para modificar o art. 1º da Lei 8.072/90, ampliando o rol dos crimes hediondos, incluindo entre estes o homicídio qualificado (art.121, § 2º,

Inc. I, II, III, IV e V, do Código Penal). Agora, já tramita no Congresso Nacional um projeto de lei concedendo todos os benefícios previstos para os crimes comuns aos crimes hediondos e, inclusive, o abrandamento de sua apenação. Esse vai-e-vem legislativo situa mal o Congresso Nacional no conceito da sociedade, como instituição voltada para o fisiologismo dos eventuais detentores do poder político, o que é profundamente lamentável.

JUSTIFICATIVA:

O Art. 594 do Código de Processo Penal, com a redação que o modificou, através da Lei nº 5.941 - LEIFLEURY, dispõe: “O réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. Contudo, é de se considerar que a prestação jurisdicional movimenta uma máquina bastante onerosa, paga pelo contribuinte, acionada por Juizes, Promotores de Justiça, Escrivães, Escreventes, Oficiais de Justiça, além das despesas com o material de expediente. Os processos se estendem por meses e anos em inúmeros atos de intimações, audiências, perícias e diligências. Nos Tribunais do Júri ainda se mobilizam os Jurados, que deixam os seus interesses particulares para prestar um serviço de cidadania. Consideramos que nos crimes de competência do Tribunal do Júri, o réu que preencha os requisitos de primariedade e bons antecedentes, e não havendo razão de comprometimento da ordem pública, deve responder o processo em liberdade, mas, uma vez condenado pelo Júri, uma decisão da sociedade, representada pelo Conselho de Sentença, ficaria em prisão especial, separado dos definitivamente apenados, esperando o trânsito em julgado da decisão, em primeira ou superior instância, para assegurar a aplicação da Lei Penal. Justifica-se a medida porque em razão

do Art. 594, do Código de Processo Penal, o réu primário e de bons antecedentes, ou que responda o processo em liberdade, mesmo condenado no júri, deixa o Tribunal, acintosamente como se nada tivesse acontecido, no mesmo instante em que também estão saindo o Juiz, o Promotor de Justiça, e os jurados que o condenaram. Esse procedimento tem provocado a descrença na eficácia das decisões dos Tribunais do Júri e representa uma temeridade para a integridade física dos jurados, sobretudo nas decisões unânimes. Acrescente-se que quando a decisão condenatória é confirmada, com o trânsito em julgado, o réu invariavelmente, jamais se apresenta para a execução da sentença e cumprimento da pena imposta.

Tempo e dinheiro público desperdiçados.

Poder-se-ia argumentar que a prisão cautelar do réu condenado, enquanto tiver à sua disposição qualquer recurso, estaria contrariando o preceito constitucional insculpido no Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que consagrou a presunção de inocência, declarando: **“ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**. Entretanto o STJ tem firmado posicionamento, verberado em vários acórdãos, **“que o preceito desenhado no art. 594, do Código de Processo Penal, trata de prisão cautelar com o fim de assegurar o próprio resultado do processo, com o cumprimento da pena, evitando que o condenado venha a evadir-se”** (Recurso no

Processo Penal, pág.137, Editora Revista dos Tribunais), ou seja, estaria presente um dos pressupostos da prisão preventiva (art.312 do Código de Processo Penal), qual seja, **“para assegurar a aplicação da Lei Penal”**.

No mesmo sentir, JULIO FABBRINI MIRABETE, in Processo Penal, 2ª edição, pág.623, leciona:

“Entretanto, a ordem de recolher-se à

prisão para o processamento do recurso **não significa considerá-lo culpado** antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. As regras constitucionais citadas apenas impedem que seu nome seja inscrito no rol dos culpados, que se inicie a execução da pena ou que se produza outros efeitos da condenação. A Constituição **não proíbe qualquer prisão provisória ou cautelar**, desde que decretada por órgão jurisdicional, nem demarca rigidamente o conceito de liberdade provisória, preferindo delegar ao legislador ordinário a previsão de seus pressupostos. É na Lei Processual que se verifica quais as hipóteses em que a liberdade provisória pode ser admitida, **nada impedindo que se obrigue o condenado, na ausência dos requisitos legais, a ser recolhido à prisão para aguardar o julgamento do apelo, como uma das hipóteses da prisão provisória, semelhante à prisão em flagrante, à prisão temporária e a prisão preventiva**".

Ainda, a súmula nº 09, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe:

"A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende, a garantia Constitucional da presunção da inocência".

CONCLUSÃO:

Consabidamente, a impunidade, a ineficiência das decisões judiciais condenatórias, sem dúvida, estimula a criminalidade. A sociedade cobra a pronta aplicação da Lei Penal aqueles que insistem em agredir, em ferir, em matar. O legislador brasileiro deve atentar para o clamor da sociedade, que sente-se desprotegida e ver crescer assustadoramente os índices de criminalidade.

A prisão cautelar do réu condenado, para aguardar o trânsito em julgado da sentença, além de assegurar a aplicação da lei penal, vai evitar a utilização abusiva de recursos, que se sabe incabíveis, apenas para protelar a execução da sentença e o cumprimento da pena.

Com estas considerações, estamos propondo uma nova redação para o art.594 do Código de Processo Penal, que passaria a ser a seguinte:

Artigo 594 - O RÉU CONDENADO AGUARDARÁ EM CUSTÓDIA CAUTELAR ESPECIAL O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PARA ASSEGURAR O RESULTADO DO PROCESSO E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

Fortaleza, Ce., 26/29 de maio de 1998

Antônio MARCO POLO Cavalcanti Dias

NEWTON Carneiro VILHENA

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A MANIPULAÇÃO IDEOLÓGICA DA VIOLÊNCIA OFICIAL

Márcia Aguiar Arend
Promotora de Justiça/ SC

Sumário: 1. Introdução; 2. A ideologia e suas significações; 3. A ideologia e o Sistema Penal; 4. A ocultação da violência estrutural pelo Sistema Penal; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Qualquer definição que se pretenda em relação ao Ministério Público acaba condicionada aos dizeres presentes no texto constitucional, os quais mesclam as suas atribuições como forma de tornar clara a própria definição. Assim, se depreende do artigo 127 da Constituição Federal que “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”.

Esta definição constitucional, por si só, já demonstra a ligação da instituição com o poder e a existência lógica de uma relação ideológica entre ambos, não apenas decorrente da sua essencialidade funcional no *locus* jurisdicional, mas pelas atribuições de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, além da defesa dos interesses indisponíveis da gente brasileira.

Abstraindo toda a historiografia da simbiose ideológica entre o poder e o Ministério Público, o que por certo daria azo a um trabalho colateral comprometedor da

objetividade do presente estudo, entendemos necessário verificar a extensão das interferências ideológicas sobre o agir do Ministério Público, resultantes da ideologia dominante no saber penal, que por configurar o Direito Penal, acaba moldando toda a atuação penal da instituição, fazendo-a submissa a essa mesma ideologia, comprometendo, por isso mesmo, a realização do mister constitucional que lhe está determinado, e contribuindo para mitificar a extensão e a natureza da violência.

O desprezo doutrinário sobre as influências da ideologia na técnica jurídica penal do Ministério Público serve para ocultar, não apenas da sociedade, mas dos próprios membros da instituição, o seu papel de reprodutor da ideologia dominante, subtraindo a sua capacidade de ver o que deve ser tido como violento e subsumível ao Direito Penal.

Há uma falsa consciência enevoando o agir do titular da ação penal que lhe imanta uma falsa certeza de defensor da sociedade pelo simples fato de denunciar e de submeter os infratores da lei penal ao processo penal.

O Ministério Público também trilha os caminhos da manipulação da realidade, porque a sua relação com o poder o submete, não só ao próprio poder, como à ideologia que o envolve e o dinamiza em todos os espaços do viver coletivo.

2. A IDEOLOGIA E SUAS SIGNIFICAÇÕES

A etimologia da palavra ideologia remonta à junção lingüística da raiz grega *eidos* (idéia) com *logos* (estudo, conhecimento). Modernamente a expressão foi cunhada durante a Revolução Francesa, pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy (1754-1826), em *Eléments d'idéologie*, tendo por significação “Ciência das Idéias”, e por objeto o estudo das origens, da evolução e da natureza das idéias. Já nesta época a Ciência das Idéias era tida como o verdadeiro fundamento

para todas as demais Ciências, “devendo investigar e descrever a forma pela qual nossos pensamentos se constituem”¹

As ideologias, enquanto crenças e visões de mundo, estão impregnadas em todas as estruturas animadas pela ação humana. Mas a palavra tem uma variadíssima gama de significados, sendo por vezes utilizada de forma negativa e outras vezes de forma positiva.

Numa perspectiva positiva, a ideologia é compreendida como um sistema de atitudes integradas de um grupo social que comunga idéias e crenças suficientes para ordenar ações e comportamentos, os quais conferem idoneidade para justificar o exercício do poder, explicar e julgar os acontecimentos históricos, explicar as conexões entre atividades políticas e outras formas de atividade²

Em sua perspectiva negativa, a ideologia é entendida como a falsa consciência das relações de domínio entre as classes, assumindo uma conotação de ilusão, mistificação ou distorção, podendo ser compreendida como oposição ao verdadeiro conhecimento dos fatos. Em seu significado negativo, ideologia assume o sinônimo de conjunto de idéias erradas, incompletas ou distorcidas sobre fatos ou sobre a realidade social.³

Marilena Chauí elucida e conceitua ideologia como

“conjunto lógico, sistemático, e coerente de representações(idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar ,e como devem pensar, o que devem valorizar , o que devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto ,um corpo explicativo(representações) e prático(normas, regras e preceitos) de caráter prescritivo,

normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento de identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado” ⁴

Marilena ainda arremata, dizendo que ideólogo será aquele agente “que inverte as relações entre as idéias e o real. A ideologia, que inicialmente designava uma ciência natural da aquisição, pelo homem, das idéias calcadas sobre o próprio real, passa a designar, daí por diante, um sistema de idéias condenadas a desconhecer sua relação real com o real”.⁵

Norberto Bobbio adjectiva de significado fraco o conceito positivo de ideologia que tem predominado na ciência e na sociologia política liberal burguesa, vinculada à matriz weberiana, que entendia o fenómeno ideológico como resultante de um processo racionalizador, que pode não só deformar a realidade, como pode também, tornar sólida, verdadeira e científica as idéias sobre esta mesma realidade.

O posicionamento de Max Weber é oposto ao de Marx e a ideologia marxista, a qual entende a produção ideológica (superestrutura intelectual) subordinada à subestrutura material. Weber admite possível a eclosão de um conhecimento científico crítico, divorciado e independente do processo ideologizante universal, desprezando os efeitos ideológicos resultantes das relações econômicas de produção. Ele pontua:

(...) todas as dimensões da existência humana movem-se entre elementos de um irracionalismo carismático de um lado, e aqueles de um racionalismo técnico, de outro. O conhecimento científico permite ao homem dominar toda as coisas pela previsão, num processo de desencantamento do mundo”.⁶

Da mesma forma Talcott Parsons, expoente da teoria da ação social, que tentando superar a ideologia marxista, porque a entendia destituída de base conceitual científica, também vê significado positivo para ideologia, pois a entende como:

“sistemas de crenças (belief-systems) coletivamente compartilhados e orientados para a ‘integração avaliativa’ da coletividade a que se aplicam, na medida em que desempenham papel importante na ‘legitimação cognitiva de padrões de orientação valorativa’, ao racionalizarem as seleções valorativas feitas”.⁷

Dentro dessa ótica,

“a ideologia seria destituída de qualquer coeficiente crítico, assumindo as feições instrumentais de manutenção, aglutinação e legitimação de determinada ordem social, “constituindo um sistema de idéias que é orientado para a interpretação da natureza empírica da coletividade e da situação em que está colocada, dos processos pelos quais desenvolvem até seu estado determinado, dos objetivos para os quais seus membros estão

coletivamente assentados e de sua relação com o futuro curso de acontecimentos. Para que haja ideologia, deve existir sempre 'um certo nível de comprometimento avaliativo com a crença, enquanto um aspecto da participação como membro da coletividade'".⁸

O mesmo Bobbio adjectiva de forte o significado negativo de ideologia, hoje predominante sobretudo na sociologia crítica matizada pela perspectiva marxista.

Antonio Severino esclarece que para Marx, ideologia é :

" a forma de representação, no plano da consciência, que serve para mascarar a realidade fundamental, que é de natureza econômica. A classe social dominante oculta seus verdadeiros propósitos, servindo-se para isto da ideologia. (...) A ideologia nada mais é do que o uso da atividade pensante como recurso de domínio. (Deste modo) ... a ideologia é toda forma de pensamento teórico, cujo conteúdo se constitui de representações ilusórias do real objetivo, apresentados como correspondendo aos interesses universais, mas correspondendo de fato aos interesses particulares das classes sociais e elaboradas com a finalidade de justificar o exercício do poder político sobre as outras classes ou grupos em decorrência do exercício do poder econômico fundado no domínio da propriedade privada".⁹

Na esteira doutrinária de Karl Marx, Kal Mannheim, ligado à Sociologia do Conhecimento, assentou a diferença entre Ideologia e Utopia, identificando esta última como a forma de pensamento correspondente aos oprimidos e excluídos,

ainda capazes de promoverem a transformação. Ideologia corresponderia ao conjunto dos interesses dos detentores de poder que almejam e propagam a manutenção e conservação da (des)ordem social.

Georg Lukács, vinculado ao pensamento hegeliano, trata ideologia como sendo “uma falsa consciência” porque incapaz de compreender o significado total da sociedade e da sua própria história. Para ele a ideologia da classe dominante não só domina como permeia todo o locus social, havendo uma transmissão espontânea e natural. Desta forma, haveria duas espécies de consciência, ou duas espécies de ideologia, a da classe burguesa e a da classe proletária.

Essa concepção sobre ideologia como falsa consciência teve largo espaço temporal de sobrevivência até sofrer provocações pelos que a compreendiam dentro de uma concepção de articulação, manipulação e replicância de práticas inconscientes, próprias de instituições como a Escola, Família, Igreja, Partidos, Mídia etc.

Para Antonio Gramsci citado pelo Professor Wolkmer,

“a ideologia constitui-se na concepção do mundo de uma classe hegemônica, que se manifesta no plano da superestrutura que, agindo sobre a esfera estrutural, permitirá a interligação orgânica no seio do bloco histórico. Gramsci distingue ideologias historicamente orgânicas de ideologias arbitrárias ou racionalistas. As primeiras são essenciais a uma determinada estrutura, “são historicamente necessárias, (...) têm validade “psicológica”, pois ‘organizam’ as massas humanas, formam o terreno sobre o qual os homens se movimentam, adquirem consciência de sua posição, lutam etc.”, enquanto as

ideologias arbitrárias não criam senão movimentos individuais e polêmicos”.¹⁰

Gramsci entendia a ideologia como um cimento social da estrutura social, porque o conteúdo das idéias e valores tem a capacidade de assegurar a regularidade e a estabilidade das relações sociais, culminando com a legitimação do poder político e sua organização. Para ele a função ideológica tem caráter positivo que suplanta o seu caráter ilusório, mas deve ser combatida enquanto instrumento de dominação. Cada formação social encontra na ideologia / concepção de mundo, o lastro de sua unidade. O bloco social tem sua unidade conservada pela ideologia que atua como cimento de sua unidade e coesão. A dominação e a subordinação ideológicas não podem ser compreendidas de forma isolada uma da outra, porque ambas integram as relações de classe e suas frações em todos os níveis, do político ao econômico, como o ideológico-cultural.

Nicos Poulantzas ao tratar da relação entre o poder político e as classes sociais, em obra assim também nominada, observa que a ideologia está relacionada ao mundo no qual vivem os homens, onde ocorrem suas relações com a natureza, entre ele e a sociedade e com a sua própria atividade econômica e política. E esclarece:

“as ideologias fixam em um universo relativamente coerente, não simplesmente uma relação real, mas também uma relação imaginária, uma relação real dos homens com as suas condições de existência investida em uma relação imaginária. O que quer dizer que as ideologias se reportam, (...) ao vivido humano, sem se encontrarem, por isso, reduzidas a uma problemática do sujeito consciência. Este imaginário social, com função prático-social real,

*não é de modo algum, redutível à problemática da alienação, à da falsa consciência”.*¹¹

Poulantzas rejeita as concepções historicistas, baseadas no pensamento de Marx enquanto jovem, as quais tinham por substrato a alienação decorrente da ação da classe dominante sobre a dominada. Poulantzas abandona a ligação da ideologia dominante com uma classe- sujeito e conclui que a ideologia reflete, antes de tudo, a relação política concreta entre as classes dominantes e as classes dominadas numa formação social.

Louis Althusser, que inicialmente considerava a ideologia como idéia, situando-a no nível do imaginário, ao procurar dar bases científicas ao marxismo, passou a considerar a ideologia como essencial ao funcionamento das sociedades, porque constitui uma representação do mundo que guia os homens. Por isso Althusser instaura a noção dos aparelhos ideológicos de Estado, onde a ideologia é o fundamento da dominação.

Dessa breve digressão sobre o pensamento mais expressivo dos autores que se ocuparam da ideologia como objeto de estudo, vemos que aqueles que a conceituam como contingente das relações de dominação, são os que a entendem essencialmente forte e submetida ao poder, sugestionando visões de mundo comprometidas com o poder ou com o que por ele é tido como necessário, útil, ou conveniente.

Por isso os autores de formação marxista vinculam a ideologia ao poder, desvinculando-a da ciência, enquanto os não marxistas partilham do significado fraco, situando o seu campo de predomínio na ciência e na sociologia, desprezando a sua importância na política e no poder.

Jürgen Habermas faz a conciliação entre as categorias weberianas e as categorias marxistas e analisando

as sociedades capitalistas, industrialmente avançadas, verifica que o modo de dominação tende a perder aquele conteúdo opressor e explorador dos dominadores sobre os dominados, para privilegiar a racionalidade e a técnica como instrumentos de manipulação para a dominação.

O expoente teórico atual da Escola de Frankfurt orienta no sentido de que é imprópria a interpretação marxista das sociedades capitalistas, porque a política está submetida à tecnologia, hoje a principal força produtiva, economicamente falando, que aliada à ciência, funda saberes assecuratórios e funcionais do próprio sistema.

O Direito, como saber científico que se apresenta, está submetido à ideologia e serve ao sistema pelas vias que ele, o sistema, permite.

3. A IDEOLOGIA E O SISTEMA PENAL

O Direito como ciência não é neutro e, portanto, não está livre das influências ideológicas, podendo-se dizer que toda a atividade jurídica é uma prática ideológica.¹²

A ideologização do Direito é completa e denunciadora explícita da ausência de sua neutralidade. A Ciência do Direito não consegue superar sua própria contradição, pois enquanto ‘Ciência’ dogmática torna-se ideologia da ocultação. Por essa razão, as ideologias jurídicas reproduzem, em cada época e em cada lugar, fragmentos parcelados, montagens e representações míticas que revelam a retórica normativa e o senso comum legislativo de um modo de produção dominante.¹³

O Direito Penal não foge ao domínio ideológico. Maurício Antonio Ribeiro Lopes com exatidão, consigna:

“(...) quanto aos sentidos negativo e positivo, preocupam-nos as

interferências da ideologia na formulação do Direito Penal. As técnicas de valorização de falsos conceitos e aspirações incutidas no meio social pelas expressões mais variadas e pelas formas mais diversas, além dos mecanismos de formação da opinião pública, tudo isso, enfim, concorre para a elaboração de leis penais marcadamente protetoras de valores ou bens que não são necessariamente representativos de uma aspiração social majoritária. É certo que serve ainda para a fixação de sanções inadequadas ao crime desde que o meio de repressão seja aceito por essa parcela dominante como mais útil aos fins. Aliás, a própria definição da finalidade da pena (prevenção, repressão, reeducação, et.) é expressão do domínio ideológico.

Enfim, tudo em Direito Penal, da eleição do bem a ser tutelado à redução dada ao tipo legal que o faz, do balizamento abstrato aos mecanismos de execução da pena, da própria escolha da sanção à atuação do poder Judiciário, das garantias conferidas pela Constituição às normas processuais, tudo isso encontra, não uma resposta, mas uma orientação no sistema da ideologia dominante”.¹⁴

O processo de eleição dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal evidencia a estreitíssima relação entre o poder político e o Direito Penal, porque o Direito Penal não está imune aos fatos e aos valores consagrados pela sociedade. Do reino das valorações sociais positivadas na norma deriva a força obrigatória dos Direitos e também do Direito Penal.

Remanesce dessa tríplice relação fato-valorização-norma positiva, a ideologização do Direito Penal e de todo o

Sistema Penal, pois a ideologia como expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, consiste num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por todas as agências do Sistema Penal que o formula, e que tem a função de influir sobre a realidade.

O Sistema Penal ostenta e persegue uma ideologia legitimadora (liberal e da defesa social) que o mantém firme e que consubstancia, conforme Baratta(1978, p. 9-10) o “mito do Direito Penal igualitário” com duas proposições fundamentais: a) o Direito Penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas aos bens jurídicos essenciais de igual interesse de todos os cidadãos; b) a lei penal é igual para todos porque os violadores da lei penal, autores de comportamentos antisociais, serão sujeitos de processo de criminalização, submetendo-se às mesmas conseqüências. Mitificação que conta com o ingresso decisivo e atuante do Ministério Público.

Por isto mesmo, não se pode reduzir o Sistema Penal apenas ao complexo de leis penais. O Sistema Penal deve ser visto como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça, aí incluindo-se o Ministério Público (criminalização secundária), até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal.

Tem, portanto, o Sistema Penal, uma estrutura com duas dimensões, bem descritas por Vera Regina Pereira Andrade:

a) *“uma dimensão deficional ou programadora, que define o objeto do controle, isto é, a conduta delitiva, as regras do jogo para as suas ações e decisões e os*

próprios fins perseguidos: que define, portanto, o seu horizonte de projeção; b) uma dimensão operacional que deve realizar o controle do delito com base naquela programação.

O sistema é, pois, um conceito bidimensional que inclui normas e saberes, (enquanto programas de ação ou decisórios), por um lado, e ações e decisões, em princípio programadas e racionalizadas, por outro.

O Direito Penal entendido como legislação integra a dimensão programadora do sistema. Tem, neste sentido, um caráter “programático”, já que a normatividade penal não realiza, por si só, o programa: simplesmente o enuncia, na forma de um “dever-ser”. E embora não a esgote (porque acompanhado de normas constitucionais, processuais, penais, penitenciárias etc...) a ele sem dúvida foi atribuído um lugar central no sistema”.

Assim,

“O Sistema Penal (como todo sistema) existe como a articulação funcional de vários elementos sincronizados: a lei penal (criminalização e ritualização), a justiça criminal (aplicação penal), a polícia e a prisão (repressão penal) e órgãos acessórios. Assim respectivamente: a) a definição legal de crimes e penas e dos rituais de aplicação (Poder

Legislativo); b) a verificação de fatos concretos adequados às matrizes legais de crimes, com a metodologia conhecida como teoria do crime, conforme rituais judiciais, com a aplicação (...) de penas, no processo oficial de criminalização (Poder Judiciário); c) a prisão dos autores de crimes (anterior ou posterior à criminalização oficial), a realização de investigações e de exames preliminares informativos da criminalização oficial (...) e a execução penal, como retribuição equivalente do crime (Poder Executivo)".¹⁵

O Sistema Penal, portanto, é corporificado pelo conjunto das agências responsáveis pela criação, aplicação e execução das normas penais e todos os funcionários e agentes que integram todos esses setores.

Mas o Sistema Penal, exatamente por abarcar as agências responsáveis pela criação das normas penais, congrega, por consequência, o público que interage não só como receptor da normatividade, mas, enquanto opinião pública, age e reage na periferia de todos os sistemas, com suas ânsias e mitos.

Enfim, não se pode excluir do Sistema Penal o público, que, na condição de denunciante, tem o poder de operacionalizar o próprio sistema e, na condição de opinião pública e “senso comum” interage ativamente com ele. A opinião pública figura na periferia do sistema.

É essa opinião pública que se agita com as cifras da violência e inconscientemente toldada pela ideologia penal dominante, a ideologia da Defesa Social, segue clamando mais normatividade e mais repressão, ainda confiante nas promessas do Direito Penal, sem sequer compreender as múltiplas espécies de violência a que está sujeita e é submetida.

4. A OCULTAÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTRUTURAL PELO SISTEMA PENAL

Desta forma, a sociedade tem o Sistema Penal como capaz de exercitar, racionalmente, a programação do poder punitivo, pois o Sistema promete exercer, dentro da legalidade, aí incluindo todos os princípios do Estado de Direito, do Direito Penal e Processual Penal, a garantia da justiça aos acusados. De outra parte, declara-se protetor dos bens jurídicos constantes da programação normativa e, por essa via, realiza o combate à criminalidade de duas formas: pelo caminho da prevenção geral (intimidação pela possibilidade de aplicação das penas abstratamente previstas na lei) e pela prevenção especial (através da execução das penas) corrige e recupera os infratores.

Resulta desse processo circular que a criminalização secundária incorpora-se ao contínuo processo da criminalização primária, cuja gênese instalada na opinião pública, molda o padrão penal de uma sociedade.

Com efeito, os meios de comunicação contribuem, de forma destacada, no processo de condução do legislador para a avaliação do merecimento da tutela penal sobre os bens jurídicos, assim como para a avaliação sobre o merecimento de pena sobre as condutas que devem ser erigidas à categoria de crimes.

Toldada, muitas vezes, pela emocionalidade dos fatos, e submetida ao discurso corrente da eficácia do sistema punitivo como capaz de estancar a violência e fazer renascer a segurança prometida pelas agências do Sistema Penal, a opinião pública segue, debilmente, sem reflexão, solicitando a ampliação dos espaços da lei penal, com a exponenciação das penas, firme no primado da segurança jurídica prometida.

Os políticos, por sua vez, ocupam os vácuos de esperança social preenchendo-os com mais leis para o controle

penal da violência, mas a violência estrutural resultante do aviltamento dos direitos mais elementares da vida humana, passa ao largo das preocupações da maioria dos legisladores.

Desta forma, para aqueles cujas mentes são incapazes de compreender a interação dos múltiplos fatores que concorrem para o crime e tampouco lúcidas para perceber os défices do próprio Sistema Penal em converter o ambiente social em espaço de paz e segurança, apenas a lei penal preenche o desespero da desordem social.

Há muito de desesperado no Sistema Penal, assim como na atuação da maioria dos agentes do Sistema.

Por isto a crescente prioridade assumida pela questão criminal nas agendas político-eleitorais dos países, impulsionando reformas voltadas à ampliação do arsenal de tipos e agudização de penas, resultando muitas vezes em erosão das estruturas fundamentais do Estado de Direito, fazendo a colisão entre leis especiais e a matriz constitucional penal e processual.

Não há sequer a preocupação de se esclarecer o que deve ser entendido por violência, havendo uma tendência em adotar o significado de perturbação física ou patrimonial, apenas, como se as formas de violência resultantes da supressão das condições elementares da vida para a maior parte dos indivíduos, ou as omissões do Estado na prestação de serviços essenciais à população, não pudesse ser entendida como expressões de violência.

A violência que o Sistema Penal diz ser necessário enfrentar é a violência que o Sistema seleciona. Por isso a definição corrente de violência criminal abarca apenas uma pequena parcela da violência estrutural.

“Tal processo seletivo deixa fora da atenção da opinião pública, a maior parte da violência

exercida pelo sistema social sobre os indivíduos, assim como a guerra entre Estados, na exploração colonialista de 'estados periféricos' por parte de 'estados centrais', na destruição da riqueza e de recursos ligada funcionalmente ao sistema de produção da sociedade industrial avançada, nas relações de injustiça, de opressão na maior parte dos Estados, na supressão de anos de existência média da vida, no preço pago a um tipo de produção que subordina as necessidades do indivíduo e da comunidade à lógica do capital e no imenso custo em termos de saúde física e psíquica dos trabalhadores. Deixa fora também as condições de subalimentação a que está constrangida uma grande parte da população mundial, como deixa de analisar a lógica distorcida da economia planetária.

*Se pensarmos em tudo isto, nos daremos conta de que a violência criminal não é mais do que uma parte microscópica deste universo de violência em que vivem os homens. E não somente hoje".*¹⁶

5.CONCLUSÕES

1. A capacidade transgressora do Ministério Público à ideologia penal dominante, a sensibilidade e eficiência para tornar concreta a defesa da Constituição e das instituições democráticas e a democracia – que por capilaridade deve fluir para todas as dimensões do direito – poderá tornar a instituição

agente contribuinte da radiografia dos equívocos que ainda vitimam a compreensão do que seja, efetivamente violência, porque sensível para realizar o diagnóstico, poderá contribuir para a transformação da realidade.

2. A acomodação e a submissão à tradição cartesiana, que estabelece o império da relação causa-solução, permeia a instituição moldando formas de agir e reagir à dita violência oficial, sem questionamentos de fundo, e sem reflexão sobre os modelos de intervenção que realiza e, sequer, sobre a adequação do modelo à realidade social e à proposta fundamental do verdadeiro Estado de Direito.

3. A instituição segue todo o discurso do modelo clássico de intervenção e também é caudatária dos reclamos comuns do Sistema Penal. Clama pela ampliação do aparato penal, mostra à sociedade o resultado da sua atuação, não para demonstrar as doenças sociais do paciente sociedade, mas para continuar ministrando ao paciente os mesmos ritos e remédios que não lhe curam a moléstia, nem a dor.

4. A instituição contribui para a construção do perfil do que deve ser considerado violência, mas ela própria despreza as múltiplas formas de violência a que estão submetidas as multidões de excluídos pelas políticas oficiais de exclusão que seguem incrementando as distâncias sociais.

5. Os representantes do Ministério Público não se entregam à saudável introspecção visando verificar qual modelo perseguem. Agem reflexamente, seguindo os princípios de obrigatoriedade da ação penal pública, firmes na tipicidade penal, sem a preocupação com a dimensão do resultado, dos efeitos sobre o acusado, sua existência e sua vida perante seus pares.

6. A repetição dos sintomas das doenças sociais exteriorizados nas cifras da criminalidade oficial tem servido, apenas, para reprise dos discursos arcaicos que sempre moldaram a atuação de cada Promotor de Justiça. As palavras

de ordem “defensor da sociedade contra o crime” e “responsável pela aplicação da lei penal” estruturam a realidade do agir profissional, pois como adverte C.G. Jung:

“Facilmente nos deixamos cegar por palavras; a realidade toda nós substituímos por palavras”.¹⁷

7. Substituindo o compromisso com a efetiva luta pela construção do Estado de Direito pelas palavras “fiel aplicador da lei penal”, o Ministério Público contribui para a manutenção das falsas esperanças que o Direito Penal continua instalando no *self* coletivo. Desta forma, não trabalha para a redefinição do lugar do Direito Penal como resposta aos problemas sociais, segue o vício dos tempos em que apenas aplicar a lei penal tornava-o titular de prestígio e indispensabilidade na vida das gentes.

8. Afeiçoado à perspectiva garantidora do Direito Penal, apoia-se o Ministério Público no princípio da legalidade penal e se apresenta soldado vigilante do Estado de Direito porque acusa e processa os criminosos. Como se isso bastasse.

9. Dentro do exercício exclusivo da legalidade penal e atuando como acusador daqueles que praticam condutas típicas, descritas pelo Direito Penal, o Ministério Público não se vê como agente da seletividade do que é crime e da própria dimensão da criminalidade.

10. Assim, a instituição contribui para a formação da imagem da criminalidade e da violência tidas por oficiais e que são compreendidas como as que se sujeitam à tipicidade penal. Enquanto que a violência estrutural da sociedade continua fora da agenda das preocupações institucionais, embora seja a responsável pelas violações dos direitos indisponíveis do cidadão brasileiro.

11. A violência estrutural concebida e imposta contra as camadas sociais mais débeis, sob o ponto de vista da cidadania, vitima expressivamente aqueles que serão agentes da seleção criminal que, antes de criminosos, foram privados da fruição dos direitos fundamentais de saúde, escolaridade, habitação, alimentação e segurança.

12. A instituição precisa saber também enfrentar a violência estrutural e não apenas aderir aos clamores da violência oficial que o Sistema Penal reclama, sob pena de não corresponder, sequer, ao conteúdo deficiente constante da Carta Constitucional.

6.BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de .Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida. Florianópolis, 1994. Tese (Doutorado em Direito)- Curso de Pós Graduação/ UFSC.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito Penal e Criação Judicial. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- BARATTA, Alessandro. Problemas sociales y percepción de la criminalidad. Revista del Colégio de Abogados Penalistas dell Valle, Cali, n. 9, pp.17-32, 1984.
- BRUM, Nilo Bairo de. Requisitos retóricos da sentença penal, São Paulo, RT, 1980.
- CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. São Paulo, Brasiliense, 1981.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso. O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade. Porto Alegre, Ed. Síntese, 1979.
- JUNG, C.G. Civilização em Transição, Petrópolis, Vozes, 1993.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Direito Penal, Estado e Constituição, São Paulo, IBCCrim, 1997.
- POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais, São Paulo, Martins Fontes, 1977.
- SEVERINO, Antônio Joaquim .Educação, ideologia e contra-

ideologia, São Paulo, EPU, 1986.

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito, São Paulo., RT, 1989.

¹Apud Wolkmer, Antonio Carlos, Ideologia, Estado e Direito, São Paulo., RT, 1989, p. 92.

² Ob. Cit. p. 93.

³ Idem., p. 95.

⁴ Marilena Chauí. O que é ideologia. São Paulo, Brasiliense, 1981, pp. 113-114.

⁵ Idem, p. 25.

⁶ Antonio Carlos Wolkmer, ob. cit.p. 94

⁷ Idem, p. 94.

⁸ Antonio Joaquim Severino, Educação, ideologia e contra-ideologia, São Paulo, EPU, 1986, pp. 15-16.

⁹ Idem, pp. 8-10.

¹⁰ Antonio Carlos Wolkmer, ob. cit., pp. 98-99.

¹¹ Nicos Poulantzas. Poder político e classes sociais, São Paulo, Martins Fontes, 1977,pp. 200-201.

¹² Nilo Bairros de Brum. Requisitos retóricos da sentença penal, São Paulo, RT, 1980, p. 11.

¹³ Antonio Carlos Wolkmer, ob. cit., p. 146.

¹⁴ Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Direito Penal, Estado e Constituição, São Paulo, IBCCrim, 1997, pp. 135-136.

¹⁵ Vera Regina Pereira de Andrade, Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida. Florianópolis, 1994. Tese (Doutorado em Direito)- Curso de Pós Graduação/ UFSC.p.

¹⁶ Alessandro Baratta,Problemas Sociais e Percepção da Criminalidade, Revista Del Colégio de Abogados Penalistas dell Valle, Cali, n. 9, pp. 17-32.

¹⁷ C.G. Jung, Civilização em Transição, Vozes, Petrópolis, 1993, p. 182.

Associação Cearense do Ministério Público
Biblioteca



000001

Livro de teses: Ministério Público e democracia

347.73; C759I; 1998 - CÓD.: 000002

t.1 ex.1 Cat.

