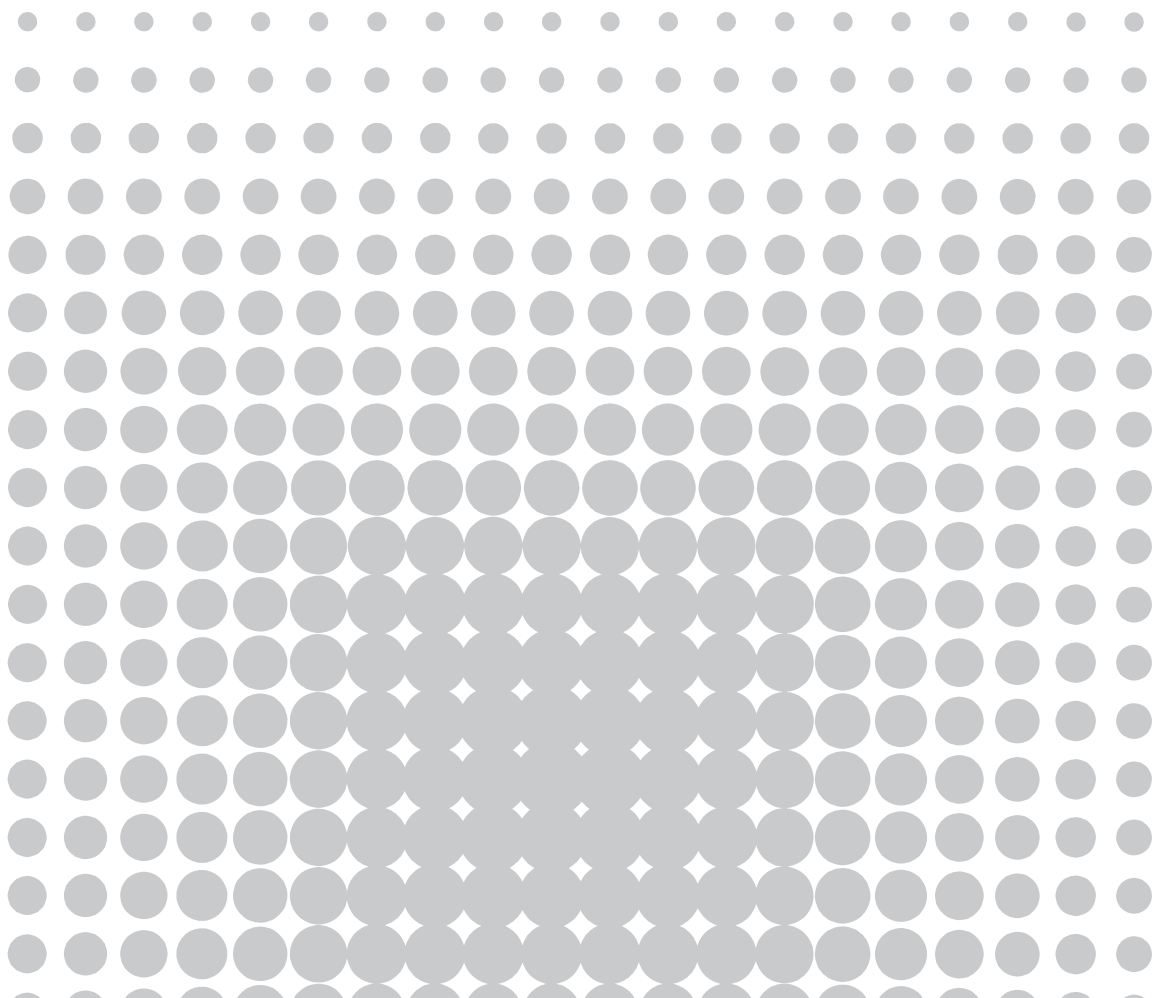


Manual Geral e Promotorias Especializadas

Volume 1



Manuais de Atuação Criminal Especializada

Manual Geral & Promotorias Especializadas

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL

Rua Riachuelo, 115 – 7ª andar – sala 730 – São Paulo – CEP 01007-000 – tel. 3119-9922
caocrim@mpsp.mp.br

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador-Geral de Justiça

Sérgio Turra Sobrane

Subprocurador-Geral de Justiça

José Carlos Mascari Bonilha

Diretor-Geral

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Centro de Apoio Criminal

Coordenador

Eliana Faleiros Vendramini Carneiro

Flávio Eduardo Turessi

Maurício Salvadori

Miguel Tassinari de Oliveira

Assessores

**Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca “César Salgado” do
Ministério Público do Estado de São Paulo**

São Paulo (Estado). Ministério Público. Centro de Apoio Operacional
Sa63m Criminal

Manuais de atuação criminal especializada: manual geral & Promotorias Especializadas / Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Criminal. - São Paulo: Ministério Público do Estado, 2014.

2v.

Vários autores

1. Ministério Público Estadual – Manual – São Paulo (Estado).
2. Promotor Público - Manual – São Paulo (Estado). 3. Processo Penal.
I. São Paulo (Estado). Ministério Público. II. Centro de Apoio Operacional Criminal. III. Título.

CDU 347.963:343.1(815.6)(035)

APRESENTAÇÃO	5
1. MANUAL GERAL DE ATUAÇÃO NA ÁREA CRIMINAL.....	7
<i>(Flávio Eduardo Turessi e Miguel Tassinari de Oliveira)</i>	
2. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	65
<i>(Fernando Arruda)</i>	
3. EXECUÇÃO PENAL.....	127
<i>(Paulo José de Palma)</i>	
4. JUSTIÇA APLICADA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL ("As experiências da Prestação de Serviços à Comunidade e da Justiça Terapêutica na Promotoria Criminal de Santana")	217
<i>(Mário Sérgio Sobrinho)</i>	
5. JUSTIÇA MILITAR – Parte Teórica.....	307
<i>(Silvio Hiroshi Oyama)</i>	
6. JUSTIÇA MILITAR – Parte Prática	367
<i>(Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, Cristiane Helena Leão Pariz e Edson Corrêa Batista)</i>	

Apresentação

Apresentamos o valioso material produzido por distintos colegas do Ministério Público paulista, cumprindo o intuito de reforçar nossa diretriz de facilitar a atuação funcional dos membros do Ministério Público na área criminal, servindo, nesse sentido, inclusive como subsídio para capacitação de servidores e estagiários da Instituição.

Os manuais, divididos em dois volumes, apresentam linhas gerais de atuação na área criminal e fornecem importante legado para compartilhar as experiências e formas de atuação especializadas na área criminal.

O primeiro volume é focado na atuação geral e nas promotorias de justiça especializadas: combate à sonegação fiscal e enfrentamento dos crimes contra a ordem tributária, atuação na área de execuções criminais, atuação diferenciada nos Juizados Especiais Criminais (com ênfase à justiça restaurativa e à mediação em matéria penal) e, finalmente, a concepção teórica e prática da atividade perante a Justiça Militar.

No segundo volume, com a inestimável ajuda dos colegas, compartilhamos experiências e formas de atuação dos Grupos Especiais hoje existentes: GAECO, GECAP, GECEP, GEDEC e GEVID e, dessa forma, pretendemos replicar as experiências e, sobretudo, fomentar um debate para o aperfeiçoamento funcional nas atividades de controle externo da atividade policial, enfrentamento ao crime organizado, aos crimes ambientais e de parcelamento do solo, à violência doméstica e familiar contra a mulher e para a adequada investigação de delitos de lavagem de dinheiro e formação de cartéis.

O trabalho é complementado por peças práticas disponíveis no site do CAOCrim (intranet) e em mídia digital oportunamente encaminhada.

Agradecemos imensamente aos colegas que contribuíram para a realização desse trabalho, permitindo uma nova visão de nossa principal atividade-fim e registramos – especialmente ao Exmo. Sr. Dr. Márcio Fernando Elias – Procurador-Geral de Justiça, nossa gratidão por incentivar a realização desse trabalho e acreditar na necessidade de valorização da atuação criminal, que sempre foi a marca identificadora do Ministério Público brasileiro.

Atenciosamente,

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Promotor de Justiça

Coordenador do CAOCrim



MANUAL GERAL DE ATUAÇÃO NA ÁREA CRIMINAL

Elaboração Flávio Eduardo Turessi
Miguel Tassinari de Oliveira

Coordenação CAOCrim



APRESENTAÇÃO 13

CAPÍTULO I – FASE EXTRAJUDICIAL 15

1. Seção I – Do recebimento de *noticia criminis* 17

1. Comunicação verbal de notícia da prática de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada 15
2. Comunicação escrita de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada 15
3. Comunicação anônima de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada 15
4. Comunicação verbal de crime que se procede mediante ação penal pública condicionada 16
5. Comunicação escrita de crime que se procede mediante ação penal pública condicionada 17
6. Comunicação verbal de crime que somente se procede mediante queixa-crime 17
7. Comunicação escrita de crime que somente se procede mediante queixa-crime 17

2. Seção II – Recebimento do inquérito policial 17

1. Investigado detentor de foro por prerrogativa de função 17
2. Inquérito Policial Militar remetido à Justiça Comum por incompetência daquela Justiça Especializada 17
3. Devolução do inquérito policial à Autoridade Policial para o cumprimento de diligências 18
4. Pedidos de dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial pela Autoridade Policial 18
5. Inquéritos policiais que apuram a prática de crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor 18
6. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes de lesão corporal dolosa grave 19
7. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes dolosos contra a vida cometidos por arma de fogo 19

8. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes contra o patrimônio 19
9. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento 21
10. Inquéritos policiais que apuram a prática de crime cometido em concurso de pessoas com menor imputável 22
11. Comunicação de prisão em flagrante 23

CAPÍTULO II – FASE JUDICIAL 25

1. Arquivamento de inquérito policial e peças de informação 25
2. Arquivamento de inquérito policial que apura a possível prática de crime culposo 25
3. Arquivamento de inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou peças de informação que investiguem mais de um agente pela prática de crime. Hipótese em que um ou mais investigados são denunciados, mas não todos os agentes 25
4. Recebimento de inquérito policial com indiciado preso cuja Vara Criminal competente para processar e julgar o feito o Promotor de Justiça não oficie 26
5. Ausência do oferecimento da denúncia em desfavor de determinado agente por necessidade de diligências complementares 26
6. Requisitos da denúncia 26
7. Denúncia em caso de concurso de pessoas 28
8. Denúncia por crimes culposos 29
9. Denúncia por crime de ameaça 30
10. Denúncia por crime de desacato, contra a honra e denunciação caluniosa 30
11. Denúncia por crime de prevaricação 31
12. Denúncia por crime de receptação 31
13. Qualificação do acusado 32
14. Qualificação da (s) vítima (s) e testemunha (s) 32
15. Idade do acusado (mencionar na denúncia) 00
16. Indicação na denúncia do atendimento às condições de procedibilidade 32
17. Descrição na denúncia do fato impeditivo da consumação em crimes tentados 33
18. Denúncia em caso de concurso de crimes 33
19. Rol de testemunhas 33
20. Providências em caso de citação por edital 34
21. Observância do rito procedimental 34

22. Diligências em audiência (art. 402 CPP) 35
23. Alegações orais em audiência 36
24. Memoriais 37
25. Memoriais em ação penal privada 38
26. Razões e contrarrazões recursais 38

CAPÍTULO III – DA ATUAÇÃO NOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL 39

1. Competência – infrações penais de menor potencial ofensivo 39
2. Competência – lugar da infração 41
3. Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO – e requisição de diligências pelo Ministério Público 42
4. Auto de prisão em flagrante 43
5. Pedido de arquivamento em termo circunstanciado 43
6. Audiência preliminar – ausência injustificada do autor do fato 43
7. Audiência preliminar – crime de ação penal pública condicionada – ausência injustificada da vítima 43
8. Admissibilidade de transação penal em ação penal privada 44
9. Transação penal aos crimes previstos no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 45
10. Transação penal em crimes ambientais 47
11. Inadmissibilidade de proposta de transação penal pelo juiz de Direito 49
12. Descumprimento da pena transacionada – oferecimento de denúncia 50
13. Procedimentos finais na audiência preliminar 52
14. Suspensão condicional do processo – art. 89, caput, da Lei nº 9.099/95 52
15. Definição do limite mínimo da pena cominada 54
16. Possibilidade da suspensão condicional do processo em caso de desclassificação 54
17. Inadmissibilidade da proposta de suspensão condicional do processo *ex officio* pelo juiz de Direito 56
18. Suspensão condicional do processo e crime continuado 56
19. Suspensão condicional do processo e crime de ação penal privada – possibilidade 57
20. Suspensão condicional do processo nos crimes ambientais – art. 28 da Lei nº 9.605/98 57
21. Suspensão condicional do processo no âmbito da violência doméstica 59

22. Necessidade de análise das condições de ordem subjetiva para a propositura da suspensão condicional do processo **60**

BIBLIOGRAFIA 63

Este trabalho busca auxiliar o Promotor de Justiça no exercício das funções afeitas ao seu cargo na área criminal não especializada, notadamente em questões de maior praticidade e incidência no cotidiano das Promotorias de Justiça Criminais.

Para tanto, encontra-se dividido em três capítulos, a saber: fase extrajudicial, fase judicial e atuação nos processos de competência do Juizado Especial Criminal. A fase extrajudicial cuida do recebimento de *notitia criminis* e do recebimento do inquérito policial. A fase judicial, por sua vez, enfrenta questões práticas relacionadas às promoções de arquivamento, conteúdo das denúncias, memoriais, razões e contrarrazões recursais. Já a atuação nos processos de competência do Juizado Especial Criminal enfrenta, ao lado de questões relacionadas à competência, temas atuais concernentes ao cabimento dos institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo.

Sem a pretensão de esgotar os temas, houve a preocupação de que o manual que ora se apresenta guardasse estreita correlação com o Manual de Atuação Funcional e com as decisões lançadas pela Eg. Procuradoria-Geral de Justiça em sede de conflitos de atribuições e art. 28 do CPP, bem como com o entendimento jurisprudencial firmado pelos Tribunais Superiores.

Por força da invencível demanda recebida diariamente pelos Promotores e Procuradores de Justiça de São Paulo, o presente trabalho procura ser eficiente e, principalmente, prático, não se constituindo, pois, em trabalho acadêmico ou extremamente aprofundado sobre um determinado tema de interesse institucional.

Espera-se, outrossim, que o trabalho que ora se apresenta cumpra seu objetivo, permitindo e contribuindo para que os membros do Ministério Público de São Paulo continuem exercendo com distinção os graves misteres constitucionais que lhes foram conferidos.

CAPÍTULO I **FASE EXTRAJUDICIAL**

Seção I **Do recebimento de *notitia criminis***

1. Comunicação verbal de notícia da prática de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada.

Ao receber comunicação verbal da prática de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada deve o Promotor de Justiça, como providência preliminar, verificar a existência de inquérito policial ou procedimento investigatório criminal sobre o fato. Inexistindo investigação formal, colher por termo as declarações do denunciante e, não sendo o caso de instauração de procedimento investigatório criminal, encaminhar a peça à Autoridade Policial acompanhada de ofício requisitório (cf. art. 11 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

2. Comunicação escrita de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada.

Ao receber comunicação escrita da prática de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada deve o Promotor de Justiça, como providência preliminar, verificar a existência de inquérito policial ou procedimento investigatório criminal sobre o fato, bem como a possibilidade de propositura imediata da ação penal com espeque nos elementos de convicção constantes da notícia do crime. Inexistindo base para o pronto oferecimento da denúncia e, não sendo o caso de instauração de procedimento investigatório criminal, encaminhar através de ofício requisitório à Autoridade Policial (cf. art. 12 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

3. Comunicação anônima de crime que se procede mediante ação penal pública incondicionada.

Tomar o cuidado de não requerer o arquivamento de plano. Nestes casos, verificar se a denúncia anônima contém mínimos elementos de convicção que possibilitem identificar a vítima e, se o caso, colher por termo suas declarações para, posteriormente, não sendo o caso de instauração de procedimento investigatório criminal, encaminhar-se por ofício requisitório à Autoridade Policial. Sobre a admissão de delação anônima como instrumento apto a deflagrar procedimentos de investigação, a título ilustrativo, confira-se:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE JOGO DO BICHO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. OBSERVÂN-

CIA DOS DITAMES LEGAIS. VALIDADE DA PROVA COLHIDA. ORDEM DENEGADA. 1. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. 2. Ao receber a denúncia anônima, o membro do Ministério Público, em observância aos preceitos legais, solicitou à Autoridade Policial que realizasse investigações a fim de verificar os fatos narrados e, após evidenciada a verossimilhança da narrativa, requereu ao Juízo competente a expedição de mandado de busca e apreensão, onde foram apreendidos os bens utilizados no jogo do bicho e as munições em desacordo com a determinação legal. 3. Descabe o trancamento da ação penal, porque não se mostra ilícita a prova colhida em desfavor do acusado, bem como foram obtidos elementos probatórios suficientes para embasar a acusação contra o Paciente. 4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Ordem denegada.” (STJ – HC 83830/PR – 2007/0122643-9 – Rel. Min. LAURITA VAZ (1120) – 5ª Turma – Data do julgamento 03.03.2009 – Data da publicação/fonte – DJE 09.03.09). (vide art. 13 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

4. Comunicação verbal de crime que se procede mediante ação penal pública condicionada.

Nestes casos, verificar a existência de inquérito policial ou procedimento investigatório criminal sobre o fato. Inexistindo investigação formal, colher por termo as declarações do ofendido ou de seu representante legal, questionando-se o exercício do direito de representação e, posteriormente, não sendo o caso de instauração de procedimento investigatório criminal, encaminhar-se por ofício requisitório à Autoridade Policial. Aliás, como destaca HUGO NIGRO MAZZILLI (1997, p. 158-159):

“Nos crimes em que a ação penal dependa de representação (lesões corporais leves ou culposas, crimes contra os costumes cometidos contra vítima pobre, ameaça, etc.), não se deve esquecer de que esta não exige rigorismo formal. A presença da parte interessada, pedindo “providências” ao promotor, muitas vezes é e deve ser mesmo recebida como a própria manifestação de vontade necessária para exercer-se o *ius persequendi*: diante da limitação cultural da pessoa que o procure, o promotor deve utilizar palavras simples para bem orientá-la e aferir-lhe a real intenção. (...). Caso haja manifestação de vontade favorável à apuração criminal, deve-se colher no ato a representação; em caso contrário, mesmo que o interessado peça tempo para decidir-se, consideramos boa cautela ouvi-lo em declarações, presenciadas por testemunha idônea (estagiário do Ministério Público, funcionário público etc.), ficando consignado que o interessado está informado sobre o direito de representação e sobre o prazo de seis meses para exercitá-lo a contar do dia em que veio a saber quem é o autor do crime.”

5. Comunicação escrita de crime que se procede mediante ação penal pública condicionada.

Ao receber comunicação escrita da prática de crime que se procede mediante ação penal pública condicionada deve o Promotor de Justiça, como providência preliminar, verificar a existência de inquérito policial ou procedimento investigatório criminal sobre o fato, bem como a possibilidade de propositura imediata da ação penal com espeque nos elementos de convicção constantes da notícia do crime com o inequívoco exercício do direito de representação. Inexistindo base para o pronto oferecimento da denúncia, colher por termo as declarações do ofendido ou de seu representante legal, questionando-se o exercício do direito de representação e, posteriormente, não sendo o caso de instauração de procedimento investigatório criminal, encaminhar-se por ofício requisitório à Autoridade Policial.

6. Comunicação verbal de crime que somente se procede mediante queixa-crime.

Ao receber comunicação verbal da prática de crime que somente se procede mediante queixa-crime deve o Promotor de Justiça, como providência preliminar, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Inexistindo investigação formal, colher por termo as declarações do ofendido ou de seu representante legal, encaminhando-se, por ofício, à Autoridade Policial.

7. Comunicação escrita de crime que somente se procede mediante queixa-crime.

Ao receber comunicação escrita da prática de crime que somente se procede mediante queixa-crime deve o Promotor de Justiça, como providência preliminar, verificar a existência de inquérito policial sobre o fato. Inexistindo investigação formal, mas sendo consignado requerimento de instauração de inquérito policial, sugere-se o encaminhamento, por ofício, à Autoridade Policial.

Seção II

Recebimento do inquérito policial

1. Investigado detentor de foro por prerrogativa de função.

Na folha de vista, por meio de circunstanciada manifestação, requerer a remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente.

2. Inquérito Policial Militar remetido à Justiça Comum por incompetência daquela Justiça Especializada.

Como se sabe, *ex vi* do disposto no art. 5º, inc. XXXVIII, “d”, é assegurada à instituição do Júri a competência mínima para o julgamento de crimes dolosos

contra a vida. Com a edição da Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996 (entrou em vigor na data de sua publicação), que conferiu nova redação ao art. 82 do Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar –, ao foro militar, que é especial, estão sujeitos os militares, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil. Assim, por força do novo § 2º, do art. 82, do Código de Processo Penal Militar, nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum. Nestes casos, sugere-se ao Promotor de Justiça que, havendo inquérito policial tramitando pela Polícia Civil, requeira o apensamento dos dois cadernos investigatórios para apreciação conjunta dos fatos apurados e escoreita formação da *opinio delicti*. Inexistindo inquérito policial, analisar o inquérito policial militar como supedâneo, oferecendo denúncia, requerendo seu arquivamento ou novas diligências que, *in casu*, deverão ser devidamente cumpridas pela Polícia Judiciária (vide art. 14 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

3. Devolução do inquérito policial à Autoridade Policial para o cumprimento de diligências.

Caso sejam necessárias diligências complementares para a escoreita formação da *opinio delicti*, sugere-se ao Promotor de Justiça que, através de manifestação circunstanciada, promova verdadeiro saneador ao conteúdo do inquérito policial, explicitando, desde logo, as condições de tempo e local da prática criminosa e a provável autoria para, na sequência, apontar todas as diligências pertinentes que faltam para a conclusão dos trabalhos de Polícia Judiciária. (vide arts.15 e 16 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

4. Pedidos de dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial pela Autoridade Policial.

A concordância não deve ser automática. Sugere-se que, na medida do possível, especialmente quando se constate pouco ou nenhum avanço desde a última representação da Autoridade Policial, o Promotor de Justiça examine com parcimônia o novo pedido de dilação de prazo, identificando quais as providências realizadas desde a última concessão e quais as diligências que ainda se afiguram como necessárias, notadamente diante de feitos cujos crimes em apuração aproximam-se de serem alcançados pela prescrição (vide art. 18 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

5. Inquéritos policiais que apuram a prática de crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor.

Por vezes, pela deficiência da prova testemunhal, que se mostra insatisfatória para revelar a exata dinâmica do acidente, requerer a realização de prova pericial

contendo o “croquis” do local dos fatos, destacando a necessidade de que a prova técnica explicita, inclusive, todos os sinais de trânsito disponíveis naquela localidade e os limites de velocidade.

6. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes de lesão corporal dolosa grave.

Caso o laudo pericial sugira a necessidade de exame complementar que aponte a natureza das lesões suportadas pela vítima, atentar para que, caso tal providência não tenha sido buscada pela Autoridade Policial, seja buscada pelo próprio Promotor de Justiça, através de regular e circunstanciada manifestação. Cuidando-se de lesões corporais de natureza grave pelo perigo de vida, atentar para que o laudo pericial contenha a necessária fundamentação e, cuidando-se de deformidade permanente, atentar para a necessidade de que a prova pericial venha acompanhada e instruída com fotografia do ofendido (vide art. 28 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

7. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes dolosos contra a vida cometidos por arma de fogo.

Atentar para que o laudo pericial apresente, de forma clara e circunstanciada, boneco representativo do corpo da vítima contendo a trajetória do projétil e os órgãos atingidos, a ocorrência de zonas de chamuscamento e esfumaçamento no corpo ou vestes do ofendido, requerendo a complementação do trabalho técnico se o caso. A título meramente ilustrativo, confira-se (TOCCHETTO, p. 229):

“A *zona de chama*, também denominada *zona de chamuscamento* ou *zona de queimadura*, é produzida pelos gases superaquecidos e inflamados que se desprendem por ocasião dos tiros encostados e atingem o alvo, produzindo queimadura da pele da região, dos pelos e das vestes. Esta zona circunda o orifício de entrada, nos tiros perpendiculares e está presente nos tiros encostados ou muito próximos. A zona de chama serve para o diagnóstico do orifício de entrada, da distância e direção do tiro, da quantidade de carga (pólvora) e do ambiente em que foi realizado o tiro. (...). A *zona de esfumaçamento* é produzida pelo *depósito de fuligem* oriunda da combustão da pólvora ao redor do orifício de entrada. A zona de esfumaçamento é formada pelos resíduos finos e impalpáveis que, sob a forma de pequeníssimas partículas, ficam aderidos ao plano do alvo, sendo facilmente removidos por lavagem.”

8. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes contra o patrimônio.

Cuidando-se de infração penal que deixa vestígios, verificar e zelar pela elaboração de laudo pericial, requerendo a produção desse elemento de prova, ainda que de forma indireta, caso seja possível a sua elaboração. Aqui, vale a pena relem-

brar a dicção do art. 158 do CPP, *verbis*: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” Debruçando-se sobre esse dispositivo legal, JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 479) esclarece que:

“Deixando o crime vestígios materiais (*delicta facti permanentis*), é indispensável o *exame de corpo de delito direto*, elaborado por peritos para se comprovar a materialidade do crime, sob pena de nulidade. O exame destina-se à comprovação, por perícia, dos elementos objetivos do tipo, que diz respeito, principalmente, ao evento produzido pela conduta delituosa, ou seja, do resultado, de que depende a existência do crime (art. 13, *caput*, do CP). Deve registrar, portanto, a própria existência do delito. A *perícia* é o exame realizado por pessoa que tem determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca dos fatos, circunstâncias objetivas ou condições pessoais inerentes ao fato punível a fim de comprová-los (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. Cit. P. 220). A perícia deve ser determinada pela autoridade policial logo que tiver conhecimento da prática da infração penal (art. 6º, VII) ou até a conclusão do inquérito, bem como pelo juiz, durante a instrução, ou mesmo a requerimento das partes, na denúncia ou queixa ou no prazo da defesa prévia, ou ainda no final da instrução (art. 499). Os artigos 158 e 563, II, “b”, porém arranham os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento do juiz, dificultando a busca da *verdade real*. Como afirma o ministro Luis Vicente Cernicchiaro: “Constata-se, então, esta curiosa situação. Falha do condutor do inquérito ou do processo (sem considerar eventual malícia) deixa de materializar aqueles indícios. Interpretação literal dos dispositivos mencionados leva, inexoravelmente, à conclusão de não serem considerados os outros meios de prova, embora idôneos, claros, inofismáveis, esclarecedores do fato. Tem-se, então, curiosa e perplexa conclusão: o fetichismo dos meios de prova supera o próprio valor dos meios probatórios, reduzindo a instrução criminal a um jogo formal de dados, quando não a um jogo bem-sucedido de interesses escusos” (*Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 5/207-217). Diz ainda a lei que exame de corpo de delito direto não pode ser substituído exclusivamente pela confissão do acusado, mas, não se excluindo, pela Constituição, senão as provas obtidas ilicitamente, a disposição não deve mais vigorar.”

Nada obstante, a tese pela indispensabilidade do exame de corpo de delito, ainda que indireto, quando se cuida de infração penal que deixa vestígios, *quando era possível a sua realização*, tem sido aceita pela jurisprudência. Nesse sentido, a título ilustrativo, confira-se:

“Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. No caso dos au-

tos, a qualificadora do rompimento de obstáculo apenas poderia ser comprovada pela realização de exame pericial e a prova testemunhal somente poderia suprir o exame de corpo de delito se os vestígios houvessem desaparecido, o que não ocorreu no caso. Precedentes. Ordem concedida para, reformando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, afastar da condenação a qualificadora do art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal” (STJ – HC 92.687-MS, 5ª T., rel. Arnaldo Esteves de Lima, 06.03.2008, v.u.). (grifamos).

De outro giro, impende ressaltar que, em recente decisão, a 5ª T. do C. STJ, nos autos do AgRg no Recurso Especial nº 1.365.503-MT (2013/0030740-6), Rel. o Min. Marco Aurélio Bellizze, debruçando-se sobre essa questão, firmou o entendimento de que a exigência da realização de perícia técnica pode ser excepcionada se, no caso concreto, os vestígios tiverem desaparecido ou se o lugar do crime tiver se tornado inapropriado à perícia, nos exatos termos da ementa abaixo perfilhada:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PERÍCIA TÉCNICA REALIZADA NO DIA DO FLAGRANTE. LAUDO INCONCLUSIVO. LOCAL NÃO PRESERVADO. DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS COERENTES NO SENTIDO DE QUE AS PORTAS FORAM ARROMBADAS COM OS PÉS. 2. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos crimes que deixam vestígios, é imprescindível, à comprovação do delito, a realização de perícia técnica. Tal exigência só é excepcionada se, no caso concreto, os vestígios tiverem desaparecido ou se o lugar do crime tiver se tornado inapropriado à perícia. No caso, constata-se que as vítimas realizaram reparos no local, o que inviabilizou a perícia, não podendo se falar, portanto, em desídia estatal. A impossibilidade de realização da perícia técnica foi suprida por outros elementos de prova constantes nos autos. Assim, diante da impossibilidade da realização do laudo pericial, outros meios de prova podem ser considerados. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no REsp nº 1.365.503-MT, 5ª T., Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. em 26.11.2013).

9. Inquéritos policiais que apuram a prática de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento.

Atentar para a necessidade de laudo pericial que ateste a potencialidade lesiva do armamento (apto para disparos), natureza e sinal identificador. Constatado que o armamento possui sinal identificador, requerer que sejam efetuadas pesquisas no setor policial próprio de produtos controlados para que se apure eventual prática do crime de receptação. No ponto, vale a pena lembrar que a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, definindo crimes, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, que, em seu art. 10, define arma de fogo de uso permitido como aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como

a pessoas jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército, e, em seu art. 11, define arma de fogo de uso restrito como aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas ou jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército. Vale a pena lembrar, ainda, que o Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, que dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados – R-105 –, tem por finalidade estabelecer as normas necessárias para a correta fiscalização das atividades exercidas por pessoas físicas e jurídicas, que envolvam produtos controlados pelo Exército. Destarte, é justamente no corpo do R-105, mais precisamente nos seus arts. 15, 16 e 17, que encontramos a classificação das armas de fogo, munições, acessórios e equipamentos, quanto ao uso, em: I – de uso restrito, e II – de uso permitido.

Sobre a possibilidade do reconhecimento do concurso material entre os crimes de porte ilegal de arma de fogo e receptação, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPÇÃO DOLOSA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. 1. Quem adquire arma de fogo, cuja origem sabe ser criminosa, responde por delito contra o patrimônio, no momento em que se apodera da *res*. 2. Posteriormente, se vier a ser flagrado portando a arma, estará incorrendo na infração penal tipificada no art. 14 do Estatuto do Desarmamento (no qual se protege a incolumidade pública). 3. Portanto, tendo em vista que os crimes em questão possuem objetividade jurídica diversa e momentos consumativos diferentes, não há que se falar em consunção. 4. Recurso conhecido e provido para condenar o réu quanto ao delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material com o tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, determinando-se o retorno dos autos à origem para a prolação de nova sentença. (STJ, REsp 1133986/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T. – julgado em 04.05.2010, DJe 31.5.2010).

10. Inquéritos policiais que apuram a prática de crime cometido em concurso de pessoas com menor inimputável.

Como se sabe, há casos em que duas ou mais pessoas se reúnem e, em autêntica divisão de tarefas, praticam a mesma infração penal. ANDRÉ ESTEFAM (2012, p. 303) lembra que:

“Como regra, os *crimes podem ser praticados por uma só pessoa* ou por várias, em coautoria ou participação. Tais delitos denominam-se *unissubjetivos, monosubjetivos* ou *de concurso eventual*. Na doutrina estrangeira, fala-se também em tipos unipessoais. Outros, contudo, *apenas* podem ser cometidos *por várias pessoas reunidas*; são casos em que a pluralidade de sujeitos aparece como condição para a existência do ilícito penal. Esses crimes chamam-se *plurissubjetivos* ou *de concurso necessário* (fala-se, ainda, em tipos pluripessoais). Neles, não se fala em coautoria ou participação, pois todos os concorrentes são considerados autores do crime.”

Cuidando-se de crimes de concurso eventual em que se verifique que um dos agentes é menor inimputável, atentar para a mudança de entendimento jurisprudencial que, majoritariamente, passou a identificar o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, como delito formal.

Nesse sentido, a título ilustrativo, confira-se:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. EFETIVA CORRUPÇÃO DA VÍTIMA. PROVA. PRESCINDIBILIDADE. TENTATIVA DE ROUBO. REDUÇÃO. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. REGIME ABERTO. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de 18 (dezoito) anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no art. 244-B do ECA. 2. Não é possível a modificação do acórdão que entendeu que o agente percorrerá quase todo o *iter criminis*, em razão da incidência da Súmula 7 desta Casa. 3. O regime aberto pode ser concedido aos condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o que não é o caso dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1357397/DF. Rel. Min. Og Fernandes. 6ª T. j. em 19.03.2013). No mesmo sentido, confira-se: STJ, HC 241827-MS.

11. Comunicação de prisão em flagrante.

Analisar a legalidade da prisão em flagrante, postulando seu relaxamento, se o caso, hipótese que não exclui a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva.

À luz da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, analisar a necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e o cabimento das demais medidas cautelares. Cumpre destacar, aqui, o fim da autonomia da prisão em flagrante. No ponto, como bem observa EDILSON MOUGENOT BONFIM (2011, p. 76):

“com o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, passou o legislador a exigir que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, quando presentes os requisitos legais. Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em preventiva. Isso porque a prisão em flagrante visa, justamente, impedir a continuidade delitiva e, dessa forma, pôr fim ao estado de flagrância do sujeito, nas hipóteses do art. 302 do CPP. Assim, a prisão se faz necessária única e exclusivamente para obstar e cessar a prática criminosa, não sendo bastante, sob essa condição, para a manutenção do réu em custódia cautelar durante todo o processo.”

De outro giro, caso tenha sido concedida fiança pela Autoridade Policial, verificar sua legalidade e requerer seu reforço (aumento do valor arbitrado), se o caso. Aqui, vale a pena ressaltar que o Código de Processo Penal, mesmo após a reforma em destaque, não indica expressamente quais infrações penais são afiançáveis. Ao revés, aponta para os casos em que a medida não é cabível, vale dizer, para os casos de crimes inafiançáveis, sendo que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, veda-se a concessão de fiança: a) nos crimes de racismo (cf. art. 323, I, do CPP, e art. 5º, XLII, da CF/88); b) nos crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os crimes definidos como hediondos (cf. art. 323, II, do CPP, art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, e art. 5º, XLIII, da CF/88); e c) nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (cf. art. 323, III, do CPP, e art. 5º, XLIV, da CF/88). Ademais, como lembra EDILSON MOUGENOT BONFIM (2011, p. 99-100):

“A fiança será concedida, independentemente de requerimento: a) pela autoridade policial, durante o inquérito, nos casos de infração punida com pena privativa de liberdade que não ultrapasse 4 (quatro) anos (art. 322, com redação alterada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011). Caso haja recusa ou demora da autoridade policial, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la por simples petição dirigida ao juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas (art. 335, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011). Note-se que o rol de amplitude dos crimes passíveis de imposição de fiança diretamente pela autoridade policial foi substancialmente ampliado, porquanto a antiga previsão limitava-se aos crimes punidos com detenção e prisão simples, ao passo que, com a alteração da lei, a autoridade poderá estipular fiança nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos de prisão. b) pelo juiz, dentro em 24 horas do requerimento, não sendo necessária, nesse caso, a prévia manifestação do Ministério Público, que somente será cientificado depois de concedida (art. 333). A fiança poderá ser prestada a qualquer tempo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (art. 334). Poderão prestar fiança o próprio indiciado ou réu, bem como terceira pessoa.”

O valor da fiança também foi alterado. A redação conferida ao art. 325 do CPP pela Lei nº 12.403/2011 estipula os valores da fiança em salário mínimo, sendo de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos quando a infração penal for punida com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, e de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos quando prevista pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, nos exatos termos dos seus incisos I e II.

Caso os elementos de convicção apontem para eventual abuso de autoridade, extrair xerocópia das principais peças de informação para sua esmerada apuração em feito próprio.

CAPÍTULO II

FASE JUDICIAL

1. Arquivamento de inquérito policial e peças de informação.

Requerer fundamentadamente o arquivamento do inquérito policial, apontando a ausência de justa causa para o oferecimento de ação penal, destacando a ressalva do art. 18 do CPP. Cuidando-se de peças de informação (art. 40 do CPP), após a devida autuação e registro na Promotoria de Justiça, com a promoção de arquivamento já lançada, levar os autos à distribuição judicial. Vale a pena consignar que, por força do art. 43, III, da Lei nº 8.625, de 12.2.93, e do art. 110, IV, da LC nº 34, de 12.9.94, é dever do membro do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal (cf. art. 25 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010). Vale lembrar, ainda, o teor da Súmula 524 do STF: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

2. Arquivamento de inquérito policial que apura a possível prática de crime culposo.

Sugere-se evitar, quando da promoção de arquivamento, a afirmação categórica da ocorrência de culpa exclusiva do ofendido. Recomenda-se, pois, que o Promotor de Justiça limite-se à análise da conduta do indiciado/investigado, vale dizer, à análise da ausência de culpa, nas modalidades negligência, imprudência e imperícia, para que não seja prejudicada eventual verificação da responsabilidade civil em sede própria.

3. Arquivamento de inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou peças de informação que investiguem mais de um agente pela prática de crime. Hipótese em que um ou mais investigados são denunciados, mas não todos os agentes.

Sugere-se ao Promotor de Justiça que, quando do oferecimento da denúncia em desfavor de um ou mais agentes investigados, na folha de vista e/ou conclusão, ao formular manifestação de oferecimento da peça acusatória, formule o requerimento de arquivamento do feito com relação ao agente excluído, evitando-se o denominado “arquivamento implícito” que, de acordo com JULIO FABBRINI MIRABETE (2003, p. 145), ocorre

“quando o representante do Ministério Público deixa de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação nesse sentido. Assim também há pedido implícito com a declaração

expressa de que a prova coligida não autoriza a denúncia contra um dos indiciados ou por um dos delitos a ele imputado sem requerer diligências a respeito.”

4. Recebimento de inquérito policial com indiciado preso cuja Vara Criminal competente para processar e julgar o feito o Promotor de Justiça não officie.

Não raro, notadamente por força de ser possível a lavratura do auto de prisão em flagrante em Unidade Policial diversa da existente na Comarca competente para processar e julgar o feito, o Promotor de Justiça recebe autos de inquérito policial, com indiciado (s) preso (s), cuja infração penal seja de competência de Juízo perante o qual não officie. Nestes casos, sugere-se que o Promotor de Justiça ofereça a denúncia, endereçando-a ao Juízo competente, explicitando na manifestação introdutória, de forma fundamentada, os motivos pelos quais a Vara Criminal que officia regularmente se mostra incompetente para aquele feito e requeira, ao final, a urgente abertura de vista ao Promotor de Justiça com atribuição naqueles autos para que ratifique ou adite a denúncia oferecida (cf. art. 25, § 5º, do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010). A título ilustrativo, confira-se:

STJ. “Prisão em flagrante. Perseguição contínua. A prisão, em localidade diversa onde ocorreram os fatos, não desnatura o flagrante, desde que as circunstâncias indiquem perseguição contínua. Em se tratando de quase-flagrante (art. 302, III, CPP), não há que se exigir, como anota a doutrina, visibilidade do delito. Ordem denegada” (HC 8.014-GO – DJU de 17-2-99, p. 168 e RSTJ 120/460).

5. Ausência do oferecimento da denúncia em desfavor de determinado agente por necessidade de diligências complementares.

Neste caso, sugere-se ao Promotor de Justiça que, em regra, quando do oferecimento da denúncia em desfavor de um ou mais agentes investigados, na folha de vista e/ou conclusão, mencione expressamente os motivos da exclusão do investigado e formule o requerimento de desmembramento do feito e o prosseguimento das diligências com relação a este agente, apontando-as.

6. Requisitos da denúncia.

Ex vi do disposto no art. 24 do CPP: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Sobre os requisitos da denúncia, dispõe o art. 41 do CPP, *in verbis*: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

Destarte, sugere-se ao Promotor de Justiça que formule denúncia objetiva e direta, endereçando-a ao Juízo competente, descrevendo o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Como se sabe, entende a doutrina majoritária que a causa de pedir divide-se em causa de pedir próxima (ou imediata) e causa de pedir remota (ou mediata). Nessa linha de inteligência, causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos do pedido e causa de pedir remota são os fundamentos fáticos que, *in casu*, explicitam o fato criminoso.

Debruçando-se sobre esse requisito da denúncia, JEFFERSON NINNO (2004, p. 339) lembra que:

“A exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, é de essencial importância, e a imputação da conduta ao agente deve se ajustar à figura tipificada pela lei penal como crime, bem como todas as circunstâncias que a envolveram, sejam as que possam qualificá-la, desqualificá-la, agravar a pena ou atenuá-la. Muitas vezes a descrição do fato criminoso pode ser sucinta, breve, mas é essencial que impute crime, em tese, para permitir ao acusado o conhecimento do que lhe é imputado, assegurando-lhe o exercício de sua defesa e do contraditório, pois, se assim não ocorrer, ela será considerada inepta, ensejando a rejeição da inicial ou o posterior trancamento da ação penal.”

Nessa quadra, precisa é a lição de MANZANO (2010, p. 180):

“A denúncia é sempre narrativa e postulatória; imputa condutas e pede a condenação; nunca argumentativa, como os memoriais e as razões recursais.”

Com efeito, a título ilustrativo, confira-se o escólio jurisprudencial:

“Habeas Corpus. *Justa causa para a acusação*. – “O art. 41 do CPP expressa que a denúncia deve conter ‘a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias’, e, ainda, ‘a classificação do crime’. Dá-se, contudo, que essa matéria não é tratada tão somente no art. 41 do CPP. Também o art. 43, I, desse Código trata do assunto ao expressar que a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado, evidentemente, não constituir crime. É na combinação desses dois textos legais que se obtêm a substância e extensão do direito neles versado. Dessa combinação evidencia-se que as duas normas expressam a regra segundo a qual a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, mas que a denúncia só será rejeitada quando o fato narrado, evidentemente, não constituir crime. A suspeita do crime, ou *opinio delicti*, base fundamento da acusação, consiste sobretudo na possibilidade de existência de crime decorrente da prática presumível de fato típico. Desde que a descrição do fato autorize a suspeita de crime, configurada está a justa causa para a acusação” (STF – HC 1340 – Rel. Antonio Neder – DJU 29.10.1979, p. 8114). “Havendo descrição suficiente dos fatos, e configurando estes crime em tese, nos termos do art. 41 do CPP, não se pode ter por genérica a denúncia” (STJ – HC – Rel. Felix Fischer – JSTJ 129/210). “Eventual alegação de inépcia da denúncia só pode ser

acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou se ocorre qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra *in casu*” (STJ – 5ª T. – HC 9.718 – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 19.10.1999 – JSTJ 128/346).

Em arremate, pela pertinência temática, transcreve-se BONFIM (2010, p. 143-144):

“Estilo da denúncia. Conselhos úteis. Conforme a clássica lição de ROBERTO LYRA, “a denúncia deve mesmo ser um relato sucinto. O Código de Processo Penal impõe a circunstanciação do fato criminoso. Mas as circunstâncias a expor são as que integram um tipo de crime, correspondendo à previsão legal, preenchendo uma das fórmulas descritivas da lei penal. A denúncia, pois, nada mais carece do que precisar a imputação de modo frisante, vigoroso e nítido. Para tanto, a concisão é o melhor dos recursos. Merece elogio, e não censura, a arte de extrair do cipoal do inquérito, do tumulto das versões, da flutuação e da ociosidade dos pormenores uma síntese substancial, pura e seleta, que não espose, no limiar da instância, paixões ou interesses postados à margem das provas ou interesses postados à margem das provas ou intercalados em suas linhas centrais. Basta fixar os elementos constitutivos do crime, os que condicionam a sua existência, permitindo a sua textual identificação e formando o eixo da infração, em torno da qual se agrupam os demais elementos. Sobressai, assim, sem a má companhia de digressões ou adminículos, o ‘*typus regens*’, o chamado ‘quadro legislativo penal dominante’”. Depois, insiste em sua sempre atual lição: “a denúncia não é arrazoado, nem parecer. Mesmo como peça narrativa, sob reserva de modificação e esclarecimento, limita-se a positivar claramente a espécie, permitindo o perfeito exercício da defesa’ (O início da ação pública e o novo Código Penal, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 6, p. 51-52, 1943).”

7. Denúncia em caso de concurso de pessoas

Especificar o máximo possível a conduta de cada um dos agentes, destacando a relevância causal de cada uma delas e o liame subjetivo existente entre eles. De se observar, por oportuno, que nos crimes de autoria coletiva ou multitudinários, a jurisprudência tem admitido a narrativa da ação comum desenvolvida pelos denunciados.

Sobre os requisitos da denúncia em sede de crimes de autoria coletiva ou multitudinários, confira-se:

“Em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos agentes no evento delituoso, remetendo-se para a instrução criminal a decantação de cada ação criminosa. Precedentes do STJ e do STF” (STJ – 5ª T. – RHC 10.416 – Rel. José Arnaldo

da Fonseca – j. 12.06.2001 – DJU 27.08.2001, P. 350; RHC 9.828 – j. 07.12.2000 – DJU 05.03.2001, p. 182).

De outro vértice, não é incomum que, por força do trauma provocado pela violenta ação criminosa, vítimas de crimes patrimoniais, dentre os quais se destaca o crime de roubo, ao serem ouvidas durante a fase extrajudicial, não explicitem, de maneira pormenorizada, a atuação de cada um dos roubadores. Nesses casos, sugere-se ao Promotor de Justiça que, ao confeccionar a denúncia, descreva detalhadamente as circunstâncias de tempo e local e modo de atuação, tudo de forma a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa.

Sobre os requisitos da denúncia em sede de crime de roubo praticado em concurso de pessoas, confira-se:

“Em sede de concurso de agentes aos quais se imputa a prática do crime de roubo qualificado, em ação conjugada, não contém o vício da inépcia a denúncia que descreve o fato criminoso com indicação das circunstâncias de tempo, lugar e modo de atuação, possibilitando aos denunciados o pleno exercício do direito de defesa” (STJ – 6ª T. – Resp. 159.156 – Rel. Vicente Leal – j. 25.08.1998 – DJU 28.09.1998, p. 123). “Incorre inépcia da denúncia na hipótese em que trata de conduta homogênea e coletiva dos autores de roubo praticado em concurso formal, se a peça descreve todas as circunstâncias acessíveis e possíveis, dando aos denunciados clara noção do quanto por ela estavam sendo acusados, máxime quando sequer as próprias vítimas puderam pormenorizar a atuação dos assaltantes” (TACRIM-SP – 16ª C. – Ap. 1.332.149/3 – Rel. Fernando Miranda – j. 03.10.2002 – Rolo/flash 1.531/059).

8. Denúncia por crimes culposos

Ex vi do disposto no art. 18, II, do CP, “diz-se o crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Conceito bem mais amplo de culpa nos é dado pelo Código Penal Militar que, em seu art. 33, II, dispõe: “Diz-se o crime culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evita-lo”. Debruçando-se sobre as modalidades culposas, GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2008, p. 208) consigna:

“72. Conceito de imprudência: é a forma ativa de culpa, significando um comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou com insensatez. Ex.: a pessoa que dirige em alta velocidade dentro da cidade, onde há passantes por todos os lados, age com nítida *imprudência*. 73. Conceito de negligência: é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte, material e psicologicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo

determina de modo contrário. Ex.: deixar uma arma de fogo ao alcance de uma criança ou não frear o carro ao estacionar em uma ladeira. 74. Conceito de imperícia: é a imprudência no campo técnico, pressupondo uma arte, um ofício ou uma profissão. Consiste na incapacidade ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister. Trata-se, como diz Frederico Marques, da “imprudência qualificada”. Ex.: o médico deixa de tomar as cautelas devidas de assepsia em uma sala de cirurgia, demonstrando sua nítida inaptidão para o exercício profissional, situação que provoca a morte do paciente.”

Cuidando-se de denúncia por crimes culposos deve o Promotor de Justiça descrever o fato configurador da culpa, vale dizer, no que consistiu a inobservância do dever objetivo de cuidado, não bastando a simples menção de que a conduta foi imprudente, negligente ou imperita.

A título ilustrativo, confira-se:

“Se, na *imputatio facti* da denúncia, não está descrito, de forma clara, em que consistiu a infração ao dever de cuidado, a inépcia da peça acusatória é manifesta (art. 41 do CPP). II – A inépcia enseja, em regra, nulidade e não trancamento da ação penal. *Writ* deferido” (STJ – 5ª T. – HC 8.138-PB – Rel. Félix Fischer – j. 15.12.1998 – v.u. – DJU 22.02.1999, p. 116-117 – RBCCRIM 26/308).

9. Denúncia por crime de ameaça

A denúncia deverá descrever pormenorizadamente o fato configurador da *vis compulsiva*, fazendo consignar o modo pelo qual a ameaça foi lançada contra a vítima, ou seja, por palavra, escrito, gesto ou qualquer outro meio simbólico. Não se deve olvidar que, tratando-se de ameaça proferida por palavras ou escritos, as expressões ameaçadoras deverão ser devidamente transcritas na inicial. O mesmo se diga em relação à individualização do gesto ou meio simbólico, quando a ameaça for cometida através de tais modalidades de condutas típicas.

10. Denúncia por crime de desacato, contra a honra e denunciação caluniosa

Nos crimes de desacato, calúnia, difamação, injúria e denunciação caluniosa, o Promotor de Justiça deve se atentar para que os fatos constitutivos da imputação falsa de crime ou ofensivos à reputação, à dignidade ou ao decoro da vítima também sejam devidamente descritos, inclusive, fazendo menção explícita às expressões ofensivas utilizadas pelo sujeito ativo da infração penal. É insuficiente a mera referência ao *nomem iuris* do delito. Anote-se, ainda, que, nos casos de denunciação caluniosa, não há necessidade da prévia extinção, mediante reconhecimento de improcedência do pedido ou arquivamento, do processo ou procedimento investigatório no qual se apurou o fato criminoso falsamente imputado ao sujeito passivo da infração penal.

11. Denúncia por crime de prevaricação

No caso de crime de prevaricação, a obediência ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, no que concerne a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, exige que o órgão ministerial mencione de forma expressa qual é o cargo, emprego ou função desempenhado pelo funcionário público, sujeito ativo do crime, bem como qual ato de ofício deixou de ser praticado, teve a sua execução retardada ou foi cometido em contraposição à expressa disposição legal, que também deve ser apontada na exordial. Ainda deverá constar necessariamente da denúncia o interesse ou sentimento pessoal que impulsionou o autor da infração penal à sua prática. A ausência de tais requisitos inevitavelmente acarretará a inépcia da inicial.

12. Denúncia por crime de receptação

A denúncia que deflagra ação penal destinada à apuração de crime de receptação deve conter a descrição precisa do objeto receptado, contendo referência, quando possível, a identificação de seu proprietário. Evidentemente, de forma detalhada, ainda deve ser mencionada a forma de aquisição, recebimento, transporte ou ocultação do bem de propriedade da vítima. Também deve constar da denúncia a proveniência criminosa do objeto receptado, sempre que possível, ainda que de forma sucinta, descrevendo o fato configurador do crime precedente, o que se torna viável mediante a análise do histórico do boletim de ocorrência, lavrado por ocasião da prática deste, ou do termo de declarações da vítima. Nas hipóteses de receptação dolosa, a denúncia deverá conter os fatos que levaram a segura conclusão de que o denunciado tinha ciência da proveniência criminosa do bem adquirido, recebido, conduzido, transportado ou ocultado. Não é suficiente mera referência à ciência do acusado sobre a origem delituosa do objeto receptado. Da mesma forma, nos casos de receptação qualificada, devem ser mencionados os fatos em razão dos quais o sujeito ativo do crime deveria saber da proveniência delituosa do bem adquirido, recebido, transportado, conduzido, desmontado, montado, remontado, vendido, exposto à venda ou de qualquer forma utilizado. Nesta última hipótese (receptação qualificada), da denúncia ainda deverá constar a atividade comercial ou industrial no exercício da qual os núcleos do tipo foram executados. No caso de receptação dolosa, simples ou qualificada, o órgão ministerial também deve mencionar na denúncia em proveito de quem a conduta delitiva foi cometida, ou seja, em proveito do próprio executor das condutas descritas no tipo ou de terceiro. No que toca ao crime de receptação culposa, a denúncia deverá conter a descrição dos fatos que deveriam levar o sujeito ativo do crime a presumir a origem criminosa do objeto receptado, ou seja, a natureza da coisa adquirida ou recebida, a desproporção entre o seu valor e o preço ou a condição de quem a oferece. Quando o objeto da receptação constituir bem do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista tal circunstância também deverá

constar da denúncia, para que, em caso de condenação, se torne possível a aplicação da causa de aumento de pena estatuída no artigo 180, § 6º, do Código Penal.

13. Qualificação do acusado

É importante lembrar que, na denúncia, além do nome completo do acusado, devem ser mencionados todos aqueles pelos quais ele é conhecido, inclusive suas alcunhas. Além disso, logo em seguida a transcrição dos nomes e apelidos pelos quais o acusado é conhecido, deve ser mencionada a página dos autos em que se encontra a sua qualificação completa ou os esclarecimentos pelos quais possa ser identificado ou individualizado.

14. Qualificação da (s) vítima (s) e testemunha (s)

Sempre que possível, o nome da vítima deverá constar da denúncia. Tratando-se de vítimas ou testemunhas de servidores públicos, civis ou militares, tal circunstância deverá ser expressamente mencionada na denúncia, para que se torne possível identificar a repartição ou unidade em que prestam serviço, para os fins do artigo 221 do Código de Processo Penal. Por outro lado, é importante lembrar que o fato da infração penal ser cometida contra criança ou maior de 60 anos constitui circunstância agravante, prevista no artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal, motivo pelo qual deverá constar da denúncia, muito embora a omissão não impeça o seu reconhecimento na segunda fase da dosimetria da pena, em caso de condenação. A menção expressa da agravante servirá de alerta ao Promotor de Justiça oficiante nos autos da ação penal, para que, em suas finais alegações, requeira ao juiz sentenciante a consideração de tal circunstância na dosimetria da pena.

15. Idade do acusado (mencionar na denúncia)

Nos casos de acusado menor de 21 ou maior de 70 anos é importante fazer menção a tal circunstância na denúncia. É que tal providência servirá para alertar o Promotor de Justiça oficiante nos autos da ação penal sobre a redução do prazo prescricional determinada pelo artigo 115 do Código Penal. Quando nos autos de inquérito policial ou de qualquer outro procedimento investigatório o sujeito ativo da infração penal alegar sua menoridade penal e não for possível a juntada de certidão de nascimento, o Promotor de Justiça deverá pleitear a juntada de certidão de batismo (batistério) e a sujeição do investigado a exame médico destinado a verificação de idade.

16. Indicação na denúncia do atendimento às condições de procedibilidade

Tratando-se de ação penal pública condicionada, o Promotor de Justiça deverá mencionar na denúncia o atendimento à condição de procedibilidade, fazendo menção expressa à página dos autos em que se encontra o termo de representação ou a requisição do Ministro da Justiça.

17. Descrição na denúncia do fato impeditivo da consumação em crimes tentados

Considerando-se que, nas hipóteses de crime tentado, a adequação do fato ao tipo penal se dá de forma mediata, exigindo-se a conjugação da norma penal incriminadora, constante da parte especial do Código Penal ou de legislação penal especial, com aquela de ampliação temporal constante da parte geral do Código Penal (artigo 14, inciso II), sob pena de inépcia da inicial, o Promotor de Justiça deve mencionar expressamente na denúncia a circunstância estranha à vontade do agente que impediu a consumação do crime. Não é suficiente a mera menção ao artigo 14, inciso II, do Código Penal por ocasião da capitulação jurídica do fato, no último parágrafo da peça acusatória.

18. Denúncia em caso de concurso de crimes

Nas hipóteses de concurso de crimes (material, formal ou crime continuado), a conduta ou as condutas do acusado, bem como seus desdobramentos, devem ser precisamente descritas na inicial, de modo a possibilitar a identificação da espécie de concurso de que se trata.

Vale a pena destacar que a 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do recurso de apelação nº 0005504-13.2010.8.26.0462, da Comarca de Poá, entendeu que, em sede de crime de roubo cometido com o emprego de arma de fogo, se o agente é detido após a consumação do crime patrimonial em poder do armamento ilegal, o porte de arma se apresenta como conduta manifestamente autônoma e enseja, dessa forma, a sua responsabilização em concurso material com o delito previsto no art. 157, § 2º, inc. I, do CP.

Em judicioso voto, o Des. Relator Luis Antônio Cardoso consignou que:

“Com a devida vênia ao entendimento explanado pela d. Magistrada, vejo que o inconformismo do MINISTÉRIO PÚBLICO merece acatamento, vez que presentes a materialidade e autoria. Segundo consta dos autos, ROMILDO foi preso pelos policiais cerca de meia hora após o roubo, já próximo de sua casa, ou seja, fora do contexto do roubo, bem como confessou o porte da arma em seu interrogatório (fls. 110/111), o que é corroborado pelo relato dos policiais (fls. 04/05, 07/08 e 108/109), tratando-se de crime autônomo, cometido em concurso material com os demais crimes, como acima já fundamentado. O crime de roubo já havia se consumado; ROMILDO não estava sendo perseguido, com isso, o porte de arma, no caso, se apresenta como conduta manifestamente autônoma. Por esta razão, deve ser acolhida a pretensão ministerial, com a condenação de ROMILDO também por infração ao art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03...” (trecho de voto).

19. Rol de testemunhas

É importante lembrar que, no processo penal, as testemunhas de acusação devem ser arroladas na denúncia ou na queixa-crime. Sempre que possível, o órgão acusa-

tório deverá arrolar o número máximo de testemunhas, pois, no curso da instrução, caso se mostre desnecessária a oitiva de todas elas, será possível a desistência.

20. Providências em caso de citação por edital

Após a citação por edital, vencido o prazo nele estabelecido, verificando-se que, além de não comparecer pessoalmente em juízo, o réu deixou de constituir advogado, imediatamente, o Promotor de Justiça deve requerer a suspensão dos cursos do processo e do prazo prescricional e o deferimento de qualquer das medidas cautelares mencionadas no artigo 366, “caput”, do Código de Processo Penal, quando estas se mostrarem necessárias. Evidentemente, no caso de produção antecipada de prova, o ato deverá ser acompanhado por defensor dativo. Consigne-se que o requerimento de suspensão dos cursos do processo e do prazo prescricional deve anteceder ao de diligências destinadas à localização do acusado, pois, invariavelmente, o cumprimento destas demanda tempo considerável, durante o qual correrá o prazo prescricional. Aqueles processos que tiverem seu curso suspenso com base no artigo 366 do Código de Processo Penal devem ser monitorados pelo Promotor de Justiça oficiante, que, periodicamente, deve requerer a realização das diligências de praxe na tentativa de localizar o réu não encontrado, mesmo porque a suspensão do prazo prescricional não permanecerá eternamente. Posterior citação pessoal do réu determinará a retomada do processamento do feito. Após a citação pessoal do réu, caso ele não compareça em juízo para participar dos ulteriores termos processual, caracterizar-se-á mera hipótese de revelia, nos termos do artigo 367 do Código de Processo Penal.

No ponto, pela pertinência temática, vale a pena repisar a existência das Súmulas 415 e 455 do STJ:

Súmula 415. “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.”

Súmula 455. “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.”

21. Observância do rito procedimental

Como se sabe, nos exatos termos do art. 394 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 20.6.2008, o procedimento poderá ser comum ou especial, *verbis*:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I – ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II – sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III – sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§ 2º. Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º. Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º. As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º. Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumarríssimo as disposições do procedimento ordinário.

O Promotor de Justiça deverá zelar pela observância do rito processual adequado, principalmente no que toca ao cumprimento dos prazos processuais. Tal providência se presta não só a evitar a configuração de nulidade processual, como também de constrangimento ilegal, nos casos de réu preso. É bom lembrar que as questões relacionadas ao procedimento são de ordem pública, de modo que as partes não podem dispor de modo diverso. Portanto, a concordância da defesa com a alteração do rito não impede a caracterização de vício ensejador de nulidade processual. Ao analisar a ocorrência de eventual constrangimento ilegal decorrente da demora no processamento do feito, o Promotor de Justiça deve atentar para o fato de que o cômputo dos lapsos temporais deve ser feito de forma global. Anote-se, ainda, que a referida análise deve submeter-se a acurado critério de razoabilidade, levando-se em conta a complexidade dos fatos apurados, o número de réus, vítimas e testemunhas a ser ouvidas, no juízo e fora dele, a circunstância de acusados estarem custodiados fora do distrito da culpa, etc. O Promotor de Justiça deverá verificar também se não foi a própria defesa que deu causa ao atraso no desenvolvimento do processo, hipótese em que eventual demora não terá aptidão para configurar constrangimento ilegal.

Nesse sentido, nada obstante anterior à Lei nº 11.719/2008, já se decidiu que:

“Os Tribunais passaram a adotar o prazo razoável, em substituição ao critério aritmético dos oitenta e um dias, com base na interpretação das disposições do Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo art. 8º, assegura que: ‘Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal, independente e imparcial estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza’. Exemplo: ‘Por aplicação do princípio da razoabilidade, tem-se como justificada eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, em hipótese de feito complexo, com pluralidade de réus e diante da necessidade de expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas’” (STJ, 5ª T., RHC 9.076, Rel. Gilson Dipp, DJU 22.11.1999, p. 168).

22. Diligências em audiência (art. 402 CPP)

Ao término da audiência de instrução, antes do início dos debates, o Promotor de Justiça deverá verificar se da prova produzida se infere a necessidade de realização de

qualquer outra diligência probatória destinada à devida apuração dos fatos, o que deve ser requerido de imediato. Nesta fase, o órgão acusatório deverá verificar se todos os laudos periciais foram juntados aos autos, bem como se há necessidade de oitiva de alguma testemunha referida, da realização de alguma diligência de busca e apreensão, de acareação, etc. Nesta oportunidade, o Promotor de Justiça ainda deve verificar se não há vícios processuais passíveis de regularização, tudo para evitar futura anulação do processo, que, além de provocar a soltura do acusado, caso este se encontre preso, pode dar ensejo à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Observe-se que uma interpretação literal do artigo 402 do Código Penal não autoriza o requerimento de juntada ou atualização de folha de antecedentes e certidões de apontamentos que nela vier a constar, motivo pelo qual tais providências devem ser tomadas pelo órgão acusatório antes da realização da audiência de instrução, até para que não se prejudique a adequada análise de circunstâncias judiciais (como, por exemplo, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado) e da circunstância agravante da reincidência (artigos 59, “caput”, e 61, inciso I, ambos do Código Penal).

23. Alegações orais em audiência

Antes do início da análise da prova, é boa prática a elaboração de sucinto relatório, do qual deverá constar não só a síntese dos fatos imputados ao (s) acusado (s), como também as principais ocorrências verificadas até o término da instrução. Ainda antes de iniciar a análise da prova, o Promotor de Justiça deverá verificar se há matérias que devem ser arguidas em linha de preliminar, como, por exemplo, a ocorrência de eventual nulidade processual ou prescrição. Ato contínuo, o órgão acusatório deverá dar início à análise da prova, mencionando os motivos que o levaram a segura conclusão de que a materialidade e autoria do(s) fato(s) imputado(s), bem como de eventuais circunstâncias que influenciem na dosimetria da pena, restaram evidenciadas. Também deverá constar das finais alegações, o regime adequado para o início do cumprimento da pena, levando-se em conta o disposto no artigo 33 do Código Penal e no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, bem como a possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade (artigo 44 e seguintes do Código Penal) ou da concessão de sursis (artigo 77 do Código Penal). Não se deve olvidar também de eventuais efeitos, genéricos ou específicos, da sentença penal condenatória (como, por exemplo, aqueles mencionados nos artigos 91 e 92 do Código Penal, no artigo 63 da Lei nº 11.343/06, no artigo 7º da Lei nº 9.613/98, etc.). Nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, considerando-se eventuais prejuízos experimentados pelo ofendido em razão da prática do crime, o Ministério Público ainda deverá postular a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos demonstrados, lembrando-se de que, para que se evite a arguição de ofensa ao contraditório e a ampla defesa, tal pleito já deve constar da denúncia. Evidentemente, o prejuízo experimentado pela vítima deve ser demonstrado nos autos. A necessidade de decretação de alguma medida cautelar também deverá ser mencionada nesta etapa.

Com efeito, sobre a necessidade de se respeitar os princípios da ampla defesa e contraditório sobre o pedido de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, já se decidiu que:

“APELAÇÃO – ROUBO E RECEPÇÃO – AUTORIAS E MATERIALIDADES DEMONSTRADAS – ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade: Além da prova material consubstanciada na recuperação de parte do butim, há a confissão do roubador e o encontro de objeto ilícito em poder do receptador que, aliados à firme prova testemunhal, impedem a absolvição. PROCESSOS EM ANDAMENTO – CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES – Inadmissibilidade: Segundo entendimento, inclusive sumulado no STJ (nº 444), feitos em andamento não devem ser considerados como circunstâncias causadoras de elevação da pena-base. ROUBO SIMPLES – MENORIDADE E CONFISSÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – ALTERAÇÃO PARA MODALIDADE SEMIABERTA – Possibilidade: Diante da dinâmica dos fatos e da ponderação do caso concreto, cabível o abrandamento do regime prisional que servirá como um voto de confiança na ressocialização do agente. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS – ART. 387, IV, DO CPP – PEDIDO FORMAL DO OFENDIDO E POSSIBILIDADE DE DEFESA – Necessidade: A inovação trazida pela Lei 11.719/08, visando à reparação civil na esfera criminal, para não causar ofensa ao princípio da ampla defesa, precisa observar os limites do pedido do ofendido permitindo, ainda, que o acusado se defenda e, sendo o caso, produza contraprova para apuração do prejuízo sofrido. Recursos parcialmente providos para redução das penas, afastamento da condenação à reparação dos danos e abrandamento dos regimes prisionais, com substituição da pena corporal do receptador.” (TJSP, Apelação Criminal nº 0064162-68.2011, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. J. Martins, julgado em 23.05.2013).

“Não pode persistir o disposto na r. sentença também no que concerne ao valor mínimo para reparação do dano causado, estabelecido com fulcro no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08. Para tanto, imprescindível que, em obediência às garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório, houvesse pedido específico a respeito e que se assegurasse ao acusado oportunidade para influir na formação da convicção do julgador, condições não atendidas no caso” (TJSP, Apelação Criminal 0002969-75.2005.8.26.0660, 12ª Câmara, Des. Rel. Vico Mañas, julgado em 28.09.2011) e também as apelações 0002272-83.2008.8.26.0584 (4ª Câmara, Des. Rel. Euvaldo Chaib) e 3000503-89.2007.8.26.0077 (TJSP, 11ª Câmara, Des. Rel. Guilherme G. Strenger).

24. Memoriais

Em caso de conversão dos debates em apresentação de memoriais, tal peça deve ostentar o mesmo conteúdo dos debates orais.

25. Memoriais em ação penal privada

Como destacam GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES (2001, p. 204-205):

“convém lembrar que na ação penal privada não se cogita de nulidade por falta de oferecimento das alegações pelo querelante, pois nessa hipótese, ou mesmo na falta de pedido de condenação, ocorre a perempção (art. 60, III, CPP).”

26. Razões e contrarrazões recursais

Antes do início da exposição dos motivos que levaram o órgão acusatório a discordar da sentença ou decisão ou a concordar com uma ou outra, é boa prática a elaboração de sucinto relatório, do qual deverá constar não só a síntese dos fatos imputados ao acusado, como também as principais ocorrências verificadas até a abertura de vista para a apresentação das razões ou contrarrazões recursais. No caso de razões de apelação, as preliminares arguidas em finais alegações da acusação e rechaçadas na sentença hostilizada devem ser repetidas antes da exposição dos fundamentos que levaram o recorrente a dissentir do ato decisório. Tratando-se de peças escritas, na tentativa de facilitar o convencimento dos magistrados que participarão do julgamento em segundo grau de jurisdição, a fundamentação deve vir acompanhada de citações doutrinárias e jurisprudências que vão de encontro à tese sustentada. Com as devidas adaptações exigidas em razão da natureza da peça processual, a mesma técnica deve ser observada quando da elaboração de contrarrazões. No caso de contrarrazões, evidentemente, todas as teses do recorrente, estejam elas elencadas em linha de preliminar ou não, devem ser devidamente rebatidas.

CAPÍTULO III
DA ATUAÇÃO NOS PROCESSOS
DE COMPETÊNCIA DO JUIZADO
ESPECIAL CRIMINAL

1. Competência – infrações penais de menor potencial ofensivo

Lembrar que, nos exatos termos do art. 61, *caput*, da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Em relação aos crimes, não esquecer de levar em conta, para a identificação do limite máximo de 2 (dois) anos da pena *in abstracto*, a presença de eventuais causas de aumento e de diminuição de pena. Lembrar que, por expressa disposição legal, a Lei nº 9.099/95 não se aplica no âmbito da Justiça Militar (cf. art. 90-A).

Não esquecer que, havendo concurso de crimes, a competência será definida pela soma das penas máximas cominadas a cada um dos delitos. Nesse sentido, a título ilustrativo, confira-se:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUIZADO ESPECIAL. RESISTÊNCIA À PRISÃO (ART. 329 DO CPB) E CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/41). CONCURSO DE CRIMES. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELA SOMA DAS PENAS MÁXIMAS COMINADAS AOS DELITOS. JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE PONTA GROSSA/PR, O SUSCITADO. 1. O crime antecedente, que teria originado a ordem de prisão e o subseqüente delito de resistência, é autônomo; assim, estando adequada a qualificação da conduta anterior do investigado como contravenção de perturbação da tranquilidade, constata-se que, somadas as penas máximas atribuídas, em abstracto, às duas infrações, supera-se o limite do art. 61 da Lei 9.099/90, que define como de menor potencial ofensivo apenas os crimes e as contravenções penais a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos; destarte, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial. 3. Parecer do MPF pela competência do Juízo suscitado. 4. Conflito conhecido, para declarar competência o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Ponta Grossa/PR,

o suscitado. (CC 101.274/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/02/2009, DJE 20/03/2009).

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA DA INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DELINEADA PELA PRETENSÃO. CONDENAÇÃO APENAS POR CRIME ABRANGIDO PELO CONCEITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. Na hipótese de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação de competência será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. 2. A absolvição em relação a um ou a alguns dos crimes, a desclassificação ou mesmo a não incidência de causa de aumento de pena por ocasião da sentença não afastam a competência da Justiça comum delineada pela pretensão, mesmo subsistindo a condenação apenas em relação a crime abrangido pelo conceito de menor potencial ofensivo. 3. Conflito conhecido para declarar a competência da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ora suscitado. (CC 51.537/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 259).

PROCESSUAL PENAL. COMETIMENTO SIMULTÂNEO DE CRIME MILITAR E CRIME PREVISTO NO CÓDIGO PENAL – INVASÃO DE DOMICÍLIO, LESÃO CORPORAL LEVE E ABUSO DE AUTORIDADE. CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DOS JULGAMENTOS. TRANSAÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE NÃO IMPLICA EM RECONHECIMENTO DE COISA JULGADA EM RELAÇÃO AOS CRIMES MILITARES – APLICAÇÃO DA SÚMULA 90 DO STJ. ORDEM DENEGADA. 1. Mesmo havendo a conexão entre o crime de abuso de autoridade, de competência da Justiça comum e de lesão corporal leve e violação de domicílio, previsto no Código Penal Militar, não é possível o seu julgamento por uma única das Justiças, diante de vedação expressa. 2. O crime de abuso de autoridade deve ser examinado pelo Juizado Especial e os de invasão de domicílio e lesão corporal leve pela Justiça Militar. 3. A transação penal ofertada aceita e homologada no Juizado Especial não constitui causa de extinção da punibilidade em relação aos crimes de lesões corporais leves e invasão de domicílio, previstos no Código Penal Militar. 4. Ordem denegada. (HC 81.752/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 324).

Atentar para o fato de que, *ex vi* do disposto no art. 291, § 1º, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro –, aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: (i) sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine de-

pendência; (ii) participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, e (iii) transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

Em arremate, ainda no que respeita à fixação da competência, vale a pena consignar que, malgrado o art. 94 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Desarmamento –, disponha que aos crimes nele previstos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 04 (quatro) anos, aplica-se o procedimento da Lei nº 9.099/95, na ADI nº 3.096-5, o Eg. STF conferiu-lhe interpretação conforme a Constituição, com redução de texto, no sentido de se aplicar, apenas, o procedimento sumaríssimo, mas não outros institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

2. Competência – lugar da infração

Diferentemente da regra insculpida no art. 70 do CPP, atentar para o fato de que, *ex vi* do disposto no art. 63 da Lei nº 9.099/95, a competência *ratione loci* no âmbito dos Juizados Especiais Criminais é definida em razão do lugar em que foi praticada a infração penal de menor potencial ofensivo, e não no local do seu resultado. Lembra JULIO FABBRINI MIRABETE (2002, p. 64) que:

“Na legislação processual comum, define-se o “lugar da infração” como sendo aquele em que se consuma o crime, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução (art. 70 do Código de Processo Penal). Assim, em vez da teoria da ubiquidade, eleita pelo Código Penal para definir o “lugar do crime”, o Código de Processo Penal aceitou a *teoria do resultado* para a determinação da competência, como regra, referindo-se ao lugar da consumação para a determinação territorial do foro. Deve-se mencionar, porém, a corrente jurisprudencial que, em desacordo com o disposto no art. 70 do Código de Processo Penal, entende que a competência territorial é definida pelo lugar onde o agente praticou os atos de execução, posição não endossada pelo Supremo Tribunal Federal. A Lei nº 9.099/95 não menciona o “lugar da ação ou omissão”, como o faria se adotasse a teoria da atividade, ou o “lugar da consumação”, se mantivesse a teoria do resultado, como no Código de Processo Penal, mas o “lugar em que foi praticada a infração penal”. Como é de direito material o conceito de “lugar do crime” (tanto que pode ser uma circunstância qualificadora pelo art. 150, § 1º do CP), deve ser aplicado no caso, para a interpretação do dispositivo, o conceito material a ele correspondente, previsto expressamente no art. 6º do Código Penal: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.”

3. Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO – e requisição de diligências pelo Ministério Público

Ex vi do disposto no art. 69, *caput*, da Lei nº 9.099/95, a apuração da autoria e materialidade das infrações penais de menor potencial ofensivo se dá em autos de termo circunstanciado. Dessa forma, atentar para que a fase policial da persecução penal contenha, ainda que sucintamente, todos os elementos da infração penal, vale dizer, suas circunstâncias, autores, vítimas, testemunhas e quaisquer dados relevantes à persecução penal em Juízo. Caso desconhecida a autoria ou extremamente complexos os fatos a serem apurados (várias vítimas, autores, testemunhas, etc.), requisitar a instauração de inquérito policial. No ponto, VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES (1998, p. 19) destaca que:

“O termo circunstanciado, portanto, deve apontar as circunstâncias do fato criminoso e os elementos colhidos quanto à autoria, para que o titular da ação possa formar a *opinio delicti*. O termo, sempre que possível, deverá conter: 1) a qualificação (dados pessoais, endereço, etc.) do pretense autor da infração; 2) a qualificação da vítima; 3) a maneira como os fatos se deram, com a versão das partes envolvidas; 4) a qualificação das testemunhas, bem como o resumo do que presenciaram; 5) os exames que foram requisitados (não é necessário o resultado dos exames, mas tão somente que conste quais foram requisitados); nos crimes de lesões corporais deverá constar ao menos um boletim médico acerca das lesões (art. 77, § 1º); 6) assinatura de todos os que participaram da elaboração do termo circunstanciado. A autoridade policial também fará constar todos os dados que entender relevantes para o desfecho da causa, como os objetos que foram apreendidos, se o autor da infração resistiu ao ser conduzido ao Distrito Policial, o *croquis* em caso de acidente de veículos, etc.”

Nada obstante, caso necessária a complementação dos trabalhos de Polícia Judiciária, sugere-se ao Promotor de Justiça que, em manifestação devidamente fundamentada, requirite as diligências faltantes nos próprios autos. A título meramente ilustrativo, confira-se:

STJ: “Processual Penal. Procedimento policial regulado pelo art. 69 da Lei nº 9.099/95. Diligências. Requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público, ao seu cumprimento não pode escusar-se a autoridade policial, a título, ademais, de direito líquido e certo protegido por mandado de segurança” (RSTJ 112/267).
STJ: “Processual Penal. Recurso de *habeas corpus*. Lei nº 9.099/95. Diligências. A determinação normal de diligências, sem qualquer conotação de prepotência ou afronte, e, de per si, pertinentes ao caso concreto, não pode ensejar o uso, por parte da autoridade policial, do *habeas corpus*. Inexistência de constrangimento ilegal para o recorrente. Recurso desprovido” (RHC 6.345/SP, DJU, de 16-6-97, p. 27379).
TACRSP: “Nada impede que, por determinação judicial, a requerimento do Ministério Público, execute a Polícia Judiciária diligências para completar ou esclarecer o conteúdo do termo a que se refere o artigo 69 da Lei nº 9.099/95” (Ac. nº 298.056/3/SP – Rel. Cláudio Caldeira – j. 18.12.96).

4. Auto de prisão em flagrante

Lembrar que, nos exatos termos do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, havendo recusa do autor do fato preso em flagrante em firmar o termo de compromisso de comparecimento ao juizado é cabível a lavratura do auto de prisão em flagrante, observadas as disposições da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Mais uma vez, confira-se JULIO FABBRINI MIRABETE (2002, p. 95):

“Segundo o parágrafo único do art. 69, nas infrações de menor potencial ofensivo não será formalizada a prisão em flagrante delito, nem se exigirá fiança do autor do fato quando for este conduzido com o termo circunstanciado ao Juizado Especial ou, na impossibilidade de encaminhamento imediato das partes, quando assumir o compromisso de comparecer em Juízo. A *contrario sensu*, caso não seja ele encaminhado imediatamente e não preste tal compromisso, permite-se a lavratura do auto de prisão em flagrante, exigindo-se a fiança quando cabível. Nessa hipótese, deve a autoridade policial fazer constar do auto que o autuado não quis comprometer-se ao comparecimento ao Juizado. É também possível que o autor do fato esteja totalmente embriagado, não tendo condições de assumir o compromisso de comparecimento, mandando o bom senso que aguarde, em custódia, a retomada das condições necessárias a um válido consentimento.”

5. Pedido de arquivamento em termo circunstanciado

Requerer fundamentadamente o arquivamento do termo circunstanciado, apontando a ausência de justa causa para o oferecimento de ação penal, destacando a ressalva do art. 18 do CPP. Vale a pena consignar que, por força do art. 43, III, da Lei nº 8.625, de 12.2.93, e do art. 110, IV, da LC nº 34, de 12.9.94, é dever do membro do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal (cf. art. 25 do Ato Normativo nº 675/2010-PGJ-CGMP, de 28 de dezembro de 2010).

6. Audiência preliminar – ausência injustificada do autor do fato

Ausente injustificadamente o autor do fato e presentes as condições da ação recomenda-se o imediato oferecimento da denúncia oral. No mais, lembrar que a citação no âmbito do Juizado Especial Criminal é pessoal e que, nos exatos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, não encontrado o acusado para ser citado e esgotadas as tentativas nesse sentido, o juiz encaminhará as peças existentes ao juízo comum para a adoção do procedimento previsto em lei.

7. Audiência preliminar – crime de ação penal pública condicionada – ausência injustificada da vítima

Como se sabe, o art. 75, § 1º, da Lei nº 9.099/95 não dispõe que a representação extrajudicial valha como condição de procedibilidade somente até a audiência

preliminar. Trata-se de regra processual inexistente no ordenamento processual penal pátrio. A representação, como é cediço, não exige formalidades e não necessita de ratificação em Juízo. Nessa linha de intelecção, confira-se FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (2011, p. 104):

“E se a vítima (ou, se for o caso, seu representante legal) não comparecer à audiência, sem embargo de ter sido intimada? A conciliação ficará prejudicada. Afinal de contas, o interesse maior é da parte ofendida. Não comparecendo, perderá excelente oportunidade para solucionar, ou tentar solucionar, o problema da satisfação do dano com maior rapidez e sem gastos. Claro que seu não comparecimento não implica preclusão. Nada impede possa ela promover a *actio civilis ex delicto* no Juízo competente, *ex vi* do art. 186 do CC e parágrafo único do art. 100 do CPC. Observe-se, contudo, que o não comparecimento da vítima, ou de quem legalmente a represente, não cria nenhum obstáculo à transação no que tange à aplicação da pena não privativa de liberdade”.

8. Admissibilidade de transação penal em ação penal privada

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, a doutrina majoritária negava a possibilidade de transação penal na ação penal de iniciativa privada. Fundamentando essa orientação, confira-se JULIO FABBRINI MIRABETE (2002, p. 137-138):

“Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus perseguendi in juditio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal. Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória penal. Na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e disponibilidade e, no caso afeto aos Juizados, a composição pelos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessária e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta para a transação.”

Nesse mesmo sentido, confira-se VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES (1998, p. 37):

“Na ação penal privada não existe a possibilidade de transação criminal.”

Ocorre que, passados mais de 15 (quinze) anos da edição da Lei nº 9.099/95, de acordo com o entendimento jurisprudencial hoje majoritário, é cabível a transação penal na ação penal privada. Nesse sentido, confira-se:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDA-

DE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I – A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta E. Corte e do C. Supremo Tribunal Federal). II – A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III – Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV – Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V – O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero *animus criticandi*, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida.” (APn 634/RJ. Rel. Min. Felix Fischer. CE. J. em 21.03.2012. RSTJ vol. 226, p. 19).

Esse, aliás, o entendimento apresentado pelo Enunciado de Entendimento nº 3 da Eg. Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

“Art. 28 do CPP. Suspensão Condicional do Processo. Aplicam-se aos crimes de ação penal de iniciativa privada a transação penal e a suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95), desde que a proposta seja formulada pelo Ministério Público, mediante prévia anuência do titular da queixa”.

Lembrar, ainda, que, havendo válida e prévia composição dos danos civis, recomenda-se opinar pela extinção da punibilidade do autor.

9. Transação penal aos crimes previstos no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Lembrar que, nos exatos termos do posicionamento externado pela Eg. Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo abaixo colacionado, é inaplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do autor.

Protocolado nº 90.272/12

Autos nº 0000702-73/2012 – MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central da Capital

Autor do fato: (...)

Assunto: revisão de pedido de arquivamento de termo circunstanciado

EMENTA: CPP, ART. 28. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL (LEI N. 11.343/06, ART. 28). PEQUENA

QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA PSICOATIVA (1 GRAMA – 2 PEDRAS DE “CRACK”). CONDUTA REVESTIDA DE TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL. ARQUIVAMENTO DESCABIDO.

1. A quantidade de substância psicoativa encontrada em poder do agente, equivalente a aproximadamente 1 g (um grama) de cocaína, conforme laudo de exame químico-toxicológico de fls. 31, jamais pode ser considerada insignificante, eis que se mostra suficiente para satisfazer o consumo.
2. Note-se que a ação incriminada pelo legislador consiste em adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pune-se, destarte, conduta que recaia sobre quantidade de substância ilícita suficiente para satisfazer o consumo individual, como fumar um cigarro de cânhamo ou um cachimbo contendo “crack”. Em face disto, afigura-se, com a máxima vênia, um contrassenso reputar insignificante porção de droga apta a prover o uso pessoal.
3. Conforme decidiu o Pretório Excelso, em acórdão relatado pelo saudoso Ministro MENEZES DE DIREITO: “1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado.” (HC n. 91.759, rel. Min. MENEZES DE DIREITO, 1ª Turma, julgado em 09/10/2007, publicado no DJ de 30-11-2007, pág. 77). Muito embora tenha havido julgados em sentido contrário, a mais recente jurisprudência da Suprema Corte caminha no sentido da tese ora sustentada, como se nota em aresto relatado pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: “PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I – Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de cará-

ter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado” (STF, HC n. 102.940, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, julgado em 15/02/2011, DJe de 05-04-2011).

4. É de ver, ainda, que se cuida de crime de ação pública incondicionada, não cabendo ao Parquet, diante da presença de prova da materialidade e indícios de autoria, postular o encerramento da *persecutio criminis*.

Solução: afasta-se o fundamento invocado para o arquivamento deduzido, designando-se outro promotor de justiça para analisar o cabimento de transação penal ou, acaso inviável, oferecer a peça inaugural e prosseguir nos ulteriores termos da causa.

10. Transação penal em crimes ambientais.

Ex vi do disposto no art. 27 da Lei nº 9.605/98: “Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.”

Aqui, cumpre mencionar que, nada obstante a dicção do dispositivo legal *sub examine*, não se olvida que parte da doutrina aponta para a possibilidade de se formular transação penal quando existente o prévio acordo através do qual o autor do fato assumia a obrigação de reparação do dano ambiental.

Nesse sentido, vale a pena transcrever VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS (2006, p. 314-315):

“Outrossim, cumpre mencionar dúvida que vez por outra surge a respeito da interpretação do art. 27 da Lei 9.605/98. O referido dispositivo fala que a proposta de transação deve ser precedida da prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade. A dúvida que surge é: é possível a transação se o infrator não reparou o dano? A resposta foi dada com clareza por Fábio Nesi Venzon, ao afirmar que “não há necessidade de que haja prévia recuperação do dano ambiental para que seja proposta a transação penal. A expressão prévia composição do dano ambiental referida no art. 27 da Lei 9.605/98 significa, isso sim, o necessário acordo, perante o juiz, no qual o infrator se compromete a recuperar o dano (obrigação de fazer), bem como a cessar a degradação que estava realizando (obrigação de não fazer)”.

Nada obstante a envergadura da citada doutrina, sugere-se que a proposta de transação penal somente seja formulada após a prévia recuperação do dano ambiental, uma vez que, como se sabe, a reparação do dano ambiental é o principal objetivo da Lei nº 9.605/98.

Nesse sentido, em artigo intitulado “Particularidades da transação penal e da suspensão condicional do processo em matéria ambiental”, VANIA MARIA TUGLIO assinala que:

“Todos os crimes previstos na Lei nº 9.605/98 são de ação pública incondicionada. Além disso, quando o crime ambiental puder ser enquadrado na conceituação de menor potencial ofensivo (artigo 61, da Lei nº 9.099/95, observando o disposto no parágrafo único do artigo 2º, da Lei nº 10.259/01), o seu processamento se dá nos termos do disposto no artigo 76, da Lei nº 9.099/95. Assim, por ocasião da audiência preliminar (ou mesmo antes, dependendo da comarca), tem sido prática comum tratar os crimes ambientais como qualquer outro crime comum de menor potencial ofensivo. Este proceder afigura-se equivocado, uma vez que, tratando-se de crime ambiental, a reparação do dano, que é o objetivo principal da Lei 9.099/95 (artigo 62), só se dá com a reconstituição do ambiente ao *status quo ante*, “salvo em caso de comprovada impossibilidade” (art. 27, *in fine*, da Lei 9.605/98). O equívoco justifica-se, então, no aparente desconhecimento ou esquecimento do disposto no artigo 27, da lei de crimes ambientais cujo teor, por ser de clareza solar, merece transcrição literal: “*Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade*” (grifos meus). Por prévia composição dos danos ambientais entende-se a cessação dos ruídos acima do limite, a cessação da disposição de esgoto sem tratamento no leito do rio, a recomposição da vegetação ciliar, etc. O estabelecimento de cestas-básicas, kit-medicamento ou qualquer outra alternativa que não voltada para o bem ambiental atingido implica o descumprimento da citada norma legal. Assim, para atender ao disposto no citado artigo, ao receber os autos para análise da possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal, além da folha de antecedentes e eventuais certidões, que possibilitará verificar a ocorrência, ou não, dos requisitos de ordem subjetiva, será necessário juntar aos autos laudo do DEPRN, do DAEE, da CETESB, do DNPM ou mesmo ofício do IBAMA, a fim de se saber como recuperar o dano praticado.” (Manual prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, p. 1.281-1.285).

Destaca-se, aqui, o entendimento de que, descumprido o ajuste no tocante à reparação do dano ambiental, o oferecimento da denúncia, ainda que cumprido o restante da transação penal, é medida que se impõe (vide item nº 12).

11. Inadmissibilidade de proposta de transação penal pelo juiz de Direito

Como se sabe, *ex vi* do disposto no art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada (reserva ao item 9), não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor transação penal, medida que, como ensina ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES (2003, p. 213/214):

“não se identifica com os institutos do *guilty plea* ou do *plea bargaining*. Com a conciliação entre o Ministério Público e a defesa não se tem a finalidade de obter uma confissão do réu em troca de alguma vantagem, como a acusação por um crime menos grave ou por um número menor de crimes como sucede no *plea bargaining*. Não há na transação da Lei 9.099/95 reconhecimento de culpa, distinguindo-se, assim, do *guilty plea*. O autor do fato, ao aceitar a proposta do Ministério Público, não estará reconhecendo a sua culpa, tanto assim que não perde a primariedade e a anotação no registro criminal só terá a finalidade de impedir outra transação no prazo de cinco anos.”

Nos exatos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe exclusivamente ao Promotor de Justiça a titularidade do *jus persequendi in judicio*. Nessa linha de inteligência, o Poder Judiciário só pode verificar a presença de condições legais que permitem a opção por parte do *Parquet*. A proposta *ex officio* da transação penal e consequente homologação em caso de aceitação pelo autor do fato equivale ao exercício da jurisdição sem ação.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência perfilhada:

STJ: “Transação penal. Proposta *ex officio*. Impossibilidade. Titularidade do Ministério Público. Ocorrência. Recurso especial. Processual Penal. Lei nº 9.099/95. Art. 76. Transação penal. Proposta *ex officio*. Impossibilidade. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Não cabe ao Juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao *Parquet* para formular proposta de transação penal. A eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28 c.c. o art. 3º do CPP. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso conhecido e provido.” (RJDTACrim 42/410-411). TACRSP: “(...) A promotora almeja a anulação do processo a partir da audiência que impôs ao réu a pena de 10 dias-multa, de ofício, com fundamento no artigo 76, § 4º, da Lei nº 9.099/95, porquanto havendo o MP feito duas propostas, de suspensão do processo e de aplicação de pena restritiva de direitos, recusadas pelo réu, que assentiria tão só na imposição de pena pecuniária, não caberia ao MM. Juiz proceder à transação *ex officio*. (...). *Data venia*, não vejo como permitir ao Juiz que decida *ex officio*. O espírito da Lei nº 9.099/95, no caso, é o da transação. Acordo entre acusador (que faz a proposta) e o acusado (que a aceita). É certo que o Juiz não é mero homologador da avença, pois a lei dispõe que a ele, sendo aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor,

será submetida a apreciação, podendo o Juiz acolhê-la ou não (artigo 89, § 1º). O que não lhe é validamente concedido é o poder, se ausente a proposta ministerial, determinar a imediata aplicação da pena que escolher, ou mesmo se presente, impor reprimenda não condizente com a proposição, ou ainda, no primeiro caso, deferir a suspensão do processo.” (Cor. Par. nº 1.012.835/9, 12ª Câmara, Rel. Juiz Walter Guilherme, j. 17.6.96, v.u.).

12. Descumprimento da pena transacionada – oferecimento de denúncia

Descumprida a transação penal, sugere-se o oferecimento da denúncia.

Com o advento da Lei nº 9.099/95 muito se discutiu acerca da possibilidade, ou não, do oferecimento da denúncia, descumprida a transação penal, após a sua homologação judicial. Discutia-se, em síntese, se a sentença homologatória da transação penal tinha eficácia de coisa julgada formal e material, caso em que seu descumprimento ensejaria tão somente a execução da medida ou, de outro vértice, única e exclusivamente coisa julgada formal, tornando-se insubsistente a partir do inadimplemento da proposta homologada.

Prevalece o entendimento de que, diante do descumprimento do acordo pelo autor do fato, deve o Ministério Público promover a devida ação penal, oferecendo denúncia.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência perfilhada:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCUMPRIMENTO. TRANSAÇÃO PENAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. PROSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heroico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral do tema, decidiu, no RE 602.072/RS, que “não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal”. 3. Esta Corte Superior, por sua vez, cumprindo sua função de uniformização da jurisprudência, passou a adotar tal posicionamento, entendendo que o descumprimento às condições impostas na transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 acarreta o prosseguimento da ação penal, vez que a sentença homologatória da referida transação não faz coisa julgada material. 4. *Habeas corpus* não co-

nhecido. (STJ, 5ª T. – HC nº 216566/MS – Rel. Min. Marilza Maynard. Data do julgamento 14.5.2013).

Essa, inclusive, já era a orientação dada pelo Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, em seu art. 93, *verbis*:

“Art. 93. Descumprida a transação, promover a ação penal. Parágrafo único. Zelar para que não seja declarada extinta a punibilidade do autor do fato, antes do cumprimento integral do acordo celebrado.”

De toda a sorte, vale a pena consignar, ainda, que o parcial cumprimento da transação penal não impede, pois, o oferecimento da denúncia. A fração cumprida do ajuste poderá, ao final e se o caso, ser considerada para detração.

Esse, aliás, o entendimento firmado pela Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, nos autos do Protocolado nº 41.499/2013, cuja emenda segue perfilhada:

EMENTA: CPP, ART. 28. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL (ART. 76 DA LEI N. 9.099/95). PROPOSTA DE APLICAÇÃO IMEDIATA DE PENA ALTERNATIVA ACEITA PELO AUTOR DO FATO E HOMOLOGADA, COM EXPRESSA COMINAÇÃO DE QUE, DESCUMPRIDA, IMPORTARIA NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO. MEDIDA PARCIALMENTE ADIMPLIDA. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DO RESTANTE DA PENA ALTERNATIVA ACORDADA. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA QUE SE IMPÕE. HIPÓTESE EM QUE A FRAÇÃO CUMPRIDA PODERÁ, NA HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO, SER CONSIDERADA PARA EVENTUAL DETRAÇÃO, MAS NÃO PARA IMPEDIR A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL.

1. A controvérsia verificada neste procedimento consiste em saber qual a atitude correta diante do descumprimento da transação penal por parte do autor do fato. Não há dúvida que o acordo configura título executivo, dada sua homologação judicial. Ocorre, porém, que referida decisão consubstancia coisa julgada *rebus sic stantibus*, vale dizer, condicionada ao efetivo adimplemento da medida.
2. O descumprimento da transação constitui fato superveniente, capaz de fazer cessar seus efeitos, cumprindo se restitua o *status quo ante*.
3. Há que se destacar, ainda, que no termo de audiência em que se homologou a transação expressamente ficou ressalvado que o inadimplemento importaria no prosseguimento da persecução penal, cumprindo se ofereça denúncia (STF, HC n. 88.785, rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJU de 04-08-2006, pág. 78).
4. As penas alternativas já cumpridas poderão, na hipótese de sobrevir condenação penal, serem descontadas da pena imposta, por aplicação analógica do art. 42 do CP (detração).

Conclusão: designa-se outro promotor de justiça para oferecer denúncia e prosseguir no feito em seus ulteriores termos.

13. Procedimentos finais na audiência preliminar.

Havendo a recusa, pelo autor do fato, da proposta de transação penal oferecida, sugere-se ao Promotor de Justiça que formule, desde logo, denúncia oral, obedecendo aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, e enfrentando, inclusive, as condições de ordem objetiva e subjetiva previstas para a propositura da suspensão condicional do processo, seguindo-se o disposto nos arts. 77 e seguintes da lei de regência.

14. Suspensão condicional do processo – art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95

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

Consiste a suspensão condicional do processo, como bem anota JULIO FABRINI MIRABETE (2002, p. 274):

“em sustar-se a ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício. É mais uma espécie de transação processual, autorizada por expressa disposição da Constituição Federal (art. 98, I) e fundada no denominado “espaço de consenso” em área processual penal, atenuando-se os princípios da obrigatoriedade da ação penal, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. É possível, com o consenso do acusado, que exerce uma faculdade dispositiva a respeito das citadas garantias, evitar a instrução, o debate do mérito da causa e a aplicação da sanção penal com a aceitação das condições obrigatórias e facultativas impostas com a suspensão do processo. A decisão que decreta a suspensão condicional do processo não julga o mérito nem discute a culpa, não absolve, não condena, não julga extinta a punibilidade e, em consequência, não gera nenhum efeito penal secundário próprio da sentença penal condenatória.”

Sugere-se ao Promotor de Justiça que, para a esmerada análise dos requisitos subjetivos autorizadores do benefício, requeira ao Juízo a juntada aos autos da folha de antecedentes do réu e das certidões judiciais do que nela eventualmente constar.

No tocante às condições obrigatórias, buscar, se o caso, salvo impossibilidade de fazê-lo, a reparação do dano à vítima, nos exatos termos do art. 89, § 1º, inc. I, da Lei nº 9.099/95.

Ainda no tocante às condições obrigatórias, fixando na proposta o comparecimento pessoal obrigatório a juízo, atentar para o fato de que a própria lei de

regência, em seu art. 89, § 1º, inc. IV, determina seu cumprimento *mensal*, não tendo sido contemplada pelo legislador ordinário periodicidade maior ou mesmo a faculdade de sua modificação.

De outro vértice, lembrar que, ao lado das condições obrigatórias, há a possibilidade de serem fixadas, também, condições facultativas, como destaca JULIO FABBRINI MIRABETE (2002, p. 371):

“Permite a lei também a imposição de outras condições, *condições facultativas*, que, no entanto, em obediência ao princípio da adequação, fundado no princípio da proporcionalidade, devem ser adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. É necessário que estejam elas em proporção com o fato praticado pelo agente e suas condições pessoais (culpabilidade, meios e modos de execução, motivação e demais circunstâncias da infração penal). Podem ser citados como exemplos de condições facultativas as de: frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; atender aos encargos de família; submeter-se a tratamento de desintoxicação; frequentar cursos de reabilitação de alcoolismo; submeter-se a tratamento médico ou psicológico quando haja indicação de sua necessidade e eficácia; entregar ao Estado ou a instituições de auxílio comunitário “cestas básicas” de alimentos ou medicamentos; não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas, etc.”

Com relação às condições facultativas, previstas no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, consigna-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal indeferiu pedido de *Habeas Corpus* (HC nº 117.662) pelo qual a Defensoria Pública da União (DPU) questionava a proposta de prestação de serviços à comunidade formulada pelo Ministério Público como condição da suspensão condicional do processo. O pedido foi indeferido pelo Min. Celso de Mello que, em judiciosa decisão, ressaltou que o Pretório Excelso tem admitido a imposição de outras condições a que se deve subordinar o réu beneficiado com a suspensão condicional do processo, ainda que diversas daquelas estabelecidas no § 1º, do art. 89, da Lei nº 9.099/95.

Nesse mesmo trilha, confira-se:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. FURTO. SUSPENSÃO CONDI-CIONAL DO PROCESSO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALIDADE. Não é inconstitucional ou inválida a imposição, como condição para a suspensão condicional do processo, de prestação de serviços ou prestação pecuniária, desde que ‘adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado’ e fixadas em patamares distantes das penas decorrentes de eventual condenação. A imposição das condições previstas no § 2º, do art. 89, da Lei 9.099/95, fica sujeita ao prudente arbítrio do juiz, não cabendo revisão em *habeas corpus*, salvo se manifestamente ilegais ou abusivas.” (STF, HC nº 108.914/RS, Rel. Min. ROSA WEBER).

15. Definição do limite mínimo da pena cominada.

Na identificação da pena de prisão passível do benefício deve-se levar em consideração as causas de aumento e diminuição de pena, ambos no seu patamar máximo legal.

Nesse sentido, confira-se:

“STJ: “Recurso de *habeas corpus* – Furto qualificado tentado – Aplicação do art. 89, da Lei nº 9.099/95 – Diminuição aplicável – Provimento do apelo. Tratando-se de norma benéfica, deve-se considerar, nos casos de tentativa, a redução máxima de 2/3, sobre o mínimo da pena cominada ao delito. Em tal circunstância, será possível a suspensão do processo, na forma do art. 89, da Lei nº 9.099/95, às hipóteses de tentativa de furto qualificado. Recurso provido, devendo os autos retornar ao primeiro grau, para se provocar a manifestação do membro do *Parquet* sobre as demais condições para tanto” (RJDTACRIM 36/571).

16. Possibilidade da suspensão condicional do processo em caso de desclassificação.

O STJ, em 9 de maio de 2007, aprovou a Súmula 337, *verbis*: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

Mesmo antes da edição dessa súmula, a jurisprudência do STJ já deixava patente a necessidade da análise do benefício, pelo Ministério Público, nas hipóteses de desclassificação ou procedência parcial da pretensão punitiva, nos termos dos arestos abaixo colacionados:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. CABIMENTO DO *SURSIS* PROCESSUAL. “1. Em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público, a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, como exclui, a imposição da pena correspondente ao fato-crime. 2. Em casos tais, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo no primeiro grau de jurisdição, mas tão só desconstituir a condenação decretada na sentença, para determinar que seja ouvido o Ministério Público sobre a proposta de suspensão do processo referida no artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RHC 81.925/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 21.2.2003. 3. Ordem concedida.” (STJ, Processo HC 28663/SP; *HABEAS CORPUS* 2003/0092471-6. Relator Min. Hamilton Carvalhido. 6ª T. – Data do julgamento 16.12.2004.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. CABIMENTO DO *SURSIS* DO ARTIGO 89 DA LEI 9.099/95.

CONCESSÃO DE OFÍCIO PELO ÓRGÃO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. “1. O momento da suspensão condicional do processo é o do recebimento da denúncia, se aceita pelo réu a proposta do Ministério Público. 2. O constructo doutrinário e jurisprudencial é firme, contudo, no sentido de que, em se fazendo cabível a suspensão condicional do processo, por força de desclassificação ou procedência só parcial da denúncia, é dever do Juiz suscitar a manifestação do Ministério Público a propósito da sua suficiência como resposta penal, excluindo, como exclui, a suspensão condicional do processo a imposição da pena correspondente ao fato-crime. 3. Em tais casos, não se há de anular a denúncia e, tampouco, tudo mais do processo que se tornou realidade, alcançando-lhe a suspensão condicional o trecho em que se fez ou faz cabível. 4. A Egrégia 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que, havendo divergência entre o órgão acusador e o magistrado, quanto à aplicação da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), tem incidência o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, não havendo falar em concessão, *ex officio*, do instituto despenalizador pelo próprio órgão julgador. 5. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal (Súmula do STF, enunciado nº 696). 6. Recurso especial provido.” (STJ, Processo REsp 634150/SP; RECURSO ESPECIAL 2004/0025198-7, Relator Min. Hamilton Carvalhido. 6ª T. – Data do Julgamento 25.8.2004.).

De outro giro, impende ressaltar que, operada a desclassificação, a propositura da suspensão condicional do processo pelo órgão do Ministério Público reclama a aceitação do próprio réu que, em caso de revelia, fica impossibilitado de externá-la. Nesse caso, à evidência, fica prejudicada a concessão do benefício.

Esse, aliás, o entendimento firmado pela Eg. Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, nos autos do Protocolado nº 27.526/2013, consoante se depreende da ementa abaixo colacionada:

EMENTA: CPP, ART. 28. RECEPÇÃO QUALIFICADA (CP, ART. 180, §1º). SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE DESCLASSIFICOU O FATO PARA A MODALIDADE SIMPLES (CP, ART. 180, *CAPUT*). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DEFESA, NO SENTIDO DE EXAMINAR O CABIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI N. 9.099/95, ART. 89). RECUZA MINISTERIAL. REMESSA DO CASO À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA (SÚMULA 696 DO STF). DESCABIMENTO DA MEDIDA. RÉU REVEL. IMPOSSIBILIDADE DE COLHER SUA CONCORDÂNCIA E DE CUMPRIR UMA DAS CONDIÇÕES LEGAIS NECESSÁRIAS AO BENEFÍCIO. POSTURA PROCESSUAL, ADEMAIS, REVELADORA DA AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS. INVIABILIDADE DE FORMULAÇÃO DA PROPOSTA DE *SURSIS* PROCESSUAL.

1. Com respeito à remessa do procedimento a este Órgão, destaque-se que se deu em observância aos ditames constitucionais. O art. 129, I, da CF, atribui ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública. Deveras, tratando-se do *dominus litis*, ao *Parquet* incumbe verificar o cabimento das medidas despenalizadoras contidas na Lei nº 9.099/95, notadamente da suspensão condicional do processo. Nesse sentido, a Súmula 696 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.
2. Deve-se anotar que o instituto em debate pressupõe, para sua concretização, não só a proposta ministerial, mas igualmente a concordância do acusado, assistido por defensor. No procedimento *sub examen*, verifica-se que o réu se encontra revel, o que impede, por conta disso, a viabilização do *sursis* processual.
3. A atitude do denunciado, ademais, no sentido de não manter atualizado seu endereço, violando uma de suas obrigações processuais mais elementares, revela descaso para com a Justiça e, nesta perspectiva, evidencia a inadequação do instituto ao caso concreto.
4. Impende asseverar que a suspensão condicional do processo, depois de homologada, importa na fixação de diversas condições a que ficará obrigado o réu, dentre as quais a de comparecer periodicamente em juízo para informar e justificar suas atividades. Não se concebe como o acusado, sendo revel, cumprirá semelhante exigência. Em outras palavras, a concessão da benesse estaria fadada ao insucesso e somente colaboraria com o descrédito e a desmoralização da Justiça Penal.

Solução: conhece-se da presente remessa, mas se deixa de elaborar a proposta de suspensão condicional do processo.

17. Inadmissibilidade da proposta de suspensão condicional do processo *ex officio* pelo juiz de Direito.

Dissentindo o Juiz de Direito da recusa pelo Promotor de Justiça na proposição da suspensão condicional do processo, resta ao Magistrado, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, remeter a questão ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos da Súmula nº 696, STF:

Súmula 696. “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

18. Suspensão condicional do processo e crime continuado.

Nos exatos termos da Súmula nº 723, STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

19. Suspensão condicional do processo e crime de ação penal privada – possibilidade.

Enfrentando o dissídio doutrinário e jurisprudencial a respeito, a Eg. Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, em obediência ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, nos autos do Protocolado nº 177.583/2012, entendeu viável a análise de proposta de suspensão condicional do processo aos crimes de ação penal privada, desde que preservada a titularidade do Ministério Público para a análise e formulação da respectiva proposta, e exista a prévia anuência do querelante, nos termos da ementa abaixo colacionada:

EMENTA: CPP, ART. 28. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95). APLICABILIDADE DO INSTITUTO AOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE EXISTA ANUÊNCIA DO QUERELANTE E A PROPOSTA SEJA FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A aplicação da suspensão condicional do processo às infrações que se procedem mediante queixa, em que pese o dissídio doutrinário e jurisprudencial existente a respeito, parece-nos viável, conquanto se preserve a titularidade do Ministério Público para análise e formulação da respectiva proposta. Nesse sentido, inclusive, o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 17.061, rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 6ª Turma, julgado em 30.05.2006, DJE DE 26.06.2006, P. 199). 2. Ocorre, entretanto, que a confecção da proposta pressupõe, além disso, a anuência do querelante. Calha à pena citar, neste diapasão, texto da lavra de LUIS ANTÔNIO DE SOUZA, que chega a conclusão semelhante à que ora se propugna: “A doutrina, vacilante de início, acabou por admitir a aplicação, por analogia, do disposto na primeira parte do art. 76, para incidir também nas infrações mediante queixa. Também assim em relação à suspensão do processo. Atualmente é corrente o entendimento do cabimento da suspensão aos crimes de ação penal privada (exclusivamente privada ou personalíssima). (...) Como se vê, o STJ admitiu a proposta de transação penal por parte do Ministério Público em não havendo formal oposição do querelante, donde concluir que este tem primazia na decisão pela proposta ou não. E o mesmo raciocínio pode-se aplicar à suspensão do processo, a qual poderá ser formulada pelo *Parquet*, nos crimes de ação penal privada, desde que não se oponha o querelante” (“in” *Revista Jus Vigilantibus* <http://jusvi.com/artigos/14573>; acesso em 06 de dezembro de 2012). SOLUÇÃO: encaminhem-se os autos à origem para que se ouça o autor da ação a respeito do *sursis* processual em favor do querelado e, com seu consentimento e na hipótese de persistir a recusa ministerial, seja o feito novamente remetido a esta Chefia Institucional.

20. Suspensão condicional do processo nos crimes ambientais – art. 28 da Lei nº 9.605/98.

Ex vi do disposto no art. 28, *caput*, da Lei nº 9.605/98, as disposições do art. 89 da Lei nº 9.099/95 aplicam-se aos crimes ambientais cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 01 (um) ano, com algumas modificações.

Debruçando-se sobre a aplicabilidade da suspensão condicional do processo aos crimes ambientais, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS (2006, p. 317) ilustram que:

“Estabelecendo o citado art. 89 que a suspensão do processo tem cabimento nos crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, além das infrações de menor potencial ofensivo, podemos elencar as seguintes infrações penais ambientais: a) Lei 9.605/98, arts. 30, 33, 34, 35, 38, *caput*, 39, 40, *caput*, 42, 45, 54, *caput* e § 2º, 56, *caput* e § 1º, 61, 62, *caput* e incisos, 63, 66, 67, *caput*, 68, *caput*, e 69; b) Lei 6.766/79 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), arts. 50, incisos I a III, e 52; c) Lei 7.347/85, art. 10 (desobediência à requisição do Ministério Público); d) Lei 8.974/95 (dispunha a respeito do uso das técnicas de engenharia genética – foi revogada pela Lei 11.105/2005; nesta norma, ver arts. 24, 25, 27, *caput*, e 29), art. 13, incisos II, § 2º, e V, *caput* e § 4º. Não se olvide que em caso de concurso material, formal ou de continuidade delitiva, em que a pena mínima ultrapassará um ano, não se aplicará a suspensão do processo (STJ), Súmula 243.”

Merece destaque, aqui, a necessidade de se estabelecer, como condição obrigatória do benefício, a reparação do dano ambiental, nos exatos termos do art. 89, § 1º, inc. I, da Lei nº 9.099/95. No ponto, a própria Lei de Crimes Ambientais estabelece, em seu art. 28, inc. I, que a declaração da extinção da punibilidade do réu fica condicionada à reparação do dano.

Pela pertinência transcreve-se, mais uma vez, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS, com suporte em ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN (2006, p. 318-319):

“Como é sabido, em matéria ambiental, a reparação do dano não só se constitui em uma obrigação de ordem constitucional (CF, art. 225, § 3º) como em um dos princípios basilares do direito ambiental – o princípio do poluidor-pagador. Esse princípio, segundo Antônio Herman V. Benjamin, “é aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação (ou omissão). Portanto, ao estabelecer as condições da suspensão do processo, deve o juiz dar ênfase para a reparação do dano. Aliás, a Lei 9.605/98, no art. 28, inciso I, estabeleceu que a declaração da extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do art. 89 da Lei 9.099/95. Isto significa que, ao ser suspenso o processo, normalmente, uma das condições será a obrigação de recuperar o ambiente degradado. Por exemplo, o desmate de uma área implicará a obrigação de replantá-la. Pois bem, passado o prazo da suspensão, um laudo deverá atestar que o réu cumpriu a obrigação. Este laudo não necessita ter as formalidades dos Códigos de Processo Penal ou Civil. Poderá, até, resumir-se em uma constatação

por oficial de justiça. O importante é que se verifique que o infrator cumpriu a condição – se ele não a honrou, não será extinta a punibilidade.”

Nesse sentido, já se decidiu que:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Crime ambiental (art. 40, da Lei nº 9.605/98) – Suspensão condicional do processo revogada em virtude da não reparação do dano – Necessidade – “Descumprindo o agente a condição imposta, bem assim não tendo ele demonstrado a impossibilidade de fazê-lo, não há que se falar em extinção da punibilidade, mesmo que decorrido o biênio do período de provas – Impossibilidade de prorrogação do prazo, pois o recorrente sequer demonstrou interesse em iniciar a reparação do dano – Marcha processual que deve ser retomada – Decisão incensurável. Recurso desprovido” (TJSP, 8ª Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 0000088-75.2005.8.26.0418. Comarca de Paraibuna. Rel. Des. Camilo Léllis).

“Das peças constantes dos autos constata-se que não tomou o recorrente a providência de efetivar no biênio a reparação do dano ambiental, nem que tenha contratado profissional para os fins fixados no item 5º, suprarreferido, sendo que, por óbvio, conforme a precisa manifestação ministerial de fl. 16 e verso, que antecedeu a acertada revogação da suspensão processual que a esse acusado foi deferida (fl. 17 e verso), a mera juntada dos documentos de fls. 14 e 15 não dão conta de ter ele atendido ao disposto nessa condição pelo mesmo aceita. E não há que se falar em não observação, pela digna Magistrada, da prorrogação do prazo fixado no artigo 28, II, da Lei nº 9.605/98, uma vez que não houve anterior iniciativa do recorrente em procurar reparar o mal causado, muito menos a demonstração de sua impossibilidade de assim agir. Sobre a questão, inclusive, preleciona Gilberto Passos de Freitas, em sua obra *Ílícito Penal Ambiental e Reparação do Dano*: – ‘Nesse caso, como bem anota Vladimir Passos de Freitas: É importante também que as condições para gozar das regalias da lei especial, só sejam concedidas se o infrator procurar reparar o mal. É dizer, se ele polui um rio, a suspensão do processo terá como condição alguma atividade relacionada diretamente com a ação reprovável: por exemplo, prestar serviços em um parque. (...). Em suma, a declaração da extinção da punibilidade no caso de suspensão do processo por crime ambiental, de acordo com o citado art. 28 da Lei dos Crimes Ambientais somente será feita à vista da apresentação de laudo de constatação comprovando que o acusado reparou o dano ou tomou as providências necessárias à reparação.’ (ob, cit., ed. Revista dos Tribunais, p. 137/138, 2005, São Paulo)”. (Ap. nº 830.021-3/4-00, Rel. Des. Marco Antônio Cogan. j. em 30.04.2007) (trecho de voto).

21. Suspensão condicional do processo no âmbito da violência doméstica.

Em 24 de março de 2011, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 106.212, Relator o Min. Marco Aurélio, o Plenário do STF, por unanimidade, assentou a constitucionalidade

de do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, que afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher.

Eis a ementa desse julgado:

“VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.343/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.343/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstanciada contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher” (DJe 13.6.2011).

Harmonizando-se com esse entendimento, confira-se:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ART. 129, § 9º, DO CP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI 9.099/95 (SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO). IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Não há constrangimento ilegal no acórdão do prévio *mandamus*, que não admitiu a suspensão condicional do processo no tocante a crime (art. 129, § 9º, do CP) contemplado pela Lei Maria da Penha. Isso porque, a Terceira Seção desta Corte alinhando-se à posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que não se aplicam os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 as hipóteses de infrações perpetradas com violência contra a mulher. Ressalva do julgamento da Relatora. 3. Na espécie, o fato de o Ministério Público ter oferecido a proposta de suspensão condicional do processo não vincula o magistrado na audiência respectiva. Ainda mais quando a negativa se lastreia em entendimento consolidado na jurisprudência superior. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, 6ª T. -, HC nº 248.162/RS – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j em 26.02.2013).

22. Necessidade de análise das condições de ordem subjetiva para a propositura da suspensão condicional do processo.

Lembrar que o cabimento da suspensão condicional do processo não se prende, exclusivamente, a requisitos de ordem objetiva, nos exatos termos das decisões proferidas pela Eg. Procuradoria-Geral de Justiça abaixo colacionadas:

Protocolado nº 129.966/12

Autos nº 1.155/12 – MM. Juízo da 18ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital

Réu: (...)

Assunto: análise de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95)

EMENTA: CPP, ART. 28. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI N. 9.099/95). RECEPÇÃO DOLOSA SIMPLES (CP, ART. 180, CAPUT). AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS. ACENTUADA CULPABILIDADE. DESCABIMENTO DA MEDIDA.

1. O cabimento da suspensão condicional do processo não se prende, exclusivamente, a requisitos de ordem objetiva. Além disso, como expressamente dispõe a lei, é necessário que a “culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício”.
2. No caso dos autos, o grau de reprovabilidade da conduta mostrou-se acentuado, porquanto se trata da recepção de veículo automotor furtado poucos dias antes, revelando que o réu possuiria proximidade com os autores do delito antecedente.
3. Destaque-se afigurar-se inconcebível acreditar que uma pessoa, depois de furtar ou roubar um automóvel, o ofereça a desconhecidos, concluindo-se, em consequência, haver comumente uma próxima relação entre os receptadores e os sujeitos ativos dos crimes anteriores.

Decisão: deixa-se de propor a suspensão condicional do processo ou de designar promotor de justiça para fazê-lo e insiste-se na postura já adotada pelo Ministério Público.

Protocolado nº 136.932/12

Autos nº 592/12 – MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Campinas

Réu: (...)

Assunto: análise de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95)

BIBLIOGRAFIA

- BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Código de Processo Penal. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- ESTEFAM, André. Direito penal, 1: parte geral. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERNANDES, Antônio Scarance. 3. ed., Processo penal constitucional. São Paulo: RT, 2003.
- FILHO, Fernando da Costa. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FREITAS, Vladimir Passos de. FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 8. ed., São Paulo: RT, 2006.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Juizados Especiais Criminais. Doutrina e jurisprudência atualizadas. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. 7. ed., São Paulo: RT, 2001.
- MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- NINNO, Jefferson. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco. Segunda edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2004.
- TOCCHETTO, Domingos. Balística forense. 3. ed., - Campinas: Millennium, 2003.



MANUAL PRÁTICO DE COMBATE AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Elaboração Fernando Arruda

Coordenação CAOCrim



APRESENTAÇÃO 71

CAPÍTULO I – HISTÓRICO 73

CAPÍTULO II – ESPECIFICIDADES: ORDEM TRIBUTÁRIA 74

- 2.1. Lei nº 8.137/90 74
- 2.2. Norma Penal em Branco 75
- 2.3. Noções Gerais e Termos Peculiares do Regulamento do ICMS (Norma Penal em Branco) 76
 - a) Da não cumulatividade do ICMS (Art. 56 RICMS) 76
 - b) Livros Fiscais 76
 - c) Contribuinte 77
 - d) Fato Gerador e Incidência 77
 - e) Do Estabelecimento 77
 - f) Do Lançamento 77
 - g) Decadência 78
 - h) Prescrição 79
 - i) Crédito do Imposto 79
 - j) Não incidência do imposto 79
 - l) Documento Hábil 79
 - m) Do levantamento fiscal 80
 - n) Das guias de informação e apuração do ICMS (GIAS) 80
 - o) Substituição Tributária (ST) 81
 - p) Do Deferimento 81
 - q) Dívida Ativa 81
 - r) Crédito Tributário 82
 - s) Suspensão do crédito Tributário 82
 - t) Extinção do crédito Tributário 83
- 2.4. Fase pré-processual e processual 84
 - 2.4.1. Do Processo Administrativo e Leis Pertinentes 84
 - 2.4.2. Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) 84
 - 2.4.3. Juntas de Julgamento de Primeira Instância 85
 - 2.4.4. Microempresas (ME) 85
 - 2.4.5. Empresas de Pequeno Porte (EPP) 85
 - 2.4.6. Sujeito Ativo 85
 - 2.4.7. Sujeito Passivo 85
 - 2.4.8. Responsáveis 86
 - 2.4.9. Individualização da Conduta dos Sócios 87

- 2.4.10. Do Sujeito Passivo e Ativo, do Elemento subjetivo e da Prova Material **88**
- 2.4.11. Da Ação e da Omissão **88**
- 2.4.12. Da adequação típica da Infração fiscal na lei Penal **88**
- 2.4.13. Infrações Fiscais de Maior Ocorrência, Relatório das Infrações e sua subsunção típica na Lei Penal **89**

CAPÍTULO III – EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS 91

- 3.1. Das provas Indispensáveis para instruir os Inquéritos e as ações penais **91**
 - 3.1.1. No caso de omissão de operações: (artigo 1º, II) **91**
 - 3.1.2. No caso de falsificação de documentos fiscais: (artigo 1º, III) **91**
 - 3.1.3. No caso de utilização de notas fiscais de entrada para o crédito indevido de ICMS: (artigo 1º, IV) **92**
 - 3.1.4. No caso de apreensão de mercadorias sendo transportadas a título de venda, em via pública: (artigo 1º, V) **93**
 - 3.1.5. No caso de apuração da infração em verificação fiscal na própria empresa **93**
- 3.2. Observações relevantes **93**

CAPÍTULO IV – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 99

- 4.1. Representação (Notícia de Crime) e seu trâmite pela Promotoria de Justiça **99**
- 4.2. Denúncia **100**
- 4.3. Da instrução dos Inquéritos Policiais **104**
- 4.4. Nos inquéritos não trancados embora instaurados sem o esgotamento da via administrativa ou expedição da CDA **105**
- 4.5. Momento em que ocorre a inscrição definitiva do tributo – pressuposto da tipicidade (Súmula 24 do STF) **105**
- 4.6. Nos inquéritos policiais trancados ou suspensos em face ao não esgotamento da via administrativa e do que dispõe a súmula nº 24 do Supremo Tribunal Federal **106**
- 4.7. Nos Inquéritos Policiais trancados ou suspensos em face ao parcelamento do débito tributário **107**
- 4.8. Nos procedimentos administrativos ou notícias de crime enviados pela autoridade fazendária ou MP **107**
- 4.9. Nas ações penais em andamento **107**
- 4.10. Nos pedidos de suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento ou de extinção da punibilidade pelo pagamento **109**
- 4.11. A Lei nº 11.941 de 27.05.2009 aplica-se aos novos parcelamentos e pagamentos e atinge as dívidas vencidas até 30.11.2008 **109**
- 4.12. Nos casos pedidos de trancamento de inquéritos ou de ações penais em face de decisão do Juízo Cível concedendo tutela antecipada ao contri-

buinte em ação anulatória de débito suspendendo a exigibilidade do tributo (com ou sem garantia) ou nos casos de depósito em ação de execução determinando a suspensão da cobrança do tributo **110**

CAPÍTULO V – ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO 112

- 5.1. Principais argumentos e teses de defesa nos crimes contra a ordem tributária **112**
 - 5.1.1. Principais teses ou argumentos da defesa **112**
 - 5.1.2. Outras teses defensivas **115**
 - 5.1.3. Da extinção da punibilidade pelo pagamento **115**
 - 5.1.4. Do pagamento do tributo reclamado em apenas alguns dos itens do AIIM **116**
 - 5.1.5. Do pagamento parcial do Tributo no curso do parcelamento rompido **117**
- 5.2. Das Penas **117**
- 5.3. Quesitos básicos para as perícias contábeis **118**
- 5.4. Jurisprudência pertinente **122**

ANEXOS (mídia digital)

O crime contra a ordem tributária por se apresentar, *prima vista*, como um delito de pouco potencial lesivo não tem recebido o tratamento que merece.

Há uma tendência no sentido de descriminalização das infrações penais tributárias, na medida em que se avolumam casos de rejeição de denúncias, trancamento de inquéritos policiais, sentenças absolutórias e reformas de sentenças, pelos mais variados motivos, entre eles, pasmem, a falta de inquérito policial, ausência de prova quanto ao dolo, não individualização da conduta de cada um dos gerentes, extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou pelo parcelamento ao arrepio das leis pertinentes, falta de contrato social, existência de ação anulatória do débito fiscal ou do AIIM proposta pelo contribuinte no juízo cível, com garantia (depósito, penhora, carta de fiança, outras) ou não.

A prática tem demonstrado que há um rigorismo exagerado no que tange à quantidade e à qualidade das provas nos casos de crime contra a ordem tributária, muito maior do que para os crimes comuns.

O aparente desvalor da ação, todavia, não leva ao desvalor do resultado.

A análise da conduta, sob a ótica do resultado, afasta a falsa concepção de que se trata de crime de pequeno potencial lesivo.

Com efeito, pelo resultado o crime contra a ordem tributária se mostra infinitamente mais grave do que os assemelhados, como estelionato, apropriação indébita, falsificação e outros, merecendo, por isto, pelo menos o mesmo tratamento a estes dispensados.

É que nos crimes comuns o patrimônio lesado é o individual, enquanto que nos crimes contra a ordem tributária é o patrimônio público, supraindividual, com reflexos sobremaneira negativos nos serviços sociais fundamentais do Estado, como a Justiça, Segurança, Educação, Saúde, Habitação, Transportes e Saneamento Básico para os quais é destinada parte da arrecadação tributária.

A prevenção e a repressão dos crimes contra a ordem tributária devem ser tratada com toda seriedade e na mesma medida e severidade reservadas aos demais crimes patrimoniais, não sendo razoável admitir um tratamento diferenciado e *lobbies* políticos visando a beneficiar o sonegador fiscal.

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e acessórios, a suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento e a necessidade da exaustão dos meios administrativos e o lançamento definitivo do tributo como condição para a *persecutio criminis* são verdadeiros incentivos à sonegação.

CAPÍTULO I HISTÓRICO

O Promotor de Justiça Criminal, que tem atribuição para atuar na repressão aos crimes contra a ordem tributária, tem importante papel na defesa da cidadania, do patrimônio público, da moralidade administrativa, na defesa da ordem tributária, dos serviços essenciais do cidadão, além do que exerce o controle externo da atividade da Administração Pública (Fazenda Pública) e das decisões do Tribunal de Impostos e Taxas.

O trabalho especializado nesta área iniciou-se com a edição do Ato nº 20/94-PGJ, de 15 de março de 1994, que institui, no âmbito das Promotorias Criminais do Foro Central da Capital, o Grupo de Atuação Especial para a repressão aos crimes de sonegação fiscal da Jurisdição Estadual.

À época, diante do já elevado número de representações e peças de informação atinentes a crimes de sonegação fiscal, encaminhadas pela Secretaria da Fazenda do Estado ao Ministério Público, considerando que o crime de sonegação fiscal proporciona efeitos danosos à sociedade, decorrentes da evasão de receita, prejudicando especialmente a camada mais humilde da população e que as peculiaridades e complexidades dos crimes de sonegação fiscal já exigiam uma atuação especializada e uniforme na repressão, a Procuradoria-Geral de Justiça decidiu criar um Grupo Especial com atribuições para os inquéritos policiais e processos relativos a crimes de sonegação fiscal da competência do Foro Central da Capital, em todas as fases da persecução penal, inclusive audiências, até decisão final.

Posteriormente, o Grupo foi extinto pelo Ato Normativo nº 593-PGJ, de 05 de junho de 2009, criando-se a Promotoria de Justiça de Repressão à Sonegação Fiscal com a atribuição de repressão aos crimes contra a ordem tributária, bem como a promoção de ação civil, tendo por objeto ato ou decisão administrativos atentatórios à ordem tributária com inovação de atribuir aos Promotores de Justiça tanto atribuições criminais quanto atribuições difusas (inquérito civil, recomendações, possibilidade de ajuizamento de ação civil pública, etc).

CAPÍTULO II ESPECIFICIDADES: ORDEM TRIBUTÁRIA

2.1. Lei nº 8.137/90

Crimes contra a Ordem Tributária.

Considerações gerais. Direito Penal Tributário

Art. 1º - "Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas":

- I. omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*
- II. fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*
- III. falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*
- IV. elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento fiscal que saiba ou deva saber ser falso ou inexato;*
- V. negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento relativo à operação de venda ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação;*

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Parágrafo único: A falta de atendimento à exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quando ao atendimento da exigência à infração prevista no inciso V.

Art. 2º – Constitui crime da mesma natureza:

- I. fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente de pagamento de tributo;*
- II. deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;*
- III. exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;*
- IV. deixar de aplicar ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcela do imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;*
- V. utilizar ou divulgar programa de processamento de dados, que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.*

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa."

Caracteriza, pois, crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social, mediante quaisquer das condutas elencadas nos diversos incisos do art. 1º e 2º, da lei especial.

Art. 3º – Define os crimes praticados por funcionários públicos.

Nas disposições gerais da Lei 8.137/90 merece destaque o artigo 11 que dispõe: *Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominados, na medida de sua culpabilidade.*

O artigo 12 prevê como circunstâncias que podem agravar a pena de 1/3 até a metade quando o crime ocasionar grave dano à coletividade, praticado por servidor público no exercício da função ou ser o crime praticado em relação à prestação de serviço ou ao comércio de bens essenciais à saúde.

Para nós merecerá especial atenção o Imposto Sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS), muito embora a Lei 8.137/90 tenha aplicação também aos casos de supressão ou redução do Imposto Sobre Serviços (ISS), IPVA, IPTU, ITBI e ITCMD.

2.2. Norma Penal em Branco

Pela própria dicção dos artigos 1º e 2º da *lex specialis*, em testilha, ela é uma norma penal em branco.

Para melhor compreensão da matéria se afigura indispensável que, na análise do ilícito penal tributário, seja levado em conta a Legislação Penal (Lei 8.137/90) simultaneamente com a Legislação Tributária (RICMS – Regulamento do ICMS)

A lei tributária define as infrações fiscais e suas sanções no âmbito administrativo.

Algumas infrações fiscais, por sua peculiaridade e gravidade, são definidas pela Lei Penal Especial como crimes de sonegação fiscal ou contra a ordem tributária (crime contra a ordem tributária) que lhes impõe penas privativas de liberdade e pecuniárias.

As sanções administrativas só podem ser aplicadas pela Autoridade Administrativa Fiscal, enquanto que as de cunho penal exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Há, pois, dois ramos do Direito Tributário: o Direito Penal Tributário e o Direito Tributário Penal.

O primeiro cuida dos crimes fiscais e o segundo das infrações fiscais administrativas.

Providencial que, na denúncia, além da descrição do fato típico e da norma penal ofendida conste também a norma administrativa correspondente. Por exem-

plo: Se a infração penal é relativa à venda sem emissão e fornecimento de nota fiscal, imperativo indicar a norma constante da legislação tributária que obriga o contribuinte a emitir nota fiscal de venda de mercadorias antes da saída da mercadoria do estabelecimento (art. 111, II e 112 do RICMS).

A lei extravagante que trata dos crimes de sonegação fiscal é norma penal em branco porque ela se refere a livros e documentos fiscais, contribuinte, tributo, notas fiscais, fiscalização tributária, operações de venda, etc.

De rigor, portanto, ainda que em apertada síntese, dedicar algumas linhas sobre a matéria tributária que tem estreita ligação com a matéria penal.

2.3. Noções Gerais e Termos Peculiares do Regulamento do ICMS (Norma Penal em Branco)

a) Da não cumulatividade do ICMS (Art. 56 RICMS)

O ICMS, pela sua peculiaridade, é um imposto plurifásico e não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este ou outro Estado, relativamente (art. 56 RICMS) à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.

Em resumo, compensa-se o que se paga por ocasião das entradas (compra/crédito) com o que se cobra pelas saídas (venda/débito).

Já no caso de ISS não se aplica a regra acima. O ISS é imposto direto cujo valor é calculado pelo valor do serviço prestado e cobrado e não há crédito, débito ou compensação.

b) Livros Fiscais

Dentre os Livros Fiscais, os que mais interessam, sob a ótica do nosso estudo, são os de Registro de Entrada (RE), art. 205 RICMS, Registro de Saída (RS), art. 206 RICMS e Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), art. 214 RICMS.

No Livro Registro de Entrada é que devem ser escrituradas, entre outras, as notas fiscais de compra e lançado o crédito do ICMS.

No Livro Registro de Saída, serão escrituradas todas as saídas, a qualquer título, de mercadoria do estabelecimento e lançado o Débito do ICMS correspondente às operações.

No Livro Registro de Apuração de ICMS, entre outros lançamentos, serão escriturados os débitos e créditos fiscais, a apuração dos saldos e os dados relativos às Guias de Informação e às Guias de Recolhimento do Imposto.

c) Contribuinte

Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, natural ou jurídica que, de modo habitual ou em volume que caracterize intuito comercial, realize operações relativas à circulação de mercadorias ou preste serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação (art.9º, do RICMS). Irrelevante, portanto, para a caracterização do crime contra a ordem tributária não ser o agente inscrito como contribuinte no Estado ou no Município desde que presentes as circunstâncias previstas no artigo 9º do RICMS..

d) Fato gerador e incidência

O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – tem como fato gerador a operação relativa à circulação de mercadoria ou à prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, ainda que a operação ou a prestação se inicie no exterior (art. 1º RICMS).

O imposto incide, também, sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo imobilizado do estabelecimento, assim como sobre o serviço prestado no exterior.

Ocorre o fato gerador do imposto nas hipóteses elencadas no artigo 2º, do RICMS, ao qual remetemos o leitor.

e) Do estabelecimento

Estabelecimento é o local, construído ou não, mesmo que pertencente a terceiro, onde o contribuinte exerça toda ou parte de sua atividade, em caráter permanente ou temporário, ainda que se destine a simples depósito ou armazenagem de mercadorias ou bens relacionados com o exercício dessa atividade.

f) Do lançamento

O artigo 142 do Código Tributário Nacional estabelece que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Esta atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo.

O lançamento por homologação ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa quando a lei assim o determina, quando a declaração não é prestada no prazo legal, quando se comprovar simulação, omissão, falsidade, erro, omissão, dolo ou outra fraude nos termos do artigo 149, I a IX do CTN.

g) Decadência

O artigo 173 do CTN dispõe que: “O direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.”

Considerando-se que embora o artigo 150, § 4º do CTN estabeleça que a Fazenda Pública tenha o prazo de cinco anos, a partir do fato gerador, para homologar o lançamento, esta determinação, esta regra não se aplica nos casos de infrações cometidas com dolo, fraude ou simulação (art. 150, § 4º do CTN).

Posto isto, quer parecer que o espírito da lei ou sua *ratio legis* é a de permitir a apuração e o lançamento mesmo após o prazo de cinco anos e, conseqüentemente, não ocorre a decadência no prazo previsto no artigo 173 do CTN quando comprovada a fraude, dolo, simulação ou crime por parte do contribuinte.

De fato, considerando-se que o próprio inciso I do artigo 173 do CTN, que trata da decadência, prevê expressamente que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento por homologação pode ser efetuado e que este lançamento pode ocorrer após cinco anos desde que comprovados fraude, simulação ou dolo. Não se cogita de decadência em cinco anos quando há indícios de que houve sonegação fiscal mediante a prática das fraudes constantes do artigo 1º e 2º da lei 8.137/90.

A Autoridade Fazendária, portanto, não pode se omitir de realizar fiscalização (em casos de suspeita de crime) numa empresa quando provocada por requisição fundamentada do Ministério Público, sobre a alegação de ter ocorrido a decadência. Isso porque nesta hipótese não tem aplicação a regra insculpida no artigo 173 do CTN.

No caso de resistência do fisco em realização da verificação fiscal, o Promotor de Justiça, na defesa da ordem tributária, deverá tomar as providências legais cabíveis contra o servidor desobediente.

h) Prescrição

A prescrição está prevista no artigo 174 do CTN, o qual reza que a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

i) Crédito do imposto

Para a compensação, será assegurado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado relativamente a mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas.

Trata-se do princípio da não cumulatividade.

j) Não incidência do imposto

Os casos de não incidência estão arrolados no artigo 7º, do RICMS/2000.

l) Documento hábil

Documento hábil é aquele que atende a todas as exigências da legislação pertinente, que seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto.

As exigências apontadas, *in alto*, poderão ser encontradas no Capítulo I, do Título IV, Seção I, do RICMS, que trata DOS DOCUMENTOS EM GERAL.

Estas exigências dizem respeito a aspectos formais, legais, extrínsecos e intrínsecos de cada espécie de documento.

Dependendo do vício, o documento que será havido como inábil, poderá ser desclassificado pela autoridade fazendária.

É de grande valia entender o alcance da desclassificação do documento fiscal para os efeitos criminais.

A título de exemplo: Se a fiscalização apreender mercadorias transportadas acobertadas de nota fiscal, cuja data de saída não corresponda à data do transporte, a NF será desclassificada e a mercadoria considerada desacompanhada de nota fiscal.

O mesmo poderá ocorrer se a quantidade na NF fiscal for maior ou menor da que está sendo remetida ou transportada.

É preciso cautela para a formação da *opinio delicti* nestes casos. Só se poderá cogitar de ilícito penal tributário se presentes elementos comprobatórios sobre a reutilização da uma mesma nota fiscal para acobertar sucessivas operações de remessa a título de venda.

Ainda que a autoridade fazendária desclassifique a nota fiscal e exija o ICMS correspondente à infração, não extrapolaria os limites do ilícito administrativo.

m) Do levantamento fiscal

Uma das formas de apuração do ICMS devido pelo agente fiscal é o levantamento fiscal.

O RICMS/2000 no artigo 574 estabelece que o “movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos”.

O parágrafo 1º desse artigo reza que “no levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio do lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, considerada a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento”.

As diferenças apuradas por meio de levantamento fiscal serão consideradas como decorrentes de operações ou prestações tributadas (não escrituradas ou omitidas ao fisco) e serão calculadas mediante aplicação da maior alíquota vigente no período do levantamento.

n) Das guias de informação e apuração do ICMS (GUIAS)

É um documento obrigatório previsto no artigo 231 do RICMS/2000, que deve ser elaborado pelo contribuinte no qual deve declarar:

- Os valores das operações ou prestações realizadas no período de apuração;
- O valor do imposto a recolher ou do saldo credor a transportar para o período seguinte;
- Informações relativas ao seu movimento econômico, para fins de fiscalização do tributo;
- Informações relacionadas com a apuração dos índices de participação dos municípios paulistas na arrecadação do imposto;
- As operações interestaduais de entrada, recebimento ou saídas de mercadorias, bem como os serviços tomados ou prestados, com detalhamento dos valores por Estado remetente ou destinatário;
- Outras informações econômico-fiscais relacionadas com suas atividades.

O imposto a recolher declarado na guia de informação (GIA) é exigível independentemente de lavratura de Auto de Infração ou de Notificação.

No caso de operações sobre o regime de substituição tributária (ST), o contribuinte deve declarar as operações e demais informações exigidas pelo regulamento em guias (GIAS) separadas das demais relativas a operações não sujeitas a ST. No regime de ST, o contribuinte não tem direito à compensação do tributo (ST) a recolher com outros créditos provenientes de operações com mercadorias não sujeitas ao ST.

o) Substituição tributária (ST)

Embora exista acesa discussão sobre a legalidade desse regime para determinadas operações e mercadorias, como, por exemplo, combustíveis, refrigerantes, cigarros, veículos, o Estado exige que os fabricantes retenham antecipadamente o imposto na condição de substituto tributário: imposto este que será cobrado do destinatário na condição de substituído.

Quando o substituto não recolhe aos cofres públicos o tributo cobrado do substituído é ele autuado e a infração fiscal configura o delito previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/90 (apropriação indébita).

Na hipótese de o contribuinte substituto declarar regularmente o ICMS/ST na GIA, não é lavrado Auto de Infração e o tributo é lançado de ofício e imediatamente expedida a Certidão da Dívida Ativa, cuja certidão acompanhada dos livros, notas fiscais comprobatórias das operações e da cobrança do ICMS do substituído é encaminhada ao Ministério Público.

Nos casos em que o contribuinte substituto não escritura, não declara em GIA o tributo cobrado do substituído e não o recolhe aos cofres públicos, é lavrado Auto de Infração.

p) Do diferimento

Quando houver previsão para o lançamento do imposto na sucessiva operação ocorre o diferimento.

Um dos exemplos clássicos de diferimento é a operação com resíduos de materiais (de papel, sucata de metal, caco de vidro, plástico, borracha e outros).

Nestes casos, o lançamento do imposto fica diferido para o momento em que ocorrer as saídas dos resíduos para outro Estado, para o exterior ou sua entrada em estabelecimento industrial.

Não há incidência do ICMS para envolvidos nas operações antecedentes de arrecadação, separação e depósito dos resíduos, desde que devidamente documentadas.

q) Dívida Ativa

Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o

prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (art. 201 CTN).

Terminado o processo administrativo, com decisão definitiva na esfera administrativa, é ele encaminhado à Repartição Administrativa competente cuja autoridade notificará o contribuinte para pagar no prazo que ela fixar sob pena de inscrição. Decorrido este prazo sem que o contribuinte efetue o recolhimento, será o crédito inscrito na seção da dívida ativa daquela repartição e lançada no sistema. No Estado de São Paulo, a Procuradoria Fiscal do Estado fica incumbida de expedir a Certidão da Dívida Ativa. A CDA é um título extrajudicial que dá a certeza do débito tributário e se presta a instruir a ação de execução movida pela Fazenda Pública contra o devedor.

A Certidão da Dívida Ativa não é o único documento comprobatório da Dívida Ativa. Certidão da Dívida Ativa é uma declaração, com fé pública, da existência de uma dívida tributária devidamente já inscrita (artigo 201 do CTN).

Temos que o momento consumativo do crime, portanto, não é necessariamente o da expedição da CDA, mas sim a data em que se esgota o prazo fixado pela autoridade fazendária para o pagamento do crédito apurado no processo administrativo.

r) Crédito Tributário

Nos termos do artigo 139 do CTN o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

s) Suspensão do Crédito Tributário

Artigo 151 do Código Tributário Nacional:

Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- Moratória;
- O depósito do seu montante integral;
- As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladores do processo tributário administrativo;
- A concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso ou dela decorrentes.

Vale ressaltar que a moratória não pode ser concedida em casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do terceiro em benefício daquele e muito menos em casos de crimes (art. 154 do CTN)

t) Extinção do Crédito Tributário

Artigo 156 do CTN:

“Extingue-se o crédito tributário”:

I - o pagamento

II - a compensação

III - a transação

IV - a remissão

V - a prescrição e a decadência

VI - a conversão do depósito em renda

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 164

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória

X - a decisão judicial passada em julgado

Extinguem, ainda, o crédito, a anistia, a remissão e a isenção.

A anistia não se aplica aos atos qualificados em lei como crime ou contravenção e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo, ou por terceiro em benefício daquele, ou quando resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas (art. 180, I e II DO CTN).

A remissão deve ser precedida de despacho fundamentado da autoridade administrativa concedente e deve atender à situação econômica do sujeito passivo, ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto à matéria de fato, à diminuta importância do crédito tributário, e à consideração de equidade, em relação com às características pessoais ou materiais do caso e a condições peculiares de determinada região (art. 172 do CTN)

A isenção deve decorrer de lei e não se aplica, salvo disposição em contrário, às taxas e contribuições de melhoria e aos tributos instituídos posteriormente à sua concessão.

Ela é normalmente concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, e pode ser revogada e modificada por lei a qualquer tempo.

As regras acima se aplicam aos tributos federais, estaduais e municipais (IR, ICMS, ISS, IPVA, IPTU, ITBI e outros) e quando concedidas irregularmente podem ser objeto de anulação através de Ação Civil Pública ou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

2.4. Fase pré-processual e processual

2.4.1. Do Processo Administrativo e Leis Pertinentes

Contencioso Administrativo: Lei 10.941/2001 e Decreto n. 46/2002, além do Regimento Interno do Tribunal de Impostos e Taxas.

2.4.2. Tribunal de Impostos e Taxas (TIT)

O Tribunal de Impostos e Taxas é composto de 16 Câmaras e está vinculado à Coordenadoria de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda. Os juízes que compõem o quadro do TIT são os representantes da Fazenda denominados juizes servidores indicados pela Fazenda e Procuradoria-Geral do Estado e os representantes dos diversos setores da indústria e comércio denominados juizes contribuintes. São eles nomeados pelo Governo do Estado e podem ser exonrados *ad nutum*. Este Tribunal julga os recursos do contribuinte em segunda instância administrativa.

Em face dos importantes reflexos das decisões do TIT na esfera penal impõe-se que o MP exerça sempre que possível um controle externo sobre estas decisões.

Com efeito, se o TIT cancelar um AIIM cuja infração, em tese, é típica sob a ótica penal, ainda que o Promotor de Justiça haja produzido provas incontestáveis da autoria, materialidade, da antijuridicidade e culpabilidade ele não poderá instaurar a ação penal contra o sonegador em razão da extinção do crédito tributário e pela inexistência do lançamento de tributo.

Partindo daí, sempre que o Promotor haja produzido provas no inquérito policial e que, pela sua natureza, não sejam daquelas colhidas pelos agentes fiscais durante suas averiguações fiscais e lavratura do AIIM ou daquelas que do TIT possam eventualmente buscá-las convertendo o julgamento em diligências, ele deverá, na defesa da ordem tributária e do patrimônio público, enviá-las ao TIT através da Representação Fiscal da SEFAZ ou diretamente ao Presidente daquele Tribunal.

Se já tiver sido instaurada ação penal e a defesa requerer ao juiz criminal a suspensão do processo em razão de haver proposto ação anulatória do débito fiscal no juízo cível com ou sem garantia (carta de fiança, penhora, outras) ou haver apresentado penhora ou depósito ou outra garantia em Ação de Execução que lhe move a Fazenda Pública o Promotor, caso haja produzido provas especialmente quanto à materialidade e antijuridicidade deverá enviá-las à Procuradoria Fiscal cópias delas para que ele as apresente com sua contestação ou embargos. A título de exemplo. O contribuinte é autuado pelo fisco por ter deixado de emitir nota fiscal de venda comprovada por orçamentos ou pedidos apreendidos no estabelecimento. O contribuinte no processo administrativo com seu recurso, ou na eventual ação anulatória que venha a propor visando à anulação do lançamento do débito ou mesmo com seus embargos no Juízo da Vara da Fazenda, poderá alegar que a

venda constante do orçamento ou pedido havia sido cancelada, motivo por que não fora emitida a nota fiscal. Ocorre que na fase do inquérito policial, a pessoa (comprador ou cliente) cujo nome constava do orçamento ou pedido, ao ser inquirida, confirmara ter de fato efetuado a compra e apresentara à autoridade policial cópia do recibo de pagamento ou do cheque dado em pagamento, tornando inquestionável a realização da operação. Esta prova raramente é produzida pelo agente fiscal que lavrou o AIIM, pelo Tribunal de Impostos e Taxas ou pela Procuradoria do Estado e se presentes no processo administrativo, no de Execução ou na Ação Anulatória, levaria seguramente a uma decisão favorável à Fazenda Pública e à manutenção do AIIM, o que viabilizaria a proposição da ação penal contra o sonegador e a sua condenação na esfera criminal.

2.4.3. Juntas de Julgamento de Primeira Instância

Estas juntas julgam os recursos em primeira instância e é constituída por servidores das classes de Julgador Tributário e de Agente Fiscal de Rendas, lotados em órgãos subordinados às Delegacias Tributárias de Julgamento, da estrutura da Coordenadoria da Administração Tributária (CAT).

Em cada Delegacia Tributária de Julgamento há uma Unidade de Julgamento e Unidades de Julgamento de Pequenos Débitos.

2.4.4. Microempresas (ME)

A microempresa é tratada pela Lei Complementar: 123/2006.

2.4.5. Empresas de Pequeno Porte (EPP)

A EPP também é regida pela LC acima.

2.4.6. Sujeito Ativo

Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento (art. 119 do CTN).

2.4.7. Sujeito Passivo

Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 121 CTN).

Contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador.

Responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Para os fins do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, contribuinte do imposto é toda pessoa natural ou jurídica,

que de modo habitual ou em volume que caracterize intuito comercial, realize operação relativa à circulação de mercadorias ou preste serviços de transporte ou de comunicação art. 9º do RICMS.

Nos casos de crime praticado por meio da pessoa jurídica (art. 11, da lei 8.137/90), a responsabilidade recai sobre os sócios-gerentes que responderão na medida de sua culpabilidade.

Contadores, procuradores, mandatários ou quaisquer pessoas que tenham concorrido para os crimes poderão ser responsabilizados, na medida de sua culpabilidade, pela prática do crime e pelo pagamento do tributo.

2.4.8. Responsáveis

O artigo 12, do RICMS/2000 nos incisos I a XII, § único, menciona as pessoas responsáveis pelo pagamento do imposto.

Merece especial atenção os incisos XI a XII e o § único.

O inciso XI estabelece que são solidariamente responsáveis as pessoas que tiverem interesse comum na situação que tiver dado origem à obrigação principal.

O inciso XII dispõe que é solidariamente responsável todo aquele que efetivamente concorra para a sonegação do imposto.

O § único prevê que se presume ter interesse comum, para efeito do disposto no inciso XI, o adquirente da mercadoria ou o tomador do serviço, em operação ou prestação realizada sem documentação fiscal.

Não é indispensável que o agente, para ser responsabilizado pelo pagamento do imposto ou criminalmente, esteja inscrito na Repartição Fiscal competente. Se houver a habitualidade na atividade ou o volume que caracterize intuito comercial, a pessoa é considerada contribuinte para os fins administrativo e penal.

O Código Tributário Nacional cuida da responsabilidade tributária nos artigos 128 a 138.

O artigo 136, I, do CTN estabelece que, salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

O Art. 137 dispõe: “A responsabilidade é pessoal do agente”,

I – quanto às infrações conceituadas por lei, como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito.

II – quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III – quanto as infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico.

2.4.9. Individualização da Conduta dos Sócios

Há teoria dominante no sentido de que é dispensável, por ocasião do oferecimento da denúncia, a individualização da conduta de cada um dos sócios por se tratar de juízo de mera admissibilidade.

Outro não poderia ser o entendimento, na medida em que nem sempre ou quase nunca são os sócios, gerentes ou não, quem executam materialmente o crime.

Nem mesmo na instrução se afigura exigível tal prova.

Condicionar a condenação à prova detalhada da participação de cada um dos sócios-gerentes levaria não só a impunidade, como também à inexequibilidade da *lex specialis*, para gáudio dos sonegadores.

Esta prova só seria possível com a confissão plena ou com a delação por parte de algum empregado, delação esta que não se pode exigir pela intuitiva possibilidade de demissão do subalterno.

Ademais, se afigura uma hipocrisia duvidar da participação de sócios-gerentes nas falcatruas tributárias de sua pessoa jurídica. Esta não age por conta própria. Uma empresa só investe nas fraudes fiscais visando à redução ou supressão do tributo quando esta é a vontade de seus comandantes.

Tem aplicação, aqui, os princípios do livre convencimento do juiz e da verdade real.

Mesmo assim, em recente matéria publicada e da lavra do E. Professor e Penalista Damásio E. de Jesus, há um aceno no sentido de que, embora para a propositura da ação penal não haja a necessidade da individualização da conduta de cada sócio, ela será indispensável para propiciar a condenação, em razão da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva no Direito Penal pátrio.

Pese a tese *ut supra* não há de se falar em responsabilidade objetiva em caso de condenação por crime contra a ordem tributária praticado por meio de pessoa jurídica quando não seja possível individualizar a conduta de cada sócio.

Ademais, o produto espúrio é sempre partilhado entre os sócios e são eles os responsáveis pelo recolhimento dos tributos.

O subfaturamento, o calçamento de notas, o uso de notas falsas, a omissão de operações ou inserção de elementos inexatos em livros ou documentos fiscais, o não fornecimento de notas fiscais e outras fraudes fiscais podem ficar a cargo de contadores ou funcionários; contudo, agem eles por ordem daqueles, únicos interessados no produto ilícito da sonegação.

Esta ordem, ainda que revele alguma ilegalidade, nem sempre é descumprível pela intuitiva probabilidade de demissão do subordinado.

Há crimes omissivos próprios, como os do art. 1º e 2º, inciso I, que são de mera conduta e nestes casos impossível descrever ou individualizar a conduta, bastando, ao recebimento da denúncia ou ao convencimento do juiz, imputar ao contribuín-

te sonegador o fato de ele, estando obrigado, pela lei, a prestar as informações ou declaração, deixar de apresentá-las ou prestá-las falsamente.

Salutar trazer a colação a teoria do domínio do fato. Considera-se que os sócios tem o domínio sobre o fato, sendo responsáveis pelo pagamento dos impostos, pela regularidade da escrita contábil fiscal e pelas infrações fiscais cometidas por meio de sua pessoa jurídica.

2.4.10. Do Sujeito Passivo e Ativo, do Elemento subjetivo e da Prova Material

O sujeito passivo do crime contra a ordem tributária é a Fazenda Pública.

O objeto material do crime contra a ordem tributária (*corpus delicti*) são os documentos fiscais, livros, notas, faturas, duplicatas e outros elementos fiscais ou parafiscais.

É o dolo específico, voltado à supressão ou à redução do tributo.

O crime contra a ordem tributária não admite a modalidade culposa, em face do silêncio do legislador (art. 18, II § único do CP). Irregularidades contábeis ou infrações fiscais decorrentes de erro, imperícia, negligência, imprudência são indiferentes penais, pela ausência do elemento subjetivo.

O art. 1º, quando se refere a “dever saber da falsidade” não está acenando para uma forma culposa. Cuida-se de dolo eventual.

Os crimes definidos no artigo 1º da Lei 8.137/90 são materiais e, para sua configuração indispensável, o resultado naturalístico suprimir ou reduzir tributo.

O artigo 2º e 3º prevê condutas formais, como no caso do inciso V do art. 2º e I, II e III do artigo 3º.

4.2.11. Da Ação e da Omissão

Algumas figuras típicas exigem ação e, outras, omissão do agente.

Nos crimes omissivos, se não impossível, é muito difícil descrever a conduta de cada um dos sócios como desejam alguns tributaristas e juízes. De fato, seria possível descrever minuciosamente a conduta criminosa dos sócios que, muitas vezes, sequer estão presentes na empresa no momento da prática da infração penal tributária, deixaram de escriturar notas fiscais no livro próprio ou deixaram de emitir notas fiscais relativas a vendas ou deixaram de prestar informações para a autoridade fazendária?

2.4.12. Da adequação típica da Infração fiscal na lei Penal

Sempre que a operação for tributável, assim definidas as previstas pelo art. 1º, do RICMS e o ilícito fiscal, por adequação típica, puder ser subsumido num dos incisos da Lei 8.137/90, diz-se tratar de uma infração fiscal penalmente típica.

A operação deve ser tributável por força do art. 1º, da lei especial, que estabeleça ser crime contra a ordem tributária “suprimir ou reduzir tributo, contribuição social e qualquer acessório.”

Em razão dessas elementares são tais crimes tidos como materiais.

Se a operação, objeto do auto de infração, não for tributável, como, por exemplo, as saídas para industrialização, demonstração, conserto e outras, ainda que reclamável o ICMS pela Fazenda Estadual, a conduta será considerada um indifferente penal por ausência da elementar do tipo “**suprimir ou reduzir tributo.**”

Quanto aos crimes previstos no artigo 2º, da Lei 8.137/90, há entendimento no sentido de que são eles formais, muito embora se nos afigure que o previsto no parágrafo 2º, II, seja tão material quanto os definidos no artigo 1º.

A dificuldade na subsunção da infração fiscal à norma penal decorre da peculiar linguagem usada pelos pretores fazendários que definem e capitulam as infrações fiscais à luz do RICMS e não da Lei Penal.

Esta dificuldade levou o GAESF a propor à Secretaria da Fazenda uma complementação das Representações por crime contra a ordem tributária, incluindo nestes quesitos específicos que, se corretamente respondidos, possibilitaria imediata subsunção da infração fiscal na *lex specialis*. No final deste trabalho, a CAT será reproduzida, na íntegra.

De modo geral, e a prática tem demonstrado, que os agentes fiscais, quando lavram seus AIIMS (Auto de Infração de Imposição de Multas), utilizam denominações específicas para cada infração ou fraude fiscal que, *primo oculi*, podem confundir e dificultar a adequação típica.

Seria, ainda, salutar que os agentes fiscais, além de responderem aos quesitos e instruírem o AIIM com os documentos previstos pela CAT 55, a exemplo do que fazem os pretores federais em seus autos de infração, elaborassem um relatório circunstanciado indicando o nome da pessoa que o atendeu ou se identificou como sendo o sócio-gerente ou responsável pela administração da pessoa jurídica no momento do início da fiscalização, independentemente do que constar na DECA, no contrato social ou na ficha cadastral arquivado. Conveniente, ainda, fazer constar do AIIM nomes e endereços de funcionários presentes naquela ocasião, bem como esclarecer se os livros e documentos fiscais estavam arquivados na empresa ou em escritório terceirizado, indicando neste caso o endereço e o nome do contador responsável.

2.4.13. Infrações Fiscais de Maior Ocorrência, Relatório das Infrações e sua subsunção típica na Lei Penal

1. O infrator “*creditou-se indevidamente de imposto destacado em notas fiscais inidôneas emitidas pela Empresa ... com inscrição bloqueada desde ..., cujas mercadorias não deram entrada no seu estabelecimento ou cujas operações incorreram.*”

Na verdade, isto significa dizer que o infrator suprimiu tributo mediante fraude à fiscalização tributária consistente na utilização de notas fiscais que sabia ou deveria saber serem falsas (art. 1º, IV).

2. O contribuinte *“emitir documentos fiscais consignando importância inferior ao da operação, conforme documentos, deixando de recolher ICMS no valor de”*

Esta infração corresponde a reduzir ICMS mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na inserção de elementos inexatos em nota fiscal. Esta fraude é denominada subfaturamento (art. 1º, II).

3. O infrator *“deixou de recolher ICMS no valor de ... por ter lançado valores inferiores em vias fixas de notas fiscais”*.

Esta fraude é denominada *espelhamento ou calçamento* de notas fiscais e consiste na inserção de elementos inexatos, *i.e.*, valores inferiores nas vias fixas – que ficam presas nos talonários e servem de base ao cálculo do ICMS e aos levantamentos fiscais – e que não correspondem aos valores das operações e lançados nas primeiras vias reservadas aos destinatários, e que seguem junto com a mercadoria (art. 1º, II).

4. O contribuinte *emitir Nota Fiscal, destinando mercadorias à pessoa não contribuinte em Município localizado em outro Estado da Federação com erro na aplicação da alíquota.*

Neste caso, o ICMS devido é de 18%, por se tratar de destinatário não contribuinte, mas o contribuinte aplica a alíquota de 7%, reduzindo, destarte, o imposto.

A infração, em tese, é subsumível ao artigo 1º, II, pois se trata de inserção de elementos inexatos em documento fiscal.

Deve-se perquirir, todavia, sobre o elemento subjetivo.

A reiteração das infrações, os valores das operações, a autuação e a notificação anteriores do contribuinte sobre o mesmo ilícito fiscal podem levar à conclusão de que o erro na aplicação da alíquota a menor não decorreu de errada interpretação da legislação tributária, mas de uma vontade consciente visando à sonegação fiscal.

5. O contribuinte *“efetuou remessa e transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. Operação a título de Venda. ICMS devido”...*

Este ilícito fiscal corresponde a deixar de fornecer nota fiscal obrigatória, por ocasião da venda (art. 1º, V).

6. O contribuinte *“deixou de recolher ICMS por não ter escriturado documentos fiscais no Livro Registro de Saída”*.

Sob a ótica da lei penal, quer dizer que houve supressão de tributo, mediante fraude à fiscalização tributária, consistente na omissão de operações no livro RS.

CAPÍTULO III

EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS

3.1. Das Provas Indispensáveis para instruir os Inquéritos e as Ações Penais

No caso de **inserção de elementos inexatos** (Artigo 1º, II) **subfaturamento, calçamento ou espelhamento de notas fiscais, lançamento de notas fiscais com valores inferiores das operações ou lançamento a menor de débito** nos livros Registro de Saídas (RS), Registro de Apuração e Informação do ICMS (RAICMS) ou nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIASS):

1. O documento ou livro fiscal no qual foram inseridos ou escriturados os elementos inexatos. No caso de calçamento ou espelhamento, de rigor, a juntada de cópia da primeira via (normalmente apreendida com o destinatário) da via fixa, que fica presa no talão e serve à apuração e ao cálculo do ICMS e às averiguações fiscais. Quando se tratar de subfaturamento, indispensável a juntada da nota fiscal subfaturada (valor inferior ao da operação) prova do valor real da operação (cheque dado em pagamento, pedido, orçamento, romaneio, tabela de preços, preços praticados no mercado, outros) e, sempre que possível, a apreensão dos bens e sua avaliação para espancar dúvidas em casos de a defesa alegar que aquele bem ou mercadoria estava sendo vendido por valor inferior ao preço de mercado por se tratar de ponta de estoque ou de mercadoria com defeito.
2. Cópia do Contrato Social;
3. Demonstrativo do Débito Fiscal;
4. Auto de Apreensão de Documentos ou Bens (se houver sido apreendido);
5. Certidão da Dívida Ativa ou prova do esgotamento da via administrativa;

3.1.1. No caso de omissão de operações: artigo 1º, II

1. Prova satisfatória da existência da operação tributável (saída, venda, etc.) declaração do cliente, nota fiscal de venda emitida, mas não escriturada, pedidos, romaneios, tíquetes de caixas, etc;
2. Livro Fiscal ou Documento (NF, etc.), no qual deveria ter sido lançada a operação tributável.

3.1.2. No caso de falsificação de documentos fiscais: artigo 1º, III

1. O próprio documento contrafeito;
2. Prova razoável de que tenha sido utilizada para redução de tributo.

Não havendo esta prova, a falsificação estará inculpada no Código Penal e não na lei especial.

3.1.3. No caso de utilização de notas fiscais de entrada para o crédito indevido de ICMS: artigo 1º, IV

1. Nota Fiscal falsa ou inidônea;
2. Livro Registro de Entrada;
3. Relatório de Apuração, comprovando a inidoneidade da empresa emitente;
4. Se possível, prova negativa da não entrada efetiva da mercadoria no estabelecimento (levantamento específico);
5. Quando o infrator alegar que o pagamento foi por meio de cheque, deve-se rastrear a cártula (mediante quebra do sigilo bancário) visando comprovar que o beneficiário não foi a empresa emitente da nota fiscal;
6. Quando o contribuinte afirmar que o pagamento foi em dinheiro, ele deve comprovar a origem dele no seu caixa e, quando asseverar que foi com cheque de terceiros, deverá provar de quais operações se originaram as cártulas;
7. Buscar junto ao infrator nome do transportador e dados sobre a pessoa que estaria representando a empresa inidônea, por ocasião da transação comercial;
8. Atentar para os números das notas fiscais e suas datas. Muitas vezes, as notas fiscais são quase sequenciais, por exemplo, nº 001, 003, 005, 006, mas entre as operações há um interregno excessivamente longo, levando à ilação de que as operações inexistiram e as NFs foram mesmo utilizadas com o fim único do crédito indevido do ICMS.

Com efeito, é incomum no comércio uma empresa permanecer dias sem nenhuma venda e realizar vendas sempre para o mesmo cliente.

Estas circunstâncias, além de possibilitarem a conclusão quanto ao dolo direto, poderão levar, ainda, ao dolo eventual (dever saber ser falsa) porque, diante delas, o *homo oeconomicus medius* deveria saber que o fornecedor e a nota fiscal eram inidôneos. Notificação do infrator pela Delegacia Fazendária, para prestar informações sobre a forma de pagamento, pessoas contatadas, nome do transportador, etc. (modelo no final)

Se o contribuinte comprovar documentalmente que realizou efetivamente a operação; que a mercadoria entrou em seu estabelecimento e dele saiu; que efetuou o pagamento e que não sabia nem deveria saber da falsidade documental, e restar identificadas as pessoas que utilizaram criminosamente as notas fiscais falsas para acobertar a operação e deixaram de recolher o ICMS devido, estas deverão ser responsabilizadas criminalmente pela prática do crime previsto no inciso IV do art. 1º, da Lei 8.137/90.

3.1.4. No caso de apreensão de mercadorias sendo transportadas a título de venda, em via pública: artigo 1º, V

1. Auto de apreensão de bens;
2. Declaração do detentor/transportador;
3. Sempre que possível, o corte (emissão para fins fiscais) da nota fiscal;
4. Apreensão de pedidos, romaneios ou outro documento relacionado com a operação de venda.

Se se tratar de infração relativa a uma venda sem nota fiscal, constatada através de pedidos, orçamentos, livros-caixa e outros, apreendidos no próprio estabelecimento, além destes documentos que deverão ser apreendidos, é indispensável, se identificáveis, a oitiva no inquérito policial de um ou alguns clientes.

3.1.5. No caso de apuração da infração em verificação fiscal na própria empresa:

1. Auto de apreensão de documentos paralelos (romaneios, pedidos, orçamento, declaração do cliente delator) ou fiscais relativos às operações (talão de notas);
2. Livro Registro de Saída.

3.2. Observações relevantes

Em alguns AIIMs, o agente fiscal relata a infração desta maneira: O contribuinte deixou de registrar regularmente notas fiscais no livro fiscal... Em princípio, a infração parece estar relacionada com a omissão de operações, mas mediante uma análise dos demonstrativos que acompanham o AIIM e a notícia de crime verifica-se que o que houve na verdade foi uma escrituração irregular, o que corresponde à inserção de elementos inexatos e não à omissão de operações. Algumas denúncias foram ofertadas de maneira equívoca, imputando ao agente o crime de omissão de operação quando o correto seria o de inserção de elementos inexatos, por causa da forma dúbia utilizada pelo agente fiscal no relato da infração, o que poderia ser evitado ainda que mediante uma perfunctória análise do demonstrativo fiscal.

“O infrator remeteu e transportou mercadorias desacompanhadas de documento fiscal. Documento fiscal considerado inábil porque não atendia ao disposto no art. 176, do RICMS”.

Nestes casos, há o documento fiscal acobertando a operação, mas é ele considerado inábil e desclassificado pela fiscalização. Pode ocorrer, também, em casos de subfaturamento e espelhamento.

A hipótese pode configurar tanto o crime definido no inciso V, quando o documento não tem qualquer correspondência com a mercadoria ou, no inciso II,

quando houver alguma semelhança, mas divergir quanto à qualidade, à quantidade, etc.

Pode ocorrer que a nota fiscal discrimine quantidade maior de mercadoria, e que não corresponda ao que está sendo transportado ou sendo objeto da fiscalização.

Nesse caso, não havendo prova de que a nota fiscal esteja sendo reutilizada ou de que ela não corresponda à operação, à diferença ou ao erro não implica em redução ou supressão do tributo, na medida em que ele está destacado a maior.

A infração fiscal, in casu, não é penalmente típica.

O infrator “recebeu e estocou mercadoria desacompanhada de documento fiscal”.

Prima facie, a infração fiscal se apresenta inculpada no inciso II do art. 1º, da Lei 8.137/90, por omissão de operação.

Ocorre que o simples recebimento ou estocagem de mercadoria não implica a supressão do tributo prevista pelo art. 1º, caput, da Lei 8.137/90, porque não se tratam de operações tributáveis e é neste momento que o contribuinte de direito se credita do ICMS embutido no preço da mercadoria adquirida.

A responsabilização do contribuinte que recebe e estoca mercadoria desacompanhada de nota fiscal, fica condicionada à identificação do fornecedor. Este, desde que contribuinte (v. art.9º do RICMS), ao efetuar a saída da mercadoria, a título de venda, sem emitir e fornecer nota fiscal, estaria suprimindo o ICMS.

O contribuinte que recebe a mercadoria e a estoca, ciente de que a operação não está acobertada por nota fiscal hábil, deve ser incriminado solidariamente pelo crime praticado pelo fornecedor (art. 29 CP e 11 da lei especial).

A solidariedade, além de penal, é também tributária, nos termos do art. 12, c, do RICMS que, expressamente, reza ser responsável pelo pagamento do imposto devido... “solidariamente, no recebimento ou na saída de mercadoria sem documentação fiscal”.

É verdade que, no caso, há fortes indícios de que a mercadoria seria vendida sem nota fiscal, advindo a sonegação. Mesmo assim, incide a máxima *cogitationis nemo poenam patitur*, ou seja, a conduta, embora ilícita sob a ótica administrativa, configuraria ato preparatório impunível.

A identificação do fornecedor é de rigor, na medida em que há possibilidade de ter sido a mercadoria adquirida de pessoa física não contribuinte e, neste caso, não se poderia falar em responsabilidade solidária sobre o ICMS.

Há casos de remessa de mercadorias para fins de industrialização (confecção, etc.) e, para estas operações, embora seja obrigatória a emissão de nota fiscal específica, a operação não é num primeiro momento tributável.

A indústria e a confecção que recebem a mercadoria desacompanhada de nota fiscal não estariam concorrendo para a sonegação tributária do remetente porque a operação de simples remessa para industrialização e posterior devolução ou retorno é isenta.

Não obstante o entendimento *ut supra*, a conduta do contribuinte que recebe e estoca mercadoria para fins de comercialização, desacompanhada de nota fiscal, poderá, em tese, dependendo das circunstâncias norteadoras da infração fisco-penal, ser subsumida ao art. 2º, I, da lei especial na medida em que estaria omitindo operações em livro e documento fiscal, bem como informações sobre bens para se eximir do pagamento do tributo nas saídas.

“Falta de pagamento de ICMS, decorrente de entrega da Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA) com importância a recolher inferior ao valor do imposto escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS).”

Corresponde a inserir elementos inexatos em documento fiscal ou prestar declaração falsa à autoridade (Art. 1º, inciso I ou II).

“Falta de exibição ao fisco de documentos fiscais, constantes da notificação por parte do infrator, embora notificado”.

A conduta se subsume ao parágrafo único do artigo 1º que estabelece: “A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência.”

Nos AIIMS lavrados por este motivo, o fisco aplica ao contribuinte desobediente pena pecuniária de multa. Não é lançado tributo. Há entendimento no sentido de que esta infração é também material e a exigência não atendida deve estar relacionada com supressão ou redução de tributo. Há também entendimento diverso no sentido de que *in casu* o crime é de mera conduta e se consuma independentemente no resultado naturalístico. O objeto jurídico tutelado iria além da ordem tributária e atingiria a dignidade e respeito devido à administração pública.

“Deixou de recolher ICMS conforme diferença apurada através de levantamento fiscal e ficha de conclusão simplificada.”

Seria a hipótese de inserção de elementos inexatos ou omissão de operações em documentos fiscais.

O artigo 574 do RICMS dispõe:

O RICMS, em seu art. 574, § 1º, reza: *“No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado o coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.”*

Tais levantamentos, porque alicerçados em elementos indiciários, devem ser acolhidos com reserva.

Num levantamento fiscal numa panificadora, por exemplo, consideradas sua localização, categoria e o coeficiente médio de lucro, o auditor fazendário poderá concluir que, pela entrada de farinha, houve pouca saída de pães e presumir, por estes elementos indiciários, que o movimento real tributável é maior do que o declarado pelo contribuinte.

Para a formação da *opinio delicti*, indispensável perscrutar se a diferença efetivamente existiu e se ela decorreu de fraude do contribuinte, caso contrário, não se há de falar em crime de sonegação fiscal. Em sendo assim, nem sempre a infração fiscal apontada é penalmente típica.

O infrator deixou de recolher ICMS por ter efetuado serviço de transporte de mercadoria desacompanhada ou sem a emissão de documento fiscal CTRC (Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga).

Esta infração fiscal se amolda ao inciso V, do art. 1º, isto é, ele deixou de fornecer documento a que estava obrigado, relativo ao serviço prestado, denominado Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga.

O infrator deixou de recolher ICMS por ter efetuado Serviço de Transporte interestadual ou intermunicipal de pessoas (turismo ou fretamento), sem emissão da Nota Fiscal de Serviço de Transporte (art. 139)

Infração ao art. 1º, V, da *lex specialis*.

O infrator (microempresa) deixou de recolher ICMS devido sobre operação de saída de mercadoria no valor de ... destinada a estabelecimento comercial localizado no Estado do Pará, para posterior comercialização, conforme notas fiscais de micro-empresa.

A infração fiscal, *in casu*, está definida pelo art. 2º, II, da Lei 6267/88, que dispõe sobre o regime tributário da microempresa, a qual reza que para os efeitos desta lei considera-se ME o contribuinte que preencher os seguintes requisitos:

II – realizar exclusivamente operações com consumidor observado o disposto importação de mercadoria, por ocasião do seu desembaraço. Estava amparado no § 2º.

Neste parágrafo, a lei abre exceções ao produtor, ao industrial, ao prestador de serviço e ao ME que realizar exportações.

O infrator deixou de recolher, por guia especial, imposto devido sobre importação acobertado por liminar em mandado de segurança preventivo. Não estava amparado em writ.

Desde que a operação tenha sido devidamente escriturada no Livro Registro de Entradas sem o crédito do ICMS (nota de entrada da mercadoria importada)

e não se vislumbrar outras fraudes elencadas na Lei 8.137/90, a infração fiscal é penalmente atípica.

Os contribuintes importadores, através de ordens proferidas em mandados de segurança, têm sido desobrigados ao pagamento antecipado do ICMS sobre importações.

Este pagamento, normalmente, é feito por ocasião da entrada do produto no estabelecimento do importador, quando é lançado o crédito no livro RE.

Não havendo omissão da operação ou lançamento inexatos, o simples não recolhimento não arranha a lei penal, a qual fica circunscrita ao RICMS.

Poder-se-á cogitar, todavia, de crime ou fraude quando o contribuinte, embora amparado por mandado de segurança, se credita do ICMS no livro Registro de Entrada, sem que o tenha recolhido por força do WRIT e não haja, posteriormente, debitado ou de qualquer outra forma ressarcido os cofres públicos (compensação, etc.). Ainda que haja debitado o imposto pelas saídas (vendas) como não ocorreu o recolhimento do ICMS pelas entradas, mas apenas o lançamento gráfico, e conveniente à realização neste caso de perícia contábil para se verificar se ocorreu ou não evasão fiscal.

O contribuinte deixou de recolher ICMS devido por operações de vendas para compradores da Zona Franca de Manaus, e cujo internamento não foi confirmado pela SUFRAMA, conforme relação anexada.

Há simulação de vendas isentas de ICMS para a Zona Franca de Manaus quando, na realidade, a mercadoria é remetida a outro destinatário dentro do Estado ou outro não pertencente à Zona Franca, para cuja operação o contribuinte deveria recolher o ICMS.

Cuida-se de prática de fraude à fiscalização tributária, pela inserção de elementos inexatos em Nota Fiscal (art. 1º, II) ou pelo fornecimento de nota fiscal em desacordo com a legislação (art. 1º, V, última parte) ou, ainda, por emitir documento que saiba ser inexato (art. 1º, IV).

O infrator creditou-se indevidamente de ICMS não destacado em documento hábil – 1ªs vias – nos termos do art. do RICMS, deixando de exibi-las, embora notificado.

Nestas infrações o contribuinte escritura notas fiscais no Livro de Entrada e se credita do imposto, mas não as mantém em seu arquivo fiscal, nem comprova satisfatoriamente a existência da operação.

A operação é considerada inexistente e indevido o crédito.

A conduta, em tese, se amolda ao inciso II, do art. 1º, porque há o inserir elementos inexatos em Livro Fiscal.

Nestes casos é conveniente que se desdobre a fiscalização buscando na empresa apontada como fornecedora provas da efetiva venda e saída das mercadorias de seu estabelecimento. A autoridade policial ou o agente fiscal deverão apreender cópias do livro registro de saída visando a comprovar se ocorreram ou não as operações, bem como extrair cópias das vias fixas das notas fiscais se relativas às operações escrituradas no Livro Registro de Entrada da autuada, sem a apresentação da primeira via ao fisco.

Para fins criminais é imprescindível comprovar a simulação da operação, para depois falar em inserção de elemento inexato e crédito indevido de ICMS.

O infrator creditou-se extemporaneamente de ICMS com correção monetária ...

São casos de crédito de ICMS com correção monetária, lançados extemporaneamente por pagamentos efetuados pelos serviços, como energia elétrica, comunicações e outros.

Os créditos, embora considerados indevidos pela Fazenda Estadual, são regularmente escriturados.

Há entendimento dominante no sentido de que a correção monetária, nestes casos, é aceitável, na medida em que as Fazendas Públicas, de seu lado, também corrigem seus créditos e, portanto, não se há de falar em fraude voltada à redução ou supressão do tributo. Ainda que se adote o entendimento no sentido de que a correção é aceitável, o contribuinte deve ter consigo e exibir sempre que exigidos os documentos comprobatórios da realização das operações que teriam o crédito do tributo corrigido e creditado extemporaneamente com a correção monetária.

O contribuinte deixou de recolher ICMS no prazo legal cobrado do substituído na condição de substituto tributário.

Trata-se de operações sujeitas ao regime de ST (substituição tributária) tal qual as realizadas com veículos, bebidas, cigarros e outras, cuja responsabilidade pelo recolhimento é do fabricante que, por lei, é obrigado a reter antecipadamente o valor do imposto a ser cobrado do destinatário (substituído) e a recolhê-lo aos cofres públicos. Nesta hipótese, o valor do imposto retido e cobrado não fica sujeito à compensação com outros créditos, e a apuração é feita em Guia de Informação e Apuração separada, e o não recolhimento implica em apropriação indébita e na prática do crime definido no artigo 2º, II, da lei 8.137/90.

O contribuinte deu causa à interrupção do diferimento.

Exemplo: o industrial deixa de emitir nota fiscal de entrada de resíduos de materiais. Como o imposto fica diferido para o momento da entrada para industrialização, a omissão desta operação causa a interrupção e a sonegação do imposto devido.

CAPÍTULO IV

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. Representação (Notícia de Crime) e seu trâmite pela Promotoria de Justiça

A representação por crime contra a ordem tributária referida no art. 596 do RICMS com as modificações dadas pelo inciso VI do art. 2º, do Decreto 35.982/92, nada mais é do que uma notícia de crime ou uma *delatio criminis* ofertada ao Ministério Público pela autoridade Fazendária sempre que, no transcurso de uma ação fiscal, restar evidenciada a prática de infração fiscal que, em tese, possa subsumir-se a um dos incisos dos art. 1º e 2º, da Lei 8.137/90.

A obrigação de a autoridade fazendária de comunicar para a autoridade competente sobre crime de ação pública de que teve conhecimento no exercício de função pública decorre também do contido no artigo 66 da lei das contravenções penais que define esta conduta como contravenção penal de **omissão de comunicação de crime**.

Esta representação deverá ser encaminhada ao Ministério Público acompanhada, pelo menos, dos seguintes documentos:

1. *AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA*;
2. *DEMONSTRATIVO DO DÉBITO FISCAL*;
3. *AUTO DE APREENSÃO DE BENS OU DOCUMENTOS*;
4. *NOTAS FISCAIS, CÓPIAS DE LIVROS OU DE OUTROS DOCUMENTOS QUE INTERESSEM À PROVA DA MATERIALIDADE*;
5. *DECLARAÇÃO CADASTRAL (DECA)*;
6. *CÓPIA DO CONTRATO SOCIAL, COM AS SUAS ALTERAÇÕES*;
7. *RESPOSTAS AOS QUESITOS PREVISTOS PELA CAT 55, D.E.O. 09.08.94*;
8. *OUTROS DOCUMENTOS DE MENOR VALIA, ELECADOS NO ART. 1º, § 5º, DA CAT 55 (CÓPIA NO FINAL)*.
9. *CÓPIA DA DECISÃO FINAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E, OU DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA (CDA)*
10. *RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO PREVISTO NO ARTIGO 596 § 1º QUE DEVE CONSTAR O FATO, AUTORIA, TEMPO, LUGAR E OUTROS ELEMENTOS. Salutar que os fiscais neste relatório informem o nome da pessoa que se apresentou como sócio gerente no momento da fiscalização, nomes de funcionários presentes com seus endereços, números de telefones do estabelecimento, placas de veículos, se a contabilidade era interna ou terceirizada e nome do contador e outros informes relevantes à identificação dos verdadeiros sócios de fato.*

Este conjunto de documentos pode ser denominado NOTÍCIA DE CRIME.

Quando esta notícia trouxer elementos suficientes para a formação da *opinio delicti*, a denúncia poderá ser oferecida desde logo, dispensando-se o Inquérito Policial.

O indiciamento dos representantes da pessoa jurídica denunciados, ou outras diligências quando indispensáveis, ao exemplo de perícia contábil, poderão ser requeridas ao juízo na cota da denúncia ou requisitadas diretamente pelo Promotor.

Nesta cota, quando o contrato social que instrui a notícia de crime estiver incompleto ou não acompanhar a representação, o Promotor de Justiça requisitante poderá sugerir à autoridade policial que, ao intimar o acusado para o indiciamento, lhe solicite a apresentação do contrato social e suas alterações.

Se houver necessidade de novos esclarecimentos ou de juntada de documentos fiscais, o expediente poderá ser devolvido à Autoridade Fazendária (Delegado Regional Tributário, Inspetor Seccional Tributário, Chefe do Posto Fiscal) com requisição fundamentada.

Nos casos de infrações fiscais penalmente atípicas, já prescritas (atentar para o fato de que nos crimes contra a ordem tributária a prescrição penal tem seu marco inicial na data da inscrição definitiva do tributo, momento consumativo do crime no entender do STF e não da data do fato), de falta de *fumus boni iuris* ou interesse de agir e outros casos que ensejem o arquivamento, o requerimento poderá ser feito no próprio expediente ao juiz competente.

Quando a questão demandar outras investigações que fogem ao âmbito da autoridade Fazendária, o expediente fiscal poderá ser encaminhado à Autoridade Policial, com requisição de Inquérito Policial.

Nesses casos é salutar que o Promotor requisitante enumere as diligências que entender relevantes para a apuração do ilícito fisco-penal e, em especial, formule os quesitos quando a diligência disser respeito a perícias contábeis.

No Capítulo DAS PERÍCIAS serão apresentados os quesitos específicos para cada modalidade de infração fisco-penal.

4.2. Denúncia

Se o Promotor de Justiça na cota da denúncia arrolar o agente fiscal como testemunha de acusação deverá requerer que se faça constar do ofício requisitório do mesmo para audiência o NOME DA EMPRESA E O NÚMERO DO AIIM.

A prática ensinou que na grande maioria das vezes o agente fiscal ao ser inquirido pelo juiz asseverava que diante do tempo decorrido da lavratura do AIIM ele não mais se lembrava dos fatos ou do nome do réu, fato que arrefecia a prova acusatória.

Tal fato ocorria principalmente porque o agente fiscal lavra seu auto de infração contra a empresa (pessoa jurídica) e não contra seu sócio ou sócios. Ao receber o ofício requisitório (intimação) para comparecer em juízo e prestar depoimentos numa Ação Penal instaurada contra determinada pessoa (e não contra determinada empresa), ele ficava impossibilitado e sem elementos para, em primeiro, ligar o nome do réu à empresa que ele havia autuado e, em segundo, para previamente localizar o AIIM correspondente buscando inteirar-se dos fatos de modo a levar ao juiz as informações indispensáveis ao seu convencimento.

A partir desta providência, salvo raras exceções, os agentes fiscais passaram a localizar e estudar os AIIMs e as provas constantes dos processos administrativos arquivados na sua repartição fiscal antes das audiências e quando perguntados pelo Juiz ou pelo Promotor de Justiça prontamente a responder todas as perguntas do juiz, da acusação e da defesa.

MODELO I – Utilização de Nota Fiscal Falsa (Art. 1º, IV, da Lei 8.137/90)

MODELO II – Calçamento

MODELO III – Subfaturamento

MODELO IV – Prática habitual de comércio e omissão de operações tributáveis ao fisco

MODELO V – Falta de fornecimento de documento fiscal relativo à prestação de serviço de Transporte Rodoviário de Carga – Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga

MODELO VI – Contra Microempresa por ter deixado de emitir Nota Fiscal de entrada na condição de Sujeito Passivo por Substituição Tributária

MODELO VII – Inserção de elementos inexatos em documentos fiscais por emitir e fornecer nota fiscal obrigatória em desacordo com a legislação

MODELO VIII – Responsabilidade Solidária daquele que adquire mercadoria de contribuinte sem nota fiscal

MODELO IX – Responsabilidade Solidária do constituinte que recebe e estoca mercadorias sem N.F.

MODELO X – Deixar de recolher no prazo legal, imposto cobrado do substituído na condição de substituto (Artigo 2º, II, da Lei 8.137/90). Operações realizadas no regime de SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

MODELO XI – Transferência de crédito inexistente de ICMS ou não comprovado documentalmente

MODELO XII – Guerra fiscal

MODELO XIII – Desobediência – Deixar de atender notificação da autoridade fazendária

MODELO XIV – Interrupção de deferimento

MODELO XV – Adulteração de combustível – Receber, estocar e expor à venda combustível adulterado.

MODELO XVI – Expor à venda combustível adulterado (ou não) acobertado por nota fiscal inidônea (ICMS devido por solidariedade)

MODELO XVII – Omissão de operação por microempresa com o fim de não ultrapassar de isenção permitida por lei

MODELO XVIII – Levantamento fiscal

MODELO XIX – Supressão de IPVA

MODELO XX – Omissão de operações com sonegação de alto valor

MODELO XXI – Crédito indevido ICMS, devido por importação não recolhido por guia especial no desembaraço da mercadoria e interrupção do diferimento

MODELO XXII – Emissão de nota fiscal com base de cálculo inexato e em desacordo com a legislação. Emissão de NF com valor inferior ao da operação (subfaturamento) e a diferença lançada como prestação de serviço – Sistema de garantia estendida sujeita ao ISS cuja alíquota é inferior ao do ICMS

MODELO XXIII – Infrações atípicas sob a ótica penal, de pequeno potencial lesivo e falta de prova do dolo na conduta incriminada nas notícias de crime que podem ser objeto de arquivamento.

As infrações relativas à falta de comunicação de mudança de endereço ou de inscrição junto à Repartição Fiscal competente e outras que embora causem supressão ou redução do tributo não são atípicas se não forem praticadas mediante as fraudes previstas nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90.

Atípicas também aquelas que digam respeito à falta de recolhimento de ICMS devidamente declarado nos livros e guias (inadimplência), salvo quando o imposto tiver sido cobrado na condição de substituto tributário e no regime de substituição tributária.

Quando se tratar infrações relacionadas com a falta de emissão de notas fiscais, inserção de elementos inexatos ou omissão de operações embora típicas sob a ótica penal, poderão ser objeto de arquivamento quando se tratar de apenas algumas notas fiscais e de valores insignificantes, especialmente quando o contribuinte houver emitido e escriturado várias notas fiscais e de maiores valores no período da infração.

Nesses casos, o dolo não se descortina *prima facie*. Ademais, o contribuinte não iria dolosamente suprimir pequeno valor de tributo diante das graves consequências de ordem penal e administrativa a que ficaria sujeito.

Quando se tratar de crédito indevido de ICMS mediante uso de notas fiscais falsas, o motivo para o arquivamento seria o mesmo. O contribuinte escritura em seu livro Registro de Entrada inúmeras notas fiscais hábeis de valores superiores a algumas consideradas falsas ou de emissão atribuída à empresa inidônea. Diferente seria se embora poucas, as notas fiscais falsas forem elas de altos valores e superiores às demais hábeis escrituradas.

Em razão do novo acórdão do STF, que condiciona a instauração de inquéritos e a persecução penal ao esgotamento da via administrativa, impõe-se aos Promotores de Justiça algumas estratégias visando a minimizar os nefastos efeitos do novo posicionamento jurisprudencial na atuação ministerial no combate aos crimes de sonegação fiscal e seus agentes.

No 5º Congresso dos Promotores de Justiça da Ordem Tributária, que se realizou em Cuiabá, no mês passado, apresentei anteprojeto para a alteração da Lei 8.137/90, a qual define os crimes contra a ordem tributária, que foi aprovado por unanimidade, visando a transmutar os crimes materiais em formais e propus estratégias que deveriam ser adotadas pelos Promotores de Justiça que atuam nesta área.

ESTRATÉGIAS QUE PODEM SER ADOTADAS PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA DA ORDEM TRIBUTÁRIA NOS INQUÉRITOS E PROCESSOS QUE APURAM CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL, ESPECIALMENTE DIANTE DA POSIÇÃO DO STF, STJ E TJ e DA LEI 10.684/03 e 11.941/09.

Súmula Vinculante 24 – Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

A súmula não contempla o inciso V e seu § único e as condutas definidas no artigo 2º da Lei 8.137/90, provavelmente por erro na sua publicação, na medida em que a infração prevista no inciso V, do artigo 1º, diz respeito ao não fornecimento de nota fiscal obrigatória relativa à prestação de serviços ou venda efetivamente realizadas as quais, como as demais figuras constantes dos incisos I a IV, são materiais.

Com efeito, o contribuinte, ao deixar de emitir e de fornecer nota fiscal obrigatória, está fraudando a fiscalização tributária e suprimindo o tributo devido, na medida em que a operação não será escriturada no livro registro de saídas com o débito do imposto e, conseqüentemente, não será recolhido. Não se trata de ato preparatório. A infração omitida na súmula é tão material quanto a do inciso II que trata da omissão de operações ou inserção de elementos inexatos em livros ou documentos fiscais contemplados na súmula.

No tocante ao parágrafo único há entendimentos divergentes, um no sentido de que o crime é de mera conduta e se consuma independentemente do resultado naturalístico – suprimir ou reduzir tributo – e outro no sentido de que por se localizar o parágrafo único dentro do artigo 1º, para sua tipificação seria indispensável

que a exigência (não apresentação de livros ou documentos) esteja relacionada com supressão ou redução de tributo.

Uma terceira corrente entende que o parágrafo único deve ser interpretado em consonância com o inciso V e que, portanto, o crime só existe se o agente se negar a emitir nota fiscal obrigatória, embora notificado pela autoridade fazendária.

Vale destacar que nos Autos de Infração lavrados em razão da desobediência do contribuinte em apresentar livros e documentos não se reclama tributo, mas é aplicada pena pecuniária de multa por descumprimento de obrigação acessória. Não é possível, portanto, em caso de denúncia, afirmar que o acusado suprimiu tributo, mas sim que lhe foi aplicada multa pecuniária devidamente inscrita.

O objeto jurídico tutelado, no caso, vai além da ordem tributária, mas atinge a dignidade e o respeito devido à Administração Pública.

Teria sido providencial que infração tivesse sido tratada em artigo separado e que a exigência dissesse respeito à apresentação de livros e documentos exigidos pela legislação fiscal.

4.3. Da instrução dos inquéritos policiais

Documentos básicos

Auto de Infração de Infração e Imposição de Multas, cópias dos Livros (Registro de Entrada, Saídas, Apuração do ICMS, outros) e Documentos Fiscais (notas fiscais, Conhecimento de Transportes, GIAS, AIDE, AALD) ou Paralelos (recibos, romaneios, orçamentos, livro-diário, livro-caixa – para comprovação de vendas sem notas fiscais e subfaturamentos), demonstrativo do Débito Fiscal que comprovem a infração penal tributária e cópia das decisões de primeira e segunda instâncias administrativas.

Cópia do Contrato Social e Alterações ou Ficha Cadastral (JUCESP).

Nos casos de crédito indevido de ICMS mediante utilização de documentos falsos quando se pretender provar que a operação não existiu, solicitar prova documental pagamento da mercadoria (cheques, duplicatas bancárias, DOC, TED ou outros), prova da saída da mercadoria e de seu pagamento pelo destinatário.

Nos casos de desobediência (art. 1º, V, §1º da Lei 8.137/90, exigir cópia da notificação do contribuinte expedida pela autoridade fazendária).

Nos casos de calçamento ou espelhamentos de notas fiscais (emissão de via fixa com valor inferior ao da operação e discriminado na 1ª via) exigir cópias das vias fixas, das primeiras vias e do livro registro de saídas.

Nos casos de omissão de operações em livro ou documento exigir quando possível prova da realização da operação e cópia do livro onde esta deveria ter sido escriturada.

Nos casos de “deixar de recolher no prazo legal tributo cobrado na condição de substituto do substituído” exigir cópias de pelo menos algumas notas fiscais de venda no regime de ST.

Cópia da Certidão da Dívida Ativa, conta fiscal ou eventuais documentos comprobatórios do pagamento do ICMS ao substituto pelo substituído.

Perícia contábil somente quando se tratar de casos muito complexos cuja fraude e os valores suprimidos ou reduzidos não se descortinem à primeira vista. Nesse caso, ou seja, de necessidade da perícia contábil o Promotor deverá elaborar os seus quesitos que poderão ser baseados no próprio tipo penal cuja infração se deseja comprovar.

Muitas vezes é indispensável a quebra do sigilo bancário dos acusados para a comprovação do ilícito penal tributário, medida que poderá ser requerida no próprio Inquérito Policial e diretamente ao Juiz.

4.4. Nos inquéritos não trancados, embora instaurados sem o esgotamento da via administrativa ou expedição da CDA

Diante do importante reflexo das decisões administrativas na esfera penal, o Promotor deve remeter ao Tribunal de Impostos e Taxas (TIT), quando pendente de julgamento o AIIM, provas documentais (perícias contábeis, etc.) ou testemunhais produzidas no IP e que possam servir de subsídio aos julgadores tributários quando da apreciação da defesa administrativa do contribuinte.

Solicitar ao Tribunal de Impostos e Taxas celeridade e prioridade no julgamento dos recursos, cópia de sua decisão definitiva ou à Diretoria de Arrecadação cópia da Certidão da Dívida Ativa (prova do esgotamento da via administrativa e constituição definitiva do crédito tributário)

Quando da vinda da CDA ou cópia da decisão definitiva do TIT e do oferecimento da denúncia fazer menção, na peça incoativa, à data do término do processo administrativo ou da constituição definitiva do crédito administrativo. Isso porque, segundo o STF, no crime de sonegação fiscal a consumação se dá com o esgotamento da via administrativa e com a constituição definitiva do crédito. A prescrição, portanto, não teria início na data do fato, mas no momento da constituição definitiva do crédito tributário.

4.5. Momento em que ocorre a inscrição definitiva do tributo – pressuposto da tipicidade (Súmula 24 do STF)

Não é o da expedição da certidão da dívida ativa, mas sim do momento em que transcorre o prazo assinalado pela autoridade fazendária para o contribuinte pagar o tributo apurado no processo administrativo findo.

Considerando-se que o Código Tributário Nacional, no artigo 201, dispõe que “Constitui dívida ativa a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”, e considerando-se que a Certidão da Dívida Ativa, como o próprio nome indica, é uma declaração com fé pública da existência da dívida ativa e esta evidentemente é preexistente à Certidão, poderá eventualmente o Promotor de Justiça oficiante, para evitar a anulação de uma ação penal pelo juízo de primeiro grau ou na sua razão de apelação interposta contra a decisão de primeiro grau que haja anulado a ação penal ou absolvido o réu sob o fundamento de que a denúncia fora recebida antes da data da expedição da CDA, desde que tenha produzido prova neste sentido, alegar que a dívida ativa, de pleno direito, restou inscrita com o esgotamento do prazo fixado para o pagamento pela autoridade fazendária nos termos do artigo 201 do CTN, embora tenha a CDA sido expedida após o recebimento da denúncia.

Valioso salientar que o STF em seus acórdãos condiciona a instauração da ação penal ao esgotamento da via administrativa ou constituição definitiva do crédito tributário como momento consumativo do crime contra a ordem tributária e não à expedição da Certidão da Dívida Ativa.

Sempre que possível fazer juntar aos autos do IP e nos das ações penais cópia da decisão final do TIT favorável à Fazenda Pública.

Salutar que o Promotor de Justiça, através de diligências requisitadas à Autoridade Policial ou Fazendária, produza provas quanto à participação de cada um dos sócios que serão denunciados, na medida em que há alguns recentes acórdãos e decisões de primeiro grau absolvendo os réus, rejeitando denúncia ou anulando processos sob o fundamento de que não basta a descrição do fato típico e que a responsabilidade pelo fato e pelo recolhimento é do denunciado por constar ele nos registros da JUCESP como sócio-gerente, sendo necessária a individualização da conduta de cada um dos sócios.

4.6. Nos inquéritos policiais trancados ou suspensos em face ao não esgotamento da vida administrativa e do que dispõe a sumula nº 24 do Supremo Tribunal Federal

Ao cientificar-se da decisão ou do acórdão que trancou o IP com trânsito em julgado, o Promotor deve requerer ao juízo o envio por ofício de cópia do acórdão ou da sentença ao Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) informando sobre o trancamento e solicitando celeridade no julgamento do processo administrativo (PA). Se houver produzido alguma prova relevante sobre a autoria, materialidade, anti-juridicidade, tipicidade e culpabilidade que não tenha sido produzida no processo administrativo, enviar cópias estas ao TIT.

Se o Juiz indeferir o pedido ministerial, o próprio Promotor de Justiça poderá oficiar ao TIT remetendo cópia da sentença ou do acórdão, com o número do AIIM respectivo e solicitar celeridade no julgamento.

Neste caso, deverá alertar o seu Cartório para fazer a anotação e lembrar de tempos em tempos o Promotor para que ele renove o pedido de celeridade no julgamento.

Mesmo com o Inquérito trancado, se o Promotor tiver conhecimento por outros meios de provas que possam servir ao TIT para a formação de seu convencimento favorável à Fazenda, poderá encaminhá-los por ofício.

Poderá, ainda, o Promotor de Justiça, concomitantemente, oficiar à Representação Fiscal da Secretaria da Fazenda, que tem legitimidade recursal contra decisões contrárias à Fazenda Pública, encaminhando-lhe as provas acima referidas.

4.7. Nos inquéritos policiais trancados ou suspensos em face ao parcelamento do débito tributário

Sempre que ocorrer o trancamento ou a suspensão do IP em face ao parcelamento, seja a pedido do MP ou por decisão espontânea do juiz, seja em face da Lei 9964/00, 10.684/03 ou 11.941/09, salutar requerer-se a expedição de ofício judicial à Diretoria de Arrecadação da Sefaz ou à Delegacia ou Inspeção Regional Tributária da Comarca comunicando sobre a suspensão e determinando que em caso de rompimento do acordo o Juízo seja imediatamente informado.

4.8. Nos procedimentos administrativos ou notícias de crime envidados pela autoridade fazendária ao MP

O Promotor de Justiça, ao receber as Representações (notícias de crime) ou Autos de Infração e Imposição de Multas da autoridade fazendária, com informação de que houve o parcelamento do débito fiscal, em face aos efeitos penais do parcelamento (suspensão da pretensão punitiva ou da prescrição penal), poderá requerer o arquivamento da notícia ou representação e no próprio pedido de arquivamento a expedição de ofício conforme item 02 acima, e no de cientificar-se de eventual rompimento do acordo de parcelamento pelo contribuinte deverá requerer ao juiz o desarquivamento do IP, vez que estará restabelecida a pretensão punitiva. O Inquérito, se houver provas a produzir, deverá ser encaminhado à delegacia de polícia para prosseguimento. Se a prova do inquérito estiver completa, poderá ser oferecida a denúncia ou, se for o caso, ser requerido o arquivamento definitivo.

4.9. Nas ações penais em andamento

Quando o processo não estiver instruído com a CDA ou cópia da decisão final do TIT e o Promotor de Justiça antever que o Juiz irá anular o processo ou absolver

o réu por falta de provas quanto à tipicidade ou consumação, poderá, a qualquer tempo, requerer que se oficie ao TIT solicitando cópia de sua decisão final e à Diretoria de Arrecadação solicitando CDA.

Neste caso, se a CDA tiver sido expedida depois do recebimento da denúncia, mas o esgotamento da via administrativa tiver ocorrido antes, o Promotor poderá argumentar que o STF se contenta com o esgotamento da via administrativa e que com esta o tributo passa a ser exigível e restam caracterizadas a tipicidade e consumação do crime e protestar pelo prosseguimento. Se o esgotamento da via administrativa e a expedição da CDA ocorreram depois do recebimento da denúncia, o Promotor poderá requerer a anulação do processo e vista para o oferecimento de nova denúncia. Considerando-se que o processo foi anulado, anulado também restou o despacho que recebeu a denúncia e assim a prescrição não estaria interrompida. Na nova denúncia deverá constar a data em que ocorreu o esgotamento da via administrativa ou a constituição definitiva do crédito tributário, data esta da consumação do delito e, portanto, marco inicial da prescrição.

No requerimento de anulação do processo e de nova vista para o oferecimento de nova denúncia, se o Promotor não concordar com a posição do STF, deverá preliminarmente declarar que embora não concorde com o entendimento jurisprudencial (dar suas razões de fato e de direito) opina pela anulação *ab initio* do processo tendo em vista que, inevitavelmente, ainda que advenha uma sentença condenatória, o processo viria a ser anulado pelo tribunal superior. Esta medida evitaria que em caso de absolvição ou condenação o processo tivesse que subir ao tribunal superior que, certamente, anularia a ação penal ou absolveria o réu por ausência de tipicidade e consumação, julgamento este que levaria anos para ocorrer.

Se houver sentença condenatória e o réu alegar em suas razões de apelação que o processo é nulo porque a denúncia foi recebida antes do esgotamento da via administrativa ou da constituição do crédito tributário ou porque o processo não está instruído com aquelas provas, o Promotor, ao contra-arrazoar o apelo, poderá requerer que se anulado o processo pelo tribunal *ad quem* deverá ser facultado ao MP a propositura de nova ação penal, e que a prescrição só contrariar a tese do STF ou concordar com ela, mas neste caso deverá mencionar que o prazo prescricional tem início a partir do esgotamento da via administrativa ou da constituição definitiva do crédito tributário, bem como que o STF firmou entendimento de que durante o processo administrativo a prescrição fica suspensa.

Se possível, o Promotor de Justiça poderá contatar o Procurador de Justiça que dará o parecer solicitando-lhe que reforce seus argumentos quanto à data da consumação do ilícito penal tributário.

Quando se tratar de crime definido no artigo 1º, V, § único (desobediência ou não atendimento à exigência da autoridade fazendária), desde oportuno o mo-

mento, o Promotor poderá argumentar que se trata de crime de mera conduta ou formal e não material, e que para estas infrações a autoridade fazendária não reclama tributo em seus autos de infração, mas aplica pena pecuniária de multa por descumprimento de obrigação acessória e, por esta razão, não é exigível o esgotamento da via administrativa, nem a constituição definitiva do tributo, na medida em que para os fins penais multa não é tributo.

Mesmo assim, dada as divergentes interpretações sobre a natureza desse delito, a Certidão da Dívida Ativa deve ser providenciada para instruir a denúncia ou se já recebida para ser juntada ao processo em curso.

4.10. Nos pedidos de suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento ou de extinção da punibilidade pelo pagamento

As Leis do REFIS 9964/2000 do PAES 10.684/03, na parte mais benéfica continuam com eficácia.

4.11. A nova Lei nº 11.941 de 27.05.2009 aplica-se aos novos parcelamentos e pagamentos e atinge as dívidas vencidas até 30.11.2008

Esta nova lei, em seu artigo 1º, §§ 1º e 2º, dispõe que poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 meses, os débitos, inclusive os saldos remanescentes dos débitos consolidados pelo REFIS (Lei 9964/2000 ou PAES, Lei 10.684/2003 e em outros planos) cujas dívidas tenham vencido até 30 de novembro de 2008, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa.

Esta lei traz três artigos com efeitos importantes na esfera penal, tais sejam os artigos 67, 68, 69 e seus parágrafos.

O artigo 67 estabelece: *Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.*

O artigo 68 reza: *É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referentes aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90/90, e nos artigos 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto da concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º e 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.*

O artigo 69 dispõe: Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no artigo 68, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento e o parágrafo único: *Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15, do art. 1º, desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.*

4.12. Nos casos de pedidos de trancamento de inquérito ou de ações penais em face de decisão do juízo cível concedendo tutela antecipada ao contribuinte em ação anulatória de débito suspendendo a exigibilidade do tributo (com ou sem garantia) ou nos casos de depósito, penhora ou outra garantia em ação de execução determinando a suspensão da cobrança do tributo.

Nestes casos já ocorreram obviamente o esgotamento da via administrativa e a inscrição definitiva do tributo.

Quando o pedido é feito no curso de ação penal o Promotor poderá ou não concordar com a suspensão.

Se concordar deve requerer ao juízo que assinale um prazo para a suspensão nos termos do artigo 93 § 1º do CPP que poderá ser prorrogado. Expirado o prazo, sem que o juiz do cível tenha proferido decisão, o juiz criminal deverá dar prosseguimento no processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação e da defesa.

Como se trata de crime de ação pública seria o caso de intervenção do MP na causa cível para dar-lhe rápido andamento.

Se não concordar, embora discutível este direito, seria o caso de interpor recurso de correição parcial.

Se o juiz criminal retomar sua competência e decidir pela autoria, materialidade, culpabilidade e antijuridicidade, antes da decisão do juízo cível, quer parecer que este deva se curvar àquela decisão e não deva julgar pela inexistência da infração penal tributária, pela falta de prova da materialidade, de culpabilidade (dolo, fraude ou simulação) ou concluir ter o contribuinte agido dentro do direito, ou que o tributo era indevido. A infração fiscal se confunde com a infração penal tributária.

Os elementos constitutivos da infração fiscal e penal são os mesmos. Não se afigura possível o juiz criminal julgar uma conduta (infração penal tributária) como criminosa e nela presentes todos os elementos, como tipicidade, culpabilidade, antijuridicidade e punibilidade, e o juiz do cível decidir posteriormente em contrário, extinguindo o lançamento ou anulando o Auto de Infração.

É preciso levar em conta que a suspensão da ação penal é facultativa e não deve ocorrer quando a questão não é complexa ou de difícil solução (art. 93 do CPP) e que as instâncias cível e criminal são independentes, e que para a ação penal basta a ocorrência da constituição definitiva do tributo.

Se não houver concordância do MP para a suspensão, antes do oferecimento de eventual recurso, o Promotor poderá fundamentar alegando que no curso da ação penal ou na instrução criminal ele poderá produzir provas inexistentes na ação cível as quais poderá remeter àquele juízo ou à Procuradoria Fiscal da Fazenda Pública para instruir o processo, provas estas que poderão levar à certeza quanto à exigibilidade do tributo e à decisão favorável para a Fazenda Pública.

De fato, existem provas que não são produzidas nem pela autoridade fazendária nem pelos Procuradores do Estado, como, por exemplo, quebra de sigilo bancário, fiscal, perícias e outras que levam à certeza da autoria, tipicidade, anti-juridicidade, materialidade e culpabilidade, corriqueiramente produzidas na esfera criminal. Muitas vezes estas provas produzidas no inquérito ou na ação penal quando encaminhadas à esfera administrativa ou ao juízo cível acabam reforçando a acusação fiscal e arrefecendo a defesa do contribuinte.

O fundamento dos contribuintes no sentido de que a suspensão da ação penal é medida salutar na medida em que, ainda que a decisão no juízo cível não lhe seja favorável, o tributo seria inevitavelmente pago diante da garantia por ele oferecida e, conseqüentemente, extinto o crédito tributário e sua punibilidade não mais acolhe.

De fato, a Lei 12.382/11, em artigo 6º, § 4º, estabelece: “*extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento na Fazenda Pública*”.

O § 2º do mesmo artigo reza: “*É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia*”.

O pagamento do tributo só extingue a punibilidade do agente se efetuado antes do recebimento da denúncia. Neste caso aplica-se o artigo 34 da Lei 9249/96.

Na hipótese de o recolhimento integral do tributo ocorrer após o recebimento da exordial acusatória, a extinção da punibilidade está condicionada à existência do parcelamento formalizado antes daquele momento.

CAPÍTULO V

ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO

5.1. Principais argumentos e teses de defesa nos crimes contra a ordem tributária

5.1.1. Principais teses ou argumentos da defesa

Nos casos de falta de nota fiscal:

2. O fisco não procedeu ao corte no talonário;
3. Não há prova de que a saída era a título de venda, fato presumido pelo fisco;
4. Não foi identificado o destinatário comprador;
5. Não há prova de que a venda foi efetivamente realizada;
6. A nota havia sido emitida antes da saída da mercadoria, mas esquecida pelo comprador ou transportador;
7. A operação não era de venda, mas de retorno ou saída para industrialização ou conserto ou demonstração, não tributáveis;
8. A nota fiscal não foi emitida por esquecimento ou descuido do funcionário e não por ordem do empresário, o que afastaria o dolo da conduta.

Nos casos de subfaturamento:

1. A mercadoria não foi apreendida e avaliada;
2. A diferença entre o valor do cheque e da nota fiscal ocorreu em virtude de ter o comprador pedido um troco para o comerciante, para despesas pessoais;
3. A diferença entre o valor da nota fiscal que acompanhava a mercadoria e o preço maior praticado em relação a mesma mercadoria, pelo estabelecimento, existiu porque a mercadoria apresentava defeito; era ponta de estoque ou porque estava em promoção;
4. O comprador deveria ter sido arrolado pela acusação e inquirido em juízo.

No caso de utilização de notas inidôneas ou falsas com crédito indevido do ICMS:

1. O infrator não sabia, nem deveria saber do falso porque a empresa era inscrita e o seu bloqueamento não foi divulgado pela autoridade fazendária;
2. A operação existiu com entrada e pagamento da mercadoria em dinheiro ou cheque de terceiros;
3. A operação existiu, tanto que a nota fiscal está registrada no livro Registro de Entrada;

4. A mercadoria entrou e saiu do estabelecimento, saída está provada pelo livro Registro de Saída;
5. O fisco não realizou o levantamento específico para verificar se a mercadoria estava no estoque da empresa;
6. O fisco apenas presumiu que a operação foi simulada em razão da inidoneidade da empresa;
7. As notas fiscais extrinsecamente analisadas não apresentam qualquer vício que pudesse levar ao saber ou dever saber da sua falsidade ou inidoneidade.

Nos casos de calçamento ou espelhamento de notas fiscais:

- a) Não foi realizada a perícia grafotécnica para provar que os lançamentos espúrios nas vias fixas promanaram do punho do infrator sócio-gerente;
- b) O calçamento foi realizado por funcionário ou contador à revelia do sócio-gerente.

Nos casos de omissão de lançamento de notas nos livros fiscais:

- a) A escrituração dos livros era realizada por funcionário ou escritório de contabilidade e não pelo sócio-gerente;
- b) A omissão decorreu de negligência ou desorganização, e não de dolo ou fraude fiscal;
- c) Os crimes contra a ordem tributária são dolosos, não se admitindo a modalidade culposa.

Nos casos de diferenças apuradas em levantamento fiscal:

1. Nos levantamentos fiscais, o agente fazendário, nos termos do artigo 509, § 1º, do RICMS, pode considerar elementos indiciários, como a categoria, localização e a atividade econômica, bem como o coeficiente do lucro médio bruto, tomando-os subjetivos e passíveis de erro;
2. Nos levantamentos fiscais com base no artigo 509, caput, deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, saídas, dos estoques inicial e final, serviços recebidos e prestados, despesas, encargos, lucro e outros elementos informativos.

Estes levantamentos são apurados em Fichas de Conclusão elaboradas pelo agente fiscal.

Nos casos de falta de atendimento à exigência da autoridade fiscal:

- a) A exigência de exibição de livros, por exemplo, não poderia ter sido atendida porque eles estavam extraviados;
- b) O tempo assinalado para cumprimento da ordem não era razoável;

- c) Os livros e documentos, embora não apresentados, não implicaram em supressão ou redução de tributo;
- d) Não há prova, nem indícios de que nos livros e documentos exigidos havia elementos inexatos ou manobras fraudulentas voltadas à sonegação.

Nos casos de recebimento de mercadorias sem nota fiscal:

- a) A operação de recebimento ou entrada não é tributável;
- b) O contribuinte só poderia ser responsabilizado solidariamente com aquele que remeteu a mercadoria sem nota fiscal, mas este deveria ter sido identificado;
- c) Não há prova de que o remetente era contribuinte de direito;
- d) Não há prova de que a remessa era a título de venda.

Nos casos de diferenças encontradas na contabilidade fiscal por erro na aplicação da alíquota: as diferenças decorreram de erro, má interpretação ou desconhecimento da complexa legislação tributária e não de dolo.

Na própria CAT 55, há dispositivo minimizando a responsabilidade do contribuinte, dispositivo esse o qual suprime ou reduz o tributo por erro material escusável do agente, entendendo-se como tal a infração decorrente de caso fortuito, e que se refira a fatos não reiterados ou ocorridos de forma sistemática na escrita fiscal ou contábil da empresa ou por interpretação dada pelo agente à legislação tributária, divergente da adotada pelo órgão tributante, desde que baseada em entendimento juridicamente razoável, compreendendo-se como tal aquele que, baseado na lei, na jurisprudência e na doutrina, não permita vislumbrar manobras procrastinatórias ou atuação de má-fé (art. 5º, I e II).

Nos casos de falsificação de documentos fiscais:

- a) Conduta era apenas um meio ou normal fase de execução de um crime-fim que não foi consumado e não havendo supressão ou redução não há falar em crime contra a ordem tributária, que é material, e só se consuma com a produção do resultado naturalístico de suprimir ou reduzir tributo;
- b) Não há prova de que tenha sido o infrator o falsificador;
- c) As notas fiscais ou documentos falsos não foram usados em operações tributáveis.

Nos casos de simulação de vendas para outros Estados para se beneficiar da diferença da alíquota havendo indícios veementes de que a mercadoria não saiu do Estado de São Paulo:

Em alguns casos, a empresa destinatária não existe ou é de fachada. A defesa alega que se trata de venda FOB (*free on board*) cujo transporte é por conta do

destinatário e a responsabilidade pela remessa da mercadoria até o destinatário é deste e não do vendedor.

Nestes casos é conveniente, quando couber, solicitar do autuado prova hábil do recebimento das quantias recebidas do destinatário de outro Estado pelo pagamento das mercadorias ou quebrar seu sigilo bancário buscando provas de pagamento (TED, cheques, DOC, outros) por contribuintes deste Estado. Importante inquirir também, se identificáveis, os transportadores que deverão exibir os CTRC e prova do transporte para outro Estado.

5.1.2. Outras teses defensivas

- a) O réu promoveu o pagamento do tributo e acessórios antes do recebimento da denúncia ocorrendo a extinção da punibilidade nos termos do artigo 34, da Lei 9.249/95;
- b) O réu promoveu o parcelamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia, o que equivale ao pagamento na medida em que se deu a novação (tese utilizada na vigência da Lei 9249/96);
- c) O réu iniciou o pagamento parcelado do débito fiscal antes da denúncia e pagou a última parcela antes da sentença final, ressarcindo o prejuízo e demonstrando arrependimento eficaz, o que afasta o *fumus boni iuris* (usada na vigência da Lei 9249/96);
- d) O réu deixou de recolher o imposto em virtude de sua péssima situação financeira, o que exclui o dolo;
- e) O réu praticou as infrações fisco-penais em estado de necessidade e para a manutenção de sua família, o que afasta a antijuridicidade da conduta;
- f) A empresa do réu, antes ou depois da autuação, regularizou sua escrita fiscal, lançando as notas ou documentos fiscais corretamente, não havendo falar em supressão efetiva de tributo;
- g) o não recolhimento do imposto cobrado na qualidade de sujeito passivo da obrigação é mera inadimplência, na medida em que o ICMS embutido no preço da mercadoria não corresponde ao imposto que deverá ser recolhido. O devido é a diferença entre o imposto cobrado pelas saídas e o pago nas entradas. No caso de ICMS, que é tributo plurifásico, não cumulativo, a não ser nos casos de substituição tributária, não incide a regra do artigo 2º, II, da *lex specialis*.

5.1.3. Da extinção da punibilidade pelo pagamento

A Lei 10.684/03 previa a suspensão da pretensão punitiva enquanto perdurasse o período do parcelamento. No parágrafo primeiro estabelecia que a prescrição

criminal não corria durante o período da suspensão da pretensão punitiva e no parágrafo 2º, que extinguiu-se a punibilidade quando o agente efetuasse o pagamento integral do tributo, contribuição social, inclusive acessórios.

Em seguida sobreveio a Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, que em seu artigo 67 e 68 e seu § único também preveem a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição criminal e a extinção da punibilidade pelo pagamento integral dos débitos que tiverem sido objeto de concessão do parcelamento.

Recentemente, em 25 de fevereiro de 2011, foi promulgada a Lei 12.382, que trata especificamente do novo valor do salário mínimo.

Esta lei, como já dito acima, em seu artigo 6º, determina que na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

No parágrafo 2º, estabelece que é suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no capítulo durante o período em que a pessoa física ou jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o seu pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia.

O § 3º prevê que a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

O § 4º estabelece que *“extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”*.

O pagamento antes do recebimento da denúncia implica a extinção da punibilidade aplicando-se o artigo 34 da Lei 9249/96.

No caso de pagamento após o recebimento da denúncia, a extinção da punibilidade só será declarada se tiver sido objeto de concessão de parcelamento iniciado antes do recebimento da denúncia.

5.1.4. Do pagamento do tributo reclamado em apenas alguns dos itens do AIIM

Um mesmo Auto de Infração (AIIM) poderá descrever ilícitos fiscais meramente administrativos e outros fiscais-penais.

Nestes casos, os pagamentos apenas do tributo, juros de mora e multa reclamados no AIIM e que configuram ilícito penal tributário antes do recebimento da denúncia, extinguem a punibilidade nos termos do art. 34 da Lei 8.137/90.

A cobrança pela Fazenda Pública do resíduo correspondente a infrações meramente administrativas deverá seguir seu trâmite normal até sua inscrição na dívida ativa e propositura da ação de execução, se for o caso.

5.1.5. Do pagamento parcial do tributo no curso do parcelamento rompido

Em certas hipóteses, o contribuinte recolhe no regime de parcelamento o valor do tributo originário mais os juros de mora, mas deixa de recolher a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória. Nesse caso, o inquérito policial ou a ação penal retomam seu curso normal na medida em que a pretensão punitiva se restabelece, bem como o curso da prescrição.

Considerando que a multa não deve ser considerada como tributo ou acessório (S.M.J.) para os fins do artigo 34 da Lei 9249/96, bem como que a multa pecuniária não é suprimida nem reduzida por ocasião da prática da infração penal tributária poder-se-á, pelo menos como medida de política criminal (no caso de se entender que a multa deve ser também paga), opinar pela extinção da punibilidade face ao ressarcimento do prejuízo relativo ao valor do tributo e dos juros de mora com o recolhimento.

Reforça essa tese o fato de que a multa muitas vezes é confiscatória e de valores até superiores ao do tributo suprimido.

Com o pagamento do tributo atualizado (tributo mais juros de mora), o Estado estaria sendo ressarcido.

5.2. Das penas

A pena é de reclusão ou de detenção (art. 1º e 2º) e multa cumulativa.

Esta multa não deve ser confundida com a multa administrativa imposta na esfera fiscal.

Reza o art. 8º, da lei especial, que a pena de multa será fixada em 10 a 360 dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O parágrafo único do artigo 1º estabelece que o dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a 14 (quatorze) nem superior a 200 (duzentos) Bônus do Tesouro Nacional – BTN.

Não é possível a conversão da pena corporal em multa porque a previsão do art. 9º, neste sentido, envolve apenas os casos definidos nos artigos 4º, 5º, 6º e 7º da lei.

A lei, *sub-examine*, fixou a pena pecuniária em BTN, cujo fator foi extinto pela Lei de Reforma Tributária nº 8.383/91 que criou a Unidade Fiscal de Referência (UFIR), fazendo-a incidir sobre valores “relativos a multas e penalidades de qualquer natureza” (art. 1º).

Em razão da dicção da lei posterior, se nos afigura razoável entender que a pena pecuniária deva ser aplicada em UFIR, embora haja entendimento em contrário, no sentido de que, diante do silêncio do legislador, a pena de multa deve atender aos princípios gerais do Código Penal.

5.3. Quesitos básicos para as perícias contábeis

A prática tem mostrado que as perícias contábeis não tem se prestado à prova da materialidade e ao convencimento do juiz, na medida em que os peritos limitavam-se a reproduzir o conteúdo do Auto de Infração, omitindo-se nos esclarecimentos relevantes e informando que não lhes cabem responder se houve ou não sonegação fiscal ou fraude.

Em face da imprestabilidade dos laudos adotados, poderão ser elaborados pelo Promotor quesitos específicos para cada uma das infrações inculpidas nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 a serem respondidos pelos peritos contábeis.

Entre outros quesitos sugerem-se os seguintes:

• Para as condutas subsumidas ao artigo 1º, I:

1. Houve omissão de informações por parte da empresa? Quais as informações omitidas?
2. A empresa prestou declarações falsas? Em que consistiram estas declarações?
3. Em razão da omissão ou da declaração falsa houve redução ou supressão do ICMS? Qual o valor reduzido ou suprimido?

• Para as condutas inculpidas no inciso II

Inserção de elementos inexatos ou omissão de operações em livros ou documentos fiscais. (Em geral cuidam-se de escrituração de notas fiscais com valores inferiores aos das operações, não escrituração de notas fiscais nos livros fiscais, erro na somatória das notas no LRS (débito menor) ou no LRE (crédito a maior), subfaturamento, superfaturamento, calçamento e espelhamento de notas, utilização de alíquotas inferiores às previstas pela legislação.

1. Houve inserção de elementos inexatos em documentos ou livros fiscais? Quais foram os elementos inexatos inseridos? Em que documentos ou livros foram eles inseridos? Quais eram os elementos exatos a serem inseridos? Estes elementos exatos estavam escriturados em algum documento ou livro? Em quais? Houve utilização de alíquotas inferiores? Qual foi a usada e qual a que deveria ser utilizada, informando o artigo da legislação correspondente infringido.
2. Houve omissão de operações em livros ou documentos fiscais? Quais operações foram omitidas? Em quais livros ou documentos foram elas omitidas?
3. Em razão da inserção de elementos inexatos ou da omissão de operações, a empresa reduziu ou suprimiu tributo? Qual o valor deste imposto?

• Para as infrações definidas no inc. III, do art. 1º:

1. Houve falsificação, alteração de nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda ou qualquer outro documento relativo à operação tributável?

2. Em que consistiu a falsificação?
3. Quais foram os documentos falsificados ou alterados?
4. Qual a natureza das operações representadas pelos documentos falsificados ou alterados? Eram tributáveis estas operações?
5. Em razão da falsificação ou da alteração, a empresa suprimiu ou reduziu tributo? Qual o valor do imposto suprimido ou reduzido?

• **Para as infrações definidas pelo inc. IV, do art. 1º:**

1. Houve elaboração, distribuição, fornecimento, emissão ou utilização de documento falso ou inidôneo?
2. Quais foram os documentos elaborados, distribuídos, emitidos ou utilizados?
3. Estes documentos foram escriturados em Livros Fiscais? Em quais livros?
4. Em razão da utilização destes documentos, a empresa suprimiu ou reduziu tributo? Qual o valor suprimido ou reduzido?

Não deve ser elaborado quesitos sobre o dolo (saber ou dever saber) porque a resposta seria subjetiva.

Nos casos específicos de crédito indevido de ICMS destacado em nota fiscal inidônea ou falsa, poder-se-á formular outros quesitos que possam levar à simulação de operações; ao dolo direto ou eventual; ao não pagamento das mercadorias; **a não entrada das mercadorias no estabelecimento do infrator**, etc., como, por exemplo:

1. O infrator comprovou por documentos hábeis (TED, DOC, duplicatas bancárias, cheques nominais) ou de qualquer modo o pagamento das mercadorias discriminadas nas notas fiscais? Em caso positivo por quais documentos?
2. Há prova da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento. O agente fiscal realizou a contagem de estoque? Há prova do transporte da mercadoria da empresa inidônea até o estabelecimento do autuado. Nas notas fiscais estão anotadas as placas dos veículos e nomes das transportadoras?
3. Nos casos em que o infrator alegar que o pagamento foi em dinheiro, poder-se-á indagar se na ocasião do pagamento o livro-caixa ou o movimento do caixa apontava importâncias suficientes para o pagamento, e qual a origem do dinheiro?
4. Quando o infrator alegar que o pagamento foi com cheque de terceiros os peritos deverão buscar junto à empresa autuada prova das operações que deram origem às cártulas.
5. O Livro de Saída também poderia ser analisado para se verificar se houve a saída da mercadoria discriminada nas notas fiscais acoimadas de falsas.

6. Quando o pagamento foi através de cheque do contribuinte/infrator, às vezes, é oportuno o rastreamento do cheque, buscando-se junto às agências bancárias o número das contas e nomes dos correntistas beneficiários.

Estes esclarecimentos, somados aos números das notas fiscais e datas de emissão podem levar ao dolo direto ou pelo menos eventual.

É que muitas vezes as notas fiscais são sequenciais e as datas das operações distantes, causando espécie que a empresa emitente tenha permanecido vários dias sem realizar operações.

Outras vezes pode ocorrer e tem ocorrido que notas fiscais de números subsequentes apresentem datas de operações anteriores a notas fiscais de números mais baixos.

Por exemplo: NF nº 10, datada de 10/01/96 e NF nº 12, datada de 08.01.96.

A escrituração de Notas Fiscais sequenciais de um mesmo emitente declarado inidôneo no Livro Registro de Entrada também evidencia prática ilícita.

A fraude pode descortinar-se, ainda, *primo oculi*, quando os valores das notas fiscais tidas como inidôneas são infinitamente superiores aos das demais notas fiscais hábeis registradas no Livro de Registro de Entrada.

Estas circunstâncias poderão servir de forte subsídio para a prova do dolo direto ou eventual – o saber ou dever saber serem falsos ou inexatos os documentos fiscais.

Nestes casos, como é quase impossível provar que o infrator sabia ou deveria saber ser falsa a nota fiscal ou inidônea a empresa supostamente emitente, é melhor constar da denúncia que a operação não existiu e as notas fiscais falsas foram escrituradas no Livro Registro de Saída com a finalidade única de propiciar o crédito indevido do ICMS. Se a operação não existiu e o contribuinte não comprovar sua efetiva realização ficará evidente que ele sabia da falsidade documental. Esta estratégia anula a alegação da defesa no sentido de que seu cliente não fora notificado pelo fisco sobre a inidoneidade da empresa emitente/vendedora e que a nota fiscal não apresentava extrinsecamente qualquer vestígio do *falsum* detectável pelo homem médio.

• **Para as infrações previstas no inc. V, do art. 1º:**

1. O infrator negou ou deixou de fornecer nota fiscal obrigatória ou documento equivalente, relativa à venda de mercadorias ou prestação de serviços ou a forneceu em desacordo com a legislação?
2. Quais as provas comprobatórias das vendas ou prestação de serviços? Foram estas apreendidas no estabelecimento da autuada? Os destinatários (compradores dos bens ou tomadores do serviço) puderam ser identificados. Qual a mercadoria vendida e seu valor? A operação era tributável?

3. Se o documento emitido ou fornecido está em desacordo com a legislação, qual foi o documento assim fornecido e qual o artigo específico infringido?
6. Foi apreendido algum documento paralelo – pedido, romaneio, orçamento, livro diário ou outro comprovando que a operação de venda ou prestação de serviço foi efetivamente realizada.
7. Em face desta infração, o contribuinte suprimiu ou reduziu tributo? Qual o valor suprimido ou reduzido?

• **No caso do § Único do inciso V:**

1. O infrator deixou de atender exigência da autoridade Fazendária?
2. Qual foi a ordem dada? Esta ordem consta de notificação?
3. A ordem é relativa à exibição de livros ou documentos fiscais? Em caso negativo a que se relaciona a ordem?
4. Quais livros ou documentos fiscais foram exigidos pela fiscalização tributária?
5. Qual o tempo assinalado para o cumprimento da exigência?
6. Este tempo era razoável para o cumprimento da exigência?
7. Os documentos exigidos teriam sido utilizados para o crédito do ICMS?
8. O infrator teria lançado valores inexatos nos livros exigidos de modo a reduzir ou suprimir tributo em seu favor?

• **No caso do artigo 2º, I:**

1. O contribuinte, réu, infrator, acusado, fez declaração falsa ou omitiu declaração sobre rendas, bens ou fatos?
2. Em que consistiu a declaração?
3. O que deveria ser declarado e foi omitido?
4. Em qual documento foi feita ou omitida a declaração falsa?
5. Qual a renda omitida?
6. Qual o bem omitido?
7. Qual foi o fato omitido?
8. Buscou o contribuinte eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento do tributo, com a conduta incriminada?

• **No caso do artigo 2º, II:**

1. O contribuinte deixou de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição?

2. Em qual prazo deveria ele tê-lo recolhido?
3. O tributo foi cobrado pelo autuado (substituto) do destinatário (substituído). Há provas da realização das operações? Quais? Há provas ou evidências da cobrança do tributo/ST Quais? Nas notas fiscais de venda consta o valor do ICMS/ST
4. Qual o valor do tributo cobrado ou descontado e que deveria ser recolhido?
5. Para os demais incisos, por serem condutas de menor incidência, não se vislumbra interesse na formulação de quesitos que, todavia, poderão seguir os mesmos princípios acima.

5.4. Jurisprudência pertinente

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO DO DÉBITO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.

IMPROCEDÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CÍVEL E PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes apenas ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário. Precedentes.
2. No caso, o crédito tributário no qual se baseou a Ação Penal nº 097/2.07.0001267-0, no entanto, já foi definitivamente lançado pela autoridade fiscal, existindo, desse modo, o esgotamento da esfera administrativa em derredor da matéria.
3. A existência de mandado de segurança impetrado em favor dos pacientes não impede o prosseguimento da ação penal, porquanto a impugnação do débito na seara cível, não obstante possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta, automaticamente, a persecutio criminis, haja vista a consabida independência entre as esferas cível e criminal. Precedentes.
4. Habeas corpus denegado.

(STJ-HC 103.424/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 16/03/2012)

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. AÇÃO PENAL. CRÉDITO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO CONCLUÍDO. EXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO.

DELITO CONSUMADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, não há justa causa para a persecução penal quanto ao crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, se o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, uma vez que sua inexistência impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.
2. Na hipótese, entretanto, restou consignado pelo Tribunal de origem que o procedimento administrativo instaurado para apurar o débito fiscal foi concluído, tendo o acórdão fiscal transitado em julgado.
3. O fato de ter sido ajuizada ação anulatória de débito fiscal, a qual se encontra ainda em curso, não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. Isso porque o art. 83 da Lei nº 9.430/96 somente exige decisão final na esfera administrativa sobre a existência fiscal do crédito tributário, o que já ocorreu na espécie.
4. A pendência de discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário perante o Judiciário constitui óbice, tão somente, à prática de atos tendentes à cobrança do crédito, não impossibilitando a instauração da ação penal cabível, dada a independência das esferas cível e criminal. Precedentes.
5. Ordem denegada.

(STJ-HC 137.494/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. PENDÊNCIA DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL EM QUE SE DISCUTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, JÁ DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO, RELACIONADO COM OS FATOS EM APURAÇÃO. INTEGRIDADE DO LANÇAMENTO REALIZADO NÃO AFETADA.

INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS.

I – “A existência de ação cível anulatória do crédito tributário não impede a persecução penal dos agentes em juízo, em respeito à independência das esferas cível e criminal. Precedentes.

Ainda que obtido êxito no pedido de antecipação de tutela na seara cível, a fim de impedir a inscrição dos agentes em dívida ativa, condição de procedibilidade da execução fiscal, inadmissível o trancamento da ação penal, notadamente quando a decisão a eles favorável não afetou diretamente o lançamento do tributo devido, que, até decisão definitiva em contrário, não pode ser considerado nulo ou por qualquer outro modo maculado.” (RHC 21.929/ PR, 5ª Turma, Relª Minª Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJ/MG –, DJU de 10/12/2007).

II – Não se pode, na hipótese, tomar o fato de existir ação anulatória de débito fiscal, ainda que como questão prejudicial heterogênea facultativa (art. 93 do Código de Processo Penal) da questão penal, porquanto, até aqui, o lançamento do tributo não foi atingido.

III – A prejudicial heterogênea não obriga a suspensão da ação penal. Vale dizer, não obsta automaticamente a *persecutio criminis*, ex vi do art. 93 do CPP.

Habeas corpus denegado.

(STJ-HC 159.111/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 08/11/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE INDICIADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, IV DA LEI 8.137/90). PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, COM INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Ainda que argumente o recorrente pela procedência da preensão deduzida, o que se revela, todavia, é a efetiva constituição do crédito tributário, autorizando, assim, o prosseguimento das investigações, relativamente à suposta prática do delito tipificado no art. 1º, IV da Lei 8.137/90.
2. O simples ajuizamento de ação anulatória de débito fiscal não inviabiliza a persecução penal, quando houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade da prática delituosa.
3. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.
4. Recurso Ordinário desprovido.

(STJ-RHC 22.095/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010)

MODELO DE RECURSO DE CORREIÇÃO PARCIAL CONTRA A DECISÃO QUE TRANCA O INQUÉRITO POLICIAL, FACE A AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL NO JUÍZO CÍVEL, COM GARANTIA (PENHORA, DEPÓSITO, CARTA DE FIANÇA, OUTRAS)

MODELO XXIII

NOS CASOS DE INQUÉRITOS POLICIAIS INSTAURADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL ANTES DA LAVRATURA DO AIIM.

Não obstante o entendimento do STF e do constante em sua Súmula nº 24, a autoridade policial, muitas vezes, ao receber requisição do Ministério Público para instaurar Inquérito Policial e apurar determinada infração penal tributária, ou ao receber uma *delatio criminis* anônima ou não contra determinado contribuinte deve instaurar inquérito policial para apurar os fatos devendo provocar a autoridade fazendária para participar das investigações e para fiscalizar o contribuinte denunciado.

Quando o Inquérito Policial for instaurado sem requisição do Ministério Público e sem que tenha sido lavrado previamente Auto de Infração e Imposição de

Multa contra o contribuinte, a autoridade policial não deverá promover a devolução ou a entrega dos documentos, livros fiscais ou paralelos ou quaisquer elementos apreendidos ao acusado sem a prévia análise dos mesmos pelo Ministério Público, especialmente quando o contribuinte providenciar o pagamento do tributo reclamado em posterior AIIM lavrado pelo fisco ou quando a autoridade policial, sob o pretexto de não ter encontrado os autores ou provas de crime de sonegação, relatar o inquérito e encaminhá-lo ao juízo.

Merece especial atenção os casos em que malgrado a qualidade e gravidade dos fatos denunciados e investigados for lavrado Auto de Infração reclamando valor de tributo insignificante ou aparentemente pequeno diante dos fatos delatados e do porte da empresa do contribuinte, e este promover o recolhimento do tributo e acessórios, caso em que estaria extinta sua punibilidade nos termos do artigo 34 da Lei 9.249/96.

Esta atenção decorre do fato de que, muitas vezes, pode escapar ao fisco ou a autoridade policial, assim como também escapar ao Promotor de Justiça, alguma infração que pudesse ser detectada mediante diligências complementares, como por exemplo, quebra de sigilo bancário, fiscal, perícias contábeis ou outras que poderiam redundar numa sonegação muito maior e mais compatível com o porte da empresa e com os fatos delatados.

Quando isto ocorrer, ou seja, de devolução de livros e documentos sem a análise do Ministério Público, de inquéritos relatados precocemente sem identificação dos autores ou colheita de prova quanto à materialidade, quando houver lavratura de AIIMs de pequenos valores e sem que o fisco tenha exaurido todos os meios ou roteiros para a detecção de todas as infrações mencionadas na *delatio criminis* ou na requisição ministerial, o Promotor de Justiça, se assim entender providencial, deverá promover a devolução dos autos à delegacia requisitando fundamentadamente novas diligências pela autoridade policial e pelo fisco, buscando apurar eventuais infrações penais tributárias constantes da notícia de crime não devidamente investigadas ou de outras que o Promotor de Justiça entender terem sido cometidas, visando à juntada de todos os documentos ou livros fiscais que foram devolvidos ou serviram de suporte para a lavratura do AIIM e oportunamente determinando a lavratura de auto de infração complementar, se apuradas novas infrações, e evitar requerer de imediato a extinção da punibilidade pelo pagamento.

Esta atenção sugerida decorre do fato de que nesta Promotoria de Justiça Especializada ocorreram diversos casos de lavratura de AIIMs de valores insignificantes que acabaram, por insistência do Ministério Público que vislumbrou outras infrações não abrangidas pela fiscalização, se transformando em AIIMs de grandes valores. Noutros casos, com a quebra do sigilo bancário e fiscal, se logrou a lavratura de AIIMs de altos valores.

DA POSSIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PREPARATÓRIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO À ANULAÇÃO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE IMPOSTOS EM TAXAS CONTRÁRIA A FAZENDA PÚBLICA, ATENTÓRIA À ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTENDO *ERROR IN JUDICANDO* E MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Não obstante a ausência de precedente, pelo menos de nosso conhecimento, entendemos cabível a promoção de Ação Civil Pública pelo Ministério Público visando à anulação de decisão administrativa do Tribunal de Impostos e Taxas desfavorável à Fazenda Pública quando tiver sido manifestamente contrária à prova dos autos do procedimento administrativo, quando ferir os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da finalidade ou qualquer outro vício formal.

A Procuradoria-Geral do Estado também tem legitimidade para propor ação cível anulatória de decisão do Tribunal de Impostos e Taxas contrária à Fazenda quando prolatada com os vícios acima, da mesma forma que o contribuinte tem o direito de postular na esfera cível a anulação da decisão do TIT favorável à Fazenda.

Recentemente, depois de reiterados pedidos desta Promotoria de Justiça, que inicialmente não foram acolhidos, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo cedeu e promoveu (provavelmente a primeira e inédita) Ação Anulatória de decisão do TIT contrária à Fazenda, cujo pedido inicial foi deferido pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública. Neste caso, o Ministério Público havia produzido prova incontestável no Inquérito Policial da autoria, materialidade e da antijuridicidade relacionadas com a infração penal tributária objeto do Auto de Infração que havia sido cancelado pela decisão do TIT, graças a uma perícia contábil requisitada pelo MP ao Instituto de Criminalística, cujos peritos contábeis concluíram que o tributo ICMS reclamado pelo Estado, ao contrário do que decidira o TIT, era devido. Estas provas foram inicialmente enviadas à Representação Fiscal, órgão subordinado diretamente à Coordenadoria da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, propondo a interposição de recurso de reforma de julgado daquela decisão. Este recurso não foi conhecido pelo Tribunal de Impostos porque a Lei nº 10.041/01, que dispõe sobre o Processo Administrativo Tributário, somente admite a reforma de decisões contrárias à Fazenda Pública quando houver divergência entre a interpretação da legislação tributária dos juízes julgadores com a adotada pela jurisprudência firmada nos tribunais judiciários. Em razão do não conhecimento do recurso, o Ministério Público encaminhou cópias das principais peças do Inquérito Policial, especialmente da Perícia Contábil à Procuradoria-Geral do Estado, com a recomendação de promoção, no juízo civil, de uma Ação Anulatória da decisão contrária à Fazenda, cujo pedido preliminarmente sofreu resistência por parte da PGE, mas dada a insistência do MP, acabou cedendo à tese ministerial e intentou a ação anulatória. A inicial foi recebida pelo Juiz da Vara da Fazenda, cuja autoridade requisitou cópia integral do Inquérito Policial no qual foi produzida a prova pericial contábil para instruir a ação anulatória e para a formação de sua convicção. A ação está em andamento.



MANUAL PRÁTICO DE EXECUÇÃO PENAL

Elaboração Paulo José de Palma

Colaboração Ricardo Mendes Azeredo

Coordenação CAOCrim



APRESENTAÇÃO 131

CAPÍTULO I – HISTÓRICO DAS PENAS 133

CAPÍTULO II – ESPECIFICIDADES: OS OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL 138

CAPÍTULO III – EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS: ROTEIRO DE VISITAS 140

CAPÍTULO IV – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 148

- 4.1. Do Processamento e Competência 148
- 4.2. Autuação e lançamento de dados 150
- 4.3. Situação Processual 158
 - 4.3.1. As Contas 158
 - 4.3.2. A impugnação das Contas 160
 - 4.3.3. A reconversão da Restritiva em Privativa 160
 - a) Restritiva que sobrevém a privativa em curso 160
 - b) Restritiva descumprida pelo Executado 162
- 4.4. A pena de Multa 167
- 4.5. A suspensão/ Revogação do Livramento Condicional 168
- 4.6. A revogação do “SURDIS” 172
- 4.7. A Extinção da Pena pelo cumprimento e pelo Evento Morte 174
- 4.8. Semiaberto/livramento condicional 176
- 4.9. Condenado Estrangeiro 183
- 4.10. Do Indulto/ Da Comutação 187
- 4.11. Da Remissão de Penas 191
- 4.12. Da falta disciplinar 193
- 4.13. Consulta da Direção Geral 195
- 4.14. Pedido de Unificação das Penas 196
- 4.15. Da Medida de Segurança 197

CAPÍTULO V – ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO 202

- 5.1. Orientações sobre pedidos de benefícios e outras dicas 202

BIBLIOGRAFIA 213

ANEXOS (mídia digital)

As presentes linhas, singelas e calcadas na experiência profissional, não têm a pretensão de ditar a atuação dos eminentes colegas que militam na área, constituindo-se apenas e tão somente em mais uma ferramenta de consulta, quiçá auxiliando, aqui ou acolá, a atenuar as agruras e dificuldades que a prática do Direito Penitenciário (expressão minimamente utilizada, mais que bem evidencia a dificuldade da atuação) pode trazer aos Promotores de Justiça.

Cuidando-se de “informações práticas acerca da atuação ministerial na seara das Execuções Criminais”, optou-se por acostar, após breves manifestações acerca de matérias atinentes à área, quadros sinóticos capazes de facilitar eventuais e céleres consultas, além de dois anexos (“Roteiro de Visitas” e “Coletânea de Atos e Outras Disposições”) que objetivam auxiliar as visitas mensais às unidades prisionais, e instruir os colegas quanto aos instrumentos (Atos, Recomendações e Normas de Serviço) referentes ao regular e efetivo exercício da atividade-fim.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DAS PENAS

Sinteticamente, a história do direito de punir é dividida didaticamente em duas fases:

a) **FASE PRIMITIVA** (Dos primeiros grupos humanos até fins do século XVIII) – Divide-se em dois períodos: a) direito consuetudinário (vingança privada, vingança divina e vingança pública); b) direito penal moderno (penas infamantes e cruéis – talião e composição);

b) **FASE HUMANITÁRIA** (do fim do século XVIII a fins do século XX – Escolas Clássica e Positiva).

O sistema da repressão criminal veio mesmo a desenvolver-se no período humanitário, no século XVIII, que, embora ainda trouxesse a ideia da retribuição pelo delito cometido, foi influenciado por pensadores como Cesare Bonesana (Beccaria), Bentham, Montesquieu, Voltaire, Feuerbach, Pagano, etc.

Constituem características da pena:

- **Legalidade:** a pena deve estar cominada em lei (princípio da reserva legal – art. 5º, XXXIX, da CF/88).
- **Anterioridade:** a pena deve estar prevista em lei vigente ao tempo da infração penal (art. 5º, XXXIX, da CF/88).
- **Irretroatividade:** a pena não pode alcançar fatos anteriores a ela (art. 5º, XL, da CF/88).
- **Proporcionalidade:** a pena deve ser proporcional ao crime. A resposta penal do Estado deve ser proporcional à agressão.
- **Individualidade:** a pena deve ser individualizada segundo as características de cada autor.
- **Personalidade:** a pena não pode passar da pessoa do delincente (art. 5º, XLV, da CF/88).
- **Humanidade:** estão proibidas as penas cruéis que tragam castigos físicos, que acarretem infâmia para o condenado ou trabalhos forçados.
- **Inderrogabilidade:** é a certeza da aplicação da pena.

No tocante aos significados e sistemas punitivos, segundo **CARRARA**, a palavra pena tem três significados distintos:

- **sentido geral:** exprime qualquer dor, ou mal que ocasione dor;
- **sentido especial:** designa um mal que sofremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas naturais;

- **sentido especialíssimo**: indica aquele mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de delito por ele praticado.

BASILEU GARCIA enumera, através dos verbos que, na diversidade das opiniões, as finalidades possíveis do direito de punir e, através delas, as razões da sua existência: **castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender.**

Ainda com arrimo em CARRARA, é impossível enumerar todos os sistemas imaginados, *v.g.* pelos publicistas, para dar ao direito de punir o seu princípio fundamental, mas, ainda assim, de forma didática, aponta os seguintes:

- **VINGANÇA** (admitiram que uma paixão perversa pudesse converter-se em direito exigível – HUME, PAGANO, VECCHIONI, BRUCKNER, RAFFAELLI, ROMANO, etc.);
- **VINGANÇA PURIFICADA** (a sociedade pune, a fim de que o ofendido não se vingue – LUDEN);
- **REPRESÁLIA** (fórmula de FRANCIS LIEBER, em estudo publicado em 1838, na cidade de Filadélfia, que, em essência, representa mero disfarce da vingança);
- **ACEITAÇÃO** (promulgada a lei cominadora da pena, o cidadão que cometer o delito, sabendo ser daquele modo punido, voluntariamente se terá sujeitado a ela e não terá razão de queixar-se);
- **CONVENÇÃO** (ROUSSEAU, MONTESQUIEU, BURLAMAQUI, BLACKSTONE, VATTEL, BECCARIA, MABLY, PASTORET, BRISSOT DE WARVILLE) ou a cessão à sociedade do direito privado de defesa direta;
- **ASSOCIAÇÃO** (a constituição da sociedade desenvolve o direito punitivo em razão da própria união – PUFFENDORF);
- **REPARAÇÃO** (quem causou um dano deve repará-lo – KLEIN, SCHNEIDER, WELCKER);
- **CONSERVAÇÃO** (SCHULZE, BUSATTI, MARTIN), ou pela da defesa social indireta (ROMAGNOSI, COMTE, RAUTER, GIULIANI), ou necessidade política (FEUERBACH, KRUG, BAVER, CARMIGNANI), na qual com o punir, exerce a sociedade o direito, inerente a todo ser, de se conservar;
- **UTILIDADE** (princípio assentado no postulado de que a utilidade dá o sumo do princípio do bem moral e o fundamento bastante do direito – HOBBS, BENTHAM);
- **CORREÇÃO** (a sociedade tem direito de punir o culpado para emendá-lo – ROEDER, FERREIRA, MAZZOLENI, MARQUET-VASSELOT);
- **EXPIAÇÃO** (é princípio de absoluta justiça que expie a sua falta, sofrendo um mal, quem produzia um mal – KANT, MENCHE, PACHECO).

A definição sobre a sanção penal depende da compreensão das escolas sobre as penas, a saber:

- a) ABSOLUTAS: não peque (*punitur quia peccatum est*);
- b) RELATIVAS ou UTILITÁRIAS: pune-se para que não peque (*punitur ut ne peccetur*);
- c) MISTAS: pune-se para que não peque e porque pecou (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

TEORIAS ABSOLUTAS

- Considera a pena intrinsecamente justa, inculcando-a como remédio para o mal acontecido. São consideradas absolutas todas as teorias que veem o Direito Penal (e a pena) como um fim em si mesmo (garantia da sua realidade e o esgotamento do seu conteúdo), cuja justificativa não depende de razão utilitária ou preventiva.
- Também chamada ‘da retribuição ou da expiação’, exerceu enorme influência entre os juristas da escola Clássica.

CARACTERÍSTICAS:

- a) A necessidade moral da pena garante – assim dizem estas teorias – também sua realidade, seja em virtude da identidade de razão e realidade (Hegel), seja por obra de um imperativo categórico (Kant), ou em virtude de uma necessidade religiosa (Stahl).
- b) Segundo a teoria absoluta, está esgotado o conteúdo da pena com a realização de uma retribuição justa. Todas as outras consequências (intimidação, melhoramento) são, na melhor das hipóteses, efeitos secundários que não tem nada a ver com a natureza da pena.

ADEPTOS:

- KANT (1724-1804) – a pena é um imperativo categórico. Este imperativo categórico, segundo KANT, implica dizer que mesmo havendo apenas um criminoso e a sociedade estando em vias de desaparecimento, ainda assim o criminoso deve ser punido (*retribuição justa desprovida de finalidade, representada pela causação de um mal como compensação à infração penal cometida*).
- HEGEL (1770-1831) – A pena, em HEGEL é, pois, uma necessidade lógica, ou ainda: uma reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional, servindo a pena para restaurar uma ideia, precisamente para restaurar a razão do delito.
- Papa Pio XII, com a mesma concepção, salientou que a “culpa é o golpe, a pena, o contragolpe”. (Tal concepção imprime à pena a finalidade de resta-

belecimento do próprio ordenamento jurídico atingido por uma violação, o que, dirão muitos, seria a retomada e a semente da concepção de JAKOBS ao apresentar sua ‘teoria da prevenção geral positiva’, base de seu ‘Direito Penal do Cidadão’).

TEORIAS RELATIVAS

CONCEITO:

- Emprestam à pena finalidade política e de utilidade, considerando-a como instrumento de prevenção de outros delitos: *punitur ne peccatur* (Beccaria, Feuerbach, etc).
- FERRAJOLI destaca que a concepção da pena enquanto meio, e não como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, englobando as que pregam a emenda e a defesa social, a intimidação geral, a neutralização do delinquente e a integração dos outros cidadãos.

CARACTERÍSTICAS – As teorias relativas (ou teorias da prevenção) são marcadamente teorias finalistas, por verem a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a, portanto, utilitariamente.

A doutrina tradicional identifica três momentos distintos da prevenção:

- a) **prevenção primária** (atua na origem do problema da criminalidade, procurando solucioná-lo pela base – políticas públicas);
- b) **prevenção secundária** (atua não mais sobre a coletividade, mas sobre determinado número de pessoas, que, pelas circunstâncias, estariam mais propensas a cometer delitos);
- c) **prevenção terciária** (ação estatal sobre as pessoas que já cometeram crimes, com o propósito de evitar a reincidência).

Segundo os critérios das finalidades preventivas, a doutrina assim define o modo de prevenção:

- **prevenção especial positiva ou da correção** (que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu);
- **prevenção especial negativa ou da incapacitação** (que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu);
- **prevenção geral positiva ou da integração** (que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída);
- **prevenção geral negativa ou da intimidação** (que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui).

Além das teorias absolutas e relativas, alguns autores, adotando um caráter polifuncional da pena, são tidos por ecléticos.

Merecem ainda destaque, com evidentes ressalvas, as teorias denominadas ‘deslegitimadoras’, que têm em comum o fato de se insurgirem contra a existência do próprio Direito Penal, recusando a legitimação ao Estado para exercitar o poder punitivo: Abolicionismo penal (HULSMAN); Minimalismo radical (BARATTA, ZAFFARON); Minimalismo moderado (LARRAURI, HASSEMER, SCHEERER e NAUCKE).

CAPÍTULO II

ESPECIFICIDADES: OS OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do executado e do internado, como se infere dos termos do mencionado no artigo 1º da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.

Como corolário do referido artigo, deve-se compreender a execução penal como um processo no qual se objetiva executar pena (imputável) e medida de segurança (inimputável), para tanto manejando, no primeiro caso, com os termos do comando penal condenatório e, no segundo, com a sentença penal absolutória imprópria.

Além disso, não se pode olvidar o mote direcionado para a ressocialização do executado, uma vez que se a pena possui finalidade **preventiva** e **retributiva**, conta, outrossim, com finalidade **ressocializadora**, ou seja, voltada a reinserir o condenado na sociedade, ofertando-lhe a oportunidade de retornar ao meio social com plenas condições para evitar a persistência marginal e reincidência.

As rotineiras fiscalizações patrocinadas por organismos internacionais e os abalos que o princípio constitucional da dignidade humana vem sofrendo com as péssimas condições do encarceramento **indicam que o Ministério Público não pode se omitir no seu poder-dever de fiscalizar rigorosamente as unidades prisionais e denunciar eventuais desrespeitos aos enunciados constitucionais**, mormente quando se observa que a própria Organização das Nações Unidas aponta para a ocorrência de maus-tratos nos presídios brasileiros, segundo o referido no relatório elaborado pelo Subcomitê de Prevenção da Tortura, lavrado com base em visitas realizadas no Brasil, inclusive no Estado de São Paulo, no ano de 2011.

Há mais. Não bastassem as conclusões da ONU, convém lembrar que renomados Ministros do Supremo Tribunal Federal (Celso de Mello, Gilmar Mendes e Luiz Fux) vêm apontando as falhas do sistema prisional, mencionando o descaso e negligência do Estado no que toca às penitenciárias e chamando o Poder Judiciário (e como consequência o Ministério Público) à ordem, lembrando que a questão deve ser enfrentada sem vacilo e com a urgência que o caso requer (Julgamento da Ação Penal nº 470).

E, do mesmo modo, tem se mostrado o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, ambos preocupados com os encarcerados, com a demora no trâmite de processos e com as condições que os executados experimentam nos presídios (o primeiro por meio do relatório final atinente ao Mutirão Carcerário constante de seu *site* e o segundo através da criação de formulários detalhados acerca das condições materiais dos estabelecimentos penitenci-

ários visitados pelos Promotores, na forma da Resolução nº 56, de 22 de junho de 2010).

Por incrível que pareça, a Lei de Execução Penal, datada de 1984, contém vários mandamentos humanizadores, cujo cumprimento, contudo, jamais se perseguiu, de balde o quanto a sua exposição de motivos superiormente mencionou, inclusive com brilhante lição de Hilde KAUFMAN: “la ejecucion penal humanizada no solo no pone em peligro la seguridad y e lorden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecucion penal humanizada es um apoyo de lorden y la seguridad estatal, uma ejecucion penal desumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal” (Principios para la Reforma de la Ejecucion Penal – Buenos Aires – 1977 – p. 55).

Não por acaso o Procurador-Geral de Justiça, por meio do Ato Normativo nº 560/2008, de 04 de dezembro de 2008, alude a providências decorrentes de irregularidades (condições gerais de funcionamento e habitabilidade dos estabelecimentos, particularmente no que concerne à segurança, à higiene, à salubridade, a assistência à saúde, à adequação dos regimes de execução da penal), o mesmo ocorrendo, aliás, com a própria Secretaria de Administração Penitenciária, cuja preocupação encontra esteio na Resolução SAP nº 144/2010, de 29 de junho de 2010 (referindo-se, também, às condições do encarceramento).

CAPÍTULO III

EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS:

ROTEIRO DE VISITAS

Dever funcional decorrente do artigo 68, parágrafo único, da Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, bem como do artigo 97, I, da Constituição Estadual, artigo 25, VI, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 e artigo 103, X, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993.

As inspeções visam não apenas, emprestar eficácia ao quanto determina a lei como também averiguar a situação dos encarcerados e o efetivo cumprimento da pena imposta, conforme os padrões internacionais (Princípios Básicos Para o Tratamento de Detentos adotados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, aos 14 de dezembro de 1990 – Resolução nº 45/111 – necessitam ser observados).

Como corolário, mercê dessas relevantes responsabilidades, tem-se que as inspeções devem contar com algumas fases, como (1) preparação, (2) inspeção propriamente dita e, por fim, (3) monitoramento do quanto apurado na visita.

PREPARAÇÃO

As inspeções devem, sempre que possível, ser realizadas na companhia de oficial de Promotoria e na presença do Diretor-Geral da unidade prisional ou, na ausência deste, do Diretor-Geral Substituto.

Sempre que possível, o membro do “parquet” deve evitar a utilização de veículo particular para se deslocar até o estabelecimento prisional objeto da inspeção.

O oficial de Promotoria não só auxiliará na coleta dos dados que instruirão o relatório da visita, como também testemunhará a inspeção, lembrando-se de que, na unidade prisional, apenas o Diretor-Geral (ou seu substituto) conta com atribuição para fornecer informações ao Ministério Público.

Mais. O membro do Ministério Público deve se inteirar do nome do Diretor de Disciplina e Segurança, no mais das vezes o responsável pela disciplina que impera no cárcere.

Se a inspeção for ordinária, a direção da unidade deve ser avisada antecipadamente. Tratando-se de visita extraordinária, a comunicação do evento deve ocorrer minutos antes da chegada (comunicar também a Portaria do estabelecimento).

Ao menos semestralmente, no interior da unidade prisional, deverão ser examinados os seguintes livros: (a) “Livro de Cadastro de Ingresso” e (b) “Livro de Núcleo de Atendimento à Saúde” (ou o equivalente em sistema informatizado – GSA/PRODESP).

Nas unidades penitenciárias que se situam em comarca diversa, é possível a expedição de carta precatória, solicitando que a inspeção seja realizada pelo Promotor de Justiça do local em que está situado o estabelecimento prisional (Ato nº 560/2008 – PGJ, editado aos 04 de dezembro de 2008). No entanto, se trata de hipótese excepcional e, sempre que possível, o Promotor de Justiça que oficia nos autos da execução penal deve visitar pessoalmente a unidade prisional, de modo a se inteirar de questões relacionadas à sua administração, bem como sobre as condições da população carcerária, mantendo contato com presos e servidores.

As irregularidades constatadas nas visitas anteriores deverão ser monitoradas nas visitas subsequentes, de modo a constatar se as mesmas foram sanadas ou se providências estão sendo tomadas para tal fim.

Além disso, no curso da visita, o Promotor de Justiça deve atentar para aqueles fatos que constituem objeto de apuração perante o juízo da Corregedoria dos Presídios ou perante a autoridade policial (inquéritos policiais relacionados a eventos ocorridos nas unidades prisionais e que envolvam servidores e sentenciados).

As inspeções, preferencialmente, devem ser realizadas sem a presença do Juiz de Direito e do Defensor Público, uma vez que o enfoque da visita do Ministério Público é outro.

A oitiva de presos deve ser realizada ao menos trimestralmente, comunicando-se previamente o Diretor, lembrando-se de que, se nenhum encarcerado tiver solicitado audiência com o *Parquet*, a escolha deve ser aleatória, efetivada no ato da visita e dentre os alojados nos vários raios, considerando-se que os informes provenientes dos denominados “faxinas” (presos que trabalham próximos à administração) nem sempre refletem a opinião da população carcerária.

As oitivas **não** devem ser acompanhadas pelos servidores da unidade prisional e tampouco realizadas pelo Promotor de Justiça sem a companhia do Oficial de Promotoria, salvo impossibilidade.

Se houver denúncias dando conta de maus-tratos de sentenciados ou outras irregularidades na unidade visitada deve ser mais minuciosa, uma vez que algumas providências deverão ser tomadas na própria unidade (como oitiva das pessoas envolvidas na ocorrência – presos e funcionários – e visita ao setor de “isolamento preventivo”).

Por questões de segurança, o Promotor de Justiça deve evitar o ingresso nos raios do estabelecimento, o que só deve ocorrer diante da certeza de que os presos encontram no interior de suas celas.

As indagações constantes do formulário de autoria do Ilustrado Conselho Nacional do Ministério Público devem ser feitas aos responsáveis pelo estabelecimento, sem prejuízo da verificação pessoal do Promotor de Justiça.

INSPECÃO PROPRIAMENTE DITA

A lei garante ao Promotor de Justiça o acesso irrestrito a estabelecimentos prisionais, sem qualquer menção a exigências de que o membro do *Parquet* se submeta a revistas pessoais.

No entanto, o regulamento geral (Resolução SAP nº 144, de 29 de junho de 2010), a exemplo do tratamento dispensado aos magistrados, dispensa o Promotor de Justiça de revista *manual*.

Ao chegar à unidade prisional, o Promotor de Justiça deve solicitar a presença do Diretor-Geral ou substituto, se inteirando, se o caso, do motivo da ausência do primeiro.

O Diretor-Geral deverá ser informado sobre as pendências existentes e orientado com sugestões de resolução de eventuais problemas, estabelecendo-se prazo razoável para que as irregularidades sejam sanadas. Eventuais irregularidades deverão ser consignadas no relatório da visita.

O Promotor de Justiça deverá inteirar-se do número de benefícios deferidos e indeferidos no mês e da natureza dos mesmos (semiaberto, aberto, condicional, etc).

Verificar o número de procedimentos de apuração disciplinar (faltas cometidas no ano) em trâmite, desde logo cotejando com o número de presos alojados na unidade e requisitando, se o caso, a presença do Diretor de Segurança e Disciplina (lembrando-se que eventual desproporção pode indicar excessos) para explicações a respeito, sem embargo de eventual visita às celas destinadas ao cautelar “isolamento preventivo” (cuja duração não pode ultrapassar dez dias e a efetivação somente pode ocorrer quando determinada a instauração de procedimento de apuração de falta disciplinar).

Observar o número de apreensões, inclusive com os visitantes, de aparelhos celulares e de drogas, cobrando informações acerca da instauração de inquérito policial e de procedimento disciplinar e, se o caso, de eventual apuração preliminar (hipótese de envolvimento de servidor).

Identificar eventual envolvimento de presos com facções criminosas, mantendo contato com o GAECO da região e com o Setor de Inteligência da SAP (coordenadoria regional do sistema prisional).

Verificar se a unidade conta com profissionais de saúde suficientes e compatíveis com o sexo dos encarcerados, visitando, sempre que necessário, o respectivo setor.

Observar o número de escoltas que a Polícia Militar deixou de efetivar aos presos necessitados de urgências médicas e de transporte para as audiências judiciais,

informando-se sobre a solução dada ao caso pelo Diretor-Geral. Ato contínuo, através de ofício, o Secretário da Segurança Pública deverá ser comunicado sobre ocorrência (Ato Normativo nº 718, de 01 de dezembro de 2011-PGJ). Caso de mostre necessário Promotor de Justiça com atribuições na área de Direitos Humanos, também deverá ser comunicado (Ato Normativo nº 560, de 04 de dezembro de 2008-PGJ), assim como o Procurador Geral de Justiça.

Verificar se há presos no período de inclusão e sob o regime de observação (Resolução citada) cuidando de constatar se o respectivo prazo está sendo respeitado pela direção (dez dias para inclusão e vinte dias para a observação, na forma do Regimento Interno Padrão).

Observar se os encarcerados contam com banho de sol, visitas regulares (inclusive íntimas), assistência de Defensor Público, instrução escolar, biblioteca, trabalho remunerado, remição de pena, tratamento médico e odontológico público ou privado e prática religiosa, atentando para as condições de funcionamento e habitabilidade, particularmente no que concerne à segurança, à higiene e à salubridade (Ato Normativo nº 560, de 04 de dezembro de 2008, da lavra do Procurador-Geral de Justiça).

Constatar se aos portadores de necessidades especiais são asseguradas condições adequadas ao digno cumprimento da pena.

Por derradeiro, se o caso, verificar se há presos sob “regime disciplinar diferenciado”, observando se as condições e exigências legais foram obedecidas.

Cuidando-se de unidade destinada a acolher mulheres, verificar a existência de assistência ao pré-natal, ao pós-parto e à guarda do recém-nascido no período de lactância, além de eventual dieta especial e exames pertinentes, inclusive para detecção e controle das doenças especialmente predominantes no grupo feminino.

Tratando-se de unidade que acolha presos estrangeiros, verificar se o aprendizado da língua nacional está sendo assegurado, bem como facilidades na manutenção de contato com os serventuários e demais presos, além de acesso à Defensoria Pública e à unidade da representação diplomática do país de origem.

Observar se há sentenciados submetidos à medida de segurança que se encontrem irregularmente encarcerados e, em caso positivo, comunicar o Juízo de Execuções Criminais, o Promotor de Justiça dos Direitos Humanos e o Procurador-Geral de Justiça, não olvidando que tais pessoas, dada sua especial condição, merecem cuidados especiais, mormente quando acusados de falta grave e sujeitos ao “isolamento preventivo” (Regimento Interno).

Constatar se há presos cumprindo pena em regime diverso daquele estabelecido na sentença penal condenatória ou de decisão proferida pelo juiz da execução,

cientificando o juiz corregedor de tal situação. O mesmo deve ser feito em caso de constatação de que alguém ali se encontra preso provisoriamente, por tempo não razoável, o que deve ser comunicado ao Promotor de Justiça que oficia no processo de conhecimento.

Verificar o número de presos, a capacidade de ocupação da unidade prisional, a existência de doenças virais, qualidade da alimentação e possível número de mortos no mês, expedindo-se, se o caso, as comunicações necessárias, observando, no caso de falecimento, a existência de inquérito policial que tenha por objeto a apuração do fato.

Observar se na unidade prisional inspecionada há racionamento de água e energia elétrica, bem como se conta com equipamentos de segurança e contra incêndio, para utilização por equipe especializada caso se mostre necessário.

Constar se o estabelecimento conta com GRUPO DE INTERVENÇÃO RÁPIDA (GIR) e, em caso positivo, analisar as circunstâncias que ensejaram suas últimas intervenções, bem como os seus resultados.

Tratando-se de unidade prisional destinada ao cumprimento de pena em regime semiaberto, sem prejuízo da realização das diligências acima apontadas, verificar o número de vagas de trabalho colocadas à disposição dos sentenciados, o número de ocorrências relacionadas a evasões da unidade e ausência de retorno de saídas temporárias.

Inteirar-se, também, sobre a fiscalização exercida pela Polícia Militar (parte externa) e pelos agentes da Secretaria de Administração Penitenciária (parte interna), uma vez que as divisórias, ao contrário das unidades fechadas, são frágeis.

Ao menos semestralmente, solicitar e examinar, além dos livros indicados acima, o livro (ou o equivalente em sistema informatizado – GSA/PRODESP) de Pecúlio (atinentes aos encarcerados).

Cuidando-se de unidade que acolha doentes mentais (Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico), verificar a existência de psicólogos e psiquiatras e, aleatoriamente, cotejar as fichas clínicas (medicação) dos internados com a situação clínica dos mesmos, observando se existem pacientes alojados irregularmente no local (penas/medidas) e se existem convênios com a rede hospitalar de apoio na região (inclusive, quando ausente apoio familiar, para os pacientes sob desinternação condicional).

MONITORAMENTO DA VISITA

O monitoramento se refere à necessidade de verificar se todas as medidas decorrentes da visita foram efetivadas pelo membro do *Parquet*, mormente as que implicam a expedição de ofícios, requisições de inquéritos e providências judiciais, uma vez que os apontamentos constantes do relatório e formulário

de inspeção devem contar com a respectiva providência arquivada em pasta própria.

Além disso, deve o Promotor de Justiça acompanhar a solução dos problemas levantados com a inspeção (superlotação, ausência de médicos, racionamento de água e energia, etc), tornando a diligenciar, se necessário for, para saná-los.

Por fim, ao longo da inspeção ulterior, deve indagar (como referido no item “Preparação”) o Diretor-Geral acerca de eventuais pendências atinentes à inspeção anterior, registrando a ocorrência no relatório.

Em síntese, a realização de um correto monitoramento indica organização ministerial e empresta eficiência às visitas efetivadas, outorgando credibilidade ao *Parquet*.

FEITURA DO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO E PREENCHIMENTO DO FORMULÁRIO/CNMP

Após a visita de inspeção, providenciar, nos prazos abaixo citados, o seguinte:

1. Cuidar de encaminhar cópia da ata de visita ao eminente Procurador-Geral de Justiça e ao ilustrado Corregedor-Geral do Ministério Público, conforme o artigo 3º e seu parágrafo único do Ato Normativo nº 560/2008-PGJ de 04 de dezembro de 2008.
2. Inserir os dados no formulário de inspeção constante do Sistema de Inspeção Prisional do Ministério Público (SIP-MP) e, em seguida, disponibilizá-los à Corregedoria-Geral do Ministério Público, conforme mencionam os Avisos nºs 05/2013-CGMP (de 26 de fevereiro de 2013), 08/2013-CGMP (de 13 de março de 2013) e 09/2013-CGMP (de 15 de março de 2013) da lavra da Egrégia Corregedoria-Geral do Ministério Público, bem como do quanto apontam as Resoluções nº 56 (de 22 de junho de 2010) e nº 80 (de 18 de outubro de 2011) do Conselho Nacional do Ministério Público, valendo, para tanto, consulta aos termos do Manual do Usuário SIP-MP constantes do *site* do mencionado Conselho Federal(www.cnmp.gov.br/portal).
3. Em pasta própria da Promotoria de Justiça (artigo 2º, inciso VIII, alínea “d” do Ato Normativo nº 500-PGJ-CGMP, de 20 de março de 2007), arquivar o relatório circunstanciado ordinário e/ou extraordinário, encaminhando cópia à unidade prisional para juntada em livro próprio (lembrando que o referido livro é alvo de inspeção anual por parte do Poder Judiciário, porquanto obrigatório).

QUADRO SINÓTICO

<p>PREPARAÇÃO</p>	<ul style="list-style-type: none">• MONTAGEM DA EQUIPE DE VISITA, TRANSPORTE AO LOCAL, COLETA DE DADOS NECESSARIOS E PENDÊNCIAS ANTERIORES.
<p>VISITA PROPRIAMENTE DITA</p>	<ul style="list-style-type: none">• INSPEÇÃO.• VERIFICACAO ESTRUTURAL DA UNIDADE, FORMAS DE TRATAMENTO DO ENCARCERADO, SERVIÇOS À SUA DISPOSIÇÃO, PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES E QUEIXAS.• SUPERLOTAÇÃO, CONTATO COM A FAMÍLIA E COM O MUNDO EXTERNO, ALÉM DE FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO.• ALIMENTAÇÃO.• HIGIENE PESSOAL.• ATIVIDADE CULTURAL.• RELIGIÃO.• TRABALHO.• ESTUDO. <p>SERVIÇOS MÉDICOS:</p> <ul style="list-style-type: none">• ACESSO A MÉDICO, INCLUSIVE PESSOAL.• SAÚDE DAS MULHERES E DOS BEBÊS.• SAÚDE DOS DOENTES MENTAIS.• DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS. <p>CORPO TÉCNICO:</p> <ul style="list-style-type: none">• DADOS GERAIS.• COMPOSIÇÃO DA EQUIPE TÉCNICA.• CAPACITAÇÃO E COMPROMETIMENTO DO CORPO TÉCNICO.

MONITORAMENTO DA VISITA

- VERIFICAÇÃO DE PENDÊNCIAS ANTERIORES E ENCAMINHAMENTO DAS ATUAIS.
- NO FINAL DE CADA ANO, NO CASO DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIA PARA VISITA PRISIONAL EXPEDIDA NO INÍCIO, EXPEDIR OFÍCIO DE COBRANÇA, SE NECESSÁRIO.
- FEITURA DE RELATÓRIO (ATA) MENSAL DA INSPEÇÃO E PREENCHIMENTO DO FORMULÁRIO CNMP (SIP-MP), LEMBRANDO-SE QUE, QUANTO AO ÚLTIMO, O FORMULÁRIO ANUAL DEVE SER PREENCHIDO NO MÊS DE MARÇO DE CADA ANO, DISPENSANDO-SE, NESSE MÊS, O MENSAL.
- ENCAMINHAR O RELATÓRIO DE INSPEÇÃO AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, AO CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AO DIRETOR-GERAL DA UNIDADE PRISIONAL (LIVRO), ARQUIVANDO-SE CÓPIA EM PASTA PRÓPRIA DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA.

FUNDAMENTOS:

- Artigo 3º e seu parágrafo único do Ato Normativo nº 560/2008-PGJ de 04 de dezembro de 2008.
- Avisos nºs 05/2013-CGMP (de 26 de fevereiro de 2013), 08/2013-CGMP (de 13 de março de 2013) e 09/2013-CGMP (de 15 de março de 2013) da lavra da Egrégia Corregedoria-Geral do Ministério Público.
- Resoluções nºs 56 (de 22 de junho de 2010) e nº 80 (de 18 de outubro de 2011) do Conselho Nacional do Ministério Público, e Manual do Usuário – SIP – MP constantes do *site* do mencionado Conselho Federal (www.cnmp.gov.br/portal).
- Artigo 2º, inciso VIII, alínea “d” do Ato Normativo nº 500-PGJ-CGMP, de 20 de março de 2007.

CAPÍTULO IV

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O *Parquet*, além de se preocupar com a correta execução da pena e da medida de segurança, deve se ocupar das condições do encarceramento, manejando, vendidas as providências de estilo, o necessário para a melhora das condições do preso ou mesmo para a interdição (total ou parcial) do estabelecimento, para tanto se utilizando, conforme a atribuição do órgão ministerial, do pertinente (seja o pedido administrativo junto à Corregedoria dos Presídios da comarca, seja a ação civil pública de interdição, seja mandado de segurança, dentre outras possibilidades).

4.1. Do Processamento e Competência

As Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça (Provimento nº 50/1989), em atenção aos volumosos processos de execução criminal, regram como o processamento deve se verificar (a partir do artigo 121, seção VIII).

O artigo 65 da Lei de Execuções Penais anota que a execução criminal compete ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao Juiz da sentença, ao passo que as Normas de Serviço (artigos 121 a 124) aludem a regras próprias, cujo exame se mostra indicado: SECAO VIII – CAPÍTULO VIII. DOS SERVIÇOS DE EXECUÇÕES CRIMINAIS. 121. Compete à Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo:

- a) a execução de penas de qualquer espécie, impostas nas Varas da Comarca de São Paulo;
- b) a execução de pena, originária de qualquer juízo do Estado, imposta a sentenciado recolhido em estabelecimento prisional sujeito à sua Corregedoria Permanente;
- c) a execução de medida de segurança imposta em qualquer juízo do Estado, que deva ser cumprida em estabelecimento sujeito à sua Corregedoria Permanente.

122. Nas Comarcas do Interior, a competência para a execução penal se orientará pelos seguintes princípios:

- a) se o sentenciado tiver uma ou várias condenações definitivas em Juízos de Comarca que disponha de vara privativa de Execuções Criminais ou de vara a que tenham sido atribuídos serviços de Execução Criminal, a uma ou a outra competirá a execução penal, ressalvado o disposto na alínea “b” do item anterior;
- b) se o sentenciado tiver condenações definitivas em comarcas diversas do interior do Estado, a execução competirá à Comarca que dispuser de vara privativa de Execuções Criminais ou a que tenham sido atribuídos serviços de

execuções criminais; se concorrerem condenações em mais de uma Comarca nessas condições, a competência se fixará pela condenação mais antiga, dentre as execuções em curso; se o sentenciado estiver preso, prevalecerá a competência do juízo em cujo território se situe o estabelecimento prisional, ressalvado o disposto na alínea “b” do item anterior;

- c) se o sentenciado tiver condenação definitiva única e se encontrar recolhido à Cadeia Pública da Comarca onde se deu a condenação, a competência para a execução é do Juízo que proferiu a sentença condenatória, ressalvado o disposto na alínea “a” deste item;
- d) A fuga do preso não implica modificação da competência da Vara de Execução Criminal com jurisdição sobre o apenado, contra o qual se expedirá mandado de recaptura, observado o artigo 113 do Código Penal.

123. A transferência provisória de sentenciado para atos instrutórios ou para qualquer outra finalidade, não firma, por si só, a competência para a execução penal.

O transcrito, como facilmente se conclui, autoriza dúvidas quanto a sua legalidade e constitucionalidade, na medida em que, despedido do caráter de lei, se constitui num mero “provimento” dono de respeito mais ressentido de **força cogente**, sobretudo porque não observa o rigor do artigo 65 da Lei de Execuções Criminais (cujo conteúdo impõe que lei local de organização judiciária discipline a competência) e a própria Carta Política, dona de estipulação que consagra a regra do juiz legal (competente ou natural), como se infere do seu artigo 5º, inciso LIII (pelo que, ausente lei específica, não se pode falar em obediência do quanto alhures ordenado pelo ilustrado Poder Constituinte originário).

E, de uma ou outra forma, a par do quanto anteriormente reproduzido, a competência deve ser estabelecida com fulcro em regras próprias, como superiormente lembram ALEXANDRE DE MORAES e GIANPAOLO POGGIO SMANIO (Legislação Penal Especial, Atlas, 1998, p. 160), consignando que:

“Em regra, para o sentenciado a pena privativa de liberdade, a execução ocorrerá onde ele estiver preso. Mesmo que o sentenciado tenha várias execuções a serem cumpridas, todas ficarão na Comarca onde ele estiver preso. Caso ele seja transferido por algum motivo (pedido, problemas de fuga, superlotação, etc.), a execução irá para a nova Comarca onde sua liberdade estiver suprimida”.

O entendimento também remanesce acolhido por RENATO MARCÃO (Curso de Execução Penal, Saraiva, 2008, p. 53), para quem o “Juízo competente para a execução da pena e aquele da comarca em que se encontra o estabelecimento prisional a que o executado está submetido”.

A competência para se conhecer da execução atinente ao condenado sob “liberdade” (regime aberto, suspensão condicional da execução da pena, livramento

condicional, pena alternativa ou mesmo advertência – drogas) segue o lugar dado como o de sua residência.

Cuidando-se de preso condenado pela Justiça Federal, desde que alojado numa penitenciária estadual, a execução tramitará pelo Juízo da comarca, lembrando-se de que, tratando-se de suspensão condicional da pena (“sursis”) ou de livramento condicional, a competência será do Juízo da residência do sentenciado, o mesmo ocorrendo com o condenado à pena restritiva de direitos.

Claro, posto que patente, que a transferência transitória do executado para instrução processual ou outra finalidade, uma vez que não definitiva, não se presta a modificar a competência para a execução penal (como na hipótese do executado que, no regime aberto ou em cumprimento de pena alternativa, experimenta internação para desintoxicação em comarca diversa ou mesmo do preso que, no regime semiaberto, ganha saída temporária e sofre algum acidente, amargando internação em outra cidade, casos em que a provisoriedade das ocorrências não permite a alteração da competência).

Por derradeiro, não se pode olvidar os termos da Resolução nº 502, de 09 de maio de 2006, da lavra do Conselho da Justiça Federal, atinente à transferência de presos para presídios sob a responsabilidade Federal, cuja observância, como se vê, não poderá ser descartada pelo ilustrado membro do *Parquet*.

As Normas de Serviços prestam outras orientações.

4.2. Autuação e lançamento de dados.

As Normas de Serviço (artigo 125) informam que havendo mais de uma execução criminal para um determinado sentenciado, se providenciará uma autuação para cada execução, de modo que os incidentes (artigo 126) serão autuados separadamente, a exemplo do que deve ocorrer com os pedidos de “sursis”, livramento condicional, progressões de regime, remição e quaisquer outros iniciados de ofício ou a requerimento da parte interessada.

Além desses expedientes, ou seja, 1) execuções criminais, 2) incidentes de execução e 3) pedidos da parte interessada), haverá um **outro** denominado (4) “situação processual” (artigo 128), no qual constará, sempre em nome do executado, a respectiva folha de antecedentes e (eventuais) certidões atinentes.

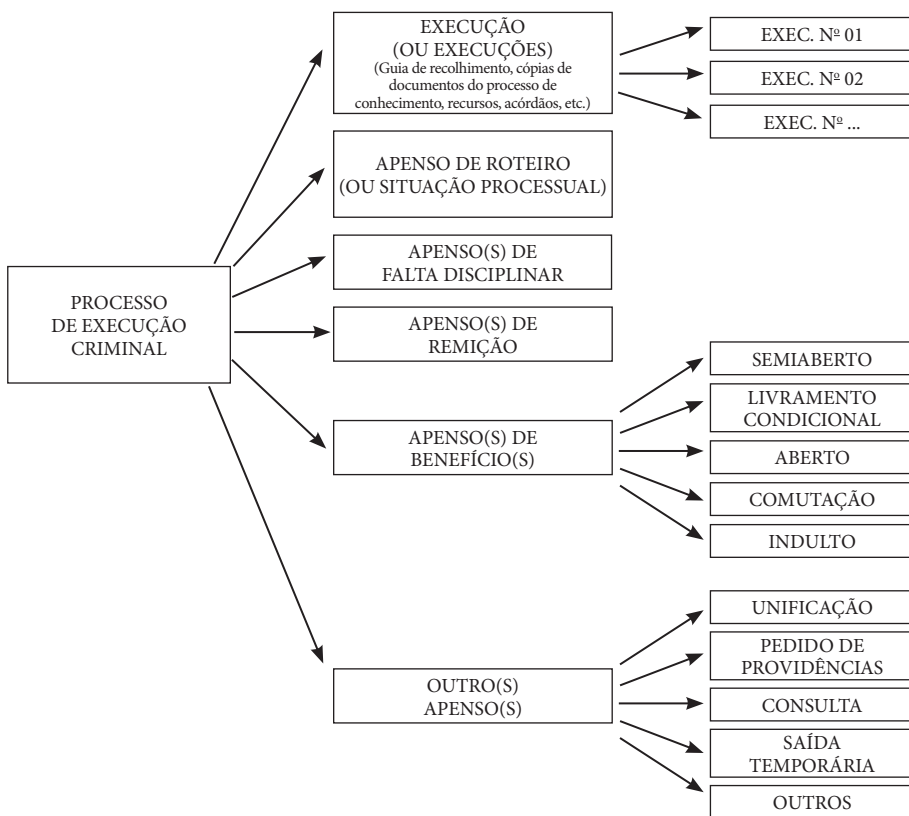
Ora, o exposto evidencia a procedência do seguinte raciocínio:

- a) execuções criminais propriamente ditas são numeradas conforme as condenações e absolvições impróprias impostas ao sentenciado (ex: execução criminal nº 01, execução criminal nº 02, etc.);
- b) há apensos cujas autuações recebem o nome técnico de incidentes de execução (ou seja, questões que surgem ao longo da execução e que exigem solução jurídica adequada);

c) há, também, apensos que formalizam os pedidos de benefícios prisionais (ex: semiaberto, aberto, livramento, indulto, comutação, remição);

d) por fim, tem-se o apenso “situação processual” (referindo-se, como se viu, aos antecedentes e certidões do executado e, como se verá, às contas de sua pena).

Todavia, a par do quanto regrado pelas “Normas de Serviço”, a prática forense cuidou de criar outros apensos, como, por ilustração, se observa do quanto segue:



O Poder Judiciário possui um programa denominado “Sistema Informatizado das Varas de Execuções Criminais”, conhecido como SIVFC, dono de conteúdo que deve ser constantemente alimentado (no prazo de 48 horas, pelo serventuário judiciário), sob pena de responsabilidade.

Importa lembrar, ademais que, a rigor, a primeira via da Guia de Recolhimento (conhecida como GR e que se constitui na primeira peça do processo de execução, assinada pelo Diretor de Serviços e pelo Juiz de Direito) possui a cor branca (e deve ser mantida com o Juiz de Direito da condenação), ao passo que a segunda via (remetida ao Juiz da Execução) possui a cor verde, de sorte que, tratando-se

de preso provisório, eventuais alterações ocorridas posteriormente (provimento recursal total ou parcial) devem ser anotadas, refazendo-se, **se o caso**, as contas.

Finalmente, existe, também, a Guia de Recolhimento, que é remetida ao diretor da unidade prisional na qual se encontra alojado o sentenciado, dona da cor amarela.

NORMAS DE SERVIÇOS
SEÇÃO II
DA ORDEM GERAL DOS SERVIÇOS

Subseção I
Das Disposições Gerais

34. As guias devem obedecer ao modelo oficial, impresso ou informatizado, sendo expedidas em 3 (três) vias, destinando-se a primeira, de cor branca (quando impressa), aos livros do ofício da condenação; a segunda, de cor verde (quando impressa), constituirá a guia de recolhimento ou internamento para as execuções criminais; a terceira, de cor amarela (quando impressa), será remetida à autoridade responsável pelo estabelecimento prisional onde o condenado se encontra recolhido, com vistas à formação do prontuário respectivo.

Pois bem. A expedição da Guia de Recolhimento se condiciona ao **trânsito em julgado** da sentença penal condenatória quando a pena for alternativa e a prisão do executado quando a sanção for privativa de liberdade.

Há, todavia, quanto à exigência do trânsito em julgado, uma única exceção a ser observada, na medida em que, cuidando-se de acusado mantido preso por força de sentença penal condenatória, deve ser expedida a Guia de Recolhimento, ainda que pendente o julgamento de recurso, dando-se ensejo, como citado alhures, a denominada **execução penal provisória**, assim considerada, como facilmente se conclui, o processamento atinente ao denominado **preso provisório**.

Observe, a respeito, o quanto adiante transcrito:

NORMAS DE SERVIÇOS.
SEÇÃO II
DA ORDEM GERAL DOS SERVIÇOS

Subseção I
Das Disposições Gerais

30. A guia de recolhimento para execução será expedida ao juiz competente depois de transitar em julgado a sentença condenatória, ou acórdão, se houver: a) logo após o cumprimento do mandado de prisão; b) de imediato, se o sentenciado estiver

preso; c) quando da concessão de suspensão condicional da pena ou aplicação de pena restritiva de direitos.

30.1. Além de atenderem aos requisitos constantes do art. 106 da LEP, as guias de recolhimento, que deverão apontar somente o último endereço ou o endereço mais atualizado do sentenciado, serão instruídas com cópia autêntica ou reprográfica autenticada das seguintes peças do processo: a) denúncia ou queixa e respectivos adiamentos, com datas de recebimento; b) sentença e acórdão, se houver, com certidão do trânsito em julgado; c) auto de prisão em flagrante e dos mandados de prisão expedidos, com informação do cumprimento; d) planilha de identificação, auto de qualificação do indiciado e folha de antecedentes, com respectivas certidões dos processos mencionados; e) interrogatório judicial; f) termo de audiência de advertência (regime aberto). Se o sentenciado residir na Comarca da Capital, também da certidão de sua intimação para comparecer no setor próprio do Juízo das Execuções Criminais e entrega do ofício de apresentação. g) depósito judicial no caso de recolhimento de fiança; h) alvarás de soltura cumpridos, expedidos pela autoridade policial ou judicial, com informação do cumprimento.

30.2. Recebido o recurso, será expedida guia de recolhimento provisória, no caso de réu preso, em três vias, obedecido o modelo oficial, certificando-se nos autos a ocorrência, respeitado o disposto no item 34, no que for aplicável.

Ora, o reproduzido, na esteira do quanto já mencionado, alude à guia de recolhimento e cita os documentos que a instruem, valendo lembrar que os mesmos (documentos) se prestam não apenas a bem aparelhar a execução como a propiciar perfeito exame da situação processual do executado sem a necessidade de consulta aos autos principais, inclusive no que toca à prescrição (punitiva/executória).

O Promotor de Justiça, ao receber o processo de execução, deve cuidar de coejar os dados inseridos na Guia de Recolhimento recentemente autuada com os constantes das cópias que instruem os autos e com o quanto apontado na folha de antecedentes que se encontra encartada no **apenso situação processual**, verificando a espécie de sanção fixada, a qualidade (reclusão/detenção) da pena imposta, sua quantidade (tempo), o regime inicial e, sobretudo, a correção das contas (liquidação da pena lançada no bojo do citado apenso situação processual), desde logo apontado (se o caso) eventual equívoco e sempre se lembrando dos artigos 106 e 173 da LEP.

Se, por acaso, observar a ausência de algum documento necessário à instrução da execução penal, deve diligenciar com o mote de providenciar a pertinente juntada, querendo o necessário ao Juiz de Direito.

Há mais, aliás, a se considerar, de forma a bem se observar o quanto se processa nos autos da execução criminal:

NORMAS DE SERVIÇOS.
SEÇÃO II
DA ORDEM GERAL DOS SERVIÇOS
Subseção I
Das Disposições Gerais

30.3. *Caberá ao juízo que receber as vias da guia de recolhimento provisória confirmar se o condenado está recolhido em estabelecimento prisional de sua responsabilidade, dando direto reencaminhamento se negativa a diligência.*

30.4. *Deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão “PROVISÓRIA”, em sequência da expressão “GUIA DE RECOLHIMENTO”.*

30.5. *Na hipótese dos autos principais estarem no Tribunal, será expedida a guia de recolhimento provisória, a pedido das partes, com os dados disponíveis em cartório.*

31. *Tratando-se de medida de segurança, logo após o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, será expedida a guia para a execução, observando-se os requisitos constantes do artigo 173 da LEP e instruída com cópia autêntica ou reprográfica autenticada das seguintes peças do processo: a) denúncia ou queixa e respectivos aditamentos, com datas de recebimento; b) sentença e acórdão, se houver, com certidão do trânsito em julgado; c) auto de prisão em flagrante, se houver; d) planilha de identificação; e) interrogatório judicial; f) laudo de insanidade mental ou de dependência toxicológica.*

Se a condenação versar **apenas** a respeito de pena pecuniária, o próprio Juiz de Direito da condenação deverá, após o trânsito em julgado, ordenar a intimação do executado para pagamento, comunicando, realizado o adimplemento, o Tribunal Regional Eleitoral, para o necessário (restabelecimento de direitos políticos).

O preenchimento da guia de recolhimento para pagamento da pena de multa segue, também, o disciplinado nas “Normas de Serviço da Corregedoria-Geral”:

NORMAS DE SERVIÇO.
SEÇÃO II
DA ORDEM GERAL DOS SERVIÇOS
Subseção I
Das Disposições Gerais

32. *Se a pena imposta for de natureza pecuniária, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da Vara onde tramitou o processo promover a intimação do réu para o pagamento do “quantum”*

devido; recolhida a multa, o juiz extinguirá a pena, comunicando o cumprimento ao Tribunal Regional Eleitoral para efeito de restabelecimento dos direitos políticos do condenado.

32.1. *O pagamento da multa penal aplicada em consonância com o disposto no Código Penal e legislação especial que não dispuser de modo diverso, deverá ser efetuado no BANCO DO BRASIL, Agência 1897-X, conta nº 139.521-1, em favor do Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo – FUNDESP, juntando-se comprovante do depósito bancário nos autos. Nos demais casos, o pagamento deverá ser feito em favor e em nome do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, CNPJ 00.394.494/0008-02, UG 200333, Gestão 00001, por meio de Guia de Recolhimento de Receita da União – GRU, no Banco do Brasil, identificando-se o referido depósito, conforme a seguinte tabela: 18806-9 – Receita referente devolução de saldo de convênios no exercício; 28850-0 – Receita referente devolução de saldo de convênios de exercícios anteriores; 20230-4 – Receita referente alienação de bens apreendidos; 14600-5 – Receita referente multa decorrente de sentença penal condenatória; 14601-3 – Receita referente juro/mora decorrente de fiança quebrada ou perdida; 68802-9 – Receita referente devolução de diárias de viagem; 18001-7 – Contribuição sobre recursos sorteios realizados para entidades filantrópicas; 28886-1 – Outras receitas (doações, contribuições sociais, custas judiciais, sorteios e loterias, penas alternativas, etc.). 20.182-0 – outras receitas (não relacionadas anteriormente). Clientes do Banco do Brasil poderão imprimir a GRU utilizando link no site www.mj.gov.br/depend, na seção Fundo Penitenciário. Clientes de outros bancos deverão efetuar o recolhimento por Documento de Ordem de Crédito – DOC ou Transferência Eletrônica de Disponibilidade – TED com as seguintes informações: código do banco: 001 (Banco do Brasil), agência 4201-3 (Agência Governo – BSB), conta corrente: 170.500-8 (Conta Única do Tesouro Nacional – BB) e identificador de recolhimento: 2003330000114600.1.*

32.1-A. *As receitas do Fundo Nacional Antidrogas (CNPJ nº 02.645.310/0001-99, UG 110246, Gestão 00001) integram a Conta Única do Tesouro Nacional e os recolhimentos dessas receitas são feitos mediante Guia de Recolhimento da União – GRU, conforme o disposto no artigo 98 da Lei nº 10.707/2003, devendo-se observar os Códigos, conforme a seguinte tabela: 20201-0 – Receita referente a Numerário Apreendido com Definitivo Perdimento (numerários em espécie, cujo perdimento tenha sido declarado por sentença transitada em julgado – Art. 63, §1º da Lei 11.343/2006); 20202-9 – Receita decorrente de Tutela Cautelar (valores apreendidos e/ou auferidos com a venda judicial de bens, mediante concessão de Tutela Cautelar – Art. 62, § 9º c/c § 3º da Lei 11.343/2006 – valores que deverão permanecer em conta judicial e transferidos ao FUNAD após o trânsito em julgado da decisão de perdimento); 20200-2 – Receita referente à Alienação de Bens Apreendidos (valores auferidos com leilão de bens cujo perdimento tenha sido declarado por sentença com trânsito em julgado – Art. 63, § 2º da Lei 11.343/2006); 20203-7 – Receita referente à Medida Sócioeducativa – Multa (Art. 28, Parágrafo único da Lei 11.343/2006).*

Clientes do Banco do Brasil poderão imprimir a GRU utilizando link no site http://www.stn.fazenda.gov.br/siafi/index_GRU.asp. Clientes de outros bancos deverão efetuar o recolhimento por Documento de Ordem de Crédito – DOC ou Transferência Eletrônica de Disponibilidade – TED, com as seguintes informações: código do banco: 001 (Banco do Brasil), agência 1607-1, conta corrente nº 170500-8 e Código Identificador conforme a receita: 1102460000120201, 1102460000120202, 1102460000120200 e 1102460000120203.

E, a par de solucionar a questão atinente ao decreto de **perdimento** de bens ou dos bens que se mantenham presos aos autos **sem pedido de devolução** (ano-tando que deverão ser recolhidos ao Tesouro Nacional), as Normas detalham o encaminhamento da certidão (a ser expedida quando o pagamento não se realizar **ou** no caso de não se localizar o executado, lembrando que, na ultima hipótese, a Procuradoria-Geral do Estado tem solicitado a expedição de intimação via edital para pagamento antes da remessa da certidão) ao órgão competente (lembre-se: Procuradoria-Geral do Estado).

NORMAS DE SERVIÇO.

SEÇÃO II DA ORDEM GERAL DOS SERVIÇOS

Subseção I Das Disposições Gerais

32.2. Nos processos findos, as importâncias apreendidas com decreto de perdimento ou que remanesçam nos autos sem reivindicação, conforme a regência da lei processual penal, deverão ser recolhidas ao Tesouro Nacional pelo Juízo competente.

33. Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento, o juiz da condenação determinará a extração de certidão da sentença que impôs pena de multa, encaminhando-a ao órgão legitimado ativamente para a respectiva execução.

33.1. A certidão, que valerá como título executivo judicial, será instruída com as seguintes peças: a) denúncia ou queixa e respectivos aditamentos, com datas de recebimento; b) sentença ou acórdão, se houver, com certidão do trânsito em julgado; c) planilha de identificação.

34. As guias devem obedecer ao modelo oficial, impresso ou informatizado, sendo expedidas em 3 (três) vias, destinando-se a primeira, de cor branca (quando impressa), aos livros do ofício da condenação; a segunda, de cor verde (quando impressa), constituirá a guia de recolhimento ou internamento para as execuções criminais; a terceira, de cor amarela (quando impressa), será remetida à autoridade responsável pelo estabelecimento prisional onde o condenado se encontra recolhido, com vistas à formação do prontuário respectivo.

QUADRO SINÓTICO

Consulta Rápida

CAPÍTULO II – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

<p>EXECUÇÃO</p>	<p>O Promotor de Justiça deverá:</p> <p>a. Cuidar da execução do comando penal condenatório e/ou da sentença penal absolutória imprópria;</p> <p>A competência, ao menos ordinariamente, remanesce determinada ou pelo local onde se situa a unidade prisional que aloja o executado preso (privativas de liberdade) ou pelo lugar dado como residência do executado em liberdade (ou seja, penas alternativas, regime aberto, suspensão condicional da execução da pena, livramento condicional ou advertência – drogas).</p> <p>b. Verificar as condições do encarceramento que o preso/paciente experimenta (condições gerais de funcionamento e habitabilidade dos estabelecimentos, particularmente no que concerne à segurança, à higiene, à salubridade, à assistência à saúde, à adequação dos regimes de execução da pena), diligenciando na hipótese de irregularidades ou negligências, como necessário;</p>
<p>GUIA DE RECOLHIMENTO</p>	<p>Lembrar que o processo de execução exige Guia de Recolhimento (cor verde) e documentos que o instruem (Normas de Serviços), além dos apensos (1) incidentes de execução, (2) pedido de benefícios e (3) situação processual, além de outros que eventualmente possam surgir (ex: pedido de providências).</p> <p>A Guia de Recolhimento, salvo na hipótese de réu preso por força da sentença penal condenatória pendente de recurso, exige a ocorrência do trânsito em julgado.</p> <p>O Promotor de Justiça deverá conferir a Guia de Recolhimento recentemente autuada com a sentença que a instrui e com os dados inseridos na folha de antecedentes acostada no apenso “situação processual”, verificando sua correção (sanção total, a qualidade da (s) pena (s) imposta (s), sua (s) quantidade, o (s) regime (s) inicial (ais) e, sobretudo, a correção das contas – liquidação da pena lançada no bojo do citado apenso situação processual), desde logo apontado (se o caso é pertinente) eventual equívoco e sempre se lembrando dos artigos 106 e 173 da LEP.</p> <p>O preenchimento da guia de recolhimento da pena de multa deve seguir o quanto orientado pelas “Normas de Serviço”, de modo que, no caso da multa, o inadimplemento autoriza a expedição de certidão (com cópias, inclusive da intimação via edital quando não encontrado o executado para intimação pessoal) e a remessa à Procuradoria-Geral do Estado, para execução.</p>

4.3. Situação Processual

4.3.1. As Contas

Apenso “situação processual”

Com a autuação da Guia de Recolhimento (única ou em apenso a outras), a serventia judiciária realizará os cálculos, cuidando de estabelecer as “contas da liquidação de penas”, aludindo ao início do cumprimento da pena (conhecido como ICP) e a previsão do término de cumprimento da pena (conhecido como TCP) privativa de liberdade.

Os dados, que devem ser incluídos na folha de antecedentes em nome do executado (sempre verificar a coincidência), serão juntados ao apenso “situação processual”, de modo que, na sequência, se abrirá vista dos autos ao Ministério Público para o necessário e pertinente (concordância ou, se o caso, impugnação, conforme a hipótese).(DOC.02 – MODELO)

A conferência deve considerar as penas impostas, o início do cumprimento, eventual interrupção (fuga/liberdade), possível revogação do livramento condicional, anterior concessão de comutações ou indultos, remições e eventual provimento do recurso ministerial majorando a sanção.

Tratando-se de mais de uma execução criminal, observe que a folha de antecedentes menciona o início do cumprimento e o término de cumprimento de cada uma das penas impostas (ex: execução nº 01: ICP: 20. 03.2010 – TCP: 20.03.2012; execução criminal nº 02: ICP: 21.03.2012 – TCP 21.03.2016; execução criminal nº 03: ICP 22.03.2016 – TCP 25.05.2021. As contas e as referências serão sequenciais e considerarão o cumprimento da pena anterior o início do cumprimento da ulterior).

Por isso, com o mote de conferir as contas, o Promotor de Justiça deve verificar as informações inseridas na folha de antecedentes e cotejá-las com os cálculos, cuidando, se o caso, da impugnação.

O mesmo procedimento deverá ser observado quando se cuidar de pena alternativa (artigo 43, CP), uma vez que o membro do *Parquet* precisará verificar se as contas coincidem com a pena fixada na sentença condenatória, impugnando, se conveniente, os cálculos efetivados.

Se as contas atinentes à pena alternativa não comportarem correção, deverá o Promotor de Justiça (1) concordar com os cálculos, (2) requerer pronta homologação e, quando o caso, (3) postular a indicação de entidade para o cumprimento da prestação de serviços e para (4) o pagamento da prestação pecuniária, na forma da lei.

Se, eventualmente, a sentença penal mencionar suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, tratar de requerer a urgente expedição de ofício para a autoridade de trânsito da localidade, cobrando o recolhimento da carteira e a fiscalização da medida pelo tempo mencionado no comando penal condenatório.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III: ESPECIFICIDADES – SITUAÇÃO PROCESSUAL – 1. AS CONTAS

LEITURA DE CÁLCULOS	Com a <u>atuuação</u> da(s) Guia(s) de Recolhimento, a serventia judiciária realizará os <u>cálculos</u> (estabelecendo as “contas da liquidação de penas”), aludindo ao <u>início</u> e a previsão do <u>término de cumprimento da pena</u> privativa de liberdade.
INSERÇÃO DOS CÁLCULOS (F.A.) E VISTA AO PROMOTOR	Os dados (que devem ser incluídos na folha de antecedentes em nome do executado), serão juntados ao “apenso situação processual”, e, na sequência, se abrirá vista dos autos ao Ministério Público para o necessário e pertinente (<u>concordância</u> ou, se o caso, <u>impugnação</u>).
CONFERÊNCIA	O Promotor de Justiça deverá: a. Conferir considerando as penas impostas, o início do cumprimento, eventual interrupção (fuga/liberdade), possível revogação do livramento condicional, anterior concessão de comutações ou indultos, remiões e eventual provimento do recurso ministerial majorando a sanção. b. Tratando-se de mais de uma execução criminal, observar que a folha de antecedentes menciona o início e o término de cumprimento de cada uma das penas impostas. c. Com o mote de conferir as contas, verificar as informações inseridas na folha de antecedentes e cotejá-las com os cálculos, cuidando, se o caso, da <u>impugnação</u> .
CASO DE PENA ALTERNATIVA	O Promotor de Justiça deverá: a. Observar o mesmo procedimento quando se cuidar de pena alternativa (artigo 43, CP), uma vez que é preciso verificar se as contas coincidem com a pena fixada na sentença condenatória, impugnando, se conveniente, os cálculos efetivados. b. Se as contas atinentes à alternativa não comportarem correção: (1)concordar com os cálculos, (2)requerer pronta homologação e, quando o caso, (3)requerer a indicação de entidade para o cumprimento da prestação de serviços e para o (4)pagamento da prestação pecuniária, na forma da lei.
SE A SENTENÇA PENAL MENCIONAR SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR	O Promotor de Justiça deverá requerer a urgente expedição de ofício para a autoridade de trânsito da localidade, cobrando o recolhimento da carteira e a fiscalização da medida pelo tempo mencionado no comando penal condenatório.

4.3.2. A impugnação às Contas

A impugnação **não** deve ser genérica, mas, isto **sim** específica, apontando claramente no que consiste o equívoco e a discordância, requerendo o retorno dos autos à contadoria para esclarecimento ou retificação. (Anexo doc. 02 – modelo)

Aliás, ante a ausência de disposição legal, tem-se que a impugnação pode ser arguida nos próprios autos da “situação processual”, podendo ser ofertada por meio de simples cota (despacho) nos autos **ou** por meio de peça autônoma.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III: (ESPECIFICIDADES – SITUAÇÃO PROCESSUAL)

– 3.1.2. A IMPUGNAÇÃO ÀS CONTAS

IMPUGNAÇÃO ÀS CONTAS	a. A impugnação deve ser específica, apontando claramente no que consiste o equívoco e a discordância, requerendo a torna dos autos à contadoria para esclarecimento ou retificação. b. Aliás, ante a ausência de disposição legal, tem-se que a impugnação pode ser arguida nos próprios autos da “situação processual”, podendo ser ofertada por meio de simples cota (despacho) aos autos ou por meio de peça autônoma.
-------------------------	--

4.3.3. A reconversão da Restritiva em Privativa

a) Restritiva que sobrevém a Privativa em Curso

Se a regular execução da pena restritiva de direitos não oferece grandes dúvidas, posto que pautada na condenação e no quanto determina a Lei Penal (artigo 44, do Código Penal), convém concluir que problemas surgem quando condenação a pena restritiva **sobrevém** ao curso da execução da pena privativa de liberdade, emprestando ensejo a algumas ponderações e a certos caminhos.

Alguns Juízes de Direito, na hipótese aventada, equivocadamente determinam que se aguarde o cumprimento **parcial** (fechado/semiaberto) da pena privativa de liberdade para, **somente depois**, se descontar a pena restritiva de direitos (ou em liberdade plena/total **ou** no aberto).

O entendimento, todavia, padece de lamentável engano.

O cumprimento da **privativa** de liberdade *obstaculiza* o desconto da **restritiva** de direitos, tornando-a inclusive sem propósito (pois, se a pena restritiva de direitos constitui uma alternativa à pena de prisão, não é compatível a sua execução

quando o sentenciado encontra-se preso), observação que autoriza a incidência, embora a contrário senso, do noticiado no artigo 44, § 5º, do CP.

Como corolário, a pena **alternativa** que *sobrevier* à **privativa** em curso deve ser alvo de pedido ministerial de **reconversão** (para alguns, mera conversão, porquanto, consoante o sistema pátrio, a pena, na origem, é privativa, transmutando-se para restritiva numa etapa ulterior), seguido de requerimento de novos cálculos, salientando-se que a pena decorrente da condenação pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 **não** admite reconversão, porquanto o respectivo preceito secundário não comina pena privativa de liberdade, motivo pelo qual, na hipótese, deve-se aguardar o momento oportuno (aberto ou extinção da pena) para o cumprimento da pena restritiva. (**Anexo- Doc.03 – modelo**).

E se, num determinado caso concreto, o executado, com direito e pedido satisfeitos para o regime aberto, experimentar nova condenação e execução criminal tendo como objeto justamente a pena restritiva de direitos?

Ora, se o condenado se encontra na iminência de experimentar o regime aberto (contando com pedido formalizado e direito assegurado e na iminência de julgamento), força convir que não há óbice a se aguardar (razoabilidade) determinando (em curto) espaço de tempo para o cumprimento.

Há, inclusive, casos em que desde muito o sentenciado faz jus ao aberto (ou mesmo ao livramento condicional), conclusão que deve influenciar a convicção ministerial (no caso com base num juízo de expectativa de direito, para o qual o lapso mais o bom comportamento devem ser considerados, ao mesmo tempo em que o exame criminológico, se cabível, deverá funcionar contrariamente).

Com a reconversão da alternativa em privativa, o **regime prisional** deve experimentar alteração?

Sim, se o *quantum* acrescido majorar o total da sanção, de modo a deslocá-la dos parâmetros estabelecidos no Código Penal pátrio (artigo 33, § 2º, CP).

Exemplo: com a nova condenação (pena reconvertida), o total da sanção ultrapassou oito anos de reclusão, permitindo a fixação do regime prisional adequado.

Alguns Promotores de Justiça, dentre os quais me incluo, laboram com o **saldo** da pena a cumprir, sobretudo se a novel condenação se referir a crime **anterior** ao **início** do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Exemplo: iniciado o cumprimento da pena privativa no ano de 2008, o executado restou condenado por crime cometido no ano de 2007 a pena restritiva de direitos, de modo que, com o acréscimo decorrente da reconversão, o saldo autoriza a manutenção do regime prisional atual (semiaberto, por ilustração).

E se, ao contrário do quanto apontado, no *curso* da **restritiva de direitos** surgir (outra) **condenação** (agora) à pena **privativa de liberdade**?

Aplica-se o quanto consignado no artigo 44, § 5º, do Código Penal, de modo que a reconversão *apenas* não ocorrerá se for possível o cumprimento simultâneo de ambas as penas (como, por ilustração, no caso de o sentenciado cumprir a restritiva e experimentar, numa outra condenação, suspensão condicional da execução da pena, hipótese em que não se verifica incompatibilidade).

b) Restritiva descumprida pelo Executado

Se o executado, **sem razão plausível**, descumprir a pena restritiva imposta, deve-se lançar mão dos termos do artigo 44, § 4º, do Código Penal, requerendo-se a **reconversão** e a observância do **regime inicial** constante da sentença penal condenatória (ou, no caso de omissão na sentença quanto ao regime, pugnar-se pela imediata fixação, atentando-se, sobretudo, para o quantum da pena inicialmente imposta).

A lei, como se viu, menciona a expressão **descumprimento injustificado** (em cuja compreensão se inclui, também, o cumprimento descompromissado, os vários abandonos ou mesmo o excessivo atraso na satisfação das horas), permitindo se conclua que a questão se situa no campo do *bom senso* e da *prova*, impondo que o executado (ainda que informalmente) seja *ouvido* e conte com a oportunidade para *provar* sua alegação.

E a intimação, visando à oferta de justificativa, deve ser pessoal ou, no caso de se encontrar o sentenciado em *local ignorado*, via edital, sob pena de nulidade (observando-se que se, intimado via edital, não justificar, também haverá razão para a necessária reconversão, na forma do artigo 44, § 4º, do Código Penal).

Não provada a justificativa ou cuidando-se de ocorrência sem relevância processual (ou seja, incapaz de obstar a prestação), emergirá, como se viu, o pedido de reconversão, cujos termos podem seguir o adiante anotado (**Doc. 04- modelo**)

Alguns colegas, ao requererem a reconversão da prestação de serviços, cientes de que o executado cumprirá a pena no regime aberto, sugerem ao Juízo a inclusão, no rol das respectivas condições, da obrigação de prestar serviços (tornando a reconversão mais rigorosa ao preso e facilitando, com novo descumprimento, eventual regressão prisional ao semiaberto). Ora, a medida, embora despida de qualquer ilegalidade, não vem sendo acolhida pela maioria dos Juízes, embora se trate de providência salutar e capaz de emprestar credibilidade à Justiça Penal.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, todavia, preocupado com a ocorrência, editou a súmula nº 493, vedando a imposição da referida condição especial:

“É inadmissível a fixação de pena substitutiva (artigo 44 do CP) como condição especial ao regime aberto”.

É comum que o sentenciado, experimentando vício em drogas, amargue internação em local adequado à desintoxicação e ao tratamento pertinente ao longo

da prestação, hipótese em que o Promotor de Justiça, sensível à ocorrência, deve acompanhar a internação com atenção, pugnando pela retomada do cumprimento da pena assim que se mostrar possível.

Com o decreto de reconversão, ordinariamente surge o que se convencionou denominar “Pedido de Reconsideração”, pelo qual se roga ao Juízo que, depois da manifestação ministerial, seja ofertada nova oportunidade para o cumprimento da pena tal qual inicialmente imposta. Na hipótese, desde que não se verifique intuito protelatório e tampouco insistência no descumprimento, deve o Promotor de Justiça concordar, tratando, a partir da reconsideração, de acompanhar o caso, de modo e forma a evitar prejuízos à sociedade ordeira.

Claro que o mencionado se refere a todos os casos de penas alternativas (artigo 43, do CP), muito embora, na prática e no dia a dia dos fóruns, as mais comuns sejam a prestação de serviço à comunidade e a prestação pecuniária (cujo pagamento ordinariamente deve ser efetivado por meio de depósito judicial na forma das “Normas de Serviço”, com ulterior repasse ao beneficiário).

Não raro o executado, julgando inapropriado ou indesejável o cumprimento da prestação de serviços, requer a conversão da (referida) prestação em prestação pecuniária, rogando o estabelecimento de valor ou a fixação de cestas básicas para facilitar o cumprimento da pena. O pleito, contudo, deve ser desacolhido, uma vez que o Juiz de Direito da execução criminal não pode *alterar* o quanto estabelecido no bojo da *sentença penal condenatória*, desiderato que, como se sabe, apenas pode ser alcançado por meio de apelo ao Tribunal.

Comumente ocorre, também, pedido de parcelamento da prestação pecuniária ao argumento de dificuldades financeiras. Se o número de parcelas não prejudicar os fins da execução (o que ocorrerá sempre que se pretender o parcelamento em exageradas vezes) inexistirá óbice a impedir o requerido, devendo ser acolhido até para facilitar o cumprimento (raciocínio que também poderá ser aplicado à pena de multa).

Saldada a prestação pecuniária, poder-se-á manejar pedido de *extinção*, salvo se, concomitantemente, o executado estiver descontando prestação de serviços à comunidade, caso em que o decreto (e mesmo o pedido) de extinção apenas poderá ocorrer quando o sentenciado cumprir as duas obrigações (se adimpliu a prestação, deve-se aguardar o cumprimento da prestação de serviços).

Por fim, questão que merece especial atenção do Promotor de Justiça alude à interrupção da prescrição da pretensão *executória* estatal, uma vez que o artigo 117 do Código Penal determina que se interrompe a prescrição, dentre outros, pelo “início ou continuação do cumprimento da pena” (inciso v), deixando claro que devem as autoridades públicas diligenciar com o propósito de celeremente alcançar o início (ou continuação) do cumprimento da pena ou providenciar o necessário (reconversão, no caso da alternativa), sob pena de pronta e efetiva prescrição.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III: (ESPECIFICIDADES – SITUAÇÃO PROCESSUAL)

- 3. A RECONVERSÃO DA RESTRITA EM PRIVATIVA

<p>CASO EM QUE A CONDENAÇÃO À PENA RESTRITIVA DE DIREITOS SOBREVÊM AO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</p>	<p>O cumprimento da <u>privativa</u> <i>obstaculiza</i> o desconto da <u>restritiva</u>, tornando-a inclusive sem propósito (uma vez que, visa a constituir numa alternativa à prisão, remanesce sem alcance quando o executado se encontra encarcerado), observação que autoriza a incidência, embora a contrário senso, do noticiado no artigo 44, § 5º, do CP.</p> <p>Como corolário, a pena <u>alternativa</u> que <i>sobrevier</i> a <u>privativa</u> em curso deve ser alvo de pedido ministerial de <u>reconversão</u>, seguido de requerimento de novos cálculos, salientando-se que a pena decorrente da condenação pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 <u>não</u> admite reconversão, porquanto o respectivo preceito secundário não labora com pena privativa de liberdade, motivo pelo qual, na hipótese, deve-se aguardar o momento oportuno (aberto ou extinção da pena) para o cumprimento da pena restritiva.</p>
<p>CASO EM QUE O EXECUTADO, COM DIREITO E PEDIDO SATISFEITOS PARA O REGIME ABERTO, EXPERIMENTAR NOVA CONDENAÇÃO E EXECUÇÃO CRIMINAL TENDO COMO OBJETO JUSTAMENTE A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS</p>	<p>Se o condenado se encontra na iminência de experimentar o regime aberto (contando com pedido formalizado e direito assegurado e na iminência de julgamento), não haverá óbice a se aguardar (razoabilidade) determinando (e curto) espaço de tempo para o cumprimento.</p> <p>Nos casos em que desde muito o sentenciado faz jus ao aberto (ou mesmo ao livramento condicional), num juízo de expectativa de direito, devem ser considerados o lapso mais o bom comportamento, ao mesmo tempo em que o exame criminológico, se cabível, deverá funcionar contrariamente.</p>
<p>COM A RECONVERSÃO DA ALTERNATIVA EM PRIVATIVA, O REGIME PRISIONAL DEVE EXPERIMENTAR ALTERAÇÃO?</p>	<p>Deve-se laborar com o <u>saldo</u> da pena a cumprir, sobretudo se a novel condenação se referir a crime anterior ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade.</p>
<p>SE, AO CONTRÁRIO DO QUANTO APONTADO, NO CURSO DA RESTRITIVA DE DIREITOS SURGIR (OUTRA) CONDENAÇÃO (AGORA) À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE?</p>	<p>Deverá ser aplicado o quanto consignado no artigo 44, § 5º, do Código Penal, de modo que a reconversão <i>apenas</i> não ocorrerá se for possível o cumprimento simultâneo de ambas as penas.</p>

<p style="text-align: center;">RESTRITIVA DESCUMPRIDA PELO EXECUTADO</p>	<p>Deverá ser aplicado o quanto consignado no artigo 44, § 4º, do Código Penal, requerendo-se a reconversão e a observância do regime inicial constante da sentença penal condenatória (ou, no caso de omissão na sentença quanto ao regime, pugnar-se pela imediata fixação, atentando-se sobretudo para o <u>quantum</u> da pena inicialmente imposta).</p> <p>A lei, como se viu, menciona a expressão descumprimento injustificado (em cuja compreensão se inclui, também, o cumprimento descompromissado, os vários abandonos ou mesmo o excessivo atraso na satisfação das horas), permitindo se concluir que a questão se situa no campo do <i>bom senso</i> e da <i>prova</i>, impondo que o executado (ainda que informalmente) seja <i>ouvido</i> e conte com a oportunidade para <i>provar</i> sua alegação.</p> <p>E a intimação, visando à oferta de justificativa, deve ser <u>pessoal</u> ou, no caso de se encontrar o sentenciado em <i>local ignorado</i>, via <u>edital</u>, sob pena de nulidade (observando-se que, se intimado via edital, não justificar, também haverá razão para a necessária reconversão, na forma do artigo 44, § 4º, do Código Penal).</p> <p>Improvida a justificativa <u>ou</u> cuidando-se de ocorrência sem relevância processual (ou seja, incapaz de obstar a prestação), emergirá o pedido de reconversão, cujos termos podem seguir o adiante anotado:</p> <p>Alguns colegas, ao requererem a reconversão da prestação de serviços, cientes de que o executado cumprira a pena no regime aberto, sugerem ao Juízo a inclusão, <u>no rol das respectivas condições</u>, da obrigação de prestar serviços (tornando a reconversão mais prejudicial ao preso e facilitando, com novo descumprimento, eventual regressão prisional ao semiaberto). Ora, a medida, embora despida de qualquer ilegalidade, não vem sendo acolhida pela maioria dos Juízes, embora se trate de providência salutar e capaz de emprestar credibilidade à Justiça Penal.</p>
<p style="text-align: center;">CASO EM QUE O SENTENCIADO ENCONTRA-SE INTERNADO PARA TRATAMENTO – DEPENDÊNCIA DROGAS/ÁLCOOL</p>	<p>É comum que o sentenciado, experimentando vício em drogas, amargue internação em local adequado à desintoxicação e ao tratamento pertinente ao longo da prestação, hipótese em que o Promotor de Justiça, sensível à ocorrência, deve acompanhar a internação com atenção, pugnando pela retomada do cumprimento da pena assim que se mostrar possível.</p>

<p style="text-align: center;">PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PELO SENTENCIADO</p>	<p>Com o decreto de reconversão, ordinariamente surge o que se convencionou denominar “Pedido de Reconsideração”, pelo qual se roga ao Juízo que, ao depois da manifestação ministerial, oferte nova oportunidade para o cumprimento da pena tal qual <u>inicialmente</u> imposta. Na hipótese, desde que não se verifique intuito protelatório e tampouco insistência no descumprimento, deve o Promotor de Justiça concordar, tratando, a partir da reconsideração, de acompanhar o caso, de modo e forma a evitar prejuízos à sociedade ordeira.</p> <p>Claro que o mencionado se refere a todos os casos de penas alternativas (artigo 43, do CP), muito embora, na prática e no dia a dia dos fóruns, as mais comuns sejam a prestação de serviço à comunidade e a prestação pecuniária (cujo pagamento ordinariamente deve ser efetivado por meio de depósito judicial na forma das “Normas de Serviços”, com ulterior repasse ao beneficiário).</p>
<p style="text-align: center;">REQUERIMENTO PELO EXECUTADO DA CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA</p>	<p>No caso em que o executado (julgando inapropriado ou indesejável o cumprimento da prestação de serviços) requer a conversão da prestação de serviços em prestação pecuniária (rogando o estabelecimento de valor ou a fixação de cestas básicas para facilitar o cumprimento da pena), o pleito deverá ser desacolhido, uma vez que o Juiz de Direito da execução criminal não pode <i>alterar</i> o quanto estabelecido no bojo da <i>sentença penal condenatória</i>.</p>
<p style="text-align: center;">PEDIDO DE PARCELAMENTO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA AO ARGUMENTO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS</p>	<p>Se o número de parcelas não prejudicar os fins da execução (o que ocorrerá sempre que se pretender o parcelamento em exageradas vezes) inexistirá óbice a impedir o requerido, devendo ser acolhida até para facilitar o cumprimento (raciocínio que também poderá ser aplicado à pena de multa).</p>
<p style="text-align: center;">EXTINÇÃO</p>	<p>Saldada a prestação pecuniária, poder-se-á manejar pedido de <i>extinção</i>, <u>salvo se, concomitantemente</u>, o executado estiver descontando prestação de serviços à comunidade, caso em que o decreto (e mesmo o pedido) de extinção apenas poderá ocorrer quando o sentenciado cumprir as <u>duas</u> obrigações.</p>
<p style="text-align: center;">INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL</p>	<p>O artigo 117 do Código Penal anota que se interrompe a prescrição, dentre outros, pelo “início ou continuação do cumprimento da pena” (inciso v), deixando claro que devem as autoridades públicas diligenciar com o propósito de celeremente alcançarem o início (ou continuação) do cumprimento da pena ou providenciarem o necessário (reconversão, no caso da alternativa), sob pena de pronta e efetiva prescrição.</p>

4.4. A pena de Multa

A pena de multa também deve ser alvo de reflexões.

O executado deve ser regularmente intimado e o recolhimento deve se processar consoante as “Normas de Serviço”, como alhures mencionado, cumprindo lembrar que o parcelamento pode ser admitido se o número de parcelas não prejudicar os fins da execução.

A par disso, ressalve-se que os Decretos Presidenciais de Indulto (editados anualmente) vêm disciplinando o “indulto da pena de multa”, motivo pelo qual, não raro, a questão poderá ser alvo de apreciação no apenso processual “roteiro de penas”, ocasião em que o Promotor de Justiça deverá observar o quanto dispõe o Decreto Presidencial pertinente ao ano de análise, opinando favoravelmente, ou não, ao perdão completo da pecuniária (muito embora, ante o noticiado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, muitos anotem a impossibilidade de se aplicar os decretos, mesmo no atinente à pena de multa, para os autores de crimes hediondos e/ou equiparados).

Observem, acerca do anotado, o quanto segue:

Peça indulto da pena de multa. (Doc. 05 – Modelo)

Não bastando, tem-se que alguns colegas lançam mão, também, dos termos de Lei Estadual que labora com a hipótese de “cancelamento da pena de multa” baseado no número de UFESP e na data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Lei Estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008), nos moldes do quanto se oferta adiante.

Peça Cancelamento da Multa. (Doc. 06 – Modelo)

Claro que não se pode negar força ao argumento dando conta de que a lei estadual não pode se sobrepor aos termos da lei federal, tanto que vários colegas não acolhem os termos da lei mencionada e insistem na execução da pena de multa mesmo na hipótese referida, buscando a satisfação total do débito imposto.

A questão, contudo, deve ser alvo de exame da Procuradoria-Geral de Justiça, uma vez que, sem embargo da remessa de cópias (sentença, citação e certidão acusando a inadimplência) para a Procuradoria-Geral do Estado, sabe-se que, com fulcro no diploma legal citado, não se providencia a pertinente execução, laborando-se com o cancelamento.

A prescrição da pena de multa igualmente faz jus a anotações, uma vez que, vencidos os debates decorrentes das modificações introduzidas pela Lei nº 9.268/1996, parece claro que, embora dívida de valor, já que sujeita à execução consoante rito próprio, o prazo prescricional continua sendo o ditado pelo Código Penal, com total e efetiva incidência dos termos do artigo 114 do Diploma Penal.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III: (ESPECIFICIDADES – SITUAÇÃO PROCESSUAL)

– 3.1. 4. A PENA DE MULTA

<p>PENA DE MULTA – INTIMAÇÃO, RECOLHIMENTO, PARCELAMENTO E PRESCRIÇÃO</p>	<p>O executado deve ser regularmente intimado e o recolhimento deve se processar consoante as “Normas de Serviços”, como alhures mencionado, cumprindo lembrar que o parcelamento pode ser admitido se o número de parcelas não prejudicar os fins da execução.</p> <p>A prescrição, pese o advento da Lei nº 9.268/1996, regula-se pelo artigo 114 do Código Penal.</p>
<p>PENA DE MULTA – INDULTO</p>	<p>Os Decretos Presidenciais de Indulto (editados anualmente) vêm disciplinando o “indulto da pena de multa”, motivo pelo qual, não raro, a questão poderá ser alvo de apreciação no apenso processual “roteiro de penas”, ocasião em que o Promotor de Justiça deverá observar o quanto dispõe o Decreto Presidencial pertinente ao ano de análise, opinando favoravelmente, ou não, ao perdão completo da pecuniária.</p>
<p>PENA DE MULTA – CANCELAMENTO</p>	<p>Alguns colegas lançam, também, mão dos termos de Lei Estadual que labora com a hipótese de “cancelamento da pena de multa” baseado no número de UFESP e na data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Lei Estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2.008)</p>

4.5. A suspensão/ Revogação do Livramento Condicional

O livramento condicional pode ser concedido no bojo da sentença penal condenatória (Juiz de Direito do conhecimento) e ao longo do cumprimento da pena (Juiz de Direito das Execuções Criminais), cabendo lembrar que, na primeira hipótese, quando o executado não comparecer à audiência de advertência, surgirá a possibilidade de se tornar sem efeito o benefício, expedindo-se mandado de prisão.

Concedido o livramento condicional, o executado iniciará a satisfação das condições impostas no período de prova, de modo que o membro do *Parquet* deverá observar o quanto reza o estipulado no “termo de compromisso”.

Se o liberado, com a obtenção da liberdade, mudar-se de residência, os autos deverão ser remetidos para a comarca respectiva, mostrando-se, *nos casos de saldo*

(*restante da pena*) *elevado e liberado com histórico de crimes graves*, aconselhável oficiar-se o Promotor de Justiça de origem para, se julgar conveniente, acompanhar com atenção o benefício concedido (o que, às claras, também deverá ocorrer quando o benefício concedido for o atinente ao regime aberto).

A verificação do cumprimento das condições impostas tanto pode se dar no apenso “situação processual” como no apenso “pedido de livramento condicional”, sendo recomendável, *na última hipótese*, para o controle mais adequado de todo o processo de execução, que se requeira a juntada de eventual decisão suspensiva ou revogatória no apenso “situação processual” (o que, infelizmente, nem sempre ocorre nas comarcas do interior).

A revogação do livramento ocorre nas hipóteses dos artigos 86 e 87 do Código Penal, sendo certo que o Juiz de Direito poderá manter o livramento e agravar suas condições na hipótese de *revogação facultativa* (consoante artigo 140 e parágrafo único, da Lei de Execução Penal).

De mais a mais, a mera possibilidade de revogação exige *prévia* oitiva do liberado (audiência de justificação) e, sendo o caso de decretar-se, ponderação acerca do quanto estipulam os artigos 88, segunda parte, do Código Penal e 141 e 142 da Lei de Execuções Penais (infração penal anterior, ou não, ao livramento).

Cometido pelo liberado outra infração penal, o Juiz de Direito poderá ordenar a sua *prisão* e *suspender* o curso do livramento condicional, cuja revogação definitiva dependerá, como se sabe, do *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória atinente ao novo delito.

Por isso, com a suspensão do livramento condicional e com a prisão do executado, deverá o *Parquet* diligenciar com o desiderato de se providenciar a juntada de *certidão criminal* do processo em curso, de sorte a observar a existência de sentença penal definitiva.

E, ainda que *ausente* decisão suspensiva, não se pode olvidar que, com o novo crime cometido ao longo do livramento, ocorre a denominada “prorrogação automática” do período de prova, conclusão que decorre do quanto apontado no do artigo 89 do Código Penal, dando conta de que “*o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento*”.

O mesmo (revogação automática) **não** ocorre, contudo, com o descumprimento das condições, pelo que, se nada a respeito for diligenciado no período de prova, nada mais poderão as autoridades públicas providenciar, a não ser o requerimento e o decreto de extinção da pena.

E se, desconhecendo o curso de ação penal decorrente de crime cometido ao longo do benefício, o Juiz de Direito decretar a extinção do livramento condicional?

Em que pesem opiniões em contrário, tenho que a sentença pode ser dada como *sem efeito*, porquanto, com o crime, adveio causa que provoca a **prorrogação automática** do período de prova, impedindo, nos termos da lei, o decreto de extinção.

E revogado livramento condicional, a benesse **não** poderá ser novamente ofertada, **salvo em outra pena que não a alvo da anterior concessão**, hipótese em que se admite nova outorga, sob pena de se prejudicar o executado (ou seja, revogado o livramento, o executado cumpre a totalidade da pena então em curso, podendo ser beneficiado com novo livramento no atinente à pena diversa daquela em que houve desrespeito).

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III: (SITUAÇÃO PROCESSUAL)

- 3.1.5. A SUSPENSÃO/REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

<p>LIVRAMENTO CONDICIONAL</p>	<p>O livramento condicional pode ser concedido no bojo da <u>sentença penal condenatória</u> e ao longo do <u>cumprimento da pena</u>, lembrando que, na primeira hipótese, quando o executado não comparecer à audiência de advertência, surgirá a possibilidade de se tornar sem efeito o benefício, expedindo-se mandado de prisão.</p> <p>Concedido o livramento condicional, o executado iniciará a satisfação das condições impostas no período de prova, de modo que o Promotor de Justiça deverá observar o quanto reza o estipulado no “termo de compromisso”.</p>
<p>E SE O LIBERADO, COM A OBTENÇÃO DA LIBERDADE, MUDAR DE RESIDÊNCIA?</p>	<p>Os autos deverão ser remetidos para a comarca respectiva, mostrando-se, <i>nos casos de saldo (restante da pena) elevado e liberado com histórico de crimes graves</i>, aconselhável <u>oficiar-se</u> o Promotor de Justiça de origem para, se julgar conveniente, acompanhar com atenção o benefício concedido (o que também deveria ocorrer quando o benefício concedido for o atinente ao regime aberto).</p>
<p>VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS</p>	<p>Tanto pode se dar no apenso “situação processual” como no apenso “pedido de livramento condicional”, sendo recomendável, <i>na última hipótese</i>, para o controle mais adequado de todo o processo de execução, que se requiera a juntada de eventual decisão <u>suspensiva</u> ou <u>revocatória</u> no apenso situação processual.</p>

<p>REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL</p>	<p>Ocorre nas hipóteses dos artigos 86 e 87 do Código Penal, sendo certo que o Juiz de Direito poderá <u>manter</u> o livramento e <u>agravar</u> suas condições na hipótese de <i>revogação facultativa</i> (consoante artigo 140 e § único, da Lei de Execução Penal).</p> <p>De mais a mais, a mera possibilidade de revogação exige <i>prévia</i> oitiva do liberado (audiência de justificação) e, sendo o caso de se decretar, ponderação acerca do quanto estipulam os artigos 88, segunda parte, do Código Penal e 141 e 142 da Lei de Execuções Penais (infração penal anterior, ou não, ao livramento).</p>
<p>SUSPENSÃO E REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL</p>	<p>Cometido pelo liberado outra infração penal, o Juiz de Direito poderá ordenar a sua <i>prisão</i> e <i>suspender</i> o curso do livramento condicional, cuja revogação <u>definitiva</u> dependerá do <i>trânsito em julgado</i> da sentença penal condenatória atinente ao novo delito.</p> <p>Por isso, com a suspensão do livramento condicional e com a prisão do executado, deverá o <i>Parquet</i> diligenciar como o desiderato de se providenciar a juntada de <i>certidão criminal</i> do processo em curso, de sorte a observar a existência de sentença penal definitiva.</p> <p>E, ainda que <i>ausente</i> decisão suspensiva, não se pode olvidar que, com o novo crime cometido ao longo do livramento, ocorre a denominada “<u>prorrogação automática</u>” do período de prova, conclusão que decorre do quanto apontado no do artigo 89 do Código Penal, dando conta de que “<i>o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento</i>”.</p> <p>O mesmo (revogação automática) não ocorre, contudo, com o descumprimento das condições, pelo que, se nada a respeito for diligenciado no período de prova, nada mais poderão as autoridades públicas providenciar, a não ser o requerimento e o decreto de extinção da pena.</p>
<p>E SE O JUIZ DE DIREITO, <u>DESCONHECENDO O CURSO DE AÇÃO PENAL DECORRENTE DE CRIME COMETIDO AO LONGO DO BENEFÍCIO</u>, DECRETAR A EXTINÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL?</p>	<p>A sentença pode ser dada como <i>sem efeito</i>, porquanto com o crime adveio a <u>prorrogação automática</u> do período de prova, impedindo, nos termos e moldes da lei, o decreto de extinção.</p>
<p>REVOGADO O LIVRAMENTO CONDICIONAL?</p>	<p>Revogado o livramento condicional, a benesse <u>não</u> poderá ser novamente ofertada, <u>salvo em outra pena que não a alvo da anterior concessão</u>, caso em que se admite nova outorga, sob pena de se prejudicar o executado.</p>

4.6. A revogação do “SURSIS”

A suspensão condicional da execução da pena, mercê do crescimento da incidência das penas alternativas, vem se constituindo num instituto com pouco *ma-nejo prático* atualmente, contando com pertinência nas hipóteses do artigo 77 do Código Penal e exigindo, dentre outros requisitos, pena privativa de liberdade não superior a dois anos (além da exceção constante do artigo 77, § 2º, CP), de modo que, satisfeitas as condições impostas (não há se falar em “sursis” sem condições) e observado o prazo fixado (dois a quatro anos), dar-se-á a pena por extinta, na forma da lei.

Se o executado, embora regularmente intimado, não comparecer à audiência admonitória, o Juiz de Direito decretará a suspensão *sem efeito* (artigo 161, LEP) e a pena deverá ser imediatamente executada, expedindo-se o necessário e pertinente mandado de prisão, valendo lembrar a distinção entre “sursis” ineficaz e revo-gado (Renato Marcão, Curso de Execução Penal, Editora Saraiva, 2008, p. 228).

De fato, o *ineficaz* (ou sem efeito) ocorre, como se viu, da ausência do executado à audiência admonitória, ao passo que o *revogado* decorre do descumprimento das condições impostas, valendo lembrar que a diferenciação assume ares de relevância quando se discute o termo inicial da contagem do prazo prescricional. (Doc. 07 – modelo)

Ora, cuidando-se de “sursis” ineficaz, o termo inicial da contagem da prescrição será o do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (acusação), ao passo que o “sursis” revogado terá como data inicial a atinente ao despacho revogatório (dessa observação advindo sérias consequências).

É possível que, na hipótese de “sursis” sem efeito, o executado requeira nova oportunidade de cumprimento, mormente quando, por qualquer razão, o seu endereço não for o constante dos autos, caso em que poderá o Promotor de Justiça concordar com o solicitado, para tanto (exame de pertinência e oportunidade) sempre utilizando de bom senso.

O mesmo, aliás, pode ocorrer quando o beneficiado descumprir as condições do “sursis”, hipótese em que, em atenção à justificativa ofertada (já que a anterior oitiva se mostra imprescindível), poderá o *Parquet* concordar com a manutenção da benesse, exceto na hipótese de crime doloso (artigo 81, inciso I, CP, que elenca causa obrigatória de revogação). A nova infração penal ao longo do “sursis” acarreta a prorrogação automática do período de prova, consoante o rigor do consignado no artigo 81, § 2º, do Código Penal, lembrando que, embora dispensável, nada obsta que o *Parquet* efetive **requerimento voltado ao reconhecimento da aludida prorrogação**, na forma que segue: (Doc. 08 – modelo)

As condições previstas no artigo 78, § 1º, do Código Penal, somente podem ser alvo de cobrança no primeiro ano do prazo (nos exatos e precisos termos da lei).

Consequentemente, não nos parece correto cobrar o **cumprimento** ou mesmo a **revogação** depois do tempo referido, remanescendo, apenas, a possibilidade de se exigir o respeito às demais condições impostas, sob pena de ilicitude.

Não se deve admitir o cumprimento **simultâneo** de “sursis” em razão da incompatibilidade da submissão do executado a dois benefícios, pelo que, na eventual (e rara) hipótese, a solução mais adequada é a aplicação do artigo 111 da Lei de Execução Penal, somando-se as penas e fixando-se, se o caso, novo regime prisional.

Ressalve-se, no mais, o apontamento constante do artigo 44, caput, da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), vedando o “sursis” para alguns casos, salientando-se, por fim, que a extinção da punibilidade pressupõe a anterior juntada aos autos de folha de antecedentes em nome do executado, de modo a se verificar mérito. (Doc. 09 – Modelo)

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III (SITUAÇÃO PROCESSUAL):

3.1.6. A REVOGAÇÃO DO “SURSIS”.

<p>SUSPENSÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA</p>	<p>A suspensão condicional da execução da pena, mercê do crescimento da incidência das penas alternativas, vem se constituindo num instituto com pouco <i>manejo prático</i> atualmente, contando com pertinência nas hipóteses do artigo 77 do Código Penal e exigindo, dentre outros requisitos, pena privativa de liberdade não superior a dois anos (além da exceção constante do artigo 77, § 2, CP), de modo que, satisfeitas as condições impostas (não há se falar em “sursis” sem condições) e observado o prazo fixado (dois a quatro anos), dar-se-á a pena por extinta, na forma da lei.</p>
<p>SE O EXECUTADO, DEBALDE REGULARMENTE INTIMADO, NÃO COMPARECER À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA?</p>	<p>O Juiz de Direito decretará a suspensão <i>sem efeito</i> (artigo 161, LEP) e a pena deverá ser imediatamente executada, expedindo-se o necessário e pertinente mandado de prisão, valendo lembrar a distinção entre <u>sursis ineficaz e revogado</u> – vide abaixo.</p>

<p style="text-align: center;">SURIS INEFICAZ E REVOGADO</p>	<p>O <i>ineficaz</i> (ou sem efeito) ocorre da ausência do executado à audiência admonitória, ao passo que o <i>revogado</i> decorre do descumprimento das condições impostas, valendo lembrar que a diferenciação assume ares de relevância quando se discute o <u>termo inicial</u> da contagem do <u>prazo prescricional</u>.</p> <p>Cuidando-se de <u>sursis ineficaz</u> o termo inicial da contagem da prescrição será o do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (acusação), ao passo que o <u>sursis revogado</u> terá como data inicial a atinente ao despacho revocatório (dessa observação advindo sérias consequências).</p> <p>É possível que, na hipótese de “sursis” sem efeito, o executado requeira nova oportunidade de cumprimento, mormente quando, por qualquer razão, o seu endereço não for o constante dos autos, caso em que o <i>Parquet</i> pode concordar com o solicitado, para tanto (exame de pertinência e oportunidade), sempre utilizando de bom senso.</p>
<p style="text-align: center;">DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DO “SURIS”</p>	<p>O citado acima, aliás, pode ocorrer quando o beneficiado descumprir as condições do “sursis”, hipótese em que, em atenção à justificativa ofertada (já que a anterior oitiva se mostra imprescindível), pode o <i>Parquet</i> concordar com a manutenção da benesse, exceto na hipótese de crime doloso (artigo 81, inciso I, CP, que elenca causa obrigatória de revogação).</p>
<p style="text-align: center;">NOVA INFRAÇÃO PENAL AO LONGO DO “SURIS”</p>	<p>Acarreta a <u>prorrogação automática</u> do período de prova, consoante o rigor do consignado no artigo 81, § 2, do Código Penal, lembrando que, embora dispensável, nada obsta que se efetive requerimento voltado ao reconhecimento da aludida prorrogação.</p>
<p style="text-align: center;">TEMPO CERTO</p>	<p>As condições previstas no artigo 78, § 1, do Código Penal, somente podem ser alvo de cobrança no primeiro ano do prazo, nos exatos e precisos termos da lei.</p>

4.7. A Extinção da Pena pelo cumprimento e pelo evento Morte

O cumprimento da pena tanto pode ser acompanhado no apenso “roteiro de penas” quanto no apenso próprio (semiaberto, aberto, livramento, etc.), devendo o membro do *Parquet* verificar, com a máxima atenção, se houve mesmo a satisfação total da sanção fixada ao executado.

As várias penas, quando o caso, deverão ser objeto de verificação (ano a ano) na folha de antecedentes atualizada em nome do executado, optando-se pela extinção quando a conferência evidenciar o cumprimento, competindo ao Ministé-

rio Público observar, além do tempo atinente a eventual fuga, anteriores benefícios revogados (“sursis”, livramento, indulto condicional) e penas alternativas reconvertidas, de sorte a eliminar toda e qualquer possibilidade de prejuízo à sociedade. (Doc. 10 – Modelo)

Se, porventura, existir dúvida quanto a qualquer dado veiculado na folha de antecedentes, rogar urgentes esclarecimentos, manejando-se com a possibilidade de se juntar aos autos a denominada “FMC” (ficha de movimentação carcerária, cujas notícias podem solucionar a questão), informes de autoria da Secretaria de Administração Penitenciária, notícias do Juízo do Conhecimento e da própria Polícia Judiciária (ou mesmo do IIRGD).

A morte do executado, como se sabe, extingue a punibilidade do executado (artigo 107, inciso I, CP), razão pela qual o respectivo reconhecimento se condiciona a anexação aos autos da necessária certidão de óbito (mostrando-se desaconselhável o decreto com fulcro em documento diverso).

Mais. Os dados inseridos na certidão de óbito deverão ser cotejados com os constantes da guia de recolhimento (e demais documentos), de forma a se evitar enganos ou fraudes capazes de livrar da pena quem não a honrou. (Doc. 11 – Modelo)

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO III (SITUAÇÃO PROCESSUAL):

3.1.7. A EXTINÇÃO DA PENA PELO CUMPRIMENTO E PELO EVENTO MORTE.

<p>EXTINÇÃO PELO CUMPRIMENTO</p>	<p>O cumprimento da pena tanto pode ser acompanhado no apenso “roteiro de penas” como no apenso próprio (semiaberto, aberto, livramento, etc.), devendo o membro do <i>Parquet</i> verificar, com a máxima atenção, se houve <u>mesmo</u> a satisfação total da sanção fixada ao executado.</p> <p>As várias penas, quando o caso, deverão ser alvo de verificação (ano a ano) na folha de antecedentes atualizada em nome do executado, optando-se pela extinção quando a conferência evidenciar o cumprimento, competindo ao Ministério Público observar, além do tempo atinente a eventual fuga, anteriores benefícios revogados (“sursis”, livramento, indulto condicional) e penas alternativas reconvertidas, de sorte a eliminar toda e qualquer possibilidade de prejuízo à sociedade.</p> <p>Se, porventura, existir dúvida quanto a qualquer dado veiculado na folha de antecedentes, rogar urgentes esclarecimentos, manejando-se com a possibilidade de se juntar aos autos a denominada “FMC” (ficha de movimentação carcerária, cujas notícias podem solucionar a questão), informes de autoria da Secretaria de Administração Penitenciária, notícias do Juízo do Conhecimento e da própria Polícia Judiciária (ou mesmo do IIRGD).</p>
---	--

EXTINÇÃO POR ÓBITO

A morte do executado, como se sabe, extingue a punibilidade do executado (artigo 107, inciso I, CP), razão pela qual o respectivo reconhecimento se condiciona a anexação aos autos da necessária certidão de óbito (mostrando-se desaconselhável o decreto com fulcro em documento diverso).

Mais. Os dados inseridos na certidão de óbito deverão ser cotejados com os constantes da guia de recolhimento (e demais documentos), de forma a se evitar enganos ou fraudes capazes de livrar da pena quem não a honrou.

4.8. Semiaberto/livramento condicional.

O semiaberto pode se constituir no regime desde logo fixado no bojo da sentença penal condenatória (artigo 33, § 2º, “b”, CP) ou no regime seguinte ao fechado (artigo 33, §2º, CP, c.c. com o 112, LEP), lembrando que, no Estado de São Paulo, não existe “lista de espera” para os executados condenados **inicialmente** no regime semiaberto.

Os condenados que progridem ao semiaberto aguardam o curso de uma “lista de espera” não apenas no Estado de São Paulo como, outrossim, ao longo de (quase) todo o Brasil, motivo pelo qual o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em atenção aos termos do RE nº 641 320, provavelmente editará uma súmula vinculante a respeito.

De fato, no dia 27 de maio de 2013, ao longo de audiência pública, a questão remanesceu debatida por várias entidades, sendo certo que o **Ministério Público bandeirante**, na ocasião representado pelo colega **Miguel Tassinari** e pelo **ora subscritor**, anotou que “ao permitir que um indivíduo cumpra a pena privativa de liberdade em regime menos gravoso, o Estado baixa o nível de proteção à segurança pública aquém do desejado”, tanto que se observa “um completo descompasso entre o que pensa o povo brasileiro com o que se prega em algumas instâncias decisórias”, olvidando-se a necessidade de “se cumprir fielmente os termos da condenação” (Notícias do STF, 27/05/2013).

Como consequência, tem-se que, brevemente, a questão será sumulada e os termos da decisão aplicada ao longo de todo o País, salientando-se a torcida para que, mostrando-se inevitável, o regramento imponha condições ou limites, evitando-se a liberdade ampla.

A promoção prisional deve **ser dividida entre os crimes dados como comuns e os crimes dados como hediondos**. Para os primeiros (comuns), o lapso exigido não ultrapassa o cumprimento de **um sexto** da pena (primários ou reincidentes), ao passo que os segundos (hediondos) exigem **dois quintos para os primários e três quintos para os reincidentes**, além do mérito.

Se porventura o executado amargar o cumprimento de penas decorrentes de crimes comuns e hediondos, os cálculos considerarão as proporções necessárias à satisfação dos respectivos lapsos (por exemplo, um sexto atinente ao crime comum mais dois quintos, se primário, referentes ao hediondo), convindo lembrar que a primariedade ou reincidência (importante para o estabelecimento da proporção necessária ao delito hediondo e/ou equiparados) somente poderá ser atestada pelo exame minucioso da sentença penal condenatória, não se podendo confiar apenas no boletim informativo.

A promoção prisional, em razão do advento da Lei 10.763 de 12 de novembro de 2003, responsável pela inclusão de um novo regramento § 4º ao Código Penal (art. 33), exige, também, nas condenações por crimes contra a Administração Pública, a reparação do dano causado ou a devolução do produto do ilícito praticado, com acréscimos legais.

O livramento condicional, da mesma forma, possui *lapsos diversos*, consoante se trate de crimes comuns e hediondos (e equiparados), tanto que os primeiros (comuns) contentam-se com **um terço** para os **primários** e **mais da metade** para os **reincidentes**, ao passo que os segundos (hediondos/equiparados) exigem **dois terços** do cumprimento da sanção (de forma que, na hipótese de concurso de crimes, manejar-se-á, por exemplo, com um terço – se primário – para o comum mais dois terços para o hediondo).

O **reincidente específico**, na forma do artigo 83, inciso V, do Código Penal, não faz jus ao livramento condicional, embora conte com a possibilidade de obter a promoção prisional ao semiaberto ou aberto.

Cumprido o tempo necessário, **com a ressalva dando conta de que a falta grave interrompe o lapso para a promoção prisional e para o livramento condicional** (como visto anteriormente), mostra-se necessária a verificação da presença (ou não) do mérito do condenado, consignando-se que a Lei nº 10.792/2003 (que retirou a obrigatoriedade do exame criminológico) não impede a submissão do executado à perícia (fundada no artigo 196, § 2, LEP), reservada, a nosso ver, para os **crimes graves** e para os apenados que contem com **histórico marginal**, evitando-se *vulgarizar* o exame.

Súmula nº 439, Superior Tribunal de Justiça.

“Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Ora, pesem opiniões em contrário, não mais se pode admitir a promoção prisional ou o livramento condicional sem que se tenha (ao menos) séria e calcada presunção de que o executado tenha experimentado melhora íntima, nutra início de ressocialização e vislumbre um futuro fundado na licitude e na vida social plena, com respeito à lei e às pessoas.

Se, como se sabe, não se pode realizar o referido exame com **todos** os que pretendem a obtenção de benefícios prisionais, muito menos se pode, em prejuízo da sociedade ordeira, se permitir que autores de crimes **graves**, com histórico de **faltas graves**, donos de **antecedentes carcerários** conturbados e com **vida dedicada ao ilícito** ganhem situação processual privilegiada sem qualquer outra cautela efetiva, com base em **mero** cumprimento de certo tempo da pena privativa e com fulcro em **singelo** atestado de bom comportamento prisional.

HABEAS CORPUS Nº 0091201-25.2013.8.26.0000. D. Julgador de primeiro grau: Dr. Alessandro Viana Vieira de Paula. Comarca: Itapetininga – SP/Impetrante: Carolina Romani Brancalion, Defensora Pública. Paciente: Adilson Manzur (Execução 775.939). Voto no 24.249. HABEAS CORPUS EXECUÇÃO CRIMINAL – PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME – CRIMINOLÓGICO SÚMULA VINCULANTE 26 E SÚMULA 439 DO STJ – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA – ORDEM DENEGADA. Vistos. Trata-se de ordem de HABEAS CORPUS impetrada por Carolina Romani Brancalion, Defensora Pública, em favor de Adilson Manzur (Execução 775.939). Pugna, em suma, com pedido de liminar, pela cassação da r. decisão de primeiro grau de jurisdição, que, para fins de instrução de incidente relativo a pleito de progressão para o regime semiaberto, determinou a realização de exame criminológico (fls. 2/5). Sustenta, a propósito, que a r. decisão que determinou a realização do exame criminológico não está, devidamente, motivada. Pelo que se verifica da inicial, o paciente cumpre um total de 14 (catorze) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, decorrente de condenações pela prática do crime de homicídio qualificado, posse de entorpecente para uso próprio e posse ilegal de arma de fogo, com término de cumprimento previsto para 20/6/2020 (fls. 8/12). Não há informações sobre a interposição de agravo em execução contra a r. decisão de primeiro grau de jurisdição (fls. 18/19). É, em síntese, o relatório. Os autos encontram-se devidamente instruídos, razão pela qual, para sua apreciação, desnecessária a requisição de informações. Por outro lado, não se vislumbra prejuízo decorrente da ausência de prévia manifestação ministerial. A presente impetração não procede. Não se demonstrou e não se vislumbra, no caso em tela, ilegalidade ou teratologia, de modo a ensejar a caracterização de qualquer das espécies de constrangimento ilegal previstas no art. 648, do Cód. de Proc. Penal. Dentro dos estreitos limites do HABEAS CORPUS, a verificação possível circunscreve-se à legalidade da r. decisão de primeiro grau de jurisdição, que era passível de recurso. Não há informações sobre a interposição de agravo em execução e os estreitos limites desta via jurisdicional, em regra, são incompatíveis com sua utilização como substitutiva do recurso apropriado. Caracterizado está, assim, em princípio, uso abusivo desta via jurisdicional. De qualquer forma, a r. decisão atacada, em tese, está devidamente motivada, com a consideração da necessidade de se obter elementos suficientes para a verificação do mérito do sentenciado, considerada a gravidade de um dos crimes pelo qual cumpre pena e do

histórico carcerário desfavorável (fls. 15/16). Quanto à realização do exame criminológico, não é demais anotar que o procedimento a ser observado no processamento do pedido de benefício de progressão, considerada a inovação legislativa operada pela Lei 10.792/03, sua realização não é mais indispensável, como regra geral, à instrução de incidentes da execução concernentes a pedidos de benefício, em particular, de progressão de regime prisional. Entretanto, embora a realização do exame criminológico, a teor do art. 96, da LEP, não seja indispensável para instruir incidente da execução criminal, ainda constitui importante instrumento da execução penal, principalmente em caso como o presente, em razão da gravidade de um dos crimes pelos quais o paciente cumpre pena. De qualquer forma, não se pode desconsiderar os enunciados da Súmula Vinculante nº 26 do Excelso Supremo Tribunal Federal e da Súmula nº 439 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em princípio, observadas pela r. decisão de primeiro grau de jurisdição. Não se vislumbra, assim, ilegalidade a ser corrigida por meio do presente writ. Face ao exposto, meu voto denega a presente impetração. NUEVO CAMPOS – Relator (GRIFOS NOSSOS).

Há mais a se considerar, valendo, a respeito, observar:

Processo – HC 267804 / SP – HABEAS CORPUS – 2013/0096768-4 Relator(a) Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVO-CADA DO TJ/PE) (8215) – Órgão Julgador – T6 – SEXTA TURMA – Data do Julgamento – 04/06/2013 – Data da Publicação/Fonte – DJe 12/06/2013. Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRÉVIA REALIZAÇÃO RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. SÚMULA Nº 439/STJ. SÚMULA VINCULANTE Nº 26/STF. 1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário constitucionalmente previsto. 2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. 3. A despeito de ter a Lei nº 10.792/2003 dado nova redação ao art. 112 da Lei nº 7.210/1984, retirando a obrigatoriedade do exame criminológico para a concessão de benefícios da execução penal, esta Corte Superior e o colendo Supremo Tribunal Federal sumularam o entendimento de ser possível a determinação judicial da prévia realização do aludido exame, desde que idoneamente fundamentada. 4. *In casu*, a Corte de origem, com acerto, reconheceu imprescindível a medida pela conclusão de que o ora paciente “apresenta comportamento prisional censurável, pois, consta a fls. 52, que em saída temporária (Natal e Final de Ano/2003), abandonou o cumprimento da reprimenda, sendo recapturado em 14.4.2009”. 5. Writ não conhecido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribu-

nal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. 267.804/SP – Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013)

Por isso, perfeitamente admissível o exame criminológico, desde que as peculiaridades do caso o exijam, competindo ao Promotor de Justiça que o pretende **justificar** seu pedido e ao Juiz de Direito que o acolhe **fundamentar** sua decisão, sob pena de irregularidade/ilegalidade, ressaltando-se que o livramento condicional conta com adendo interessante inscrito no artigo 83, parágrafo único, do Código Penal, cujo conteúdo incentiva o exame de personalidade (criminológico).

Os eminentes Promotores de Justiça de Execuções Criminais da comarca da Capital têm lançado mão, **somente para os casos mais graves**, do teste de RORSCHACH (cujos estudos resultaram num teste projetivo, calcado na hipótese do preso, ao ser testado com pranchas contendo algumas manchas, organiza informações ambíguas e culmina por revelar sua própria personalidade).

Existem, inclusive, julgados admitindo a pertinência do referido teste, dentre os quais se destaca o que segue, dono de EXPRESSAS menções acerca do teste.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL nº 0207082-84.2012.8.26.0000 – AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – AGRAVADO: GENIVAL JOSE DA SILVA JUNIOR – COMARCA: ARAÇATUBA – VOTO Nº 4777 – Agravo em Execução. Progressão ao regime intermediário. Deferida. Sentenciado condenado, dentre outros crimes, por latrocínio tentado e roubo majorado. Pena longa, decorrente da prática de novos crimes quando inserido em regime mais brando. Requisito de ordem subjetiva não preenchido. Realização de exame criminológico. Possibilidade. Necessidade de permanência no regime fechado para ser mais bem observado. Decisão cassada, com a determinação do retorno do sentenciado ao regime fechado e que o próximo pedido seja necessariamente instruído com exame criminológico presidido por equipe multidisciplinar e que seja aplicado o **método Rorschach**. Agravo provido. – Trata-se de agravo em execução interposto pelo REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Araçatuba que promoveu Genival José da Silva Junior ao regime semiaberto. Pretende que a decisão seja cassada, determinando-se o retorno do reeducando ao regime fechado. O recurso foi contraminutado e a r. decisão foi mantida. A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do agravo. É o breve relatório. O agravado cumpre pena de vinte (20), três (3) meses e três (03) dias de reclusão pela prática de latrocínio tentado e roubo majorado, estelionato, porte ilegal de arma de fogo com término de cumprimento de pena previsto para 24/08/2021 (fls. 62). Pleiteou progressão de regime e o Ministério Público requereu a realização de exa-

me criminológico. Submetido ao referido exame, a MM^a Juíza “a quo”, entendeu estar preenchido o requisito de ordem subjetiva e deferiu pedido de progressão ao regime intermediário (fls.20/21). Contra essa decisão é que se insurge o Representante do *Parquet*, pretendendo que a decisão seja cassada, determinando-se o retorno do reeducando ao regime fechado. O inconformismo comporta acolhimento. No caso em exame, apesar do agravante preencher o requisito objetivo e contar com atestado de bom comportamento carcerário, verifica-se que o sentenciado foi condenado por latrocínio tentado e roubo – crimes cometidos com emprego de violência ou grave ameaça – e que, por isso, recomendam maior cautela na concessão de qualquer benefício. É verdade que a gravidade do crime e a longa pena a cumprir não se constituem, isoladamente, em óbice à progressão prisional. Contudo, não é menos verdade que essas circunstâncias, inegavelmente, demonstram a necessidade de maior rigor na verificação dos requisitos objetivo e subjetivo. Isso porque é preciso ter certeza que o sentenciado está absorvendo a terapêutica penal antes de ser inserido em regime de menor vigilância, que possibilitará a prática de novos delitos, colocando em risco a sociedade. Diante disso, o magistrado “a quo” determinou a realização de exame criminológico, para melhor aferir o mérito do agravante. No que pertine à possibilidade da realização do referido exame, apesar da Lei 10.792/2003 ter dado nova redação ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais, afastando a obrigatoriedade da realização de exame criminológico para a concessão do benefício de progressão de regime, o mesmo deve ser realizado sempre que o magistrado julgar cabível em face das circunstâncias particulares do caso. Sendo especialmente necessário em se tratando de crime cometido com violência ou grave ameaça, ou ainda quando o agente demonstrar uma elevada periculosidade na execução do crime, conforme o entendimento firmado por esta Colenda Quinta Câmara de Direito Criminal. E, no caso em exame, como o agravante demonstrou personalidade voltada para o crime, acertada a determinação do juízo “a quo” em submeter o agravante a exame criminológico. E, conquanto a conclusão da perícia aparentemente tenha sido favorável à concessão do pleito defensivo, nota-se que, da leitura do relatório social, realmente não há que se falar em preenchimento do requisito de ordem subjetiva: *“Quanto aos delitos pelos quais está cumprindo pena, assume-os parcialmente. No entanto, apresenta justificativas superficiais, elabora breve reflexão sobre os sofrimentos promovidos por ele às vítimas”* (fls. 86). À vista de tais considerações, possível concluir que o sentenciado não refletiu sobre os comportamentos socialmente inadequados que o levaram ao cárcere. Ademais, o magistrado tampouco está adstrito às conclusões exaradas nos laudos periciais, que consistem em meio de prova, cuja valoração cabe, sempre, ao juiz da execução de forma livre. Sendo assim, o juízo poderá até desconsiderá-las, desde que o faça de maneira fundamentada. Em outras palavras, o exame criminológico e de personalidade, como qualquer perícia são meios de prova, e sobre ele o juiz irá realizar um juízo de valor. Some-se a isso o fato de que, apesar do Boletim Informativo não apontar as faltas disciplinares cometidas

pelo sentenciado durante a expiação da pena, da análise da Folha de Antecedentes juntadas às fls. 31/38, nota-se que o cativo cometeu novos delitos sempre que beneficiado com a progressão de regime prisional ou livramento condicional, a denotar que não está emocionalmente preparado para resistir às oportunidades que surgirão para tornar a delinquir quando inserido num regime menos rigoroso. Temerária, portanto, sua progressão ao regime semiaberto, ante a ausência de demonstração de assimilação de terapêutica e introjeção de valores, ou seja, aptidão para vivenciar o regime menos vigiado. Assim, com o devido respeito ao entendimento do MM. juízo “*a quo*”, a r. decisão não pode prevalecer, vez que não há dos autos prova cabal que demonstre que o recorrido se revela apto para o abrandamento do regime prisional, de modo a usufruir plenamente deste processo reeducacional. Sendo provável que volte a delinquir, mostrando-se necessário que seja mantido em regime fechado onde poderá ser melhor vigiado, sendo precipitado promovê-lo ao regime intermediário. Vale lembrar que em sede de execução vige o princípio “*in dubio pro societate*”, e que não raras vezes somos surpreendidos com notícia de delitos bárbaros praticados por condenados reinseridos precoce e indevidamente na sociedade por intermédio do regime semiaberto, quando do gozo de saídas temporárias – que pode vir a ser o caso do cativo que, repise-se, não deu mostras de que pode retornar ao convívio social sem colocar em risco a sociedade. **Por tais razões, deve o agravado retornar ao regime fechado, com a recomendação de que o próximo pedido seja necessariamente instruído com exame criminológico presidido por comissão multidisciplinar e aplicação do método de exame psicológico Rorschach.** Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao agravo para cassar a decisão recorrida e determinar que o sentenciado GENIVAL JOSÉ DA SILVA JUNIOR retorne ao regime fechado, com a recomendação de que o próximo pedido seja necessariamente instruído com exame criminológico presidido por equipe multidisciplinar e aplicação do método de exame psicológico Rorschach. Aguinaldo de FREITAS FILHO –Relator – (com grifos nossos).

E, ordenada a submissão do executado a exame criminológico, os quesitos ministeriais serão apresentados, pelo que, adiante, são ofertados alguns modelos (Doc. 12 – Modelo)

O colega RENATO MARCÃO, no seu livro intitulado Lei de Execução Penal (Juris, 2. ed., 2006, p. 38), apresenta, com algumas variações, outro modelo de quesitos, cujo exame merece ser efetivado pelo estudioso. (Doc. 12/a – Modelo)

Por derradeiro, tratando-se de promoção prisional ao aberto ou de preso que, alojado no semiaberto, pretende o livramento condicional, indispensável será cobrar notícias acerca de sua **atividade laboral**, já que o trabalho, no regime semiaberto, assume o cunho de **obrigatoriedade** (o fechado se ressentido de vagas), capaz de *influenciar* na aferição do requisito subjetivo, eis que não se pode compreender como alguém, que sequer se colocou à disposição da direção (ao menos indicando

o nome na lista de vagas), pode pretender, no futuro, tornar a vida social lícita se desde logo evidenciar propósito de manutenção da vida atual (nos termos do artigo 31 da Lei de Execuções Penais e, outrossim, artigo 83, inciso III, do Código Penal), recusando-se terminantemente a trabalhar.

A propósito confira-se parecer exigindo, para a promoção, a anterior submissão do executado a trabalho (**Doc. 13 – modelo**)

Claro que se ausente vagas para o trabalho, o apenado, não podendo ser prejudicado por algo que não provocou, deverá ser promovido independentemente do desempenho laboral, lembrando-se que tais informações deverão constar no boletim informativo (informações gerais).

Adiante, exemplos de peças processuais concordando com o livramento condicional e com a promoção ao aberto, seguidas de outras discordando do pretendido e mencionando, sob o colorido de preliminar, o criminológico. (**Doc. 14 – Modelos**).

4.9. Condenado Estrangeiro

A promoção prisional para o semiaberto e para o aberto e o livramento condicional exigem cuidados quando se cuidar de requerente **estrangeiro**.

Como se sabe, a condenação penal com trânsito em julgado proferida em desfavor de acusado **estrangeiro** deverá ser comunicada ao Ministério da Justiça, nos moldes do quanto adiante segue (extraído do “site” do Ministério da Justiça: portal.mj.gov.br), para conhecimento dos colegas:

“Expulsão”

Expulsão é a retirada compulsória de um estrangeiro do território nacional motivada pela prática de um crime que tenha cometido no Brasil ou por conduta incompatível com os interesses nacionais. Uma vez expulso, o estrangeiro está impedido de retornar ao nosso país, exceto se revogada a portaria que determinou a medida.

A expulsão, via de regra, ocorre quando um estrangeiro comete um crime no Brasil e é condenado por sentença transitada em julgado.

O processo administrativo para fins de expulsão está regularizado pela Lei nº 6.815, de 1980.

Diz o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80, com redação dada pela Lei nº 6.964/81, em seus artigos 65 e 71:

*“Art. 65 – É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.”
.....” omissis “.....”*

“Art. 71 – Nos casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação do uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.”

Trâmite do processo

O Juiz que condena o estrangeiro, a Polícia Federal ou o Ministério Público informam o Ministério que o estrangeiro cometeu um crime e é autuado o processo administrativo para fins de expulsão.

Por despacho do Diretor do Departamento de Estrangeiros, é determinada a instauração de inquérito administrativo para fins de expulsão.

O inquérito, visando à expulsão de estrangeiro está regulamentado pelo artigo 103 e parágrafos do Decreto nº 86.175/81, tratando-se de procedimento administrativo de colheita de informações que devem ser encaminhadas pela Polícia Federal com relatório conclusivo, ao Ministério da Justiça.

Após recebermos o referido inquérito, se este estiver devidamente instruído, é feita a análise de mérito objetivando verificar se o expulsando não se encontra amparado pela legislação brasileira tendo se tornado inexpulsável.

Sobre este assunto, convém ressaltar o que já é jurisprudência passiva perante o Supremo Tribunal Federal, bem como é o que preceitua o próprio Estatuto do Estrangeiro no seu artigo 75, inciso II, alínea “b” e o § 1º:

“Art. 75 – Não se procederá a expulsão: I – II – quando o estrangeiro tiver: a) cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado a mais de 5 anos; ou b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. § 1º – Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro superveniente ao fato que a motivar. “ (grifamos)

Caso se verifique que o estrangeiro é passível de expulsão, é encaminhado um parecer conclusivo ao Ministro da Justiça, a quem cabe decidir sobre a expulsão, por delegação do Presidente da República.

Convém ressaltar que a portaria expulsória é condicionada, via de regra, ao cumprimento total da pena ou à liberação do estrangeiro pelo Poder Judiciário. Para a expulsão ser efetivada, o estrangeiro tem que cumprir a pena ou ser beneficiado com o livramento condicional da pena e ser liberado pelo Juiz da Vara de Execuções Criminais.

Delegação de poder do Presidente da República para o Ministro da Justiça

Nos casos de expulsão, o Ministro assina uma Portaria Ministerial de Expulsão no uso da competência que lhe foi delegada pelo Presidente da República pelo artigo

1º do Decreto nº 3.447, de 05 de maio de 2000, publicado no D.O.U. do dia 8 do mesmo mês e ano.

Motivos mais frequentes de expulsão

São os crimes relacionados a tráfico de entorpecentes, falsificação e uso de documento público, furto e roubo.

Retorno ao Brasil de estrangeiro expulso

O estrangeiro não pode mais voltar ao Brasil depois de expulso. É o crime previsto no artigo 338 do Código Penal. Quando o estrangeiro assina o termo de expulsão, toma ciência da existência desse embasamento legal.

Pedidos de revogação

Os pedidos deverão ser endereçados ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e encaminhados ao Departamento de Estrangeiros. Deverão estar instruídos e embasados em fatos novos que não foram suscitados quando da tramitação do processo administrativo para fins de expulsão”.

Ao se inteirar de que os autos de execução criminal aludem a apenado estrangeiro, deverá o Promotor de Justiça observar se o ofício (Ministério da Justiça) remanesceu expedido, cuidando, no caso negativo, ou de requerer a pronta expedição ou de remeter, “ex officio”, o comunicado, anexando os documentos necessários à expulsão.

Não nos parece correta, mercê do noticiado no artigo 5º da Constituição Federal, a concessão de promoção prisional ou livramento condicional ao apenado estrangeiro que não conta com **residência** no País.

E que não se pode compreender, pese entendimento diverso da lavra do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como a benesse remanesceria cumprida se o executado se encontra em situação irregular e prestes a amargar o (antes mencionado) decreto de expulsão.

Se a **expulsão restou decretada** não se pode laborar com a possibilidade de benefícios, uma vez que a expulsão importa em **retirar** o preso do País, ao passo que a benesse (livramento ou semiaberto) exige a **satisfação** de requisitos especialmente previstos na lei e impostos pelo Juiz.

Acerca disso, para melhor se ilustrar a ocorrência, observe-se:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO AGUARDANDO CUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA. 4 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A orientação jurisprudencial deste STJ e do STF é de que a progressão de regime prisional é inacessível ao condenado estrangeiro que teve contra si decretada a expulsão. 2. A expulsão é

a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art. 65 da Lei nº 6.815/80). A progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela. 3. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada” (STJ; HC 134.330; Proc. 2009/0073673-2; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Julg. 01/09/2009; DJE 28/09/2009).

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO. REGIME SEMIABERTO. ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSÃO DO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de impossibilidade de se deferir a estrangeiro progressão para o regime semiaberto, se contra o mesmo já fora expedido decreto de expulsão do país. Habeas corpus denegado” (HC 18747/SP. Rel. Min. Vicente Leal. 6ª Turma. DJ 11/03/2002. p. 283).

“Habeas corpus. Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semiaberto. A progressão ao regime semiaberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade” (Habeas corpus conhecido, mas indeferido.” (RHC n. 68.135, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 13.9.1991, RTJ 139/527).

E, salvo melhor juízo, o entendimento não pode sofrer variação se o executado, de balde sem expulsão decretada, não reside no País ou se encontra em situação irregular, experimentando o curso de procedimento administrativo de expulsão, uma vez que não reúne condições de honrar, como espera o processo ressocializador, as condições inerentes ao semiaberto ou ao livramento.

“Execução penal. Tráfico internacional de entorpecentes. Progressão de Regime. Réu estrangeiro em situação irregular no País. Tramitação de procedimento administrativo para decretação de expulsão. Impossibilidade de cumprimento das regras do regime pleiteado. Não provimento do agravo” (TJSP – Agravo em Execução Penal: AGEPN 990080046489 SP – Relator: Almeida Toledo. Julgamento: 11/11/2008. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Publicação: 03/12/2008).

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. ESTADA IRREGULAR. REGIME ABERTO DE PRISÃO. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ART. 114. REQUISITO. O acusado estrangeiro aqui, no Brasil, não residindo, nem podendo permanecer por ter entrado ilegalmente no País, aqui, também, não podendo trabalhar, não tem direito ao regime aberto de prisão, em face do disposto no inciso I do art. 114 da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal)” (TRF da 1ª Região. HC nº 2004.01.00.047641-0, Terceira Turma, Relator Tourinho Neto, 09 de novembro de 2004).

“Livramento condicional para apenado estrangeiro – I – O paciente teve seu pedido de livramento condicional indeferido pelo Juízo da Execução, tendo em vista se tra-

tar de apenas estrangeiro, não residente no País, não estando seu requerimento instruído de forma a embasar o objetivo cumprimento das condições previstas nos §§1º e 2º do art. 132 da LEP, em consonância com a Lei 6.815/80. II – O Estatuto dos Estrangeiros veda ao alienígena com visto de turista ou temporário o exercício de atividades remuneradas, significando que, se trabalhar nestas condições, poderá ser expulso, por estar em situação irregular. Não especifica, porém, que deverá ele permanecer preso, quando a lei lhe assegura livramento condicional. No entanto, dito livramento se mostra incompatível com a permanência. Já a expulsão obedeceria. Não aproveita à administração a recuperação daquele que aqui não reside. Se se abre mão nesse espaço de tempo, no qual há uma liberdade vigiada, que tome o rumo estrangeiro de seu país de origem”. (TRF-2ª Reg. – HC 96.0224.336/8 – Rel. Chalu Barbosa)

4.10. Do Indulto/ Da Comutação

Como anteriormente mencionado, os institutos sob exame não podem ser tecnicamente considerados como benefícios prisionais, uma vez que se constituem em mera exteriorização da vontade presidencial, motivo pelo qual, sempre com o devido respeito dos entendimentos contrários, não podem ser alvo de requerimentos ou determinações de exames criminológicos.

O Promotor de Justiça, portanto, deve cotejar o caso concreto com o quanto disciplina o Decreto-Presidencial, somente manejando com a possibilidade de exame criminológico se o texto legal mencionar expressamente acerca de tal possibilidade, o que, como se sabe, desde muitos anos não vem ocorrendo.

Recomendável, nesse passo, o exame (**Doc. 15 – Modelo**)

O ilustrado e culto colega Luiz Carlos Gonçalves Filho, festejado Promotor de Justiça da comarca de Bauru, pugna entendimento diverso, sustentando que os pleitos (indulto/comutação) são (sim) benefícios prisionais e, como corolário, perfeitamente passíveis de exame criminológico e, na hipótese de falta grave (mesmo antes do prazo assinalado no próprio Decreto), donos de lapsos sujeito à interrupção.

A propósito, observe-se o quanto consignou, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o referido colega: (**Doc. 16 – Modelo**)

O indulto possui certos **questionamentos** que devem ser apreciados, como, por exemplo: o (1) argumento dando conta da inconstitucionalidade da benesse quando se cuidar de *medida de segurança* (que, como se sabe, não se confunde com pena, embora os julgadores, ao contrário dos constituintes, empreguem as expressões indistintamente); a possibilidade de sua declaração, nas hipóteses de crimes hediondos e equiparados, do denominado (2) indulto humanitário; nos mesmos crimes (hediondos e equiparados), quando cometidos em (3) concurso com delitos comuns (uma vez que o decreto de indulto ordinariamente permite

a concessão, desde que cumprido, no atinente ao crime que veda a benesse, certa proporção, comumente em torno de dois terços, além do necessário ao delito comum), a respeito da pertinência; por fim, quando cumprida a pena privativa de liberdade, (4) acerca da eventualidade de se laborar, no mesmo caso (hediondo/equiparado), com o indulto da pena de multa (*cumulativamente*) imposta.

As eminentes colegas FERNANDA NAREZI PIMENTEL ROSA e RUTH KATHERINE ANDERSON PINHEIRO atuaram, juntamente com outros colegas (Alexandre Acerbi, Juliano Augusto Dessimoni Vicente e Patrícia Takesaki Miyaji Nariçawa), na denominada FORÇA-TAREFA DO INDULTO TJSP/MPSP/SAP, levada a cabo entre os meses de março a julho de 2013, de forma que, mercê da experiência que obtiveram e da competência que demonstraram, criaram alguns entendimentos, os quais, dada sua pertinência e ponderação, culminam por ser citados:

1. A prática de crime em período não compreendido nos 12 meses que antecederam a publicação do decreto interrompe a contagem do prazo para indulto, porque no § 1º, do artigo 4º, do Decreto Presidencial 7.873/12 não é feita alusão à prática de novo crime, mas tão somente à falta grave.
2. No caso de fuga, a contagem do lapso exigido para o benefício tem início a partir da recaptura.
3. A prática de falta grave em período não compreendido nos 12 meses que antecederam a publicação do decreto não interrompe a contagem do lapso para fins de indulto.
4. No caso de várias condenações, as penas cominadas abstratamente para cada delito deverão ser somadas para os fins previstos no inciso XI, do artigo 1º do Decreto Presidencial 7.873/12.
5. A hediondez do delito deve ser aferida no momento da entrada em vigor do Decreto Presidencial (conforme já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – 5ª Turma – HC 100665/RJ – Relator – Ministro JORGE MUSSI – Data do Julgamento 16/06/2009 – data da Publicação/Fonte 22/06/2009).
6. Quando o sentenciado ostenta condenação por crime comum e hediondo, o lapso necessário para o indulto e a comutação do delito comum deve ser computado após o término do cumprimento da pena do crime hediondo, diante da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 7º do Decreto 7.873/12, que também contraria o disposto no artigo 76 do Código Penal.

....

Verificada a primariedade ou reincidência do executado e observado o bom comportamento e a ausência de ocorrências impeditivas, deve-se adequar, se o caso, o fato concreto ao Decreto Presidencial, reconhecendo-se a incidência do perdão total ou parcial, desde que presente a satisfação do lapso necessário e pertinente.

O apenso “pedido de indulto e comutação” deve contar com boletim informativo (anteriormente referido) e parecer do Conselho Penitenciário (dispensável se o prazo de oferta previsto no Decreto não for respeitado), lembrando-se, em adendo ao já mencionado, que falta grave pretérita (desde que anterior aos doze meses) não interrompe (ressalvado, como referido, duntas opiniões em contrário) o lapso, e que a fuga faz nascer nova contagem.

Indispensável, nos autos, se faz a juntada da denominada “Ficha de Movimentação Carcerária”, capaz de ofertar um quadro completo da vida carcerária do executado, não deixando dúvidas quanto às contas apresentadas.

O indulto e a comutação somente podem ser apreciados se presente o **trânsito em julgado da sentença penal condenatória** ou se **ausente recurso ministerial** (elevação da pena), consignando-se que a sentença concessiva, posto que meramente declaratória, pode ser revista a qualquer tempo se, por equívoco (ausência de trânsito ou provimento de recurso ministerial que exasperou a pena) ocorrer ulterior alteração do quantum imposto, tornando absolutamente inviável a manutenção da benesse concedida. (Doc. 17 – Modelo)

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO IV (PEDIDO DE BENEFÍCIO) E CAPÍTULO V (DO INDULTO / DA COMUTAÇÃO)

<p>PENDÊNCIAS</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Solicitação de: <ul style="list-style-type: none"> – expediente de praxe – certidão – vinda de guia de recolhimento faltante – sobrestamento (aguardando apuração de reconversão, apuração de falta, etc.) – informações sobre a avaliação laborterápica (exceto para comutação e indulto). – cálculo – esclarecimento quanto à possível divergência observada (contas/certidões/nome executado) – feitura de exame criminológico (exceto para comutação e indulto) – etc.
<p>PERDA DE OBJETO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • cumprida a pena • concedido o benefício • abandono ou fuga do executado

DEFERIMENTO	<ul style="list-style-type: none"> • Satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo (com exame criminológico favorável, se o caso)
INDEFERIMENTO	<ul style="list-style-type: none"> • Sem requisito objetivo: <ul style="list-style-type: none"> – Regime Semiaberto: <ul style="list-style-type: none"> Crime Comum (1/6) Crime hediondo (2/5 se primário, 3/5 se reincidente) – Regime Aberto: <ul style="list-style-type: none"> Crime Comum (1/6) Crime hediondo (2/5 se primário, 3/5 se reincidente) – Livramento Condicional: <ul style="list-style-type: none"> Crime Comum (1/3 se primário, 1/2 se reincidente) Crime hediondo (2/3) – Comutação: <ul style="list-style-type: none"> Crime Comum (1/4 se primário, 1/3 se reincidente) – Indulto: <ul style="list-style-type: none"> Crime Comum (1/3 se primário, 1/2 se reincidente) – Indulto/comutação – hediondo e equiparado incabível; possibilidade no concurso com comum • Sem requisito subjetivo para os regimes Semiaberto e Aberto: <ul style="list-style-type: none"> – Laudo criminológico desfavorável – Há prisão preventiva decretada em outro processo. – Desempenho irregular no trabalho – Mau comportamento carcerário – Várias faltas graves • Sem requisito subjetivo para o Livramento Condicional: <ul style="list-style-type: none"> – Laudo criminológico desfavorável – Há prisão preventiva decretada em outro processo – Desempenho irregular no trabalho – Mau comportamento carcerário – Faltas graves – Pena inferior a 2 (dois) anos – Reincidente específico em crime hediondo • Sem requisitos para a Comutação e Indulto: <ul style="list-style-type: none"> – Falta grave (doze meses antes e, conforme entendimento, ao depois do prazo mencionado no Decreto). – Não atendido o quanto, no mais, especificado no Decreto
COM PRELIMINAR	<ul style="list-style-type: none"> • Exemplo: <ul style="list-style-type: none"> – Pedido de Regime Semiaberto / Aberto / Livramento Condicional: <p>*Preliminarmente – pedido para que informe se o executado possui lapso; Preliminar de mérito – caso positivo, pedido de feitura de exame criminológico; no mérito – caso superada a preliminar, pelo indeferimento do benefício por falta de requisitos subjetivos</p>

4.11. Da Remição de Penas

O apenso “remição de penas” deve contar com atestado de **conduta carcerária e grade atinente ao trabalho desenvolvido** ou ao **estudo realizado**, competindo ao Promotor de Justiça ofertar o pertinente parecer mencionando **expressamente** os dias cuja remição se pretende, lembrando-se que os cálculos divergem: a remição atinente à atividade **laboral** exige a divisão dos dias trabalhados por três (um dia de pena a cada três trabalhados), ao passo que a remição referente ao **estudo** maneja com um dia de desconto a cada doze horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional), divididas, no mínimo, em três dias, nos moldes do artigo 126 e seguintes da Lei de Execução Criminal (alterada pela Lei 12. 433, de 29 de junho de 2011).

A lei permite que o preso experimente remição pelo trabalho e pelo estudo, conferindo ao Diretor da unidade prisional a responsabilidade pela compatibilidade de horários, de modo que não ocorra prejuízos.

Ademais, na forma da lei, o preso, eventualmente impossibilitado de estudar ou trabalhar em razão de acidente, continuará a se beneficiar com a remição, como se trabalhando ou estudando estivesse (a critério do Diretor).

A **falta grave** cometida ao depois do período trabalhado ou estudado, desde que judicialmente caracterizada, possui o condão de revogar *parte* do tempo remido, sendo certo que, pese a discricionariedade judicial (até um terço), o Ministério Público costuma postular, na hipótese, a perda do máximo, pugnando por um entendimento mais rigoroso e, como consequência, mais pedagógico.

Não é demais lembrar que, mercê de inovação legislativa, o encarcerado submetido à prisão cautelar faz jus à remição, desde que, de balde provisoriamente preso, se dedique ao trabalho ou ao estudo, na forma da lei.

Observem: (Doc. 18 – Modelos)

Por fim, de se observar que, havendo conclusão do curso (ensino fundamental, médio ou superior) durante o cumprimento da pena, o tempo a remir (estudo) será acrescido de um terço, consignando-se que a remição (estudo) poderá incidir em qualquer dos regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto) e mesmo no livramento condicional (aliás, a remição referente ao estudo levada a cabo fora do estabelecimento prisional se condiciona também à declaração de aproveitamento, nos termos da lei). Impossível, por fim, o raciocínio voltado à remição pela **leitura**, na medida em que se cuida de possibilidade **não** prevista na Lei de Execuções Criminais.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO VI (DA REMIÇÃO DE PENAS)

PEDIDO DE REMIÇÃO DE PENAS	O apenso “remição de penas” deve contar com atestado de conduta carcerária e grade atinente ao trabalho desenvolvido ou ao estudo realizado
PARECER DO PROMOTOR DE JUSTIÇA	No parecer ofertado pelo Promotor de Justiça deve ser mencionado expressamente os dias cuja remição se pretende, lembrando-se que para a remição: – atinente à atividade laboral exige a divisão dos dias trabalhados por três (um dia de pena a cada três trabalhados), – referente ao estudo maneja com um dia de desconto a cada doze horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional), divididas, no mínimo, em três dias, nos moldes do artigo 126 e seguintes da Lei de Execução Criminal (alterada pela Lei 12. 433, de 29 de junho de 2011).
REMIÇÃO POR TRABALHO E ESTUDO	A lei permite que o preso experimente remição pelo trabalho e pelo estudo, conferindo ao Diretor da unidade prisional a responsabilidade pela compatibilidade de horários, de modo que não ocorra prejuízos.
EXECUTADO IMPOSSIBILITADO DE ESTUDAR E TRABALHAR EM RAZÃO DE ACIDENTE	Na forma da lei, o preso, eventualmente impossibilitado de estudar ou trabalhar em razão de acidente, continuará a se beneficiar com a remição, como se trabalhando ou estudando estivesse (a critério do Diretor).
FALTA GRAVE CARACTERIZADA	A falta grave cometida ao depois do período trabalhado ou estudado, desde que judicialmente caracterizada, possui o condão de revogar o tempo remido, sendo certo que, pese a discricionariedade judicial (até 1/3), o Ministério Público costuma postular, na hipótese, a perda do máximo, pugnando por um entendimento mais rigoroso e, como consequência, mais pedagógico.

<p style="text-align: center;">ENCARCERADO SUBMETIDO À PRISÃO CAUTELAR</p>	<p>Não é demais lembrar que, mercê de inovação legislativa, o encarcerado submetido à prisão cautelar faz jus à remição, desde que, de balde provisoriamente preso, se dedique ao trabalho ou ao estudo, na forma da lei.</p>
<p style="text-align: center;">HAVENDO CONCLUSÃO DO CURSO (ENSINO FUNDAMENTAL, MÉDIO OU SUPERIOR)</p>	<p>Havendo conclusão do curso (ensino fundamental, médio ou superior) durante o cumprimento da pena, o tempo a remir (estudo) será acrescido de 1/3, consignando-se que a remição (estudo) poderá incidir em qualquer dos regimes prisionais (fechado, semiaberto e aberto) e mesmo no livramento condicional (aliás, a remição referente ao estudo levada a cabo fora do estabelecimento prisional se condiciona também à declaração de aproveitamento, na forma e termos da lei).</p>

4.12. Da falta disciplinar

Cometidas faltas disciplinares, assim compreendidas apenas as condutas inseridas nos artigos 50 a 52 da Lei de Execução Criminal, a autoridade administrativa, a par de providenciar o quanto lhe autoriza o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (Resolução SAP nº 144, de 29 de junho de 2010), cuidará de comunicar o Juízo da ocorrência, de forma que o *Parquet*, com a vista concedida, requererá a (1) remessa da sindicância e, conforme o caso, (2) a imediata sustação cautelar do regime.

A sustação cautelar, cabível em casos excepcionais, deverá ser rogada quando da prática de crime no semiaberto, na hipótese de abandono (saída temporária) da unidade prisional ou mesmo de fuga (propriamente dita), lembrando que a gravidade intrínseca da falta também pode autorizar a sustação, sobretudo quando o diretor da unidade prisional bem justifica a pretensão (como, por exemplo, quando a disciplina e segurança correm riscos de prejuízos).

Encontrando-se o apenado no aberto, as mesmas causas (exceto a fuga e abandono, posto que, na hipótese, a pena é cumprida ordinariamente na residência do executado) podem autorizar a sustação cautelar, sempre com o mote de se prestigiar a sociedade ordeira.

Com a sustação cautelar, o executado amarga prisão no regime mais rigoroso e aguarda o curso da apuração disciplinar, de modo que, ao depois, com a conclusão da apuração e com a decisão judicial caracterizando a falta como **grave**, experimentará a regressão definitiva.

Se a falta se consubstanciar num **novo** crime, se cuidará, imediatamente, ao depois da regressão (ou sustação) cautelar, de se ouvir o sentenciando (artigo 118, § 2, LEP) e, se o caso, de se decretar sua regressão prisional de regime.

As faltas médias e leves não possuem relevância para o Juízo, lembrando-se que, quando do exame do procedimento de apuração, o Promotor de Justiça poderá requerer (1) o reconhecimento judicial da falta, (2) a absolvição do preso por falta de provas, (3) a desclassificação para falta media ou leve, o (4) reconhecimento da absoluta perda de objeto da apuração (quando o encarcerado experimentou a absolvição do processo que o levou ao cárcere, com sua morte e com a satisfação da pena) e, por derradeiro, (5) o reconhecimento da prescrição da falta disciplinar. (Doc. 19 – Modelos)

Por fim, não se deve olvidar, nos moldes do quanto indicam as peças acima reproduzidas, que alguns colegas, dentre os quais o subscritor, apreciam detidamente a prova produzida no procedimento disciplinar, ao passo que outros se contentam em verificar se o procedimento formal e o sistema constitucional foram respeitados, registrando-se, a respeito, posto que oportuno, o teor da súmula vinculante nº 05 do Egrégio Supremo Tribunal Federal (a seguir).

Súmula Vinculante nº 05, Supremo Tribunal Federal.

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO VII (DA FALTA DISCIPLINAR)

COMETIDAS FALTAS DISCIPLINARES	Cometidas faltas disciplinares, assim compreendidas <u>apenas</u> as condutas inseridas nos artigos 50 a 52 da Lei de Execução Criminal, a autoridade administrativa, a par de providenciar o quanto lhe autoriza o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo (Resolução SAP nº 144, de 29 de junho de 2010), cuidará de comunicar o Juízo da ocorrência, de forma que o “parquet”, com a vista concedida, requererá a (1) remessa da sindicância e, conforme o caso, a imediata (2) sustação cautelar do regime.
---	---

<p style="text-align: center;">SUSTAÇÃO CAUTELAR</p>	<p>A sustação cautelar, cabível em casos excepcionais, deverá ser rogada quando da prática de crime no semiaberto, na hipótese de abandono (saída temporária) da unidade prisional ou mesmo de fuga (propriamente dita), lembrando que a gravidade intrínseca da falta também pode autorizar a sustação, sobretudo quando o diretor da unidade prisional bem justifica a pretensão (como, por exemplo, quando a disciplina e segurança correm riscos de prejuízos).</p> <p>Encontrando-se o apenado no aberto, as mesmas causas (exceto a fuga e abandono, posto que, na hipótese, a pena é cumprida ordinariamente na residência do executado) podem autorizar a sustação cautelar, sempre com o mote de se prestigiar a sociedade ordeira.</p> <p>Com a sustação cautelar, o executado amarga prisão no regime <u>mais rigoroso</u> e aguarda o curso da apuração disciplinar, de modo que, ao depois, com a conclusão da apuração e com a decisão judicial caracterizando a falta como grave, experimentará a regressão cautelar. Se a falta se consubstanciar num novo crime, se cuidará, imediatamente, ao depois da regressão (ou sustação) cautelar, de se ouvir o sentenciando (artigo 118, § 2, LEP) e, se o caso, de se decretar sua regressão prisional de regime.</p>
<p style="text-align: center;">PARECER DO PROMOTOR DE JUSTIÇA</p>	<p>As faltas médias e leves não possuem relevância para o Juízo, lembrando-se que, quando do exame do procedimento de apuração, o Promotor de Justiça poderá requerer (1) o reconhecimento judicial da falta, (2) a absolvição do preso por falta de provas, (3) a desclassificação para falta média ou leve, o (4) reconhecimento da absoluta perda de objeto da apuração (quando o encarcerado experimentou a absolvição do processo que o levou ao cárcere, com sua morte e com a satisfação da pena) e, por derradeiro, (5) o reconhecimento da prescrição da falta disciplinar.</p>

4.13. Consulta da Direção-Geral

No dia a dia dos fóruns, ante a necessidade, e de forma a se evitar equívocos, não raro o Diretor Geral formaliza algumas consultas que são **ou** encartadas no apenso “roteiro de penas” **ou** autuadas no apenso “consultas”, abrindo-se vista dos autos ao Ministério Público.

Normalmente, as dúvidas atinem, dentre outras possibilidades, à manutenção do regime atual (nova condenação), à prisão preventiva em outro feito criminal e à conveniência da transferência de presos, ocasiões em que o Promotor de Justiça deverá se manifestar criteriosamente, lembrando, na primeira hipótese, ao quan-

to alhures referido, salientando, na segunda, que a prisão preventiva mostra-se incompatível com o semiaberto e com o livramento condicional e, por fim, no terceiro caso, ressaltando que a transferência, embora sob discricionariedade administrativa, deve se calcar na razoabilidade.

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO VIII (CONSULTA DA DIREÇÃO-GERAL)

CONSULTA	<p>No dia a dia dos fóruns, ante a necessidade e de forma a se evitar equívocos, não raro o Diretor-Geral formaliza algumas consultas que são ou encartadas no apenso “roteiro de penas” ou atuadas no apenso “consultas”, abrindo-se vista dos autos ao Ministério Público.</p> <p>Normalmente, as dúvidas atinem, dentre outras possibilidades, à manutenção do regime atual (nova condenação), à prisão preventiva em outro feito criminal e à conveniência da transferência de presos, ocasiões em que o Promotor de Justiça deverá se manifestar criteriosamente, lembrando, na primeira hipótese, ao quanto alhures referido, salientando, na segunda, que a prisão preventiva mostra-se incompatível com o semiaberto e com o livramento condicional e, por fim, no terceiro caso, ressaltando que a transferência, embora sob discricionariedade administrativa, deve se calcar na razoabilidade.</p>
----------	---

4.14. Pedido de Unificação das Penas

Há ocasiões em que o executado, em razão do elevado número de condenações e execuções criminais, postula a unificação de suas penas, rogando o reconhecimento, no âmbito da execução criminal (artigo 66, III, “a”, LEP), da presença dos requisitos referentes à continuidade (artigo 71, CP), sendo desnecessário mencionar a necessidade, na hipótese, de posicionamento ministerial mais rigoroso, mesmo porque a continuidade, a par de exigências objetivas, se ocupa de um requisito subjetivo. (Doc. 20 – Modelos).

Nesse caso, pese algumas poucas divergências, tem-se que prepondera o entendimento anotando que a data-base para a contagem do lapso para benefícios, na hipótese de unificação, **é a data do trânsito em julgado da nova condenação**, não importando se o crime foi praticado antes ou depois ao início da execução penal (Rec. 196957, MG, 2011/0028214-4, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, 14/02/2012, T 6º, publicado ao DJU 27/02/2012; STJ).

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO IX (PEDIDO DE UNIFICAÇÃO DE PENAS)

<p>UNIFICACAO DE PENAS/ DATA-BASE PARA BENEFÍCIOS.</p>	<p>Há ocasiões em que o executado, em razão do elevado número de condenações e execuções criminais, postula a unificação de suas penas, rogando o reconhecimento, no âmbito da execução criminal (artigo 66, III, “a”, LEP), da presença dos requisitos referentes à continuidade (artigo 71, CP), sendo desnecessário mencionar a necessidade, na hipótese, de posicionamento ministerial mais rigoroso, mesmo porque a continuidade, a par de exigências objetivas, se ocupa de um requisito subjetivo.</p> <p>Com a unificação, a data-base para a contagem do lapso (para benefícios) se inicia com a data do trânsito em julgado da última condenação.</p>
--	---

4.15 Da Medida de Segurança

Com o trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de segurança, cuidar-se-á da expedição da guia de recolhimento (GR), lembrando-se que o instituto apenas tem pertinência para os inimputáveis e semi-imputáveis, de sorte que, a rigor e salvo exceções calçadas no caso concreto (um furto isolado, por exemplo, quando o executado não revela temibilidade), os crimes punidos com reclusão experimentam a medida de segurança detentiva e os punidos com detenção a medida de segurança restritiva (artigo 96 e seguintes do Código Penal pátrio).

Não mais se está admitindo, ao argumento de patente inconstitucionalidade, a medida de segurança por tempo indeterminado, pelo que, ressalvadas algumas variações, o entendimento jurisprudencial que mais se fortalece aconselha que se considerem, como tempo máximo, o total da **pena cominada** ao crime cometido e exame de cessação de periculosidade no prazo mínimo de um ano.

Claro que existem divergências, porquanto se pena labora com culpabilidade, a medida de segurança indica periculosidade, de modo que, a rigor, numa interpretação mais consentânea com a realidade, e com o nosso sistema, a medida de segurança, uma das hipóteses de sanção penal, somente poderia experimentar término com a cessação da perigosidade do agente.

A propósito, contudo, convém observar o seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. NATUREZA PUNITIVA. DURAÇÃO MÁXIMA DE 30 ANOS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS PENAS PERPÉTUAS. JULGADO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FE-

DERAL. RECURSO PROVIDO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: "PENAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. AUTORIA. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PRAZO INDETERMINADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. Conjunto probatório, composto pela palavra da vítima corroborada por outras provas orais, confirmando a autoria. A própria lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, que está condicionada à cessação da periculosidade do agente. Também não há previsão legal relacionando a duração da medida com a pena privativa de liberdade que seria imposta ao autor do fato se imputável fosse. Aliás, o prazo máximo de 30 anos para o cumprimento da pena previsto constitucionalmente não se aplica à medida de segurança, que não é pena, sendo certo que poderá ocorrer o prolongamento indefinido da internação até que se constate, por perícia médica, a cessação da periculosidade. Apelo desprovido" (fl. 291).2. O Recorrente afirma que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 5º, inc. XXIX e XLVII, da Constituição da República. Alega que "os artigos 75 e 97 do Código penal devem ser interpretados no sentido de se resguardar a vedação da pena de caráter perpétuo" (fl. 305). Assevera que "a decisão impugnada merece ser reformada, no sentido de se limitar a medida de segurança" (fl. 305). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica assiste ao Recorrente.4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a medida de segurança tem natureza punitiva, razão pela qual a ela se aplicam o instituto da prescrição e o tempo máximo de duração de 30 anos, esse último decorrente da vedação constitucional às penas perpétuas. Nesse sentido: "MEDIDA DE SEGURANÇA – PROJEÇÃO NO TEMPO-LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve se fazer considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos" (HC 84.219, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 23.9.2005 – grifos nossos)." AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação" (HC 97.621, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 26.6.2009 – grifos nossos)." PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS

TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE. I – Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança, uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal). II – Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente. III – Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio. IV – Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente” (HC 98.360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 23.10.2009 – grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial divergiu o julgado recorrido. 5. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para fixar em 30 anos a duração máxima da medida de segurança imposta ao Recorrente. Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2010. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora – 102II – Constituição 5º X XXXXLVII – Constituição – 7597 – Código penal – 7597183 – Código Penal – indulto75 – CP10.261117 – V – Código Penal – 75CP10.261 (628646 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 26/08/2010, Data de Publicação: DJe-166 DIVULG. 06/09/2010 PUBLIC. 08/09/2010, undefined)

Como a medida de segurança detentiva pressupõe internação, deve o membro do Ministério Público se ocupar de cobrar o necessário assim que tomar conhecimento da existência de apenado que, embora alojado numa unidade prisional, se encontra aguardando vaga em estabelecimento adequado, lembrando que o Ilustrado Superior Tribunal de Justiça qualifica como constrangimento ilegal a manutenção de paciente acolhido em estabelecimento incapaz de lhe ofertar tratamento curativo.

Mais. As medidas de segurança prescrevem, pouco importando se aplicadas aos inimputáveis ou aos semi-imputáveis, motivo pelo qual se deve agilizar o cumprimento, de forma a se evitar prejuízo à sociedade. Além disso, não existe óbice a se transformar (alguns denominam de progressão) a medida detentiva em restritiva, apenas se aconselhando, no caso em concreto, atenção aos exatos e rigorosos termos do **laudo pericial**.

A medida de segurança restritiva (em meio aberto, pois) deve ser **rigorosamente** fiscalizada, lembrando-se que eventuais cobranças devem ser dirigidas aos familiares e, se o caso, ao curador do executado, uma vez que o comparecimento (frequência estabelecida pelo Juízo) ao médico psiquiátrico e, se pertinente, a ingestão de remédios ministrados não pode ser dispensada.

Se a doença sobrevém à execução poderá ocorrer hipótese de **conversão** da pena em medida de segurança, caso em que, para ser acolhida a alteração, o executado deverá ser submetido à perícia médica, de sorte que, acolhida a alteração, as comunicações deverão ser efetivadas e a transferência do apenado ordenada, lembrando-se que, na hipótese de ulterior **reconversão** (cessão da periculosidade do paciente), as demais execuções, **se existentes**, devem ser cumpridas como determinadas na origem.

Seguem os quesitos comumente utilizados no caso em apreço, cujos termos podem ser acolhidos pelo colega:

Quesitos

1. *É o sentenciado, por doença mental ou desenvolvimento mental, incompleto ou retardado, inteiramente ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento? Especificar se inteira ou parcialmente.*
- 2 *Se afirmativo, qual doença ou o grau de desenvolvimento mental?*
- 3 *Se afirmativo, ainda, tal doença mental, desenvolvimento incompleto ou retardado, implica em periculosidade do sentenciado? Qual o grau de periculosidade?*
- 4 *O tratamento já realizado é suficiente para que o sentenciado não mais pratique ilícito penal?*
- 5 *É necessário o prosseguimento do tratamento?*
- 6 *Se afirmativo, qual o tipo de tratamento mais adequado, internação ou ambulatorial?*
7. *Outros comentários que os peritos entenderem pertinentes.*

QUADRO SINÓTICO:

Consulta Rápida

CAPÍTULO X (DA MEDIDA DE SEGURANÇA)

<p>MEDIDA DE SEGURANÇA</p>	<p>Com o trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de segurança, cuidar-se-á da expedição da guia de recolhimento (GR), lembrando-se que o instituto apenas tem pertinência para os <u>inimputáveis</u> e <u>semi-imputáveis</u>, de sorte que, a rigor e salvo exceções calcadas no caso concreto (um furto isolado, por exemplo, quando o executado não revela temibilidade), os crimes punidos com reclusão experimentam a medida de segurança <u>detentiva</u> e os punidos com detenção a medida de segurança <u>restritiva</u> (artigo 96 e seguintes do Código Penal pátrio).</p>
----------------------------	---

<p style="text-align: center;">TEMPO INDETERMINADO</p>	<p>Não mais se admite, uma vez que de patente inconstitucionalidade, a medida de segurança por tempo indeterminado, pelo que, de balde com algumas variações, o entendimento jurisprudencial que mais se fortalece aconselha se considerem, como tempo máximo, o total da pena cominada ao crime cometido e exame de cessação de periculosidade no prazo mínimo de um ano.</p>
<p style="text-align: center;">MEDIDA DE SEGURANÇA DETENTIVA</p>	<p>Como a medida de segurança <u>detentiva</u> pressupõe <u>internação</u>, deve o membro do Ministério Público se ocupar de cobrar o necessário assim que tomar conhecimento da existência de apenado alojado em unidade prisional e que se encontra aguardando vaga em estabelecimento adequado, lembrando que o Ilustrado Superior Tribunal de Justiça qualifica como constrangimento ilegal a manutenção de executado nessas condições.</p> <p>Mais. As medidas de segurança prescrevem, pouco importando se aplicadas aos inimputáveis ou aos semi-imputáveis, motivo pelo qual se deve agilizar o cumprimento, de forma a se evitar prejuízo à sociedade. Além disso, não existe óbice a se transformar (alguns denominam de progressão) a medida detentiva em restritiva, apenas se aconselhando, no caso em concreto, atenção ao laudo pericial.</p>
<p style="text-align: center;">MEDIDA DE SEGURANÇA RESTRITIVA</p>	<p>A medida de segurança restritiva (em meio aberto, pois) deve ser rigorosamente fiscalizada, lembrando-se que eventuais cobranças devem ser dirigidas aos familiares e, se o caso, ao curador do executado, uma vez que o comparecimento (frequência estabelecida pelo Juízo) ao médico psiquiátrico e, se pertinente, o consumo de remédios, não pode ser dispensado.</p> <p>Se a doença sobrevém à execução poderá ocorrer hipótese de conversão da pena em medida de segurança, caso em que, para ser acolhida a alteração, o executado deverá ser submetido à perícia médica, de sorte que, acolhida a alteração, as comunicações deverão ser efetivadas e a transferência do apenado ordenada, lembrando-se que, na hipótese de ulterior reconversão (cessão da periculosidade do paciente), as demais execuções, se existentes, devem ser cumpridas</p>

CAPÍTULO V ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO

5.1. Orientações sobre pedidos de benefícios e outras dicas

Os pleitos de indulto e comutação, sem embargo do observado nos fóruns do Estado de São Paulo, **não** podem (tecnicamente) ser considerados **benefícios prisionais**, uma vez que se constituem em mera exteriorização da vontade presidencial, pelo que serão tratados separadamente e em tópicos distintos.

O pedido de benefício, ainda que formalizado por Advogado, deve ser acompanhado do denominado “**boletim informativo**”, assim compreendido o documento elaborado pela unidade prisional que aloja o executado e que contém vários dados de interesse do Juízo e do Ministério Público (primariedade ou não, tempo de pena, início e fim de cumprimento, proporção de cumprimento, data da concessão de benefício anterior, movimentações carcerárias, inclusões e exclusões, processos anteriores e atuais, faltas disciplinares e informações de caráter geral).

ILUSTRAÇÃO: BOLETIM INFORMATIVO (BI)

QUALIFICAÇÃO		
Nome:	Matrícula:	Execução:
Filiação:		
Profissão:		
Naturalidade:	Nacionalidade:	Nascimento:
Instrução:	Estado Civil:	RG Civil:
Antecedente:	Cor:	RG Criminal:

SITUAÇÃO PROCESSUAL																		
Unidade Atual:	Data da Inclusão:																	
Procedência:	Medida de Segurança:	NÃO																
Início cumprimento de pena: <input type="text"/> (dd/mm/aaaa)	Regime:	SEMI-ABERTO																
Motivo da prisão atual: TEMPORÁRIA																		
Total da Pena: anos, meses, 0 dias	Total de Interrupção:	0 dias																
Cumprimento de pena até a presente data: dias																		
Percentagem de pena cumprida até a presente data <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="flex: 1;"> <table style="width: 100%; text-align: center;"> <tr> <td>25%</td> <td>50%</td> <td>75%</td> <td>100%</td> </tr> <tr> <td>1/6</td> <td>1/4</td> <td>1/3</td> <td>2/3</td> </tr> <tr> <td>1/5</td> <td>2/3</td> <td>1/2</td> <td>3/5</td> </tr> <tr> <td>2/3</td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> </table> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-left: 10px;"> Total 69,882% </div> </div>		25%	50%	75%	100%	1/6	1/4	1/3	2/3	1/5	2/3	1/2	3/5	2/3				
25%	50%	75%	100%															
1/6	1/4	1/3	2/3															
1/5	2/3	1/2	3/5															
2/3																		
Cálculo considerando o total da pena Data base para cálculo*: 03/11/2011 (Data da Prisão)																		
1/6 =	1/3 =	1/2 =																
1/5 =	2/3 =	3/5 =																
Data vencimento da pena:																		
Atualizar																		

*Ano bissexto e meses com 31 dias estão sendo considerados no cálculo

NOVO CÁLCULO (calcular)**OBSERVAÇÕES SOBRE CÁLCULO** (inserir novo)

Data	Descrição

MOVIMENTAÇÃO CARCERÁRIA (inserir novo)

Origem	Unidade	Data de Entrada	Data de Saída	Conduta

HISTÓRICO DE MOVIMENTAÇÕES - EXCLUSÕES/INCLUSÕES NO SISTEMA PRISIONAL (inserir novo)

Data	Evento

PROCESSOS - SITUAÇÃO ANTERIOR/OUTRAS PENAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE (inserir novo)

Nº Inquérito:		Alterar:
Nº Processo:	Data Delito:	Data Sentença:
Situação:		
Motivo:		Tipo:
Artigo: Parágrafo Inciso: e Alinea: Lei:		Pena:
Vara: Comarca:		
Observação:		
Comutação:		
Processos unificados/somados a este:		
Regime:		Trânsito em julgado:
Medida de Segurança:		Crime Mediando:
Extinção da punibilidade:		Guia de Recolhimento:

PROCESSOS - SITUAÇÃO ATUAL/PROCESSOS EM ANDAMENTO (inserir novo)

Nº Inquérito:		Alterar:
Nº Processo:	Data Delito:	Data Sentença:
Motivo:		Tipo:
Artigo: Parágrafo Inciso:Alinea: Lei:		Pena:
Vara: Comarca:		
Observação:		
Comutação:		
Processos unificados/somados a este:		
Regime:		Trânsito em julgado:
Medida de Segurança:		Crime Mediando:
Extinção da punibilidade:		Guia de Recolhimento:

FALTAS DISCIPLINARES (inserir novo)

Motivo	Tipo	Data Falta	Data Reabilitação

TRABALHO (inserir novo)

Data Inicial	Data Final	Origem	Empregador	Tipo Trabalho

ESTUDO (inserir novo)

Data Inicial	Data Final	Tipo Curso

REMIÇÕES DE PENA (inserir novo)

Tipo	Nº dias remidos	Período Início	Período Fim	Decisão Judicial

PERDA DE DIAS REMIDOS (inserir novo)		
Descrição	Nº dias remidos perdidos	Decisão Judicial

INTERRUPÇÕES DE PENA (inserir novo)		
Descrição	Data Início	Data Fim

SAÍDAS TEMPORÁRIAS (inserir novo)					
Motivo	Data Início	Data Fim	Retorno	Unidade	Obs

BENEFÍCIOS (inserir novo)					
Tipo	Data Protocolo Vec	Decisão	Data Decisão	Nº Decreto	Ano

MEDIDA DE SEGURANÇA	

OBSERVAÇÕES GERAIS (inserir novo)	
Data	Descrição

Muito embora se constitua num documento de suma importância e elaborado para auxiliar os profissionais que atuam na área de execuções criminais, seus informes devem ser conferidos pelo Promotor de Justiça (folha de antecedentes e demais documentos que instruem os processos de execuções criminais), mormente porque, no mais das vezes, em que pese elaborado com empenho, pode conter equívocos capazes de prejudicar o trabalho ministerial e a sociedade.

Os cálculos, inseridos no bojo do boletim informativo, devem ser, como se disse, checados, para tanto se utilizando **ou** de um programa conhecido como “Calculadora de Penas” (ilustração abaixo, disponível nas Varas de Execuções Criminais) ou de uma “Tabela Para Cálculo de Lapsos” (ilustração abaixo, dona de facilidade e entendimento absolutamente incomuns).

ILUSTRAÇÃO: CALCULADORA DE PENAS



A rigor, posto que de manejo mais fácil e direito, os que atuam nas execuções criminais devem utilizar a “calculadora de penas”, mesmo porque o mero exame do programa facilita as contas e indica a correção do sistema, muito embora o conhecimento da “tabela de cálculos” seja útil e interessante, o mesmo ocorrendo com as contas manuais.

ILUSTRAÇÃO: TABELA PARA CÁLCULO DE LAPSOS

PENAS ANOS	1/2		1/3		1/4		1/5			1/6		2/3		3/4		2/5			1/10		
	A	M	A	M	A	M	A	M	D	A	M	A	M	A	M	A	M	D	A	M	D
01	-	06	-	04	-	03	-	02	12	-	02	-	08	01	09	-	04	24	-	01	06
02	01	-	-	08	-	06	-	04	24	-	04	01	04	02	06	-	09	18	-	02	12
03	01	06	01	-	-	09	-	07	06	-	06	02	-	03	03	01	02	12	-	03	18
04	02	-	01	04	01	-	-	09	18	-	08	02	08	03	-	01	07	06	-	04	24
05	02	06	01	08	01	03	01	-	-	10	03	04	04	09	02	-	-	-	-	06	-
06	03	-	02	-	01	06	01	02	12	01	-	04	-	05	06	02	04	24	-	07	06
07	03	06	02	04	01	09	01	04	24	01	02	04	08	06	03	02	09	18	-	08	12
08	04	-	02	08	02	-	01	07	06	01	04	05	04	06	-	03	02	12	-	09	18
09	04	06	03	-	02	03	01	09	18	01	06	06	-	02	09	03	07	06	-	10	24
10	05	-	03	04	02	06	02	-	-	01	08	06	08	08	06	04	-	-	01	-	-
11	05	06	03	08	02	09	02	02	12	01	10	07	04	09	03	04	04	24	01	01	06
12	06	-	04	-	03	-	02	04	24	02	-	08	-	09	-	04	09	18	01	02	12
13	06	06	04	04	03	03	02	07	06	02	02	08	08	10	09	05	02	12	01	03	18
14	07	-	04	08	03	06	02	09	18	02	04	09	04	11	06	05	07	06	01	04	24
15	07	06	05	-	03	09	03	-	-	02	06	10	-	12	03	06	-	-	01	06	-
16	08	-	05	04	04	-	03	02	12	02	08	10	08	12	-	06	04	24	01	07	06
17	08	06	05	08	04	03	03	04	24	02	10	11	04	13	09	06	09	18	-	08	12
18	09	-	06	-	04	06	03	07	06	03	-	12	-	14	06	07	02	12	01	09	18
19	09	06	06	04	04	09	03	09	18	03	02	12	08	15	03	-	07	06	01	10	24
20	10	-	06	08	05	-	04	-	-	03	04	13	04	15	-	08	-	-	02	-	-
21	10	06	07	-	05	03	04	02	12	03	06	14	-	16	09	08	04	24	02	01	06
22	11	-	07	04	05	06	04	04	24	03	08	14	08	17	06	08	09	18	02	02	12
23	11	06	07	08	05	09	04	07	06	03	10	15	04	18	03	09	02	12	02	03	18
24	12	-	08	-	06	-	04	09	18	04	-	16	-	18	-	09	07	06	02	04	24
25	12	06	08	04	06	03	05	-	-	04	02	16	08	18	09	10	-	-	02	06	-
26	13	-	08	08	06	06	05	02	12	04	04	17	04	19	06	10	04	24	02	07	06
27	13	06	09	-	06	09	05	04	24	04	06	18	-	20	03	10	09	18	02	08	12
28	14	-	09	04	07	-	05	07	06	04	08	18	08	21	-	11	01	12	02	09	18
29	14	06	09	08	07	03	05	09	18	04	10	19	04	21	09	11	-	06	02	10	24
30	15	-	10	-	07	06	06	-	-	05	-	20	-	22	06	12	-	-	03	-	-
MÊS	M	D	M	D	M	D	A	M	D	M	D	M	D	M	D	A	M	D	A	M	D
01	-	15	-	10	-	07	-	-	06	-	05	-	20	-	23	-	-	12	-	-	03
02	01	-	-	20	-	15	-	-	12	-	10	01	10	01	15	-	-	24	-	-	06
03	01	15	01	-	-	22	-	-	18	-	15	02	-	02	08	-	01	06	-	-	09
04	02	-	01	10	01	-	-	-	24	-	20	02	20	03	-	-	01	18	-	-	12
05	02	15	01	20	01	07	-	01	-	-	25	03	10	03	23	-	02	-	-	-	15
06	03	-	02	-	01	15	-	01	06	01	-	04	-	04	15	-	02	12	-	-	18
07	03	15	02	10	01	22	-	01	12	01	05	04	20	05	08	-	02	24	-	-	21
08	04	-	02	20	02	-	-	01	18	01	10	05	10	06	-	-	04	06	-	-	24
09	04	15	03	-	02	07	-	01	24	01	15	06	-	06	23	-	03	18	-	-	27
10	05	-	03	10	02	15	-	02	-	01	20	06	20	07	15	-	04	-	-	01	-
11	05	15	03	20	02	22	-	02	06	01	25	07	10	08	09	-	04	12	-	01	02

Exemplo de incidência da referida tabela de lapsos:

Executado que, encontrando-se no regime semiaberto desde o dia 08 de fevereiro de 2010, pretende o aberto e conta com o TCP (término de cumprimento da pena) previsto para o dia 20 de março de 2012.

A equação, pois, pode ser sintetizada na seguinte **subtração**:

20.03.2012 (TCP) (-)

08.02.2010 (semiaberto)

12 01 0002 (saldo: doze dias, um mês e dois anos)

Ou seja: iniciando-se sempre da esquerda para a direita, tem-se os dias, depois (ao centro) os meses e, por fim, os anos, de forma que, na ilustração ofertada, o saldo importa em doze dias, um mês e dois anos contados da sua promoção ao semiaberto. Tal saldo devera ser adequado à tabela para se verificar se o executado cumpriu o lapso necessário: ora, a referida tabela anota que um sexto (crime comum, por exemplo) de dois anos monta **quatro meses**, ao passo que um sexto de cinco meses configura **vinte e cinco dias** e um sexto de doze dias **não se mostra relevante**.

Em miúdos, com pouco mais de quatro meses e vinte e seis dias (arredondando-se para mais) o lapso estará satisfeito e, se presente o bom comportamento, a promoção prisional deverá ser concedida pelo Juízo das Execuções.

Claro que, se presente falta grave, basta que se lance mão da data da ocorrência disciplinar e que se subtraia do TCP, obtendo-se o saldo e providenciando-se a adequação na tabela, para se saber se o sentenciado cumpriu o lapso.

Aliás, segundo o *Superior Tribunal de Justiça*, a falta grave interrompe o lapso para a **promoção prisional, não interferindo** no atinente ao **livramento condicional**.

Súmula nº 441, Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.197.895).

“A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional”.

De fato, mesmo antes do advento da súmula transcrita, o entendimento ponderável já anotava que, embora cabível ao condenado que pretendesse a promoção prisional, não se podia laborar com a interrupção ao pretendente de livramento condicional, dada a **diferença** existente entre ambos os institutos (promoção/livramento) e a **ausência**, para o livramento, de previsão legal, impondo, a partir da falta, nova data-base para o lapso.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem acenado com posicionamento distinto, ante o quanto segue:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado por FRANCISCO CARLOS MAIA, em nome próprio, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao Recurso Especial 1.208.414/SP, Rel. Min. Gilson Dipp.

O impetrante/paciente relata, inicialmente, que cumpre pena cuja soma totaliza 62 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, e que se encontra preso desde 30/1/1999.

Prossigue informando que, em 25/2/2003, cometeu falta grave (tentativa de fuga) e que, nessa data, já havia cumprido 3 anos, 4 meses e 15 dias de pena e, ainda, que, na data desta impetração, já teria expiado 12 anos, 3 meses e 22 dias da pena imposta. Entende, pois, que já cumpriu 1/6 da reprimenda.

Nessa esteira, afirma que peticionou ao juízo da execução postulando a progressão de regime, mas o pedido foi indeferido ao fundamento de que, nos termos do art. 118 da Lei de Execução Penal, a contagem do prazo para a concessão de benefícios deveria ser interrompida em decorrência da falta grave e reiniciada após o seu cometimento.

Inconformado, o impetrante/paciente manejou habeas corpus no Tribunal de Justiça bandeirante, que concedeu a ordem para anular a interrupção do lapso temporal e determinar que marco interruptivo fosse desprezado para aferição do requisito objetivo na concessão de novos benefícios prisionais.

Contra esse decisum, o Parquet estadual interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que foi parcialmente provido, nos seguintes termos:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL. LEGALIDADE. EXCEÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, AO INDULTO E À COMUTAÇÃO DE PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. A Quinta Turma desta Corte possui entendimento no sentido de que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe a contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios que dependam de lapso de tempo no desconto de pena, salvo o livramento condicional, nos termos da Súmula nº 441/STJ, o indulto e a comutação de pena.

II. Deve ser parcialmente cassado o acórdão atacado – o qual entendeu que o cometimento de falta grave não interrompe o prazo para a concessão de nenhum benefício da execução – a fim de que fique estabelecido que a prática de falta grave implica em reinício da contagem do prazo apenas para a concessão de progressão de regime, excetuando-se o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena.

III. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do relator”.

É contra essa decisão que se insurge o impetrante/paciente.

Alega, em síntese, que o reinício do lapso temporal para a concessão de benefício na execução penal, decorrente da prática de falta disciplinar, viola os princípios da legalidade e da reserva legal, ante a ausência de previsão legal expressa.

Argumenta, assim, que “relativamente à progressão, tal qual ocorreu com o livramento condicional, a Lei de Execução penal não estabelece qualquer forma de interrupção do cumprimento da pena”.

Requer, ao final, liminarmente, seja concedida a ordem para firmar o entendimento de que a falta grave não interrompe a contagem de prazo para a obtenção de benefícios executórios, nem impõe, por isso mesmo, o reinício da contagem, pois tal gravame não está previsto em lei.

É o relatório. Decido.

A pretensão não comporta acolhimento. É que a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica o recomeço da contagem do prazo para a obtenção de novos benefícios executórios.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes de ambas as Turmas desta Corte:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ALEGAÇÕES DE FALTA DE NOTIFICAÇÃO QUANTO AO QUE DECIDIDO A RESPEITO DA FALTA DISCIPLINAR E DE NÃO SUBMISSÃO DA LEGALIDADE DA FALTA DISCIPLINAR AO JUÍZO DA EXECUÇÃO: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DE NOVA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. (...) 2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em caso de falta grave, impõem-se a regressão de regime e a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios. Precedentes. 3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado” (HC 98321/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia).

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal para a concessão de benefícios executórios. Habeas corpus denegado” (HC 94.098/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

No mesmo sentido: RHC 85.605/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 95.367/RS, de minha relatoria; HC 94.726/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 94.820/MS, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 94.667/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Desse modo, o reinício da contagem deve levar em consideração o tempo remanescente de cumprimento de pena, devendo a data-base para a contagem do novo período aquisitivo do direito à concessão dos benefícios executórios corresponder à data do cometimento da última infração disciplinar de natureza grave.

Isso posto, com base no art. 192, caput, do RISTF (com nova redação dada pela Emenda Regimental 30, de 29/5/2009), **denego a ordem**. Prejudicado o exame da medida liminar.

Publique-se.

Remeta-se cópia desta decisão ao impetrante/paciente no local em que se encontra custodiado.

Brasília, 21 de março de 2012.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

- Relator -

O **decisum** transcrito, ao mencionar que a falta grave **desloca** o início da contagem do lapso para a data de seu cometimento, culminou por **afastar** os rigorosos termos

da Súmula nº 441 do Superior Tribunal de Justiça, mesmo porque se referiu (abran-
gentemente) a benefícios prisionais.

Outra decisão deve, nessa alheta, ser reproduzida (datada do mês de março do ano
de 2012, da lavra do Tribunal de Justiça bandeirante), motivando, ao menos até a
edição de súmula vinculante, a adoção de posicionamento mais rígido que o adota-
do pelo Superior Tribunal de Justiça.

*Agravo em Execução Penal. Prática de falta disciplinar de natureza grave con-
sistente em movimento subversivo à ordem e à disciplina. Falta grave caracteri-
zada. Pretensão de afastamento do reinício do lapso temporal para benefícios.
Impossibilidade. Agravo improvido.*

*(...) Da mesma forma deve ser afastado o pleito quanto à não interrupção do
lapso temporal para a concessão de benefícios da execução penal. Com efeito, o
reconhecimento da prática da falta disciplinar de natureza grave enseja a inter-
rupção da contagem de tempo para a concessão de benefícios da execução penal.
A Lei de Execução Penal, no artigo 127, tanto na sua redação anterior, que dispu-
nha “o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remi-
do, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar”, assim
como em sua nova redação dada pela Lei 12.433/2011, é clara ao mencionar que
em caso de falta grave o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido, reco-
meçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.*

*Trata-se de aplicação da cláusula rebus sic stantibus, sujeito o reconhecimento da
remição a cláusula resolutiva, qual seja a prática de falta grave.*

*Existindo a falta grave, nos termos legais, os dias remidos devem ser perdidos,
reiniciando-se nova contagem a partir da data da falta.*

*Ademais a Súmula Vinculante nº 9 do C. Supremo Tribunal Federal é clara: “o
disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 foi recebido pela ordem constituicio-
nal vigente e não se aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.*

*E o novo cálculo da liquidação para fins de benefícios é consequência natural e
tem fundamento no art. 127 da LEP, como visto.*

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito, editou a recente súmula:
“Súmula 441. A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento
condicional.”

A despeito de referida Súmula, recentemente assim se manifestou o Colendo Su-
premo Tribunal Federal:

“LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO DA PENA,
ARTIGO 83, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. Ante a exigência de se ter com-
portamento satisfatório durante a execução da pena para se chegar ao livramen-
to condicional, inciso III do artigo 83 do Código Penal, ocorre como consequência
do cometimento de falta grave nova contagem do período de cumprimento da
pena previsto no citado artigo”. (HABEAS CORPUS Nº 100.062 – SÃO PAULO
Relator: Min. Marco Aurélio – Primeira Turma – Julgamento: 20/04/2010 DJE nº
81 Publicação: 07/05/2010).

Embora a Súmula 441 do Colendo Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento diverso do Colendo Supremo Tribunal Federal, é de se anotar que não se trata de Súmula Vinculante, de modo a obrigar o acolhimento de sua interpretação.

Entendemos, com a devida vênia, que a execução de pena restritiva de liberdade se realiza em várias etapas, adotando o Código Penal o sistema progressivo ou irlandês, onde se inicia a pena mais grave de reclusão pelo regime fechado e para se passar à fase seguinte, no regime semiaberto, onde a vigilância é reduzida e há permissão de realização de trabalho externo, sem fiscalização imediata. Há necessidade de que o condenado demonstre bom comportamento e ausência de faltas graves no seu histórico prisional, de modo a demonstrar que assimilou a terapêutica penal.

A fase seguinte se caracteriza pelo regime aberto ou eventualmente por livramento condicional. No regime aberto, diante da ausência na maioria das comarcas do Estado de Casa do Albergado, anotando-se que a cidade de São Paulo, uma das maiores cidades do mundo, com mais de 12 milhões de habitantes, até hoje não criou a sua Casa do Albergado, lembrando-se que se trata do mais rico Estado da Federação, descumprindo assim o que determinou a Lei de Execuções Penais no seu art. 203, que estabelece que “no prazo de 6 (seis) meses a contar da publicação desta lei serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não autoaplicáveis”.

Estabelece o parágrafo 1º do citado artigo que no referido prazo deverão as unidades federativas criar ou adaptar os estabelecimentos penais previstos nesta lei, constando do parágrafo 4º que “o descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará a suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança”.

Referida lei foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de julho de 1984, sendo que, até a presente data, decorreram mais de 26 anos, sem que o Estado de São Paulo e, especificamente, a cidade de São Paulo, tenha criado Casas do Albergado em número suficiente.

Em razão disso é que os magistrados são obrigados a aplicar o art. 117 da Lei de Execução Penal, que autoriza o recolhimento excepcional de beneficiário de regime aberto em residência particular em apenas quatro hipóteses, transformando a exceção em regra e determinando o recolhimento do albergado à própria casa, sem que haja efetivo corpo de funcionários a fiscalizar a execução da pena.

Face a esse descompasso em sede de execução penal, também não se pode deixar de lembrar a ausência de estabelecimentos para o regime semiaberto em número suficiente, o que resulta em criação de fila de espera, que, por sua vez, faz com que alguns magistrados mais liberais autorizem o preso a aguardar a vaga no regime aberto, alterando completamente a execução penal, por falta principalmente de meios criados pelo Estado.

É nesse contexto que temos como fase da execução o livramento condicional, muitas vezes concedido ainda quando o condenado se encontra no regime fechado ou semiaberto.

Se é exigido para progressão ao regime semiaberto e aberto, fora o requisito temporal, bom comportamento carcerário, que implica a ausência de faltas graves, não há como se admitir que se possa dar um salto para quem se encontra em regime restritivo de liberdade e lhe conceder o livramento condicional quando não teria condições para alcançar o regime semiaberto ou aberto por ter praticado falta grave. O indulto também não pode ficar infenso a essa análise de méritos.

Dessa forma, se a falta grave impõe reinício de contagem do período aquisitivo para obtenção da progressão de pena para regime menos gravoso, não é possível se fazer outro raciocínio para o livramento condicional. Se para o menos é exigido novo período de contagem de tempo com bom comportamento, não é razoável que para o mais, no caso do livramento condicional, tal exigência não perdure.

E tal ocorre também para a comutação.

Não se pode esquecer que tudo está dentro da mesma linha evolutiva, onde o condenado passa por várias etapas até atingir a liberdade plena, no caso a liberdade condicional.

A liberdade condicional não exsurge como instituto independente, mas se encontra numa mesma linha de progressão regular até que o condenado a alcance na execução penal.

Anota Basileu Garcia que “o sistema progressivo, de origem inglesa, teve por objetivo obter o aperfeiçoamento moral do condenado, através de sucessivas fases, paulatinamente alcançadas. A primeira é o isolamento celular absoluto. Antes de reconquistar inteiramente a liberdade, o sentenciado recebe o benefício do livramento condicional”.

“Durante o isolamento celular, que visa a possibilitar que medite sobre o seu crime, é visitado por enviados da administração penitenciária, que procuram exercer sobre o seu ânimo influências moralizadoras. Segue-se, depois, um período extenso, o maior da duração da pena, em que trabalha em comum com os outros sentenciados, ficando isolado, à noite, na sua cela”.

“A terceira fase é o livramento condicional, concedido àquele que se mostra em condições de usufruir a liberdade antes do integral cumprimento da pena. Crofton, diretor das prisões da Irlanda, modificou o sistema, que passou a ser conhecido pelas denominações de progressivo ou irlandês, adicionando-lhe uma nova fase, entre o segundo e o terceiro períodos, na qual o condenado seria remetido a trabalhar ao ar livre, em colônias penais, até ficar apto a receber o livramento condicional”.

“O sistema adotado pelo nosso Código Penal, para a pena de reclusão, desdobra essas gradações” (Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II, 4. ed., Max Limonad Editora, São Paulo, 1966, p. 416/417).

Continua o mestre: “o livramento condicional é elemento integrante do sistema progressivo ou irlandês. Antes de chegar ao término da pena que lhe foi imposta,

poderá o sentenciado ser restituído à liberdade, se se verificar a sua regeneração” (ob. cit. pág. 557).

Dessa forma, com a devida vênia, entendemos que a falta grave reinicia o cômputo de novo período aquisitivo com bom comportamento para a obtenção do livramento condicional, bem como para contagem de prazo para comutação.

Correta, pois, a decisão agravada, nada havendo a ser reparado. Isso posto, nega-se provimento ao agravo. (Execução Penal nº 0260082-33.2011.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan, São Paulo, 29 de março de 2012).

Por derradeiro, vale a pena citar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça discorda (Súmula nº 491) da progressão por salto, autoriza a realização de exame criminológico (Súmula nº 439) em razão das peculiaridades de cada caso, con-signa que, na hipótese de inexistência de vaga no semiaberto, o executado deve aguardar o respectivo surgimento no regime aberto (HC 181.048, “decisum” acerca do qual, com o devido respeito, discordamos frontalmente), e, por último, para a saída temporária, anota que basta o cumprimento *total* de um sexto do total da pena imposta (Súmula nº 40).

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 13. ed., Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação Penal Especial. Atlas, 1998.
- DOTI, Ariel. Reforma Penal brasileira. Forense, 1988, volume 3.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. Max Limonad Editora, 1952.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Editora Forense, 1951.
- KAUFMAN, Hilde. Principios para la Reforma de la Ejecucion Penal. Buenos Aires, 1977.
- MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Editora Saraiva, 2008.
- MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal. 2.ed., Juris, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11. ed., Atlas, 2004.

SITES CONSULTADOS

Site do Ministério Público do Estado de São Paulo –

< http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/home_interna >

Site do Conselho Nacional do Ministério Público (referente ao item “Manual do usuário do Sistema de Inspeção Prisional do Ministério Público – SIP-MP – Resolução 56”) – <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Comissoes/Sistema-Prisional/Manual_Usuario_SIPMP_v-1.3_versao_pdf.pdf>

Site do Ministério da Justiça (referente ao item “Execução Penal”) –

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>>

EVENTO CITADO

JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL Nº 470 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, Brasília-DF.

LEGISLAÇÃO CITADA

ATOS NORMATIVOS

- nº 560 da Procuradoria-Geral do Ministério Público, de 04 de dezembro de 2008.
- nº 718 da Procuradoria-Geral do Ministério Público, de 01 de dezembro de 2011.

- nº 500 da Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral de Justiça do Ministério Público, de 20 de março de 2007.

AVISOS

- nº 05/2013 (de 26 de fevereiro de 2013), 08/2013 (de 13 de março de 2013) e 09/2013 (de 15 de março de 2013) da Corregedoria-Geral de Justiça do Ministério Público.

DECRETOS PRESIDENCIAIS

- nº 3.447, de 05 de maio de 2000.
- nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981.
- nº 7.873, de 26 de dezembro de 2012.
- nº 7.648, de 21 de dezembro de 2011.

LEIS

- Código Penal
- Constituição Federal
- Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).
- Lei nº 6.964, de 09 de dezembro de 1981.
- Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais).
- Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.
- Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996.
- Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003.
- Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.
- Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.
- Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011.
- Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993.
- Lei Estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008.

PROVIMENTO

- Provimento nº 50/1989 (Normas de Serviços da Corregedoria-Geral de Justiça).

RESOLUÇÕES

- nº 56 (de 22 de junho de 2010) e nº 80 (de 18 de outubro de 2011) do Conselho Nacional do Ministério Público.

- nº 144/2010 da Secretaria de Administração Penitenciária (Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo), de 29 de junho de 2010.
- nº 502 do Conselho da Justiça Federal, de 09 de maio de 2006.
- nº 45/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990.

SÚMULAS CITADAS

- Súmula Vinculante nº 05, do Supremo Tribunal Federal.
- Súmula nº 40, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.
- Súmula nº 439, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.
- Súmula nº 441, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.197.895).
- Súmula nº 491, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.
- Súmula nº 493, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.



MANUAL PRÁTICO JUSTIÇA APLICADA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

As experiências da Prestação de Serviços à Comunidade,
da Justiça Terapêutica e da Mediação Penal
Interdisciplinar na Promotoria Criminal de Santana

Elaboração Mário Sérgio Sobrinho

Coordenação CAOCrim



APRESENTAÇÃO 221

CAPÍTULO I – HISTÓRICO 223

1.1. Histórico do Trabalho 223

CAPÍTULO II – EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS 226

CAPÍTULO III – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 230

3.1. A Audiência Preliminar 230

3.2. A Proposta 233

3.3. O Encaminhamento do Autor do Fato 237

3.4. A Fiscalização do Cumprimento 242

3.5. O Descumprimento da Prestação de Serviços 246

CAPÍTULO IV – ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO 252

4.1. Coordenação do Projeto 252

4.2. Entrevista Inicial 255

4.3. O Balanço 259

4.4. Considerações Finais 265

CAPÍTULO V – ESPECIFICIDADES: JUSTIÇA TERAPÊUTICA E CORTE DE DROGAS. RELATO DA TRAJETÓRIA DE UM BOLSISTA DO PROGRAMA HUMPHREY 269

5.1. Breve Introdução 269

5.2. Justiça Terapêutica e Corte de Drogas 269

5.3. Programa *Humphrey* 272

5.4. Generalidades acerca do Programa *Humphrey* 273

5.5. Etapa Pré-acadêmica 275

5.6. Etapa Acadêmica 278

5.7. Etapa de Afiliação Profissional 282

5.8. Corte de Drogas Americana 287

5.9. O Time da Corte de Drogas 289

5.10. Peculiaridades da Corte de Drogas no Estado da Virgínia 294

5.11. A Corte de Drogas Americana e a Justiça Terapêutica Brasileira 299

5.12. De Volta para Casa 301

BIBLIOGRAFIA 304

ANEXOS (mídia digital)

O presente trabalho representa um esboço e uma coleção de artigos e experiências vividas que auxiliaram na implantação de uma cultura diferente de solução de conflitos na área criminal.

Trata-se da ideia de utilizar diversas técnicas extraídas da Justiça Restaurativa e Terapêutica e, especificamente, na busca de uma restauração efetiva de todos os envolvidos na prática de um crime que nada mais representa que um fenômeno social.

Na prática, a implementação dessa nova forma de atuação que hoje encontra inúmeros exemplos brilhantes no Estado, vinha de encontro com a política de barganha institucionalizada no Brasil com o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A Procuradoria-Geral de Justiça¹ e a Escola Superior do Ministério Público², à época, reuniram promotores e procuradores de Justiça ou realizaram debates públicos relacionados à aplicação das regras dos Juizados Especiais Criminais, dos quais muitas conclusões foram extraídas e publicadas sob a forma de orientação.

Apesar das várias orientações apresentadas, pouco foi discutido sobre o cumprimento da proposta de transação penal nos casos de fixação das restritivas de direitos. Em especial, não foi estabelecido, nas mencionadas reuniões e debates, como se procederia para encaminhar o autor do fato para prestar serviços à comunidade se houvesse acordo entre ele, seu defensor e o Ministério Público, após a proposta ser homologada pelo juiz.

Em razão disso, nasceu entre os promotores de Justiça que atuavam na Promotoria de Justiça Criminal de Santana a preocupação com a adequação da proposta de transação penal, atividade que fora conferida ao órgão do Ministério Público que oficiasse perante o Juizado Criminal, porque, anteriormente, cabia ao juízo da execução fazer cumprir a decisão que impunha ao acusado uma pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos.

1. O grupo de estudos e debates, criado pelo então Procurador-Geral de Justiça José Emmanuel Burle Filho, foi composto por 3 procuradores de Justiça, além de 28 promotores de Justiça da Capital e do interior, todos com atuação na área criminal. O resultado dos trabalhos foi divulgado por meio de ofício enviado no dia 22 de novembro de 1995.

2. O Diretor da Escola Paulista do Ministério Público, na época, o Procurador de Justiça Marino Pazzaglini Filho promoveu debates em torno do tema Juizado Especial Criminal, na Capital e em várias cidades do Estado, entre os dias 2 de outubro e 8 de novembro de 1995, reunindo mais de 2.200 pessoas, entre elas quase 700 promotores de Justiça. Ao final, o Diário Oficial do Poder Executivo (29 nov. 1995, p. 32) publicou o Comunicado nº 16/95, no qual foram apresentadas várias orientações.

Por meio das alternativas da transação penal e da suspensão condicional do processo, trazidas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, a Promotoria de Justiça Criminal de Santana e os diversos representantes da sociedade convergiram e encontraram meios para aplicar a lei com o apoio e a necessária parceria da sociedade.

O crescente abuso do álcool e das drogas ilícitas na sociedade contemporânea, aliado à necessidade de o Ministério Público se posicionar em favor da harmonia e paz social, impulsionaram os promotores de Justiça da Promotoria de Justiça de Santana atender de modo diferente os casos que envolviam delitos praticados sob a influência dessas substâncias e os alarmantes casos de violência doméstica. Essa iniciativa permitiu ensaiar, adaptar e criar o programa de Justiça Terapêutica e de Mediação Penal Interdisciplinar.

A cada instante, a forma de cumprimento de dever legal do Ministério Público passou por aperfeiçoamentos. São essas etapas, as quais por longo período motivaram o exercício das funções institucionais dos membros da Promotoria de Justiça Criminal de Santana, bem como as experiências vividas no exterior por um dos colaboradores deste trabalho, que seguem adiante descritas.

CAPÍTULO I HISTÓRICO

1.1 Histórico do Trabalho

Na época em que a Lei 9.099, de 26.09.1995, entrou em vigor, na Capital do Estado de São Paulo, as varas criminais dos foros regionais eram competentes para processar e julgar as contravenções penais e os crimes punidos com a pena de detenção, além do crime de lesão corporal de natureza grave, todos praticados nos limites territoriais do respectivo foro.³

Em razão dessa divisão da competência criminal na Comarca de São Paulo, nota-se que, antes da Lei dos Juizados Especiais Criminais, os juízes, promotores de Justiça e advogados que atuavam nos fóruns regionais trabalhavam, de maneira específica, com infrações penais leves que, normalmente, não geravam a aplicação de pena privativa de liberdade, em virtude da substituição desta por pena de multa ou restritiva de direitos, sem falar na concessão do *sursis* ou do regime prisional aberto.

Em especial, nesse período, o trabalho do promotor de Justiça lotado nos foros regionais da Capital tinha características marcantes, tais como o grande volume de trabalho e a possibilidade de encaminhar questões que alcançavam número significativo de pessoas.

Era muito grande a quantidade de inquéritos policiais apresentados para a análise ministerial. Muitas investigações instauradas pela polícia apuravam a conduta descrita no art. 32 da LCP, hoje, parcialmente revogada, além dos crimes de lesão corporal dolosa leve e culposa, ameaça e algumas outras contravenções, como o porte de arma – conduta não criminalizada nessa época – e a direção perigosa. Muitas apurações chegavam à promotoria de Justiça depois de um, dois ou mais anos da prática dos fatos, espaço de tempo que esmaecia a possibilidade da produção da prova oral, principalmente em razão da dificuldade da localização das testemunhas. Além disso, era nítido o desinteresse demonstrado por algumas vítimas em contribuir para a apuração dos fatos quando ouvidas em juízo, devido à natural acomodação da situação conflituosa anteriormente vivida diante do transcurso de período de tempo significativo.

3. A Lei Estadual 3.947/1983 dispôs que os foros regionais da Capital, formados por varas cíveis, criminais, da família e sucessões e de menores seriam integrados pelos mesmos juízes e áreas dos antigos foros distritais. Na época, por meio da reunião das varas dos foros distritais foram criados 11 foros regionais distribuídos pelos principais bairros da Cidade de São Paulo, a saber: Santana, Santo Amaro, Jabaquara, Lapa, São Miguel Paulista, Penha de França, Itaquera, Tatuapé, Vila Prudente, Ipiranga e Pinheiros. Os crimes punidos com a pena de reclusão ocorridos em toda a Capital – exceto os dolosos contra a vida –, as contravenções penais e os crimes punidos com a pena de detenção praticados na região central, eram julgados pelos juízes das varas criminais do foro central.

Não bastassem as dificuldades relativas à produção da prova decorrentes da apuração tardia dos fatos, havia a prescrição, como uma circunstância legal que, em vários casos, impedia a apuração dos fatos ou a aplicação das penas, em especial se o infrator fosse menor de 21 anos. Havia, ainda, a imensurável quantidade de casos que sequer eram levados ao conhecimento da polícia ou por ela registrados, conhecidos como *cifra negra*, além daquelas investigações que eram arquivadas mediante requerimento do promotor de Justiça por diversas razões.

O quadro era muito ruim, especialmente para a apuração do crime de lesão corporal dolosa leve praticado no interior de residência e envolvendo casais. A demora da tramitação dos fatos na polícia ou em Juízo fazia que as autoridades responsáveis pela sua apuração por vezes percebessem que a vítima havia se reconciliado com o agressor ou dele se separado. As pessoas ofendidas, cujos danos materiais e morais raramente eram reparados, frequentemente, minimizavam a importância dos fatos. Elas chegavam a atribuir a origem dos ferimentos que haviam sofrido a acidentes domésticos, demonstrando desinteresse no seguimento da apuração do episódio que abalou suas vidas, tempos atrás, por desacreditarem na Justiça ou por temerem o eventual aprisionamento do infrator, situação que ainda poderia lhes causar outros constrangimentos.

As dificuldades mencionadas, entre outros fatores, certamente contribuíram para que o legislador percebesse a necessidade de regulamentar o texto constitucional e editar lei que acelerasse e efetivasse aplicação da Justiça para as infrações penais leves. Desse modo, a Lei 9.099/1995, além de definir o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e regular a transação, também elegeu como objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Durante o período em que se discutia a implementação do texto legal regulamentador da disposição inserida no art. 98, inciso I, da CF, bem como enquanto tramitavam os projetos legislativos que resultaram na edição da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, principalmente, nos 60 dias fixados para o cumprimento da *vacatio legis*, houve uma efervescência de debates acerca dos Juizados Especiais Criminais.

A preocupação com o modo de cumprir a pena transacionada transformou-se em ideia e esta em proposta, mediante a identificação do Hospital do Mandaqui como a entidade pública regional de maior capacidade e adequação para receber os prestadores de serviços na área de atuação do respectivo foro regional.

A proposta foi apresentada e aceita com entusiasmo e realismo pelos gestores dessa repartição de saúde, em especial, pela Diretora do Pronto-Socorro de Adultos e pela Diretora-Geral do Hospital do Mandaqui,⁴ profissionais que abriram 10

4. Na ocasião, a Diretoria do Pronto-Socorro de Adultos e a Diretoria do Hospital do Mandaqui eram funções exercidas, respectivamente, pela Assistente Social Cristina Maria Poli e pela Médica Nadia Aparecida Balduino Romariz.

vagas para receber prestadores de serviços encaminhados, naquela época, pelas cinco Varas Criminais do Foro Regional de Santana.⁵

Um ponto que merece atenção, ao se descrever o momento da criação do Programa de Prestação de Serviços Comunitários que envolvia o Hospital do Mandaqui e o Foro Regional de Santana, foi a iniciativa dos promotores de Justiça de apresentarem, pessoal e diretamente, a ideia à direção do hospital, sem qualquer intermediação e com pouca formalidade. Entretanto, os prestadores de serviços foram encaminhados para início das tarefas somente depois da definição dos papéis de cada parte no trabalho que seria realizado.

Depois dos entendimentos entre a direção do hospital e a promotoria de Justiça, foi feita uma exposição preliminar aos assistentes sociais e psicólogos lotados naquela repartição de saúde, profissionais que seriam encarregados do recebimento, encaminhamento e controle dos prestadores de serviços. Na reunião, procurou-se enfatizar que a pessoa encaminhada para prestar serviços não se assemelhava aos autores de crimes graves e violentos, pois, em regra, não ostentava antecedentes criminais e havia se envolvido com a prática de infrações leves. Na oportunidade, ainda, foi mostrado ser necessário o controle efetivo da presença e dos horários do prestador de serviços, bem como a imperiosidade de encaminhá-lo para desenvolver atividades úteis aos trabalhos realizados no hospital.

A Direção do Hospital do Mandaqui e os seus técnicos deliberaram, inclusive, não empregar a mão de obra dos prestadores de serviços no atendimento direto aos pacientes daquela unidade de saúde.

A referência ao trabalho realizado na Promotoria de Justiça Criminal de Santana antes de 1995, os estudos e os preparativos para a aplicação dos institutos trazidos pela nova legislação, calcados em princípios de Justiça consensual e restaurativa e, de modo especial, a criação da parceria regional para a aplicação da prestação de serviços comunitários decorrentes da prática de infração penal de menor potencial ofensivo – proposta que foi animada pela disposição das pessoas inicialmente envolvidas no projeto –, demonstram que a reunião das ações do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Poder Público pode trazer resultados positivos e úteis para toda a comunidade.

A parceria nascida entre os órgãos da Justiça e o hospital, além de se caracterizar pela regionalização das ações, pela preservação da independência de cada um dos parceiros, pelo cuidado no controle e na fiscalização do cumprimento dos serviços comunitários e pela simplicidade na transmissão das informações importantes entre os seus operadores, permitiu à comunidade notar que a Justiça Criminal cumpria o seu papel e, ao mesmo tempo, ao autor do fato perceber as consequências dos seus atos.

5. A Resolução 176/04, oriunda do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça, publicada no dia 19.03.2004, transformou a 3ª Vara Criminal de Santana em uma vara cível. Os processos da antiga 3ª Vara Criminal foram redistribuídos para as quatro varas remanescentes, as quais, paulatinamente, tiveram suas competências alteradas de modo que, atualmente, somente duas varas criminais estão em funcionamento no Foro Regional I, em Santana, São Paulo..

CAPÍTULO II

EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS

Além da prestação de serviços à comunidade, entre as demais penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, são frequentemente apresentadas, no Foro Regional de Santana, em São Paulo, propostas de transação penal que impõem ao autor do fato recolher valores sob a forma de prestação pecuniária ou cumprir limitação de fim de semana.

A forma pela qual a lei penal define a prestação pecuniária permite que os valores em dinheiro auferidos com a sua aplicação possam ser destinados à vítima, dependentes ou às entidades públicas e privadas com destinação social.⁶ A aplicação equilibrada da lei está em sintonia com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁷ e atende “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁸.

É preciso frisar a necessidade da aplicação equilibrada da prestação pecuniária ou da multa nos Juizados Criminais, para não estimular de forma repetida e tarifada, podendo transformar-se em instrumento de impunidade, principalmente quando utilizada nos casos de lesão corporal leve e ameaça praticadas no ambiente doméstico.⁹

A Promotoria de Justiça do Foro Regional de Santana, em São Paulo, a partir da nova redação do § 2º do art. 43 do CP, adotou a rotina do encaminhamento da importância em dinheiro às entidades privadas com destinação social ou a sua conversão em gêneros alimentícios ou produtos, conhecida como cesta básica também enviada às mencionadas entidades.¹⁰ Não foi possível a destinação dos valores em favor das entidades públicas apesar da colaboração concedida por várias delas às ações da Justiça, em razão da precariedade dos mecanismos reguladores desse tipo de encaminhamento.

A Lei 9.714/1998 afastou a discussão a respeito da legalidade do encaminhamento dos valores recebidos – transformados em cestas básicas – em virtude do pagamento

6. Art. 45, § 1º, do CP.

7. Art. 3º, III, da CF.

8. Art. 5º da LICC.

9. Ao tratar das agressões envolvendo cônjuges, da classificação dessas ações como infrações de menor potencial delitivo e das medidas impostas nos Juizados Criminais, Wânia Pasinato (Justiça para todos: Juizados Especiais Criminais e violência de gênero. *RBCC* 53/216) afirmou: “De outro lado, a trivialização também seria decorrente do tipo de pena que vem sendo aplicada. Conforme os estudos têm demonstrado, as penas mais comuns são o pagamento de multa ou de cestas de alimentos que são encaminhadas a instituições de caridade. Além de não se revelar em benefícios para a vítima – seja em termos materiais ou assegurando o seu direito de viver sem violência – este tipo de penalização reforça o sentimento de não gravidade da violência cometida e resulta num processo de sobrevivitização da mulher, uma vez que ela tem suas expectativas ignoradas e é excluída da decisão judicial.”

10. LOURENÇO, Messias José. Cestas básicas e a Lei nº 9.714/98. *BolBCCrim* 76/8.

de multa na transação penal às entidades beneficentes. Antes, para legitimar-se a destinação das importâncias em favor das mencionadas entidades, conjugavam-se os dispositivos reguladores da prestação de serviços à comunidade com a norma constitucional na qual está prevista a pena de prestação social alternativa.¹¹

Nessa época, criou-se um cadastro contendo os dados das entidades privadas. Inicialmente, todas que mantinham relacionamento com a Vara da Infância e Juventude local e estavam instaladas na área física de abrangência do Foro de Santana foram visitadas. Logo depois, outras, cuja existência foi constatada posteriormente, também receberam visitas. Foram consideradas aptas para compor esse cadastro somente as entidades privadas com destinação social – que nada cobrassem pelos atendimentos concedidos – formalmente constituídas para amparar, em período integral, crianças ou pessoas carentes.

A Promotoria de Justiça do Foro Regional de Santana cadastrou 24 entidades que foram beneficiadas com os valores em dinheiro encaminhados. Entre os anos de 1998 até 2004, as propostas de prestação pecuniária apresentadas somaram, aproximadamente, R\$ 1 milhão. No ano de 2004, as propostas de prestação pecuniária totalizaram R\$ 245 mil, dos quais, até o fim do ano, haviam sido recolhidos R\$ 160 mil. Essa prática permitiu o encaminhamento de somas significativas de recursos em dinheiro para entidades privadas com destinação social implantadas no território e reconhecidas pela sociedade, mas essa alternativa foi alterada recentemente em razão da regulação do procedimento decorrente de norma baixada pelo Conselho Nacional de Justiça.¹²

Outra modalidade restritiva de direitos, proposta na fase da transação penal ou no momento da fixação da condição judicial referente à suspensão condicional do processo, foi a limitação de fim de semana, cuja forma de cumprimento sofreu adaptação para ser aplicada aos autores de fato ou acusados usuários de álcool e drogas ilícitas.

Quando a pessoa envolvida com a prática da infração penal de menor potencial ofensivo tiver problemas relacionados ao consumo de álcool e outras drogas, a proposta de transação penal normalmente apresentada é a frequência semanal às reuniões promovidas por organizações – como os Alcoólicos Anônimos, Narcóticos Anônimos e Amor Exigente – que realizam trabalhos consagrados para afastar as pessoas do uso de drogas. A condição de usuário de substâncias entorpecentes pode ser conhecida não só pela análise da modalidade de infração cometida, mas também por meio das informações colhidas durante a audiência preliminar, as quais são prestadas pelo próprio autor do fato, pela vítima ou por familiares que comparecem ao ato.

11. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, cit., p. 216.

12. Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, que define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária.

Durante o ano de 2004, foi possível encaminhar 287 pessoas às reuniões e, devido ao número crescente de interessados, foram adotadas outras estratégias.

Contando com o apoio dos membros dos grupos indicados e de outras pessoas que prestavam auxílio aos familiares dos usuários de drogas, foi estabelecido que os autores de infração penal assistissem a exposições atinentes ao uso de drogas feitas pelos integrantes dos referidos grupos.

Mediante entendimento firmado com os juízes de direito, foi estabelecido um dia a cada mês para a realização dessas palestras. Eram encontros rápidos, organizados pelos promotores de Justiça, cuja duração não devia ultrapassar 30 ou 40 minutos. Eles ocorriam antes das audiências preliminares e serviam para mostrar às pessoas que, caso houvesse interesse, poderiam ser auxiliadas pelos componentes dos diversos grupos, que mantinham salas de reuniões na maioria dos bairros da cidade, funcionando em horários variados.

No Fórum de Santana, as audiências preliminares individualizadas não eram dispensadas ou substituídas pela reunião coletiva prévia, sendo realizadas após a palestra. Nelas cada autor do fato e seu advogado ouviam do promotor de Justiça a proposta particularizada que lhes era apresentada naquele momento.

É necessário ressaltar que, observada a consensualidade que orienta várias ações dos Juizados Criminais, é sempre indispensável preservar a vontade do autor do fato. Por isso, inclusive, é necessário garantir que ele se entreviste não só com o seu advogado, mas também possa conversar um pouco com qualquer membro de sua família ou pessoa das suas relações, caso esteja delas acompanhado, antes da homologação da proposta pelo juiz. Caso ele não aceite o encaminhamento às reuniões promovidas pelos grupos e exteriorizar essa discordância, outra modalidade de proposta ser-lhe-á apresentada de imediato.

A irmandade Amor Exigente, que recebia as pessoas encaminhadas pelo fórum para frequentarem as reuniões promovidas por ela, colocou-se à disposição para montar um grupo de atendimento que funcionaria nas dependências do fórum. Esse grupo atenderia, exclusivamente, às pessoas enviadas pela Justiça. Depois de entendimentos, a diretoria do fórum reservou uma sala para a realização das palestras semanais, trabalho que é mantido há quase um ano.

A prática descrita foi criada por meio da adaptação¹³ de alguns parâmetros indicados pela *Justiça Terapêutica*¹⁴. Embora essa prática possa ser alvo de críticas, principalmente, quanto ao controle da frequência das pessoas nas reuniões, sem

13. OLIVEIRA, José Roberto Rochel; SOBRINHO, Mário Sérgio. Seminário “Drogas: aspectos penais e criminológicos”. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 224.

14. “A Justiça Terapêutica pode ser compreendida como um conjunto de medidas que visam a aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados.” Disponível em: <<http://www.Anjt.org.br>>. Acesso em: 29 jul. 2005.

falar na questão da estrita legalidade da proposta, ela apresenta, pelo menos, duas consequências positivas.

A primeira está ligada ao comportamento das autoridades envolvidas na apuração dos fatos no Foro Regional de Santana, São Paulo. A percepção dos representantes do poder público sobre o grave problema das drogas¹⁵ – que atinge a sociedade de modo linear – parece ter sido alterada. Antes, os profissionais da área jurídica estavam muito mais voltados à apresentação da proposta da medida despenalizadora e ao cumprimento daquilo que fora pactuado em juízo do que à preocupação com outros fatores, exceto a movimentação do processo-crime, quando fosse necessário. Ao adotar-se essa forma diferenciada de trabalho, foi preciso conhecer quais eram, onde estavam e como funcionavam as estruturas públicas de atendimento dos usuários de drogas. Constatou-se que elas eram poucas e muito frágeis, buscando-se o apoio e o otimismo dos grupos de mútua ajuda para propiciar aos usuários de drogas envolvidos com infrações penais leves o mais adequado atendimento.

A outra consequência é a ampliação das opções de escolha do conteúdo da transação penal oferecida ao usuário de substâncias entorpecentes.

Anteriormente, as pessoas eram submetidas ao recolhimento de multa, à prestação pecuniária ou de serviços, nos casos da aceitação da proposta de transação penal ou da condição judicial da suspensão condicional do processo. É conveniente notar que, se qualquer medida despenalizadora prevista não fosse aceita ou não pudesse ser aplicada, o processo criminal seria movimentado e poderia resultar na imposição de pena prisional, que, na maioria das vezes, era substituída por outra sanção, não sendo comum o encarceramento, embora fosse e permaneça possível a prisão daquele que porta drogas ilícitas para uso próprio.

Ao optar e cumprir a obrigação de frequentar reuniões mantidas pelos grupos de mútua ajuda, abre-se a possibilidade de o autor do fato refletir sobre o seu comportamento e o uso das substâncias entorpecentes, situação geradora dos seus problemas com a Justiça.

Ao propor a prestação pecuniária e limitação de fim de semana, preservando-se a vontade do autor do fato, é possível aos órgãos da Justiça propiciarem o fortalecimento das entidades sociais com destinação social e permitirem a reflexão sobre a questão do uso abusivo das substâncias entorpecentes.¹⁶

15. “O flagelo das drogas atinge as famílias dos nossos dias como se de uma epidemia se tratasse, provocando desavenças, amarguras, decepções, sofrimento psíquico e físico e, até mesmo, a morte de cidadãos. A busca de modelos de felicidade efêmera produz chagas no consumidor e nos seus entes mais próximos, cujas cicatrizes jamais encontram cura verdadeira.” Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de drogas: reflexões sobre o novo quadro legal*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 15.

16. Acerca desse assunto, ler o capítulo que trata da Justiça Terapêutica.

CAPÍTULO III

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1. A Audiência Preliminar

O termo circunstanciado de ocorrência, o inquérito policial ou as peças de informação que cuidam da prática de infração penal de menor potencial ofensivo são encaminhados ao respectivo juizado ou vara criminal, devendo ser apresentados ao Ministério Público para conhecimento do conteúdo e formulação dos requerimentos pertinentes.

Ao analisar as informações inseridas no termo circunstanciado ou no inquérito policial, o promotor de Justiça apresenta requerimento da designação de audiência preliminar, indicando, de modo fundamentado, quem são o autor e a vítima, além de apontar a classificação precária dos fatos. Pode em situações bem definidas, requisitar a complementação do termo circunstanciado mediante diligências essenciais e imprescindíveis para a elucidação dos fatos¹⁷ ou promover o imediato arquivamento do expediente quando, por exemplo, verificar que o fato narrado não encontra tipificação penal.¹⁸

A manifestação prévia exarada pelo promotor de Justiça serve como roteiro na ocasião da realização da audiência preliminar, podendo nos casos em que medida despenalizadora¹⁹ alguma seja aceita ou quando o autor do fato não tiver direito de recebê-la, facilitar o exame dos autos para o oferecimento da denúncia oral.

Ultrapassada a fase da tentativa de formulação do acordo civil e da ratificação da representação, quando for o caso, surge o momento da formulação da proposta de transação penal.²⁰ Na ocasião os elementos relativos à autoria e à materialidade

17. ARAÚJO, Eduardo da Silva. *Da complementação do termo circunstanciado*. Revista da Associação Paulista do Ministério Público 35/38.

18. O Comunicado 1.638/2001, do Conselho Superior da Magistratura, recomenda a todos os juizes de direito do Estado de São Paulo que os termos circunstanciados levados ao seu conhecimento devem resultar na designação da audiência de conciliação, nos moldes dos artigos 69, 72 e 77 da Lei Federal 9.099/1995. Indica, ainda, que o juízo pode examinar as providências requeridas pelo Ministério Público, autor do fato, vítima ou representante civil, depois da audiência. Disponível em: <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj>>. Acesso em: 20 jul. 2005. A recomendação contida no comunicado é positiva ao orientar a célere apreciação dos fatos descritos no termo circunstanciado pelo juiz, mas, ao mesmo tempo, é criticável porque viola o princípio da inércia do juiz. Mais adequado seria a preservação da rapidez na tramitação do termo circunstanciado e que fosse permitido ao juiz, nos casos de manifesto desinteresse da vítima ou atipicidade, por exemplo, apreciar o requerimento ministerial antes de qualquer outra providência.

19. As quatro medidas ou institutos despenalizadores inseridos no ordenamento jurídico pela Lei 9.099/1995 são o acordo civil, a transação penal, a exigência de representação como condição de procedibilidade para a apuração dos crimes de lesão corporal culposa e dolosa leve e a suspensão condicional do processo.

20. A transação penal “não se identifica com os institutos do *guilty plea* ou do *plea bargaining*, pois não há aceitação de culpa nem conciliação entre o Ministério Público e a defesa com a finalidade de se obter uma confissão em troca de alguma vantagem, como a acusação por crime menos grave ou por um número menor de crimes. Não há na transação da Lei 9.099/1995 aceitação de culpa. O autor do fato, ao aceitar a proposta do Ministério Público, não estará reconhecendo a sua culpa, tanto assim que não perde a primariedade e a anotação no registro criminal só terá a finalidade de impedir outra transação no prazo de cinco anos.” Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 213-214.

delitiva, dentro das peculiaridades previstas na Lei 9.099/1995, devem estar suficientemente assentados para a apresentação da proposta de transação penal ou para o oferecimento da acusação oral, se o autor do fato não quiser ou não puder receber a proposta.

Ao apresentar a proposta de transação penal, o promotor de Justiça verifica a conveniência de encaminhá-la sob a forma de alguma pena restritiva de direitos ou multas,²¹ mas a Lei 9.099/1995 não fornece, de modo claro, os parâmetros balizadores para o exercício dessa opção.

Embora esses critérios não estejam estampados na Lei 9.099/1995, verifica-se que o art. 92 dispõe sobre a aplicação subsidiária do Código Penal e de Processo Penal e, portanto, permite-se o raciocínio sobre a importância da observação de algumas das condições judiciais previstas no art. 59 do CP, compatíveis com a fase preliminar do Juizado Especial Criminal, para orientar a escolha do conteúdo da proposta da transação penal. A análise dos motivos e das circunstâncias relacionados à prática dos fatos, da personalidade do autor e das consequências sofridas pela vítima podem indicar ao promotor de Justiça se é mais adequado propor o pagamento da multa ou o cumprimento de alguma modalidade de pena restritiva de direitos.

Não se pode perder de vista as diferenças a serem observadas em relação à prática de vários crimes, como ocorre com a lesão corporal de natureza leve, apesar do seu enquadramento em um único dispositivo do Código Penal. A pessoa violenta que fere uma criança por motivo torpe e lhe causa intenso sofrimento, merece ser tratada com maior rigor ao receber a proposta de transação penal do que outro autor que desferiu um golpe e lesionou levemente seu desafeto durante uma discussão.

Em geral, aos fatos menos graves apreciados na fase preliminar do Juizado Criminal é conveniente a indicação do pagamento das multas e aos fatos de maior

21. A Constituição Federal (art. 98, I) autorizou a aplicação do instituto da transação às infrações penais de menor potencial ofensivo, mais tarde regulamentado pela Lei 9.099/1995, que permitiu a adoção do princípio da discricionariedade regrada. Ao verificar a existência dos pressupostos autorizadores para a oferta da proposta de transação penal, o promotor de Justiça deve apresentá-la, exercendo o poder-dever que lhe é atribuído. Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo...*, cit., p. 215. Seguindo o raciocínio, nota-se que o art. 76, *caput*, da mencionada lei indicou que o conteúdo da proposta é a “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.” Em sentido oposto, o autor do fato não está obrigado a aceitar a proposta, podendo recusá-la, sem apresentar qualquer motivo. Nota-se que a pena atribuída ao autor do fato é pactuada, ou seja, decorre da aplicação do modelo de Justiça criminal consensual. Sobre o conteúdo da proposta de transação penal feita pelo promotor de Justiça, aceita pelo autor do fato e homologada pelo juiz, consistente no pagamento de multa ou no cumprimento de restrição de direitos, são necessárias algumas considerações. Trata-se de imposição estatal, que gera perda patrimonial ou restrição de bem jurídico, aplicada em resposta ao envolvimento de alguém com fato ao qual foi atribuído a classificação de infração de menor potencial ofensivo, servindo para prevenir sua repetição. Diante disso, seguindo a denominação inserida na Lei dos Juizados Especiais Criminais, a proposta especificada de restrição de direitos ou de multa – prevista nos arts. 43 e 49 do CP, cuja aplicação subsidiária é permitida pelo art. 92 da Lei 9.099/1995 –, apresentada na transação penal, deverá ser considerada pena.

relevo resta apresentar-se ao autor a proposta do cumprimento da pena restritiva de direitos apropriada.

Há algumas exceções, tais como: situação pessoal do autor do fato e providências por ele tomadas que influenciam o promotor de Justiça ao escolher a modalidade de pena que será indicada na transação penal.

A situação econômica do autor do fato pode, em certas situações, inviabilizar a opção pela sanção pecuniária. Às pessoas sem renda própria ou cujo rendimento é bastante reduzido não é recomendável a proposta do pagamento de qualquer modalidade de pena pecuniária, cabendo, nessas situações, avaliar-se o cabimento da pena restritiva de direitos.

Há outros fatores que devem ser observados na ocasião de especificar-se a natureza da proposta de transação penal, levando-se em conta que um dos objetivos buscados nos juizados é a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Nos crimes cuja ação penal é pública e o autor do fato ressarcir os prejuízos da vítima, não fica afastada a possibilidade da apresentação da proposta de transação penal, conforme dispõe o art. 74, parágrafo único, da LJE. Nesse caso, o promotor de Justiça deve analisar de modo especial a eficácia da reparação do dano e indicar a proposta de transação penal menos onerosa ao autor do fato.

Destinar-se a prestação pecuniária em favor da vítima também é uma opção no momento da celebração da transação penal, que pode atender ao objetivo da reparação dos danos por ela sofridos. O valor fixado serve como paliativo aos prejuízos sofridos. O montante fixado é abatido do total da indenização suportada pelo autor do fato se condenado na instância cível. A aceitação da proposta de transação penal, apresentada nestes termos, não gera reconhecimento da responsabilidade penal ou civil, conforme previsão do art. 76, § 4º e 6º, da Lei 9.099/1995.²²

Na Promotoria de Justiça Criminal de Santana, entre os anos de 1996 e 2004, os crimes previstos no Código Penal que mais resultaram no encaminhamento de pessoas para cumprir a prestação de serviços à comunidade foram lesão corporal dolosa leve, ameaça, desacato, lesão corporal culposa, ato obsceno e dano. Nesses casos, a prestação de serviços não foi fixada em períodos de tempo superiores a um ano, sendo a maior parte das pessoas encaminhadas para o cumprimento de serviços comunitários de três a seis meses de duração.

O acompanhamento dos números obtidos no período analisado demonstrou que não é usual a fixação da prestação de serviços em lapso temporal inferior a três meses ou superior a um ano, porque além da análise do critério subjetivo

22. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 153-154.

orientador da fixação do tempo de duração dos serviços comunitários algumas peculiaridades devem ser sopesadas.

Considera-se que o curto lapso temporal impede ao autor do fato adaptar-se às atividades que lhe forem atribuídas. Além do que seria positivo o contato com os funcionários e o público frequentador da entidade para facilitar-lhe a reflexão a respeito dos atos praticados.

Por outro lado, ampliar em demasia o período de tempo pode desestimular o autor do fato. Além disso, as vagas ocupadas ficam indisponíveis para serem utilizadas por outras pessoas.

Ao verificar que o caso permite a proposta de transação penal, cabe ao promotor de Justiça indicar a pena de multa ou restritiva de direitos. Ao indicar a multa ou a prestação pecuniária deve apontar o valor e a destinação, quando cabível. Ao mostrar como opção uma das penas restritivas de direitos, especifica a mais adequada entre elas e o prazo de sua duração. Essa escolha deve ser feita, sobretudo, com transparência e lastreada em circunstâncias demonstráveis por meio das informações inseridas nos autos, reduzindo-se a limites mínimos e razoáveis a subjetividade da escolha da natureza e duração da proposta.

3.2. A Proposta

A pessoa indicada como autora da prática de infração penal de menor potencial ofensivo²³ poderá aceitar o cumprimento da transação penal e, por consequência, submeter-se à aplicação de penas restritivas de direitos ou pagamento de multa. Ao acusado pela prática de infração penal, cuja pena mínima for igual ou inferior a um ano, e que estiver em condições de ser submetido à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, poderá, ainda, ser indicada alguma condição judicial adequada ao fato e à sua condição pessoal, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade

É possível verificar que a proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo, medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995, podem levar o autor do fato ou o acusado ao cumprimento da prestação de serviços, antes da apuração formal dos fatos em juízo e da sentença penal condenatória.

A proposta de transação penal deve ser apresentada oralmente pelo promotor de Justiça ao autor do fato e seu defensor durante a audiência preliminar, depois da tentativa da celebração do acordo civil e da representação da vítima, quando cou-

23. Cf. GRINOVER, op. cit., p. 375-376. Nessa obra, os autores indicam que considerando o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/2001, que derogou o art. 61 da Lei 9.099/1995, ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. Segundo eles são classificados como infração penal de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais, todos os delitos punidos com pena de prisão até dois anos – independentemente da cominação de multa cumulativa – e as infrações penais punidas somente com multa, seja o procedimento ordinário ou especial definido para a sua apuração.

ber. A indicação da condição judicial consistente em prestar serviços comunitários também deve ser apresentada em Juízo, no momento em que o acusado e a defesa são chamados a se manifestar sobre a suspensão processual.

A proposta da prestação de serviços comunitários, quando decorrer de transação penal ou condição judicial, na hipótese de suspensão processual, será apresentada oralmente ao autor do fato ou acusado. A audiência preliminar é o espaço adequado para propor-se a transação penal e a especificação do seu conteúdo, tanto que a proposição inserida nos autos antes desse momento é considerada como um “mero projeto que o Ministério Público pode trazer pronto para a audiência, mas que será nesta debatido e eventualmente modificado”.²⁴

Embora a prévia apresentação da proposta escrita em tempo anterior ao comparecimento do autor do fato em juízo seja uma prática difundida no Estado de São Paulo, é mais prático, transparente e objetivo ao órgão do Ministério Público estar presente a cada audiência preliminar, e depois de acompanhar as fases antecedentes, composição civil e coleta de representação, quando couber, ofertar de viva voz a proposta de transação penal, indicando qual é o valor da multa ou especificando a natureza e o prazo de duração da pena restritiva de direitos.

Essa forma de atuação permite ao promotor de Justiça cumprir a lei e, ao mesmo tempo, participar de toda fase preliminar da apuração das infrações de menor potencial ofensivo. Além disso, reduz a possibilidade da repetição de propostas impessoais e padronizadas, e permite que seja exercitada a *mudança de mentalidade*, postura há muito desejada nos Juizados Criminais.²⁵

A presença e a participação do representante do Ministério Público na audiência preliminar lhe proporciona ouvir e avaliar as informações prestadas nessa ocasião pela vítima e pelo autor do fato. O conteúdo das informações oferecidas pela vítima durante a oitiva informal somado aos dados inseridos no termo circunstanciado de ocorrência ou no inquérito policial são úteis para o melhor esclarecimento dos fatos.

Levando-se em consideração que o Enunciado 42, do Fórum Permanente de Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, dispõe que “a oitiva informal dos envolvidos e testemunhas, colhida no âmbito do Juizado Especial Criminal, poderá ser utilizada como peça de informação para o procedimento”,²⁶ com maior razão a oitiva informal poderá permitir a escolha da proposta de transação penal mais adequada. Em situações determinadas, os

24. Idem, *ibidem*, p. 148.

25. CENEVIVA, Walter. Juizados Especiais pedem mudança de mentalidade. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 7 out. 1995, Caderno Cotidiano, p. 3-2.

26. São Paulo: Instituto Manoel Pedro Pimentel, Centro de Estudos Penais e Criminológicos: boletim, n. 23, dez. 2004. p. 27.

esclarecimentos trazidos na oitiva informal poderão facilitar a requisição de diligências imprescindíveis endereçadas à polícia ou a promoção de arquivamento dos autos.

Entre 1996 e 2004, do número total de pessoas encaminhadas para prestar serviços comunitários pelo Foro Regional de Santana, 69% delas aceitaram a proposta em transação penal, enquanto 31% passaram a cumpri-la em virtude de condição judicial fixada na suspensão condicional do processo.²⁷

A análise porcentual dos casos encaminhados, somente durante o ano de 2004, demonstrou redução significativa da porcentagem dos encaminhamentos realizados por meio da suspensão processual (18%) e o aumento dos casos resultantes da transação (82%).

A movimentação porcentual decorreu de duas mudanças legislativas. A primeira foi a alteração trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/2001, que ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo que algumas infrações penais fossem incluídas nessa classificação, como é o caso dos crimes de desacato e de porte de substância entorpecente para uso próprio.²⁸ A segunda foi o resultado da fixação da pena de reclusão ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Esse crime punido de forma mais severa pelo Estatuto do Desarmamento²⁹ afastou a possibilidade de o julgamento e a apuração dessas infrações penais ocorrerem nos Foros Regionais situados na Comarca de São Paulo, aos quais, em regra, se reserva a apuração dos crimes punidos com a pena de detenção.

Apesar da discussão existente ao tratar-se do cabimento da prestação de serviços à comunidade como condição judicial da suspensão do processo,³⁰ prevista no art. 89, § 2º, da Lei 9.099/1995, sua fixação é positiva.³¹ Além dela, obrigatoriamente, deverão ser impostas as demais condições previstas pela lei.

Há casos em que aos acusados pela prática de crimes de desacato à autoridade ou pelo porte de entorpecentes para uso próprio, a fixação adicional da condição de prestar serviços comunitários ou participar de palestras e cursos é adequada ao fato e à condição pessoal do infrator. Isso ocorre, por exemplo, quando o me-

27. Os dados estatísticos divulgados neste trabalho foram obtidos do cadastro da Promotoria de Justiça Criminal de Santana, em São Paulo.

28. Artigos 331 do CP e 16 da Lei 6.368/1976, respectivamente.

29. O crime de porte ilegal de arma de fogo, punido com a pena de detenção de 1 a 2 anos e multa, conforme dispunha a Lei 9.437/1997, passou a ser apenado com reclusão de 2 a 4 anos e multa pela Lei 10.826/2003.

30. PALAZZOLO, Massimo. Da violação do princípio da reserva legal – imposição de cestas básicas – suspensão do processo. *BolIBCCrim* 131/13.

31. Essa situação guarda semelhança com a também discutida possibilidade de o juiz impor serviços comunitários ou limitação de fim de semana ao condenado em gozo do *sursis* simples, previsto no art. 78, § 1º, do CP e art. 158, § 1º, da Lei 7.210/1984, questão superada para aqueles que entendem que o *sursis* é uma medida penal alternativa, tipicamente sancionatória. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11.07.84*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 354.

nosprezo ao funcionário público é exacerbado ou quando há demonstração que o acusado é usuário contumaz de entorpecentes e necessita ser orientado quanto aos efeitos que poderá vir a sofrer.

No caso da prática das infrações indicadas, que não geram a obrigação de reparar o dano normalmente devido à renúncia do ofendido ou à inexistência de prejuízo, a proibição de frequentar determinados lugares e o comparecimento mensal no cartório judicial, pelo prazo de dois a quatro anos, embora sejam condições legais fixadas na proposta de suspensão condicional do processo, causam a sensação de insuficiência para a reprovação e a prevenção dos fatos. A fim de que o acusado perceba a ação da Justiça nesses casos, além de valer-se das condições legais, caberá ao juiz fixar a prestação de serviços.

Outra escolha que exige critério e percepção por parte do órgão do Ministério Público é a que ocorre na ocasião da especificação da proposta de transação penal.

Conforme assinalado, essa oportunidade surgirá na audiência preliminar depois da verificação do cabimento da proposta da aplicação da sanção antecipada.

A indicação sistemática do pagamento de multa ou da prestação pecuniária, embora atenda com frequência aos interesses dos autores da infração e dos seus defensores – pois é comum que eles próprios se prontifiquem a recolher cestas básicas em benefício da entidade indicada pelo Juízo –, torna semelhante a proposta de transação penal indicada nos variados casos submetidos ao exame do promotor de Justiça na fase preliminar do Juizado Criminal.

A constatação dessa prática recomenda uma reflexão. Talvez seja o momento de olhar-se para o passado recente e perceber que a postura hodiernamente adotada na esfera do Ministério Público, pelo menos em São Paulo, ou seja, apresentar a proposta de transação penal consistente no pagamento em dinheiro de valores reduzidos, é atitude parecida àquelas outrora criticadas e adotadas nas decisões judiciais que impunham aos acusados, de modo sistemático, somente as penas de multa nos patamares mínimos legais.

A prestação pecuniária decorrente da transação penal cumpre papel relevante no sistema dos Juizados Criminais. É resposta eficaz à prática de contravenções penais, aos crimes nos quais não há vítima definida ou naqueles em que os fatos atribuídos ao seu autor são pouco reprováveis ou, ainda, quando outra pena restritiva for inadequada. Esse papel é cumprido de modo mais produtivo, se a proposta de pagamento de valor em dinheiro for convertida no fornecimento de alimentos, remédios, utensílios ou peças de vestuário – segundo as necessidades da entidade beneficiária –, com a obrigação de que a entrega seja feita pessoalmente pelo autor da infração em parcelas mensais. O formato apresentado para o cumprimento da prestação pecuniária busca ampliar o envolvimento do autor da infração com a entidade recebedora dos alimentos ou produtos.

No período de 1996 até 2004, no Foro Regional de Santana, em São Paulo, verificou-se que, por meio da celebração de transação penal e de condição judicial imposta nos casos de suspensão condicional do processo, 57% das pessoas recolheram multa ou prestação pecuniária, enquanto 38% delas prestaram serviços comunitários. A parcela restante, ou seja, 5% das pessoas aceitaram frequentar reuniões e palestras semanais promovidas por grupos de ajuda mútua, tais como os Alcoólicos e Narcóticos Anônimos, medida essa apresentada e adotada pelos promotores de Justiça a partir de meados de setembro de 2003.

Ao examinar os dados referentes ao ano de 2004, nota-se uma alteração na distribuição do percentual. Nesse ano, 50% dos casos resultaram na aplicação de prestação pecuniária, 30% em serviços comunitários enquanto os 20% restantes frequentaram as reuniões. Tais índices descritos, especialmente aqueles referentes ao ano de 2004, podem ser interpretados, pelo menos, de dois modos.

Objetivamente, os dados analisados demonstram que, em metade dos casos originários da aplicação de sanções no Juizado Criminal, a pena escolhida foi de natureza pecuniária, avaliação que demonstra a sua aceitabilidade pelos operadores do sistema. A reflexão pode ser confirmada se o percentual anual for comparado àquele produzido no período entre 1996 até 2004.

No aspecto subjetivo, a análise permite imaginar que há espaço para ampliar as outras penas restritivas de direitos em relação às sanções de natureza pecuniária. Entretanto essa ampliação somente poderá ser implementada se acompanhada da adequação das estruturas materiais e humanas, que permitam aos promotores de Justiça e aos juízes sentirem-se estimulados a indicar a prestação de serviços e a limitação de fim de semana como alternativas eficazes à prestação pecuniária.

O promotor de Justiça, no momento de formular a proposta de transação penal, e o juiz de direito, na ocasião de deferir a fixação da condição judicial, devem refletir sobre as alternativas à sanção pecuniária. Essa mudança de orientação deverá ser seguida da melhoria das condições do recebimento e controle das pessoas encaminhadas para cumprir outras modalidades de restrição de direitos.

3.3. O Encaminhamento do Autor do Fato

Durante a audiência preliminar, depois de especificada a proposta de cumprimento da prestação de serviços comunitários e havendo aceitação do autor do fato e da defesa, verifica-se qual é a entidade mais adequada para recebê-lo.

Na oportunidade se deve averiguar se o autor do fato reside ou trabalha próximo da repartição pública que o receberá. A constatação da proximidade física entre a entidade pública e o local de residência ou trabalho é uma informação que se confirma durante a audiência preliminar, embora conste do termo circunstanciado de ocorrência ou inquérito policial, pois há casos em que o autor do fato não reside ou trabalha nos endereços anteriormente anotados.

A indicação de entidade pública localizada em ponto distante da moradia ou de difícil acesso para o autor do fato deve ser evitada, porque demandaria despendimento de dinheiro para o pagamento das despesas com o transporte e dispor de maior tempo para os deslocamentos.

Não é comum, embora fosse desejável, que a entidade recebedora da prestação de serviços detenha verbas para custear as despesas com o transporte dos prestadores de serviços. De igual modo, os responsáveis pelo Juizado Criminal também não têm condições de arcar com esses gastos. Para suprir essa dificuldade seria conveniente a formalização de convênios com as autoridades responsáveis pelo transporte público municipal, que permitissem aos prestadores de serviços utilizar gratuitamente determinadas linhas de ônibus e metrô nos dias e horários indicados para efetuarem a prestação.

É muito importante verificar, também, qual é a ocupação do autor do fato e os seus horários de serviço, caso ele esteja incluído no mercado formal ou informal de trabalho. Esse dado permitirá escolher melhor a entidade que o receberá, porque algumas delas administram as tarefas das pessoas durante o horário normal de expediente, enquanto outras permitem o cumprimento do trabalho nos horários noturnos e fins de semana.

Se a pessoa está empregada e frequenta estabelecimento de ensino à noite, poderá realizar a prestação de serviços somente nos fins de semana.³² Referida situação não poderá ser considerada impeditiva do cumprimento da pena proposta, porque o Código Penal, ao regular a modalidade de sanção restritiva de direitos, indicou que ela deve ser cumprida de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Nesse caso, o dia de descanso semanal deve ser destinado, temporariamente, ao cumprimento da determinação judicial.

Poucas são as categorias profissionais cujo tempo livre é escasso para realizar os trabalhos comunitários impostos pela Justiça. Ao surgirem nos Juizados Criminais autores de fato que afirmem possuir limitações drásticas de tempo livre, o promotor de Justiça e o juiz de direito, auxiliados pelos seus respectivos funcionários e pela coordenação do programa de prestação de serviços da entidade pública, devem buscar alternativas que permitam o cumprimento da pena proposta.

Há uma ressalva a ser feita em relação ao cumprimento da prestação de serviços durante o horário noturno. Nenhum problema ocorrerá se o trabalho for encerrado por volta das 23 horas. Não é apropriado que o término do serviço

32. O art. 117, parágrafo único, da Lei 8.069/1990 (ECA), ao fixar a prestação de serviços à comunidade como uma das medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente infrator, dispôs que a atribuição das tarefas não deve prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. A lei penal, ao tratar do cumprimento da prestação de serviços à comunidade, não faz idêntica ressalva quanto aos estudos. Entretanto, não é admissível que a fixação da jornada de serviço comunitário afaste o autor do fato – maior de 18 anos, estudante, matriculado e frequentador de estabelecimento de ensino regular – dos bancos escolares.

ocorra depois desse horário, em virtude de problemas práticos, como dificuldade para a atribuição de tarefas adequadas e falta de responsáveis para fiscalizarem os trabalhos.

Outro tema relevante versa sobre a conveniência de a entidade recebedora da prestação de serviços dispor de vagas para atender às pessoas encaminhadas que necessitam desempenhar as suas tarefas durante os fins de semana. Essa questão consiste em peculiaridade da entidade pública recebedora, não podendo, muitas vezes, ser tratada durante a audiência preliminar, sendo que as autoridades dos juizados devem estar cientes da disponibilidade de vagas nos fins de semana antes de encaminhar os prestadores de serviço.

O funcionamento da entidade pública em horários dilatados e nos fins de semana é uma das características que a torna atraente para a formalização de parcerias que lhe permita receber os prestadores de serviços comunitários encaminhados pela Justiça. É o caso dos hospitais públicos que sustentam as atividades durante 24 horas, todos os dias da semana, o ano todo.

Há algum tempo, a Secretaria de Estado da Educação de São Paulo mantém a abertura de várias escolas públicas aos fins de semana para atender o programa conhecido como Escola da Família. A abertura das escolas nos fins de semana propicia a colocação de alguns prestadores de serviços para contribuir na realização das tarefas comunitárias nelas desenvolvidas, por intermédio do programa de prestação de serviços gratuitos à comunidade da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), parceria que funciona há muitos anos envolvendo a Secretaria de Estado da Educação, a mencionada Fundação e a Justiça Criminal.³³

A possibilidade da manutenção de mecanismos de comunicação simplificados entre a vara ou juizado criminal e a coordenação do programa de prestação de serviços da entidade recebedora é importante. Os mecanismos permitem que, algumas vezes, quando da realização da audiência preliminar, simples contatos por telefone eliminem dúvidas surgidas em casos específicos, além de facilitar ou desaconselhar o encaminhamento pretendido. A devolução sistemática das pessoas encaminhadas para prestar serviços comunitários em determinada entidade pública devido à inexistência de vaga ou horário compatível acarreta várias consequências negativas. Entre elas, percebem-se o desânimo do prestador de serviços, a imposição de novas diligências e a repetição de esforços para buscar-se outro local que o receba, gerando dificuldades para a parceria formalizada entre o Juizado Criminal e a entidade pública.

Há casos, ainda, que na audiência preliminar, apesar da aceitação da proposta de transação penal que resulte na prestação de serviços comunitários, o autor do

33. Disponível em: <http://www.fde.sp.gov.br/PagesPublic/InternaProgProj.aspx?contextmenu=prestserv>. Acesso em 18.01.2014.

fato aponta impedimentos de toda a ordem para cumpri-la, indicando não possuir dias disponíveis ou horários compatíveis ou ter compromissos sociais e familiares inadiáveis. Tais ponderações merecem ser ouvidas e analisadas, inclusive, para aferição e verificação da procedência. Muitas vezes é possível notar que são reclamações desprovidas de fundamento, oportunidade em que se deve lembrá-lo da facultatividade da aceitação da proposta e dos benefícios que lhe acompanham.

Para algumas pessoas, todavia, o simples retardamento do início da prestação de serviços pactuado em Juízo, pode minimizar dificuldades apresentadas e permitir o efetivo cumprimento da pena. Isso ocorre, com certa frequência, em períodos próximos ao fim do ano e festas natalícias, quando muitas pessoas conseguem trabalhos temporários de curta duração, mas que lhes exigem permanecer em serviço durante várias horas. Nesses casos, a proposta de transação penal pode ser celebrada, desde que nela conste a cláusula de início da prestação de serviços para um, dois ou três meses depois daquela data.

Nos meados do mês de abril de 2001, quando a parceria entre a Promotoria de Justiça Criminal, Foro Regional de Santana e Hospital do Mandaqui completava pouco mais de 4 anos, já haviam sido encaminhados ao hospital 1.030 prestadores de serviços. Naquele momento foi contabilizado que 59% das pessoas recebidas pelo hospital prestavam serviços durante o horário comercial, enquanto 35% cumpriam suas tarefas nos fins de semana e somente 6% à noite.³⁴ O levantamento estatístico serviu para demonstrar que é importante para a Justiça credenciar entidades receptoras de prestadores de serviços que tenham condições e estejam determinadas a dispor de vagas no horário comercial, sem descuidar da reserva de postos a preencher nos fins de semana e no período noturno.

O encaminhamento formal do autor da infração penal à entidade na qual prestará serviços comunitários deve ocorrer ao término da audiência preliminar. O cartório judicial ou a secretaria do juizado providenciará um ofício de encaminhamento, constando os dados qualificativos completos da pessoa encaminhada e o tempo de cumprimento – anos, meses, semanas ou dias – acrescido da carga horária a ser cumprida por mês, semana ou dia. Nesse documento, também, deve estar anotado o dia e o horário da apresentação, além do nome do funcionário que deve receber o prestador de serviços.

É importante que conste desse documento a transcrição fiel da proposta homologada durante a audiência. O ofício deve conter informações relativas à pessoa apresentada, bem como especificar a pena que deve ser cumprida. Esse ofício deve assemelhar-se à guia de recolhimento para a execução, que é expedida pelo juízo

34. SOBRINHO, Mário Sérgio; POLI, Cristina Maria. Retrospectiva e futuro do Programa de Prestação de Serviços do Conjunto Hospitalar do Mandaqui. In: I SEMINÁRIO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS, 2001, São Paulo. Resumo... São Paulo: Centro de Estudos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 2001. p. 71.

nos casos de condenação por sentença penal transitada em julgado.³⁵ Por meio dos dados inseridos nesse ofício o coordenador da entidade recebedora da prestação de serviços identifica a pessoa e controla o cumprimento da pena.

Nos casos abrangidos pelos Juizados Criminais e nas hipóteses de suspensão condicional do processo com a condição de prestar serviços, nos quais as infrações que resultam no cumprimento de sanções restritivas de direito são leves, comunicar ou não à entidade recebedora qual foi o delito cometido pela pessoa encaminhada é uma ação que pode ser dispensada. Primeiro, porque é conhecido que os Juizados Criminais encaminham pessoas que se envolveram em infrações leves e, segundo, porque a simples menção aos artigos do Código Penal e da legislação penal extravagante exige consultas aos textos legais, providência por vezes dificultosa nas repartições públicas.

Há entidades públicas cujos responsáveis consideram importante o conhecimento dessa informação, principalmente, porque, algumas delas restringem o recebimento de infratores envolvidos com certas modalidades delitivas.³⁶

A existência de mecanismos de comunicação adequados entre o fórum e a entidade pública facilitam a tomada de informações suplementares sobre o encaminhamento do autor do fato. O funcionário da Justiça deve se comunicar com o da repartição pública, ao elaborar o ofício de apresentação, a fim de que sejam designados data e horário adequados.

É ideal que o autor do fato se retire das dependências do fórum, onde participou da audiência preliminar, em razão da prática de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-se à transação penal, munido do documento de encaminhamento dirigido à entidade que o receberá para prestar serviços. Essa prática, embora possa congestionar o balcão de atendimento do cartório ou secretaria em certos períodos e horários, é muito boa, pois o encaminhamento imediato condiciona a apresentação da pessoa à entidade e o consequente início do cumprimento da pena.

O cuidado no encaminhamento do prestador de serviços para a entidade pública é útil em razão de contribuir para o efetivo cumprimento da pena proposta e permitir que a pessoa note a seriedade do ato e perceba que o término da restrição a ela imposta ocorrerá na data prevista, desde que se empenhe para isso.

35. Art. 106 da Lei 7.210/1984.

36. Na parceria mantida entre a Promotoria Criminal de Santana, o Foro Regional e o Hospital do Mandiqui, durante muitos anos os ofícios de encaminhamento não revelavam qual era a infração penal cometida. Quando houve mudança na direção da unidade de saúde, a diretoria que assumiu as funções solicitou que os novos encaminhamentos fossem acompanhados dessa informação. A Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, entretanto, pede que os ofícios de encaminhamento sejam acompanhados de informação que esclareça qual o tipo de delito cometido pela pessoa, porque o programa de prestação de serviços por ela mantido não acolhe infratores cujos crimes praticados envolvam entorpecentes.

3.4. A Fiscalização do Cumprimento

A comprovação da presença efetiva da pessoa encaminhada à entidade pública nos dias e horários determinados é essencial para dar credibilidade à prestação de serviços à comunidade, tornando-se mais simples e transparente quanto melhor for a comunicação mantida entre a entidade recebedora e o juízo encaminhador.

Na parceria instituída entre o Hospital do Mandaqui e o Foro Regional de Santana, em São Paulo, a troca de informações inicia-se logo depois da realização da audiência preliminar, momento em que um funcionário do cartório judicial conversa por telefone com um funcionário do hospital que lhe fornece a data, o horário e o nome do responsável pela entrevista inicial. Essas informações são inseridas no ofício judicial de encaminhamento redigido em duas vias, das quais uma é entregue ao prestador de serviços e a outra permanece nos autos judiciais.

Apresentado o prestador de serviço e realizada a entrevista inicial, a coordenação do programa oficia ao juízo, informando-o sobre o setor de trabalho, o dia e o horário previstos para o cumprimento das tarefas e as datas programadas para o seu início e término. A cada mês, no transcurso do período da prestação, são comunicados, também por ofício, a frequência, os atrasos, as ocorrências diversas e a eventual prorrogação da data prevista para o término das tarefas, em virtude da reposição das possíveis ausências.

Cumprido o tempo indicado pelo juízo, em semanas ou meses, o prestador de serviços é liberado. Na mesma ocasião, oficia-se ao juízo, noticiando-se o encerramento das tarefas.

A entidade recebedora do prestador de serviços pode estabelecer várias formas de controle de frequência, tais como a instituição de livro de presença, listagem semanal ou mensal, cartão de ponto ou qualquer outro método hábil. Normalmente, o sistema adotado na entidade para o controle da frequência dos funcionários também é empregado para aferir a presença dos prestadores de serviços.

A aferição da assiduidade do prestador de serviços e a remessa do documento comprobatório da frequência ao juízo são atribuições exclusivas do coordenador do programa. Apesar disso, o controle torna-se mais eficaz se, além do emprego dos métodos usuais de comprovação dos comparecimentos, for difundida a responsabilidade da fiscalização dos prestadores entre os funcionários da entidade pública.

Cada setor engajado no programa deve manter uma relação com o nome e as atribuições do prestador de serviços, constando dia e horário normal do trabalho, informações que devem ser conhecidas pelo chefe do serviço, por seu substituto e pelos demais funcionários do setor. Isso facilita o registro dos eventuais atrasos ou faltas, que devem ser formalmente comunicados à coordenação do programa, e permite a programação das tarefas dos prestadores de serviço.

A regra legal que dispõe sobre o cumprimento das tarefas atribuídas ao prestador de serviços, na proporção de uma hora a cada dia de condenação, exige maior rigor no controle da frequência,³⁷ porque amplia o número de comparecimentos e dilui o tempo da prestação de serviços.

Nos Juizados Criminais, onde as penas restritivas são transacionadas, é possível convencionar-se o número de horas semanais a serem cumpridas e estipular-se a divisão do período, no máximo em dois turnos, para simplificar o controle e a fiscalização.

A presença diária do prestador de serviços na entidade – para cumprir uma hora de serviço – impõe a necessidade da multiplicação dos deslocamentos, situação que pode ser penosa em cidades grandes. Por outro lado, essa forma de cumprimento dispensa a interrupção do trabalho para a alimentação. Seria mais conveniente, entretanto, se a legislação tivesse fixado o período de 6 horas contínuas como carga horária semanal para a prestação de serviços, com a possibilidade de repartir o turno em até 2 dias. A jornada de 6 horas semanais e a repartição desse tempo reduziriam os deslocamentos entre a residência e o local da prestação e eliminariam a concessão de intervalo para a refeição.

A correta identificação da pessoa constitui-se no cuidado a ser tomado pelos funcionários da entidade pública, providência essa realizada no momento da apresentação para a entrevista inicial. A anotação do nome e demais dados qualificativos, tais como: filiação, data, local de nascimento e número dos documentos no ofício judicial de apresentação, acompanhada da advertência para não deixar de apresentar os documentos na ocasião da entrevista, facilitam a identificação da pessoa.

A conferência dos documentos apresentados e a identificação do prestador de serviços são atribuições do funcionário que realiza a entrevista inicial. Ao surgir qualquer dúvida, é conveniente que ele se entenda com o cartório judicial, tomando a cautela de colher a assinatura e a impressão digital da pessoa que se apresentou. Se for possível, é desejável a extração de cópia do documento apresentado pela pessoa encaminhada, que ficará arquivada e disponível para eventual consulta na coordenação do programa.

Durante as audiências em juízo e nas entrevistas realizadas na entidade recebedora alguns prestadores, por desconhecimento ou ingenuidade, perguntaram se poderiam indicar um parente ou amigo que estivesse desempregado para cumprir as tarefas que lhe seriam atribuídas. Nessas ocasiões, era dito ao prestador de serviços que a presença dele era indispensável, por tratar-se de encargo personalíssimo, e realçava-se a impossibilidade da sua substituição por qualquer outra pessoa.³⁸

37. A previsão consta do § 3º do art. 46 do CP, alterado pela Lei 9.714/1998.

38. Art. 5º, XLV, primeira parte, da CF.

Se as pessoas que têm problemas com a Justiça fazem esse tipo de indagação, por desconhecimento ou ingenuidade, supõe-se que outras usem artifícios para falsear a identidade e ludibriar os funcionários, incentivando terceiros a cumprirem as tarefas como se fossem aqueles encaminhados pela Justiça.

O risco de ocorrência das fraudes poderia ser reduzido com o emprego de métodos biométricos de identificação humana.³⁹ Em data recente, o Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo determinou o emprego da biometria para evitar a substituição de pessoas nos procedimentos para a obtenção da carteira de motorista.⁴⁰ O sistema funciona com a instalação de leitores ópticos nas autoescolas e centros de formação de condutores, objetivando capturar a imagem da impressão digital do candidato a motorista. Quando necessário, a impressão arquivada é comparada com a digital da pessoa que se apresentar para as aulas teóricas, práticas e exames.

Caso fossem destinadas verbas para incrementar a aplicação, o cumprimento e a fiscalização das chamadas penas alternativas, poderia ser estudado o emprego de método que capturasse a imagem da impressão digital do prestador de serviços em juízo, ao final da audiência preliminar, e encaminhasse essa imagem, via *on-line*, para a entidade pública gerenciadora do cumprimento das tarefas.

A parceria envolvendo o Hospital do Mandaqui, a Promotoria Criminal e o Fórum de Santana, em São Paulo, instalada em 1996, não recebeu nenhum investimento público ou privado. As despesas referentes a pessoal, materiais empregados para o encaminhamento, controle e fiscalização dos prestadores de serviços, de algum modo, foram suportadas pelo poder público sem nenhum acréscimo específico e significativo das despesas.

Em certa época, verificou-se que seria útil à funcionária administrativa, destacada para auxiliar a coordenadora do programa, ter ao seu alcance um aparelho de telefone sem fio, pois assim poderia deixar sua sala de trabalho e percorrer outros pontos do hospital, cuja área é extensa, sem deixar de atender aos telefonemas, principalmente aqueles feitos pelos funcionários do fórum logo após as audiências, devido à necessidade de marcarem datas e horários para as entrevistas. Entretanto, como no hospital, no fórum e no Ministério Público não havia aparelho de telefone sem fio para ser destinado ao programa de prestação de serviços ou verba para adquirir-se um, a carência não foi suprida.

Outro mecanismo importante para reforçar a fiscalização e, ao mesmo tempo, facilitar a comunicação entre os operadores do programa na entidade pública e no fórum é a realização de reuniões. Inicialmente as reuniões surgem com a finalidade

39. A respeito do tema biometria, cf. SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: RT, 2003. p. 34-35.

40. IZIDORO, Alencar. Tem início identificação digital em autoescolas de São Paulo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 jun. 2005, Caderno Cotidiano, p. C-3.

de de que as pessoas se conheçam e criem vínculos de coleguismo e, especialmente, para que cada parte saiba das atribuições e das dificuldades vivenciadas pela outra, a fim de cumprirem as suas missões básicas. As reuniões ajudam as pessoas a deixarem de ser nomes no papel ou vozes pelo telefone, incentivando a criação de vínculos. Desse modo, as bases da parceria são fortalecidas, ampliando os resultados positivos dos trabalhos.

Nas reuniões, normalmente, o tempo disponível é utilizado para se discutir a rotina adotada ou a viabilidade de sua alteração, comentar a produtividade, ampliar a parceria e debater as questões pontuais. Os encontros devem ser de curta duração e ocorrer, em rodízio, nos prédios de todos os participantes. Não é preciso acontecer com muita frequência, exceto quando houver problemas graves a serem tratados, porque a marcação de reuniões periódicas pode dificultar o desempenho das demais atividades dos profissionais que colaboram com o programa.

A participação dos juízes, promotores de Justiça, advogados e membros da diretoria da entidade pública nessas reuniões é imprescindível ao fortalecimento da parceria e à troca de informações.

Algumas vezes, é possível incluir o programa de serviços à comunidade nos debates ou seminários realizados pelos órgãos parceiros. As oportunidades são ótimas para a divulgação dos resultados e a captação de novos colaboradores. O profissional responsável deve estar pronto a participar desses eventos e, se possível, mostrar os resultados e chamar a atenção de todos para as necessidades do programa.⁴¹

O coordenador do programa⁴² de prestação de serviços da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) idealizou, durante o segundo semestre de 2004, algumas reuniões entre ele, os diretores e os subdiretores das escolas públicas, que são funcionários que recebem os prestadores de serviços encaminhados à Secretaria de Estado da Educação. A proposta inicial constituiu-se na realização das reuniões na Diretoria Regional Norte da Capital e, para que isso ocorresse, houve a autorização do uso de uma hora do tempo destinado ao encontro mensal dos diretores. O coordenador do programa convidou juízes e promotores de Justiça para as reuniões. A cada uma delas compareceu um juiz ou promotor de Justiça,⁴³

41. A primeira exposição pública e aberta da parceria firmada com o Hospital do Mandaqui ocorreu no dia 14 de fevereiro de 2000. O debate promovido pela Escola Superior do Ministério Público abordou o tema *Pena de prestação de serviços à comunidade*, divulgou as atividades de promotores de Justiça de Santana em conjunto com o Hospital do Mandaqui e contou com a presença do então Ministro da Justiça José Carlos Dias e outras autoridades. Cf. BOLETIM INFORMATIVO. São Paulo: CEAF/Escola Superior do Ministério Público, ano 4, n. 23, fev. 2000. p. 7-9.

42. O responsável direto pelo trabalho na FDE é o Advogado Valdir Sassi.

43. Participaram das exposições as juízas de direito Eneida Meira Rocha de Freitas e Carmen Lúcia da Silva, na época exercendo suas funções, respectivamente, na Vara de Execuções Criminais da Capital e no Juizado Especial Criminal do Fórum Central, além do promotor de Justiça José Roberto Rochel de Oliveira, lotado, na ocasião, no Fórum Regional de Santana.

que falou a respeito dos aspectos jurídicos importantes para o encaminhamento dos prestadores de serviços às escolas públicas.

As exposições feitas e os debates mantidos foram muito produtivos, porque além de receber informações sobre os trabalhos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Coordenação de Prestação de Serviços da FDE, os diretores de escolas puderam fazer perguntas e esclarecer dúvidas a respeito do tema. Algum tempo depois, o coordenador da prestação de serviços avaliou que, entre os diretores de escolas participantes das reuniões, aumentou sensivelmente a disposição para receber prestadores de serviços e a observância dos prazos para a remessa dos relatórios de frequência.

A Promotoria de Justiça e o Fórum de Santana não dispõem de servidores que possam fiscalizar o cumprimento da prestação dos serviços nas entidades receptoras e exerçam as funções de fiscais do serviço comunitário.⁴⁴ Essa missão é importante, não só para confirmar a presença das pessoas nos dias e horários estipulados, mas também porque serve como mecanismo de sustentação, apoio e comunicação com a coordenação do programa, especialmente nos casos que os funcionários da entidade receptora têm dificuldades para controlar determinados prestadores de serviço.

A fiscalização dos prestadores de serviços é uma tarefa difusa e multifacetada. Trata-se de encargo da entidade receptora dos serviços, do Ministério Público e do Poder Judiciário, cujo cumprimento é facilitado pela adoção de mecanismos de aproximação dos seus representantes que poderão melhor controlar a assiduidade e o cumprimento das tarefas dos prestadores de serviços.

3.5. O Descumprimento da Prestação de Serviços

A parceria mantida entre Hospital do Mandaqui, a Promotoria de Justiça e o Fórum Regional de Santana desde o seu início, em meados de fevereiro de 1996 até dezembro de 2004, permitiu o encaminhamento de 1.877 pessoas para cumprir tarefas comunitárias naquela unidade de saúde.

Entre os encaminhados pela Justiça ao Hospital do Mandaqui, constatou-se que 71% deles concluíram, integralmente, os serviços comunitários. Do restante, 11% das pessoas abandonaram o hospital e 18% delas permaneciam realizando os trabalhos na ocasião em que foram tomados os dados.⁴⁵ Os números percentuais apresentados mostram um quadro moderado de abandono do cumprimento da prestação de serviços, estando incluídos entre eles, os casos das pessoas que

44. MANUAL PRÁCTICO SOBRE EL SERVICIO COMUNITARIO COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN. In: Conferência de Países Africanos, Serviço Comunitário, jul. 2002, Zimbabwe. Manual... São José da Costa Rica: Guayacán, 2002. p. 72-74.

45. SOBRINHO, Mário Sérgio; POLI, Cristina Maria, op. cit., p. 70-71.

permaneciam no hospital cumprindo serviços comunitários como condição judicial decorrente da suspensão condicional do processo, cujo descumprimento pode causar a revogação da suspensão e determinar o andamento do respectivo processo-crime.

Uma das questões que muito preocupa os estudiosos dedicados às análises dos resultados trazidos pela Lei dos Juizados Especiais Criminais está relacionada ao índice de descumprimento das penas restritivas de direitos fixadas na fase de transação penal.

A adoção de estratégias ou ações práticas, algumas já mencionadas, como a rapidez no encaminhamento do prestador de serviços à entidade que deve recebê-lo e a adequação, nos limites possíveis, do horário e do dia designados para o cumprimento das tarefas, além da atribuição de encargos relevantes para a instituição recebedora, podem manter baixo o índice de descumprimento da prestação de serviços.

Na parceria estabelecida, foi permitido à coordenação do programa suspender o prestador de serviços da realização das tarefas, ao constatar três faltas consecutivas e injustificadas. No momento em que o prestador de serviços é considerado suspenso, recolhe-se a sua folha de frequência do setor onde ele foi apresentado e, em seguida, faz-se sua convocação – por telefone, carta ou telegrama – para entrevistas com a coordenadora do programa.

Se o prestador de serviços comparecer e justificar de modo suficiente as ausências, mediante avaliação da coordenação do programa, será reintegrado. Entretanto, retornando ao cumprimento das tarefas, não lhe será garantida a permanência no posto e nos horários anteriormente estipulados, porque aquela vaga pode ter sido ocupada.

Se a coordenação do programa entender que as justificativas apresentadas não são satisfatórias, ou quando o prestador de serviços não atender ao chamado, o caso é devolvido ao fórum para a análise do promotor de Justiça. O Ministério Público, ao receber o expediente no qual conste essa informação, requer seja o autor do fato intimado por carta ou pessoalmente para comparecer ao cartório judicial e esclarecer o motivo do abandono.

Em razão do não atendimento da intimação, é possível requerer-se ao juízo a condução coercitiva do infrator,⁴⁶ que é necessária para avaliar-se com clareza a causa do descumprimento do que foi pactuado. Essa providência é onerosa, portanto, deve ser adotada com critério e de modo excepcional.

Se o autor do fato apresentar-se, é chamado a justificar-se. No caso da aceitação da justificativa, é reencaminhado ao programa de prestação de serviços. Deve-se avaliar

46. A previsão é encontrada no art. 80 da Lei 9.099/1995.

se ele continuará ou não prestando serviços naquela entidade pública para a qual foi encaminhado.⁴⁷ O comparecimento em juízo, resultado que é pretendido pela adoção da providência descrita, pode apontar qualquer situação que não justifique o abandono das tarefas, mas faculte a alteração de sua natureza ou modo de execução.

Há casos em que se comprova que o autor do fato conseguiu empregar-se e deve cumprir jornada e rotinas incompatíveis com o cumprimento da prestação de serviços. É o exemplo dos motoristas profissionais de transporte de carga interestadual, que, de modo frequente, passam longos períodos fora das suas casas, encontrando-se impossibilitados, temporariamente, de cumprir a prestação de serviços. Ao analisar o caso concreto – em especial o tempo cumprido de prestação de serviços –, ainda no campo da consensualidade e perante o juízo, pode ser proposta uma sanção de outra natureza ou ser sugerida a concessão de prazo para o cumprimento do pacto anterior.

Em outras situações, a presença do autor do fato perante o juiz, o promotor de Justiça e o advogado permite notar pela aparência, indumentária ou sinais físicos exteriores que ele apresenta problemas de saúde mental ou física impeditivos da continuação da pena restritiva, hipótese em que é preciso suspender o cumprimento, encaminhá-lo para atendimento e, quando cabível, averiguar sua condição de sanidade mental.

Nas audiências pode surgir notícia de problemas graves de saúde, como casos de câncer, AIDS, uso abusivo de álcool ou outras substâncias entorpecentes e os quadros depressivos agudos. Nessas doenças, as recaídas são possíveis e, de certo modo, previsíveis, podendo levar o prestador de serviços ao abandono das tarefas indicadas pela entidade, ao recolhimento no local onde mora e à desmotivação de comunicar-se ou pedir ajuda. A pessoa que se demonstrou hígida o suficiente para submeter-se ao cumprimento de prestação de serviços dois ou três meses antes, poderá estar, tempo depois, atingida por problemas de saúde física ou mental graves, e impossibilitada de seguir cumprindo o que foi pactuado.

Questão tormentosa é aquela que surge quando o prestador de serviços abandona a entidade para a qual foi encaminhado sem justificar os motivos e, ainda, não é encontrado para receber a intimação ou ser conduzido ao juízo.

Nos casos de descumprimento da transação penal, na qual foi pactuada a prestação de serviços comunitários ou a limitação de fim de semana, as providências

47. Os motivos que determinaram a suspensão do cumprimento das tarefas podem sugerir que o prestador de serviços não deva ser reencaminhado à entidade pública que inicialmente o recebeu. Há situações em que a conduta do prestador de serviços não configura falta disciplinar grave ou crime, cujas práticas devem ser comunicadas ao juízo para a análise e a tomada das providências cabíveis, mas recomenda a alteração do local indicado para a continuação das tarefas. A ausência de empenho ao cumprir as tarefas estabelecidas, sem motivo justo e depois da advertência, é uma situação que indica a conveniência da alteração de local de cumprimento da prestação de serviços. Essa é uma das razões sugestivas da vantagem do credenciamento de diversas entidades aptas a receber os prestadores de serviços encaminhados pela Justiça.

requeridas pelo promotor de Justiça e, na maioria das vezes deferidas pelo juiz, são de natureza muito variada, como a propositura ou retomada da ação penal, a conversão da proposta em pena privativa de liberdade e a execução do acordo. Nenhuma delas, entretanto, parece ser adequada. As duas primeiras não têm respaldo legal, e a última exige o ajuizamento de ação visando à execução da obrigação de fazer, que pode impor ao autor do fato o pagamento de indenização.

As posições consolidadas depois de mais de cinco anos da vigência da Lei 9.099/1995, quanto ao descumprimento da transação penal, foram resumidas por Damásio E. Jesus, o qual, depois de apontá-las, concluiu que “a composição penal encerrou o procedimento. O legislador, não prevendo a hipótese, criou uma situação sem solução contra o autor do fato.”⁴⁸

A prática de encaminhar-se o descumprimento da transação penal por meio da denúncia oferecida pelo promotor de Justiça e do seu acolhimento pelo juiz, que muitas vezes se amparou nos precedentes extraídos de uma decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁹ e dos poucos acórdãos do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo,⁵⁰ parece não encontrar adesão aos julgados do Colégio Recursal Criminal da Capital, instalado há menos de dois anos.⁵¹

Não há previsão legal ou orientação jurisprudencial segura para o encaminhamento da questão do descumprimento da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana decorrentes da aceitação de transação penal proposta no Juizado Criminal. Essas sanções são fixadas de modo autônomo, ou seja, não resultam da substituição de qualquer pena privativa de liberdade e, portanto, não há parâmetro para a sua conversão em prisão.⁵²

A propositura da ação penal é reflexo do inconformismo do promotor de Justiça que exerce suas atribuições perante os Juizados Especiais Criminais. O recebimento da inicial acusatória por parte do juiz pode ter idêntica natureza. Referidos

48. JESUS, Damásio Evangelista de. Descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal: importante acórdão do Supremo Tribunal Federal. *BolIBCCrim* 91/7.

49. HC 79.572 – Goiás, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 29.02.2000, relator Ministro Marco Aurélio. STF – HC – Rel. Marco Aurélio. *RTJ*, 183/648.

50. *Transação penal – Descumprimento do acordo – Oferecimento da denúncia – Possibilidade* (TACrimSP – Rel. Érix Ferreira – RJTACrim 37/522). *Transação penal – Ausência de pagamento de multa fixada – Oferecimento da denúncia – Possibilidade* (TACrimSP – Rel. José Urban – RJTACrim 37/247). *Transação penal – Descumprimento do acordo homologado pelo Juiz – Instauração da Ação Penal – Necessidade* (TACrimSP – Rel. Pires Neto – RJTACrim 39/218).

51. *Transação penal. Prestação Pecuniária não honrada. Impossibilidade de nova lide com fundamento no mesmo fato. Rejeição da denúncia. Prestação jurisdicional efetivada nos moldes do art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95. Natureza de sentença homologatória, com exaurimento da prestação e acobertada pelo manto da coisa julgada formal e material. Formação de título executivo. Improvimento do recurso interposto* (Col. Rec./SP – HC – Rel. Coltro Sorci – BolIBCCrim 149/888). *Transação penal. Acordo não cumprido. Impossibilidade de reabertura do procedimento. Sentença Homologatória. Interpretação dos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei 9.099/95. Coisa julgada formal e material. Designação de audiência de instrução, debates e julgamento que implica constrangimento ilegal suprível pelo writ.* (Col. Rec./SP, HC – Rel. Coltro Sorci – BolIBCCrim 145/856).

52. GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 201-203.

profissionais, ao depararem-se com a inexistência de providências legais para o encaminhamento dos casos de descumprimento da transação penal, preferem agir desse modo a aguardar a prescrição ou o cumprimento espontâneo da pena.

A fixação de sanção pecuniária ao autor do fato descumpridor da prestação de serviços comunitários ou da limitação de fim de semana pode ser empregada nos Juizados Criminais, com o intuito de estimular o cumprimento da transação penal⁵³. Entretanto, essa ideia merece ressalva.

No caso da fixação da prestação de serviços cumulada com prestação pecuniária alternativa pelo descumprimento dos serviços, se o autor do fato, de modo deliberado, não cumprir a tarefa e não pagar a sanção pecuniária caberá a execução do valor. Na hipótese da fixação isolada da prestação de serviços, será necessário lançar-se mão da execução lastreada nos termos dos arts. 632 a 641 do CPC, que poderá resultar na fixação de indenização. Nas duas situações apresentadas a inércia do autor do fato poderá resultar na imposição de desembolso de dinheiro, providência que se mostrou inadequada na ocasião da proposta de transação penal. A sanção de natureza pecuniária que, muitas vezes, não foi indicada na ocasião da proposta de transação penal pode ser fixada no final, permitindo que o autor do fato seja beneficiado pela própria torpeza.

Existe uma proposta de alteração legislativa em andamento,⁵⁴ por meio da qual se pretende dar nova redação aos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei 9.099/1995, e nele acrescentar-se outros dois parágrafos. A mudança almejada, em síntese, propõe a suspensão do procedimento por uma decisão judicial interlocutória mantida até o cumprimento da transação penal, momento em que outra declarará homologado e cumprido o acordo. O projeto prevê, ainda, a suspensão da prescrição durante o prazo concedido para o cumprimento do acordo e, se ocorrer descumprimento da transação, permite o prosseguimento do procedimento, conforme dispõe o art. 77 da mesma lei.

Além da mudança proposta, seria interessante indicar uma outra alteração na Lei dos Juizados Especiais Criminais que pudesse permitir a inserção no texto de um mecanismo inibitório para o caso do não cumprimento, sem justificativa, da transação penal.

Isso se alcançaria com a duplicação do prazo para a celebração de outra transação penal, de 5 para 10 anos.⁵⁵ Se é exigido do autor do fato, que aceitou e cumpriu

53. Cf. KÖNIG, Sergio Donat. *Transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 77-78. O autor, em síntese, depois de considerar que a transação é instituto do direito civil utilizado pela Lei 9.099/1995 e empregado na área penal, entende ser cabível a inserção de cláusula na transação penal que imponha multa ao autor do fato que descumprir-la.

54. Trata-se do Projeto de Lei 3.367/2004, do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, apresentado no dia 14.04.2004, e após tramitação na Câmara de Deputados foi remetido ao Senado Federal no dia 19.07.2005. Disponível em: <http://www3.camara.gov.br/sileg/Prop_detalhes.asp>. Acesso em : 1º ago. 2005.

55. Art. 76, § 2º, II, da Lei 9.099/1995.

a transação penal, esperar 5 anos para receber nova proposta, nada mais justo que aquele que não a cumpriu, aguardar prazo maior para usufruí-la novamente.

Entretanto, a análise do quadro relacionado às providências legais previstas para o descumprimento das penas restritivas de direitos resultantes da transação penal não deve desestimular o trabalho daqueles que oficiam perante os Juizados Criminais, e que, especialmente, sabem da importância e dos resultados positivos muitas vezes alcançados com a aplicação da prestação de serviços à comunidade.

Há dois fatores que podem ser apontados como estímulo à continuação da aplicação das penas restritivas de direitos nas transações penais, enquanto a jurisprudência não indica caminhos seguros ou as leis não são alteradas. O primeiro deles é o baixo índice do descumprimento dos serviços comunitários, pelo menos se levando em conta os dados mencionados neste trabalho. O segundo decorre da análise do quadro anterior à Lei 9.099/1995, quando as pessoas acusadas pela prática de infrações penais leves eram condenadas ao cumprimento de penas pecuniárias ou restritivas de direitos, muitas vezes não pagas nem executadas,⁵⁶ sem falar na quantidade de inquéritos policiais ou processos criminais que eram fulminados pela prescrição.⁵⁷

A Lei 9.099/1995 regulamentou o artigo 98, I, da CF e definiu um sistema de Justiça consensual calcado em critérios e objetivos próprios, traçando parâmetros importantes de política criminal, os quais deverão ser preservados sem prejuízo da correção de lacunas. A apuração dinâmica e renovada das infrações penais leves mostra a *grandeza do espírito* dessa lei,⁵⁸ cujos conceitos foram aceitos e assimilados pela comunidade jurídica, tanto que a transação penal, instituto nela regulamentado, foi incorporado e aplica-se aos crimes de trânsito e ambientais, conforme previsão das Leis 9.503/1997 e 9.605/1998.

56. GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 202.

57. FERNANDES, Antonio Scarance; PENTEADO, Jaques de Camargo; BARROS, Marco Antonio. Reflexos da lei dos juizados especiais criminais na justiça criminal paulista. *RF* 347/11 .

58. RUDNICKI, Dani. Lei nº 9.099 é grande em seu espírito. *BolIBCCrim* 35/3.

CAPÍTULO IV

ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO

4.1. Coordenação do Projeto

À entidade pública beneficiária dos trabalhos realizados pelos prestadores de serviços compete indicar um funcionário responsável pelo recebimento e controle das pessoas encaminhadas para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade nos Juizados Especiais Criminais. Esse profissional é o elo entre a entidade beneficiária dos serviços e as autoridades do respectivo juizado.

É importante tecer algumas considerações a respeito das características necessárias à composição do perfil da pessoa indicada para o encargo.⁵⁹

O profissional deve ser alguém que possua formação superior, trabalhe há algum tempo na entidade pública, goze da confiança do seu diretor ou chefe e, sobretudo, tenha prestígio e credibilidade perante os demais funcionários da repartição.

A formação educacional de nível superior é necessária ao profissional que exerce referida atribuição, porque é frequente o emprego de conhecimentos nas áreas humanas e sociais durante o exercício das várias atividades ligadas ao cumprimento dos serviços comunitários. A ele, ainda, cabe manter contatos periódicos com os juízes, os promotores de Justiça e os advogados, devendo ser alguém que tenha facilidade em se comunicar e, ao mesmo tempo, seja objetivo e ponderado ao expor ideias, qualidades mais facilmente encontradas no profissional detentor de formação universitária. O bom nível de ensino poderá lhe facilitar ao tratar de assuntos relacionados ao programa de prestação de serviços, com funcionários detentores de escolaridade superior ou que estejam no exercício das funções diretas na própria repartição.

O tempo de trabalho anterior exercido na repartição ou entidade pública tomadora da mão de obra dos prestadores comunitários é uma particularidade essencial para a escolha do responsável pelo gerenciamento e coordenação dos trabalhos. Essa característica funciona como uma espécie de garantia de conhecimento das peculiaridades da repartição e, em razão disso, permite ao coordenador localizar a área mais interessante para receber o prestador e o funcionário cujo histórico profissional e pessoal seja adequado para a administração do trabalho da pessoa encaminhada pela Justiça.

59. *As Regras de Tóquio*: comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade (Trad. Damásio Evangelista de Jesus, São Paulo: Paloma, 1998. p. 86-87) ao tratar do recrutamento, no item 15.2, recomendam que “as pessoas designadas para aplicar as medidas não privativas de liberdade deverão ser aptas para a função e, sempre que possível, ter formação profissional e experiência prática adequadas. Essas qualificações deverão ser claramente definidas.”

Há alguns setores na repartição que, embora as características dos serviços neles prestados sejam relevantes, não guardam pertinência com as tarefas que o prestador de serviços necessita realizar, tais como aquelas em que os trabalhos realizados apresentem risco, por exemplo, os serviços de segurança.

Existem trabalhadores lotados nos diversos setores dos órgãos públicos cujos hábitos profissionais ou pessoais não indicam sucesso na administração e no controle dos prestadores de serviços. Os funcionários impacientes ou que ostentam problemas de saúde, como o alcoolismo, podem ter problemas para exercer esse tipo de encargo.

Nota-se que cabe muito mais ao gerente do programa coordenar e controlar a prestação de serviços que distribuir, equitativa e linearmente, as pessoas encaminhadas pela Justiça aos diversos setores da repartição. Por essa razão se desempenha a função comentada com mais eficácia, quando designado para o seu cumprimento um profissional experiente.

O coordenador do programa de prestação de serviços deve ser uma pessoa na qual o chefe possa depositar confiança e que tenha a credibilidade dos colegas de trabalho, pois, do mesmo modo que o coordenador precisa de apoio dos superiores hierárquicos para o exercício das suas funções, necessita também da colaboração irrestrita dos colegas, a fim de criar, manter e ampliar os postos de trabalho dos prestadores de serviços na repartição.

Embora sejam imprescindíveis a concordância e a adesão da diretoria da entidade pública para a formalização da parceria entre ela e o órgão judicial encarregado do encaminhamento dos prestadores de serviços, é importante que os demais funcionários da repartição, desde os chefes dos setores até os servidores mais humildes, estejam motivados e abertos para o exercício das novas atribuições – de recebimento, orientação e controle dos prestadores de serviços – que se irradiam, de algum modo, para todos eles.

Algumas vezes, dependendo do número de prestadores de serviços distribuídos pela repartição e do tempo disponível para dedicar-se ao programa, o coordenador pode exercer as atribuições do seu novo encargo contando com o auxílio de outros funcionários. Esses colaboradores compõem a equipe do programa de prestação de serviços e, sob a supervisão do coordenador, auxiliam realizando diversas atividades, tais como receber as pessoas encaminhadas e entrevistá-las, acompanhar o cumprimento dos serviços, estimular a manutenção e a criação de novos postos para receber prestadores na repartição pública, entre outras ações.

É adequado que, a partir do momento em que o número de prestadores de serviços estiver próximo de 30 trinta pessoas/mês, seja designado um funcionário administrativo para auxiliar no controle da correspondência; preparar, separar e arquivar documentos; controlar o recolhimento e o envio dos comprovantes de

frequência ao fórum; atender a chamadas telefônicas; receber e enviar papéis e mensagens pelo sistema de fac-símile e correio eletrônico.

A respeito do arquivo dos documentos dos prestadores de serviços, é conveniente tecer-se alguns comentários. A sua existência é essencial, não apenas por tratar-se da memória geral do programa, mas também, por conter a descrição individual de cada caso atendido. O controle e a guarda dessa documentação são outras atribuições que cabem ao coordenador do programa de prestação de serviços, podendo delegá-las ao auxiliar administrativo cujo trabalho deve ser acompanhado periodicamente. Em hipótese alguma, o arquivo poderá ser pulverizado pelos diversos setores da repartição que recebem os prestadores, sob pena da perda ou da dificuldade na recuperação dos dados cujo conteúdo poderá ser necessário à Justiça.

O responsável pelo programa de prestação de serviços também deve ocupar-se da manutenção do controle estatístico no qual conste o número de casos atendidos, a quantidade das pessoas que cumpriram as tarefas de modo efetivo, além das interrupções e abandonos, entre outros dados anotados. Os equipamentos e as ferramentas na área da informática são muito úteis para a realização do controle estatístico. Na maior parte das vezes, o uso dessas ferramentas é cedido pela própria repartição, mas a aquisição desse material só poderá ser efetivada mediante a formalização de convênios e parcerias.

É fundamental cuidar-se da destinação de espaço físico compatível com o exercício das atribuições destinadas ao programa de prestação de serviços. Nele devem estar inseridos o arquivo e o material necessário ao atendimento dos prestadores de serviços, além de ser indispensável contar com uma linha telefônica e, se possível, o acesso a aparelho de fac-símile e computador ligado à internet. A mera existência de uma sala ou mesmo de uma mesa para servirem de apoio a atendimentos exclusivos aos prestadores de serviços e às questões a eles ligadas, facilita a visualização do trabalho aos funcionários da repartição e colabora para a consolidação das atividades.

A instituição da coordenação do programa de prestação de serviços comunitários na entidade pública não substitui ou dispensa a equipe de apoio técnico, formada por profissionais das áreas de Serviço Social e Psicologia, que assistem, apoiam e assessoram as autoridades do Juizado Criminal. Essa equipe multidisciplinar é desejável, porque facilita o trabalho ao “estabelecer a interação entre o mundo jurídico e o mundo social”.⁶⁰ As dificuldades na contratação dos profissionais não devem servir como obstáculo à formalização das parcerias e ao encaminhamento dos prestadores de serviços para o cumprimento das suas tarefas

60. Metodologia de apoio descrita por Márcia de Alencar Araújo Matos. Cf. BRASÍLIA (DF). Ministério da Justiça. *Monitoramento das penas e medidas alternativas*: manual de orientação. Brasília: Panfler Gráfica, 2002. p. 21.

perante as repartições públicas interessadas. Nessas hipóteses, antes de contar com o auxílio da equipe técnica atuando ao lado do Juizado Criminal, os juízes e promotores de Justiça poderão buscar, na estrutura da entidade recebedora, a ajuda dos profissionais habilitados para receber e controlar os prestadores de serviços.

Essa prática, adotada na parceria desenvolvida entre o Fórum Criminal de Santana e o Hospital do Mandaqui, em São Paulo, em razão da inexistência de técnicos contratados pelo Poder Judiciário para trabalhar nas Varas Criminais, mostrou-se suficiente e adequada.

4.2. Entrevista Inicial

O coordenador do programa ou alguém de sua equipe deve entrevistar a pessoa encaminhada pela Justiça, tão logo chegue à entidade pública.

A Assistente Social Cristina Maria Poli considera que a tomada dos dados pessoais do prestador de serviço, ocorrida durante a entrevista inicial, constitui-se em “uma importante ferramenta utilizada pelo Programa, pois nela é estabelecida uma relação institucional entre o Hospital e o encaminhado.”⁶¹

A entrevista inicial é indispensável para a admissão da pessoa no programa para o qual foi encaminhada pela Justiça. A partir dos dados nela obtidos, será possível adequar-se o cumprimento da sanção e, ao mesmo tempo, atender ao princípio constitucional da individualização da pena⁶² e às determinações da lei penal, ou seja, respeitar as aptidões e não prejudicar a jornada de trabalho do prestador de serviços.⁶³

O entrevistador colhe dados individuais, profissionais, familiares e socioeconômicos da pessoa entrevistada com o objetivo de conhecer as suas características e, a partir delas, estabelecer critérios que facilitem a indicação da tarefa apropriada.⁶⁴ O diálogo estabelecido pode incluir os fatos que a levaram à Justiça, embora esse não seja o objetivo da entrevista.

O respeito à individualidade do prestador de serviços no campo das aptidões e capacidades, tanto intelectual quanto profissional, acrescido da busca dos horários e dias mais adequados para o cumprimento das tarefas, facilita sua integração à entidade, evita constrangimentos desnecessários, valoriza a atividade a ser realizada e, de modo geral, contribui para o efetivo cumprimento da medida judicial.⁶⁵

61. SOBRINHO, Mário Sérgio; POLI, Cristina Maria, op. cit., p. 66.

62. Art. 5º, XLVI, da CF.

63. Art. 46, § 3º, do CP, alterado pela Lei 9.714/1998.

64. Márcia de Alencar Araújo Matos apresentou modelos adaptados de formulários de entrevistas, tomando por base aqueles utilizados pelas Centrais de Apoio às Promotorias dos Juizados Especiais Criminais da Região Metropolitana do Recife – PE e pela Vara de Execução de Penas Alternativas de Fortaleza – CE. Cf. BRASÍLIA (DF). Ministério da Justiça. *Monitoramento das penas...*, cit., p. 57-64.

65. SOBRINHO, Mário Sérgio; POLI, Cristina Maria, op. cit., p. 67.

Algumas vezes, a pessoa é detentora de habilidades diversas da sua qualificação profissional, as quais podem ser aproveitadas se houver conhecimento dessa peculiaridade. Isso ocorreu com uma pessoa entrevistada no Hospital do Mandaquí, encaminhada pelo Fórum de Santana, em São Paulo. Durante a entrevista, apresentou-se um motorista profissional que deveria cumprir serviços comunitários em razão da prática de lesão corporal. Embora sua qualificação profissional permitisse o desempenho de tarefas no setor de manutenção de veículos, referida pessoa revelou habilidades e gosto para realizar trabalhos de madeira. Como o hospital mantinha um setor de marcenaria, o pedido foi atendido e cumprido com dedicação e total aproveitamento.

Na maioria das ocasiões é o entrevistador que deve reconhecer no entrevistado o potencial para colaborar com as missões desempenhadas pela entidade pública. A realização de várias tarefas projetadas pelos responsáveis das diversas repartições da entidade pública recebedora dos prestadores de serviços, muitas vezes, por falta de tempo ou pessoal disponível, não se concretiza. A organização de arquivos físicos, a arrumação de alguns ambientes, a realização de pequenas reformas e limpezas, a redistribuição de móveis, a classificação de objetos, o levantamento da localização de equipamentos danificados e outras tarefas podem ser atribuídas ao prestador de serviço, desde que as habilidades para a execução dessas atividades sejam notadas durante a entrevista inicial.

A pessoa encaminhada pela Justiça poderá, dependendo das suas aptidões, auxiliar nos trabalhos de rotina desenvolvidos pelos funcionários da entidade. Ao realizá-los, muitas vezes, o prestador de serviços desonera os funcionários do setor, permitindo-lhes maior dedicação às atividades principais. Em repartições cujas dimensões físicas são amplas, o prestador de serviços pode auxiliar no transporte de documentos e objetos, atribuição que permite aos funcionários do setor permanecerem mais tempo exercendo as tarefas principais.

É inegável que à prática infracional cometida deveria indicar-se a pena transacionada mais compatível. Por exemplo, é mais adequado inserir os autores de lesão corporal leve praticada contra membros da sua própria família em grupos de reflexão e de debate sobre a violência, em vez de designá-los para prestar serviços comunitários.⁶⁶ Entretanto, o cumprimento dessa restrição é onerosa. Ela exige pessoal exclusivo para desenvolver as propostas específicas e não produz

66. A Pró-Mulher Família e Cidadania é uma organização não governamental instalada em São Paulo desde 1977. Um dos seus objetivos é diminuir o impacto da violência doméstica e atender mulheres de baixa renda. Célia Regina Zapparoli, Presidente da entidade, apresentou várias propostas para empregar as técnicas de mediação e para formar grupos de reflexão com a finalidade de atender aos casos de violência doméstica ocorridos nas áreas dos Foros de Santana e Central, em São Paulo. Essas técnicas podem ser utilizadas tanto na composição civil quanto na transação penal, nos casos da aplicação de limitação de fim de semana. A entidade aguarda a celebração de convênio com o Poder Judiciário para iniciar os atendimentos.

acréscimo aos serviços prestados pela organização, que deve fazer cumprir a determinação judicial.

A prestação de serviços à comunidade é uma pena restritiva pouco onerosa e que depende do apoio das repartições públicas, da comunidade e da colaboração para o cumprimento.

A entrevista inicial é o momento adequado para informar a pessoa dos deveres que ela observará no período de permanência na entidade. Na ocasião, são apresentadas ao prestador de serviços as normas disciplinares do programa e os parâmetros adotados para a verificação do cumprimento dos horários e da assiduidade. É nesse momento que surge a oportunidade de o entrevistador ressaltar, de modo geral, a importância de o prestador cumprir normas de comportamento, subordinação e dedicação aos encargos que lhe forem atribuídos, bem como respeitar funcionários e público. Outros lembretes específicos podem ser feitos, como evitarem-se trajes inadequados ou o uso de adereços impróprios, como roupas curtas para as mulheres, bermudas ou chinelos para os homens, ou, ainda, brincos ou pulseiras desproporcionais.

O acompanhamento do desempenho das tarefas atribuídas às pessoas e o comportamento assumido por muitas delas permitem relatos sobre transformações – verificadas durante ou depois do período de cumprimento da prestação de serviços – ocorridas em sua vidas.

O primeiro deles aconteceu no Hospital do Mandaqui. Foi o caso de um motociclista acusado da prática de acidente de trânsito que deu causa à morte de uma pessoa, quando o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor era punido com a pena prevista no art. 121, § 3º, do Código Penal, que admitia a suspensão condicional do processo. O infrator aceitou a suspensão cumulada com a condição de prestar serviços comunitários no hospital. Ele foi encaminhado ao setor de radiologia e incumbido de recepcionar pacientes e cadastrar pedidos de exames. Em razão do interesse pessoal e da disposição dos funcionários que o assistiam, em pouco tempo aprendeu a revelar filmes e a encantar-se pelo trabalho, tanto que passou a estudar radiologia e obteve a formação de técnico na área. Esse mesmo prestador de serviços namorou uma funcionária do hospital e casou-se com ela, sendo que hoje o casal tem uma filha com mais de 6 anos de idade.

Outro caso ocorreu no Hospital do Ipiranga, situado na cidade de São Paulo e administrado pela Secretaria de Estado da Saúde. A entidade passou a receber prestadores de serviços encaminhados pelo foro regional do bairro há, aproximadamente, três anos. No hospital foi atendido um técnico em hemoterapia, que estava desempregado e respondia por injúria, danos materiais e desacato. Embora tivesse recebido a proposta de recolher multa, pediu outra alternativa em virtude de não dispor de recursos para pagá-la. Ele afirmou que, inicialmente, imagina-

va sofrer forte discriminação dos funcionários do hospital devido ao encaminhamento judicial.⁶⁷ Entretanto, foi surpreendido com o acolhimento e a indicação para prestar serviços na enfermaria de clínica médica, onde auxiliava os enfermeiros nas tarefas administrativas. Em razão de sua formação profissional, procurou o banco de sangue local e candidatou-se a um emprego, sendo contratado ainda enquanto cumpria a sanção. Logo depois, ele conseguiu outro trabalho e declarou à coordenadora do programa de prestação de serviços daquele hospital: “Voltei a ter uma perspectiva de vida melhor, voltei a sonhar e, principalmente, passei a acreditar na Justiça”.

Não foi diferente o caso de outro prestador de serviços encaminhado pelo Fórum de Santana para trabalhar na manutenção do prédio do Hospital Geral de Vila Nova Cachoeirinha. Em virtude do bom desempenho das tarefas que lhe foram atribuídas e da observação feita pelo mestre de obras da empresa contratada para realizar as reformas, o prestador foi convidado para trabalhar. Depois de receber o convite e consultar a coordenação do programa, apresentou-se à promotoria de Justiça solicitando que lhe fosse autorizado cumprir as atividades em período de tempo menor, porque naquela unidade de saúde as tarefas eram realizadas durante o horário comercial. Obtida a necessária autorização judicial, ele antecipou o tempo de cumprimento da pena e, em seguida, conseguiu o emprego almejado.

Há outro caso recente, cujo relato é interessante.

No mês de abril de 2005, um jovem com 19 anos de idade, que cursava o ensino médio, conhecido como “Alberto”, foi encaminhado à Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) pelo Fórum Regional da Penha, em São Paulo, devido à prática do crime de dano, por meio de pichação, para cumprir 96 horas de trabalho durante o prazo de 3 meses. Ele apresentou-se para a entrevista inicial na sede da fundação e, depois dos procedimentos usuais, foi encaminhado à escola estadual próxima da sua residência para cumprir as suas tarefas. Logo que “Alberto” deixou a sede da FDE, um funcionário da entidade esteve no sanitário que antes fora utilizado pelo jovem e encontrou a porta pichada com os dizeres: “Prestação de Serviços à Comunidade – 2005 – Z.O. – Berto”.

Em virtude do episódio, o coordenador do programa de prestação de serviços do FDE solicitou, por telefone, que a direção da escola lhe devolvesse o caso. Ele retornou no dia seguinte. Inicialmente negou a autoria do escrito, mas durante a conversa mantida com o coordenador do programa, na qual foram expostas questões éticas, morais, familiares e de cidadania, ele admitiu os fatos e, espontanea-

67. A sensação de discriminação ou de constrangimento que atinge a pessoa que se apresenta para cumprir os serviços comunitários deve ser minimizada na entrevista inicial e durante a execução das tarefas. Foi essa a preocupação exteriorizada por uma pessoa incluída no Programa de Prestação de Serviços do Hospital do Mandaqui ao ser ouvida por um repórter. O prestador de serviços disse que “esperava ser maltratado, mas a boa recepção dos funcionários foi o primeiro incentivo”. CARARO, Aryane. Contra crime leve, trabalho em hospitais. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 2 set. 2003, Caderno A, p. 9.

mente, limpou a pichação. Mediante requerimento endereçado ao promotor de Justiça e ao juiz de direito, foi autorizado que “Alberto” concentrasse a prestação de serviços em período de tempo mais curto e trabalhasse perante a equipe coordenadora do programa de prestação de serviços.

Ao fim do cumprimento da pena, a avaliação de desempenho remetida ao fórum apontou que “Alberto” realizou excelente trabalho como auxiliar de escritório e mensageiro. Na avaliação, constou que o prestador de serviços foi extremamente dedicado às tarefas que lhe foram atribuídas. No documento foi anotada uma ressalva feita pelo prestador de serviços, na qual ele afirmou que a ocasião lhe pareceu “excelente oportunidade de reflexão para não mais errar”. A administração da FDE chegou a cogitar contratá-lo para atuar no departamento de mobiliário escolar, logo que a primeira vaga fosse aberta.

Não são apenas os casos positivos ou pitorescos que ocupam o imaginário das pessoas que se dedicam a atender prestadores de serviços encaminhados pela Justiça. Há algum tempo, o Pronto-Socorro do Hospital do Mandaqui recebeu um rapaz, vítima de vários disparos de arma de fogo, que acabou falecendo. Foi constatado que referida pessoa, inicialmente confundida com um funcionário do hospital, era prestador de serviços encaminhado pelo Fórum de Santana em razão de portar drogas.

A eficaz entrevista inicial e a precisão dos dados nela obtidos são importantes garantidores do aproveitamento do prestador de serviços e do seu encaminhamento ao setor da repartição mais adequado para absorver o seu potencial. Isso torna produtivo o cumprimento da pena, não só para a entidade e o público beneficiado, mas também ao próprio encaminhado, que poderá cumprir a determinação judicial e encontrar motivação para, em alguns aspectos, redirecionar a sua vida.

4.3. O Balanço

O Hospital do Mandaqui, durante ano de 2003, manteve, em média, 130 prestadores de serviço a cada mês e, apesar do elevado número de pessoas recebidas, imaginava-se que essa quantidade poderia ser aumentada. O tamanho das instalações físicas do hospital e a amplitude dos atendimentos nele realizados⁶⁸ indicavam que aquele número não era o limite da capacidade, porque outros setores do hospital poderiam aproveitar as tarefas realizadas por novos prestadores de serviços.

Notou-se, entretanto, que mesmo podendo ampliar o número de prestadores/mês, o hospital não comportaria o recebimento de mais pessoas, pois era pequeno o número de assistentes sociais que realizavam as entrevistas iniciais, nessa época, em

68. O Hospital do Mandaqui é uma unidade de saúde de grande porte. Em maio de 2003, havia 413 leitos e foram feitos 30.000 atendimentos de pronto-socorro, 19.000 consultas ambulatoriais, 60.000 exames complementares e 1.400 internações.

geral, marcadas além de 30 dias contados da data da audiência preliminar. Esse intervalo, só não foi ampliado devido ao empenho da coordenação do programa e ao frequente contato mantido com o fórum. A troca de informações permitia aos promotores de Justiça e aos juízes visualizarem o esgotamento momentâneo da capacidade de absorção de novos casos no hospital e direcioná-los para outras entidades.⁶⁹

A falta de profissionais habilitados para entrevistarem as pessoas encaminhadas pela Justiça, nos quadros da entidade recebedora, não pode resultar na supressão ou simplificação da entrevista inicial. Essa prática colocaria o prestador de serviços em postos de trabalho escolhidos de modo aleatório, sem a prévia avaliação da sua capacidade pessoal. A dispensa da entrevista poderia ocasionar a indicação de setores da repartição cujas características seriam inadequadas para receber pessoas ou cujos servidores tivessem dificuldades para fiscalizá-las.

O espaço físico disponível e número de vagas oferecidas pela entidade pública são condições importantes para o recebimento dos prestadores de serviço, mas por mais generosos que eles sejam, a estrutura de apoio humano é primordial para o sucesso do programa e, portanto, deve ser dimensionada para atender de modo adequado.

As atribuições gerais do programa de prestação de serviços no Hospital do Mandaqui cabiam à coordenadora do programa, enquanto as demais assistentes sociais, em sistema de rodízio, colaboravam na realização de várias entrevistas iniciais. A coordenadora e as assistentes sociais desempenhavam as suas missões normais no hospital, desenvolvendo tarefas do programa em pequenos intervalos, sem prejudicar o exercício das funções principais na área da saúde.

Outra preocupação para o sucesso do programa está ligada ao modo pelo qual os administradores das entidades públicas compreendem os serviços comunitários. Eles não podem considerar que os prestadores de serviços sejam mão de obra barata. Ao fazer-se essa afirmação não se pretende dizer que o resultado do trabalho deles para a entidade não seja importante, tampouco que a avaliação do desempenho individual seja desnecessária.

O que se busca mostrar é que as entidades públicas e os responsáveis engajados nesse desafio permitem à pessoa encaminhada pela Justiça muito mais que desempenhar as tarefas necessárias ao cumprimento da *pena alternativa*⁷⁰. O

69. Os encaminhamentos eram feitos para outras entidades, como a Fundação para o Desenvolvimento da Educação, Secretaria Municipal de Assistência Social e Hospital de Vila Nova Cachoeirinha.

70. A propósito das chamadas *penas alternativas*, há uma classificação atual das penas, que as divide em institucionais e alternativas. “As *penas institucionais* são as que se cumprem nas chamadas *instituições completas e austeras*, de que são exemplos as penitenciárias e demais estabelecimentos penais que submetem os internos a um regime de dominação e controle ... As *penas alternativas* são todas as sanções diversas e menos graves que a perda da liberdade, que é traduzida em nosso sistema pela reclusão, detenção e prisão simples. O CP e as leis especiais contêm várias modalidades de penas alternativas dentro das classificações típicas de penas restritivas de direitos e penas pecuniárias.” Cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Forense: Rio de Janeiro, 2005. p. 444.

cumprimento do serviço comunitário permite-lhe conviver com os funcionários, os atendimentos, os usuários e as dificuldades enfrentadas para a satisfação das necessidades do público. Desse modo, fazem com que os espaços das entidades públicas sejam mais do que simples locais onde os serviços gratuitos são prestados, transformando-os em verdadeiros centros de transmissão de cidadania.

Entre os anos de 1998 e 2000, quando a parceria envolvendo o Hospital do Mandaqui e o Fórum de Santana passou a ser conhecida em São Paulo⁷¹ e o número de casos atendidos aumentou de modo significativo,⁷² foram pleiteados recursos para a sua ampliação e aperfeiçoamento.

Surgiram ideias para a discussão, tais como criar mecanismos transparentes e seguros, a fim de que os valores da prestação pecuniária revertissem em favor da prestação de serviços; conceder pequenas gratificações no salário dos funcionários públicos no período em que eles se ocupassem do recebimento, controle e fiscalização dos prestadores e, por fim, obter equipamentos e materiais para melhorar, no programa, as condições de atendimento.

Apesar do encaminhamento dos pedidos, não foram obtidos recursos que permitissem aumentar o quadro de pessoal⁷³ ou adquirir materiais para melhorar o atendimento.

Os esforços e o longo período empregados para a busca dos investimentos necessários ao apoio e à ampliação do programa não foram perdidos. Eles serviram para a exposição e a divulgação das ideias que o fizeram nascer. Os debates e as conversas resultaram na conjugação dos esforços de alguns setores do Ministério Público, da Secretaria de Estado da Saúde com o apoio de vários membros da Magistratura paulista, em especial, aqueles que notavam a importância do encontro de outras alternativas, além da imposição de valores em dinheiro para o cumprimento das medidas despenalizadoras permitidas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais.

O intercâmbio mantido nesse período foi positivo. Ele facilitou o diálogo que, tempo depois, possibilitou reunir várias entidades interessadas na implementação

71. IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS. *Revista do Ilanud* 7/30.

72. A parceria iniciou-se com a abertura de 10 vagas, as quais foram rapidamente preenchidas e novamente abertas, tanto que nos primeiros quatro anos, mais de 500 pessoas encaminhadas pela Justiça prestaram serviços no Hospital do Mandaqui.

73. Em duas oportunidades, entretanto, acenou-se com a concessão de ajuda mediante o fornecimento de pessoal contratado temporariamente para colaborar nos serviços de gestão do programa. Propôs-se o encaminhamento de estagiários para auxiliar no programa, mas foi considerado que a oferta não deveria ser aceita, porque a permanência de estagiários pressupõe a presença de profissionais graduados com tempo disponível para orientá-los e, no hospital, sequer a coordenadora do programa de prestação de serviços se dedicava de modo exclusivo aos afazeres. A outra proposta ventilada, também não aceita, foi a contratação temporária de uma equipe para o atendimento dos prestadores de serviços. A oferta não foi aceita porque seria inconcebível afastar as pessoas que contribuíram para a implantação do programa no hospital e imaginar que, a partir de determinado momento, técnicos não familiarizados com a dinâmica da repartição conseguissem a credibilidade da direção e dos funcionários para coordenar as tarefas dos prestadores de serviços.

da estrutura de apoio e fiscalização para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade.⁷⁴ Houve aproximação e trocas de experiências, fortalecendo os laços comuns que uniam os trabalhos.⁷⁵

Ações concretas foram realizadas a partir da divulgação da parceria formalizada entre o Fórum de Santana e o Hospital do Mandaqui.

A partir de 2004, o Grupo Técnico de Ações de Humanização,⁷⁶ da Secretaria da Saúde do Estado, passou a acompanhar e incentivar a ampliação do número das unidades de saúde capazes de receber prestadores de serviços encaminhados diretamente pela Justiça, tomando por referência o programa desenvolvido no Hospital do Mandaqui. No Estado de São Paulo, há 60 hospitais em condições de aceitar prestadores de serviço.

Em dezembro de 2004, a Secretaria da Saúde contabilizou 2.642 pessoas distribuídas nas unidades de saúde da Capital, Grande São Paulo e Interior,⁷⁷ encaminhadas diretamente pela Justiça ou por meio da Secretaria da Administração Penitenciária.

O Grupo de Humanização pretende que os coordenadores da prestação de serviços de cada hospital selecionem, entre as pessoas encaminhadas pela Justiça, aquelas cujo perfil seja adequado para colaborar nas ações de humanização. Os mencionados projetos especiais são desenvolvidos nas áreas da educação, entretenimento, recreação, esportes e valorização pessoal, recebendo os nomes carinhosos de “Leia Comigo”, “Reforço Escolar”, “Cantinho da Beleza” e “Grupos de Ativi-

74. O Ato 015/2004-PGJ, de 25.03.2004, do então Procurador-Geral de Justiça Luiz Antonio Guimarães Marrey, do Ministério Público de São Paulo, criou o Grupo de Trabalho sobre penas alternativas e transação penal para aprimorar a execução das penas alternativas e incrementar a aplicação da Lei 9.099/1995. Interessa ressaltar que nele foi prevista a participação de representantes do Poder Judiciário Estadual da Comarca da Capital, da Secretaria da Administração Penitenciária, da Secretaria de Estado da Saúde, da Fundação para o Desenvolvimento para Educação (FDE), da Secretaria Municipal de Assistência Social de São Paulo, da Pró-Mulher, Família e Cidadania e do Instituto Sou da Paz. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caexcrim/default.htm>>. Acesso em: 20.07.2005.

75. No dia 4 de junho de 2004, foi realizado, na sede do Ministério Público, o I Encontro de Penas Alternativas da Capital e Grande São Paulo (São Paulo, 2004, Anais... São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça, Centro de Apoio à Execução e às Promotorias de Justiça Criminais – CAEX-Crim e Grupo de Trabalho sobre penas alternativas e transação penal, do Ministério Público).

Nesse evento foram apresentadas as realizações no campo da contribuição para o cumprimento e a execução das penas e medidas alternativas.

76. Atualmente, esse Grupo é coordenado pela Assistente Social Cristina Maria Poli.

77. Na capital, além do Mandaqui, os prestadores de serviços são encaminhados para as seguintes unidades da saúde: Centro de Referência de Saúde da Mulher, Hospital e Maternidade Leonor Mendes de Barros, Hospital Estadual de Vila Alpina, Hospital Geral de Guaianases, Hospital Geral de Taipas, Hospital Geral de Vila Nova Cachoeirinha, Hospital Geral Santa Marcelina do Itaim Paulista, Hospital Heliópolis, Hospital Ipiranga, Hospital Psiquiátrico Pinel e Hospital Regional Sul. Na Grande São Paulo, os prestadores podem ser enviados para o Conjunto Hospitalar Padre Bento de Guarulhos, Hospital Doutor Arnaldo Pezzuti de Mogi das Cruzes, Hospital Geral de Itapevicirica da Serra e Hospital Geral de Itaquaquecetuba. No interior do Estado, os encaminhamentos podem ser feitos para o Hospital Estadual de Mirandópolis, Hospital Guilherme Álvaro de Santos, Hospital Nestor Goulart Reis de Américo Brasiliense, Hospital Regional de Assis e Hospital Regional Vale do Ribeira.

dades Lúdicas ou Esportivas”. Entre eles, que buscam a valorização dos pacientes das unidades de saúde, inseriu-se a prestação de serviços à comunidade.

Havia outros projetos e programas na área dos serviços comunitários em São Paulo, quando a parceria entre o Hospital do Mandaqui, a Promotoria de Justiça e o Fórum de Santana começou.

Entretanto, a proposta desenvolvida no hospital tinha características diferentes e marcantes, porque aproximava o juízo, a entidade pública e a comunidade, sem qualquer intermediação, estando todos inseridos em uma única região da cidade. O atendimento era exclusivo aos autores de infrações leves – abrangidas pela Lei 9.099/1995 – que morassem em locais próximos ao hospital e, ainda, reunia essas pessoas na área do hospital, sob a supervisão direta do grupo de assistentes sociais, permitindo maior fiscalização.

Em São Paulo, entre os programas recebedores das pessoas encaminhadas pela Justiça para cumprirem prestação de serviços comunitários mencionados, a partir de 1989 existe o Programa de Prestação de Serviços à Comunidade da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), da Secretaria de Estado da Educação.⁷⁸ A ampla dimensão da rede pública estadual permite que a FDE tenha à sua disposição 5.403 escolas, situadas nos mais diversos locais espalhados pela Capital, Grande São Paulo e Interior,⁷⁹ aptas a receberem pessoas para prestar serviços, embora nem todas as entidades de ensino estejam engajadas no programa.⁸⁰

Algumas pessoas recebidas pela FDE desenvolveram atividades diferenciadas nas escolas, além de auxiliarem nos trabalhos rotineiros, como secretaria, biblioteca, cozinha e limpeza. Entre as tarefas diferentes, destacam-se: o corte de cabelo, a organização do coral, a implantação do jornalzinho escolar, as palestras sobre noções de trânsito e cidadania, as atividades esportivas, a implantação de rede interna de informática, a criação da estação de rádio comunitária escolar e a escolha da logomarca da escola. Muitas dessas realizações foram propostas pelos próprios prestadores de serviços e apoiadas pelos diretores e professores.

78. No período compreendido entre os anos de 1989 e 2004, a FDE recebeu 6.371 prestadores de serviços encaminhados pelas seguintes unidades judiciais: Varas das Execuções Criminais da Capital, de São Caetano do Sul, da Justiça Federal de São Paulo; 10^a, 11^a e 12^a Varas Criminais do Foro Central; Juizado Especial Criminal do Foro Central; Varas Criminais dos Foros Regionais de Itaquera (de 1995 a 1999), Penha de França, Santana, Santo Amaro, São Miguel Paulista, Tatuapé; 1^a e 4^a Varas Criminais Federais de São Paulo; 256^a e 258^a Zonas Eleitorais do Tribunal Regional Eleitoral e 2^a Vara Judicial de Itatiba, no interior do Estado. As Varas Criminais do Foro Regional de Santana, de 1998 até 2004, encaminharam 1.003 pessoas para prestar serviços nas escolas públicas.

79. A Coordenadoria de Ensino da Capital e Grande São Paulo congrega 2.204 escolas e a Coordenadoria do Interior outras 3.199, totalizando 5.403 escolas.

80. Entre 1989 e 2004, participaram do programa, recebendo prestadores de serviços, 653 escolas da Capital, dos municípios da região metropolitana, além daquelas situadas nas seguintes cidades: Jundiá, Itatiba, Sorocaba, Bauru, Praia Grande, Mongaguá, Xavantes, Marília, São José dos Campos. Os encaminhamentos às cidades do interior do Estado são relativos às infrações penais cometidas na Capital por moradores de outros municípios ou pessoas que transferiram a residência durante o período em que prestavam serviços.

A Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (SAP) contribui muito para o cumprimento da prestação de serviços em São Paulo, mantendo Centrais de Penas Alternativas na Capital e no Interior do Estado. Em março de 2004, havia 3.097 prestadores sob acompanhamento da SAP, distribuídos em 845 instituições cadastradas no território do Estado.

A Secretaria Municipal de Assistência Social de São Paulo iniciou, em 1989, um programa para o atendimento de pessoas condenadas pela Justiça, especialmente aquelas que deveriam cumprir a prestação de serviços à comunidade. Havia um posto de atendimento centralizado, que reencaminhava as pessoas para repartições públicas municipais situadas nas proximidades dos locais de moradia. Esse serviço foi interrompido para o recebimento de adultos no final de 2004, permanecendo somente em relação aos adolescentes infratores. A partir de abril de 2005, sem a intervenção da Secretaria de Assistência Social, a Prefeitura Municipal alterou o programa e está se preparando para receber novamente os adultos encaminhados para prestar serviços comunitários nas diversas subprefeituras da Capital.

A Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania abriu há pouco mais de um ano os seis Centros de Integração da Cidadania existentes em São Paulo para o recebimento de prestadores de serviços encaminhados pela SAP.⁸¹

Há, ainda, o trabalho realizado pela Central Nacional de Penas e Medidas Alternativas (Cenapa), da Secretaria Nacional da Justiça, do Ministério da Justiça, que desde o ano 2000 estimula a aplicação, a execução e o monitoramento das denominadas penas alternativas em vários Estados brasileiros e promove ações para aproximar os diversos órgãos capazes de implementá-las.

A apresentação das ideias, sob a forma de um balanço, procurou mostrar a extensão e a natureza dos problemas de percurso que poderão surgir para a implementação dos serviços comunitários, apontando ser preciso descobrir novos caminhos.⁸²

Os profissionais que pretendem implementar a prestação de serviços comunitários devem acreditar no homem,⁸³ porque somente assim poderão ultrapassar as dificuldades enfrentadas, algumas vezes criadas por autoridades públicas que não têm preocupação semelhante.

81. Cf. I ENCONTRO DE PENAS ALTERNATIVAS DA CAPITAL E GRANDE SÃO PAULO, op. cit.

82. Dados estatísticos detalhados acerca do Programa de Prestação de Serviços Comunitários da Promotoria de Justiça e do Fórum Regional de Santana podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico: < <http://www.apmp.com.br/juridico/pjsantana/quemsomos/quemsomos1.htm#>>. Acesso em 18.01.2014.

83. “Um homem é, porém, em si, a sua história. E sua história é composta não somente do seu passado, mas também do seu futuro. Eu sou não só aquilo que tenho sido, mas também aquilo que serei.” Cf. CARNE-LUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. Campinas: Conan, 1995. p. 52.

4.4. Considerações Finais

Há algumas ações que poderiam ser tomadas a fim de aumentar o interesse das entidades públicas na criação ou na ampliação dos programas para o recebimento dos prestadores de serviços encaminhados pela Justiça.

Não se deve esperar que o aumento da produtividade da repartição, decorrente dos serviços comunitários, seja o único fator que estimule o recebimento dos prestadores de serviços. Essa ideia pode mudar se o rendimento das tarefas não for significativo ou surgirem problemas durante o cumprimento dos serviços comunitários.

Há pouquíssimos registros de fatos desabonadores envolvendo prestadores durante a execução dos serviços,⁸⁴ mas se for comprovada a prática de falta grave ou crime, o prestador deverá ser suspenso e os fatos comunicados ao juízo.⁸⁵

As dificuldades encontradas para a criação das parcerias e o risco do seu rompimento⁸⁶ indicam que as ações fortalecedoras são importantes.⁸⁷

Uma ação importante é conceder-se à repartição pública algum tipo de distinção meritória pela admissão dos serviços comunitários. Aos funcionários públicos dedicados ao gerenciamento, fiscalização e controle dos prestadores de serviço caberia o pagamento de pequenas gratificações não incorporáveis aos seus vencimentos enquanto empenhados nesse trabalho extraordinário.

O Estado aplica verbas elevadas para abrir e manter vagas em presídios, mas gasta muito pouco ou quase nada para implementar ou melhorar o sistema de cumprimento das penas restritivas de direitos. Há muitos servidores públicos preparados e capazes para contribuir no cumprimento das penas restritivas de direitos. É justo conceder-lhes pequenas gratificações pelo exercício dessas atividades que não são típicas das atribuições normais dos seus cargos.

84. No Hospital Mandaqui, em certa ocasião, foi detectado que um prestador de serviços havia falsificado a sua folha de frequência, fato que foi comunicado à polícia e ao juízo.

85. A prática de furto ou dano intencional ao patrimônio são situações que exigem a comunicação dos fatos à polícia. Cf. MANUAL PRÁTICO SOBRE EL SERVICIO COMUNITARIO COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN, op. cit., p. 78.

86. A parceria mantida entre o Hospital São Luiz Gonzaga da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, a Promotoria de Justiça e o Fórum de Santana, em São Paulo, durou cerca de 3 anos e recebeu 64 pessoas para prestarem serviços comunitários. Ela foi encerrada no final de 2003 porque a Direção do Hospital se desinteressou pela mão de obra dos prestadores de serviços, sem esclarecer os motivos da posição assumida.

87. Ao juízo da execução penal é permitido requisitar das entidades públicas e solicitar das particulares, se necessário, a colaboração para o cumprimento das penas restritivas de direitos, conforme dispõe o art. 147 da LExp (L 7210/84). Essa norma, de modo subsidiário, pode ser empregada no caso do cumprimento das penas restritivas de direitos decorrentes da transação penal, em virtude das disposições previstas no art. 76, *caput*, da LJE (L 9099/95). O que deve ser evitado é a requisição judicial de contribuição para o cumprimento da prestação de serviços comunitários, ou seja, o recebimento de prestadores de serviços sem prévio diálogo e entendimento com a administração da entidade pública, porque esse tipo de prática poderá resultar em prejuízos ao tratamento do prestador de serviços.

Em 1998, o Programa Estadual de Direitos Humanos de São Paulo⁸⁸ apontou propostas para o governo e para a sociedade no campo dos direitos civis e políticos. Na parte que tratou do sistema prisional e ressocialização, o documento enfatizou o interesse e a importância da aplicação das penas restritivas pelo Poder Judiciário. É prevista, ainda, a identificação de postos de trabalho para o cumprimento das penas por meio de parcerias entre os órgãos públicos e a sociedade civil. As bases apontadas nesse Programa podem sustentar ações que privilegiem as entidades públicas e os funcionários colaboradores, facilitando o cumprimento da prestação de serviços.

É conveniente ao Estado, em especial e de modo direto, à entidade recebedora e ao prestador de serviços, a formalização de apólices de seguro contra acidentes pessoais. A finalidade é protegê-los durante o tempo em que estiverem à disposição das entidades públicas. Embora a responsabilidade por eventuais acidentes seja do Estado, ao prestador facilitaria pleitear eventuais prejuízos sofridos, sendo incluído em uma apólice de seguros.⁸⁹ Há notícia da contratação de seguro contra acidentes pessoais para as mulheres que cumprem pena em regime fechado no Centro de Ressocialização de Rio Claro e realizam trabalhos externos.⁹⁰

Outra ação concreta importante e possível de ser tomada diz respeito à alfabetização dos prestadores de serviços. Pessoas cuja escolarização é muito baixa apresentadas às entidades para prestar serviços comunitários, não estão habilitadas para realizar tarefas burocráticas ou complexas.⁹¹

No Hospital do Mandaqui, por exemplo, existe um sistema de arquivo antigo e volumoso no qual são guardados os prontuários dos pacientes. Esses papéis são manuseados com frequência. Utiliza-se dos serviços dos prestadores para o arquivamento e o desarquivamento dos prontuários. O auxílio dispensado aos funcionários do setor de arquivo do hospital necessita de mão de obra que tenha conhecimento mínimo de leitura e escrita.

O encaminhamento das pessoas às escolas ou aos cursos de alfabetização não só possibilitaria granjear-lhes conhecimento para melhor realizarem as tarefas, bem como resgataria a autoestima dos não alfabetizados interessados por instruírem-se.

88. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1998. p. 37-38.

89. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 1999. p. 141.

90. Entrevista concedida pela Psicóloga Irani Torres, Diretora do Centro de Ressocialização de Rio Claro, São Paulo. Cf. DINIZ, Laura. Para a Justiça, uma assassina. Para ela, mais uma das filhas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 3 jul. 2005, Caderno C, p. 6.

91. Fez-se um levantamento estatístico abrangendo 1.567 pessoas que cumpriram serviços no Hospital do Mandaqui, de 1996 até o mês de maio de 2003. A distribuição do nível de escolaridade entre as pessoas teve o seguinte resultado: 43 – analfabetas (2,74%); 622 – 1º grau incompleto (39,69%); 236 – 1º grau completo (16,53%); 259 – 2º grau incompleto (16,53%); 281 – 2º grau completo (17,93%); 78 – 3º grau incompleto (4,98%); 48 – 3º grau completo (3,6%).

A oferta de escolarização ao prestador deveria preocupar a Justiça e as entidades públicas. Seria legítimo que a lei estabelecesse, também, uma pequena redução do número de horas de trabalho, que poderia ser concedida pelo juiz aos que comprovassem matrícula e frequência a cursos regulares durante o período de cumprimento da pena.

Há, ainda, outra providência que exige maior atenção por parte das autoridades públicas, na esfera de abrangência das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Refere-se ao registro da transação penal para evitar-se a repetição do benefício antes do prazo de cinco anos fixado em lei. É preciso averiguar se os órgãos auxiliares da Justiça fazem o encaminhamento do informe referente à celebração da transação penal ao setor responsável por incluí-lo na folha de antecedentes,⁹² bem como certificar-se quanto aos dados nela inseridos.

As falhas nos mecanismos de transmissão de informações permitem ao autor do fato, ao se apresentar em juízo em virtude da prática de nova infração penal de menor potencial ofensivo, depois de anterior celebração de transação penal não inserida em sua folha de antecedentes, receber outra proposta que pode lhe ser ofertada de modo indevido.⁹³ O programa de prestação de serviços, por vezes, é iniciado com o apoio de determinados funcionários das entidades receptoras e da Justiça. Tempos depois, quando o número e a utilidade dos serviços dos prestadores tornam-se significativos e importantes para a repartição, surge o momento de envidarem-se esforços para que o programa faça parte do organograma da entidade pública. Ou seja, é a ocasião do programa integrar-se ao órgão público de modo formal.

As providências para a formalização do programa não são simples. Elas exigem esforços e desgastam as pessoas envolvidas. Entretanto, são necessárias para permitir que o trabalho não sofra solução de continuidade quando algum dos seus iniciadores, por qualquer motivo, dele se afaste.

A prática das pequenas infrações deve ser coibida e, se cometidas, punirem-se os infratores sem estardalhaço ou revanchismo, sem o emprego dos métodos

92 Cf. SÃO PAULO (Estado). Corregedoria-Geral do Ministério Público. **Aviso 004/01, de 10 de julho de 2001**. Diário Oficial do Estado de São Paulo, Poder Executivo, São Paulo, 1º jul. 2001, p. 40. O texto foi publicado com a finalidade de orientar os promotores de Justiça que atuam na área criminal para fiscalizarem o cumprimento da “obrigação do escrivão-diretor do Cartório comunicar ao Distribuidor e ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD) a homologação de transação (Lei nº 9.099/95, art. 76 e parágrafos) realizada no juizado especial criminal e, nos casos de aplicação do artigo 89 da mesma lei, o recebimento da denúncia e a concessão do benefício de suspensão condicional do processo, devido a alterações do Capítulo V das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça (Provimento n. 50/89) pelos Provimentos n. 2/01 e 14/01, publicados nos DOE – Poder Judiciário de 12.2.2001 e 6.6.2001.”

93 LUPPO, Fernando Pascoal. A transação penal ineficaz. *Boletim Informativo do CEAJ/Escola Superior do Ministério Público* 28/17.

semelhantes àqueles utilizados em programas de prevenção e repressão de crimes conhecidos como “tolerância zero”. A punição efetiva pode ser alcançada pela correta aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, em especial, a transação penal, principalmente, se houver aplicação eficaz da prestação de serviços comunitários.

O Estado e as suas autoridades, em todos os setores, deverão unir esforços para estimular o aumento do número das entidades públicas capazes de gerenciar os serviços comunitários, nelas mantendo funcionários preparados e estimulados a receber as pessoas encaminhadas pela Justiça.

CAPÍTULO V
ESPECIFICIDADES: JUSTIÇA
TERAPÊUTICA E CORTE DE DROGAS.
RELATO DA TRAJETÓRIA DE
UM BOLSISTA DO
PROGRAMA HUMPHREY⁹⁴

5.1. Breve Introdução

O principal objetivo deste relato será narrar aspectos da minha trajetória como profissional, estudante e bolsista do Programa Humphrey 2010-2011. Pretendo, também, descrever algumas características do Programa de Justiça Terapêutica em funcionamento na região norte da cidade de São Paulo e ressaltar aspectos pouco divulgados no Brasil das Cortes de Drogas americanas ou *Drug Courts* a partir de observações de campo. Durante a exposição serão descritas algumas práticas adotadas pela Corte de Drogas que poderiam inspirar reflexões capazes de dinamizar a atuação dos profissionais brasileiros que empregam a Justiça Terapêutica para atender casos criminais envolvendo infrator dependente químico.

Ao longo deste texto também serão descritas peculiaridades acerca da vivência multicultural proporcionada pelo Programa Humphrey, por meio de relatos acerca do perfil dos bolsistas e exposição de curiosidades perceptíveis durante o programa.

Espero, sinceramente, que este relato, redigido por alguém inexperiente na difícil arte de cativar o leitor, transmita mensagem clara acerca do modo como a vivência oferecida pelo Programa Humphrey foi sentida por um dos seus bolsistas brasileiro.

Espero, também, que o texto sirva para mostrar ser importante a contribuição de todos para que profissionais brasileiros possam, em certos momentos da formação acadêmica ou durante a carreira, estudar e se aprimorar no exterior, alcançando conhecimento humano relevante e útil à nossa sociedade, especialmente por meio de atividades desenvolvidas em países nos quais exista excelência nas áreas de educação, ciência e pesquisa.

5.2. Justiça Terapêutica e Corte de Drogas

Comecei a conhecer a Corte de Drogas americana anos atrás, em meados de 2001, quando um promotor de justiça e uma médica do Estado do Rio Grande do Sul visitaram São Paulo e expuseram para profissionais da área jurídica o meca-

94. Texto publicado originalmente na Revista dos Tribunais Online – Ciências Penais | vol. 16 | p. 373 | Jan / 2012DTR\2012\450255.

nismo de funcionamento dessas cortes. Nessa oportunidade, eles também falaram dos resultados positivos alcançados pelo Ministério Público daquele Estado com a criação do Programa de Justiça Terapêutica, cuja finalidade era proporcionar atendimento terapêutico para adolescentes infratores e abusadores de drogas.

Desde referida época até hoje, passados mais de 10 anos, me interessei em estudar e conhecer mais acerca da Corte de Drogas americana e, especialmente, a respeito da Justiça Terapêutica brasileira, em razão da sua metodologia que permite aos profissionais da área jurídica desencadear ações variadas e eficazes para ajudar pessoas envolvidas em casos criminais não violentos nos quais havia evidente influência do abuso das drogas lícitas e ilícitas.

A Justiça Terapêutica brasileira, apesar do nome adotado, não foi concebida com o objetivo de influenciar ou interferir nas ações médicas ou terapêuticas, as quais são praticadas exclusivamente pelos profissionais da área da saúde. Ao contrário, sua principal finalidade é encaminhar autores de delitos leves praticados sem violência e grave ameaça, excluído o crime de tráfico de drogas, abusadores de drogas lícitas e ilícitas para receber algum tipo de atendimento e atenção por prazo determinado sob monitoramento judicial da frequência às reuniões, participar das atividades em grupo, cursos, palestras e eventos ou atendimentos individuais.

O objetivo das ações concretas propostas em nome da Justiça Terapêutica é abordar a questão do abuso de substâncias lícitas ou ilícitas, possibilitando ao infrator compreender acerca da provável influência dessas substâncias em relação ao ilícito penal que lhes fora atribuído.

Cabe ressaltar também que o Programa de Justiça Terapêutica, na forma em que foi concebido e praticado por quase 10 anos consecutivos pelos profissionais da área judicial que trabalham na Promotoria de Justiça do Foro Regional de Santana (bairro da capital de São Paulo), nunca procurou interferir nas atribuições da equipe médica, clínica, psicológica ou assistencial dirigida exclusivamente pelos profissionais da área de saúde.

Esse programa tão somente monitora a frequência do infrator às sessões promovidas pelos grupos de mútua ajuda ou, eventualmente, pelos profissionais da área de saúde. O monitoramento se destina a constatar por meio de uma folha de frequência a assiduidade e pontualidade do infrator ao local que deverá comparecer, sem aferir acerca da manutenção ou repetição do uso de substâncias químicas como meio para avaliar o sucesso da proposta terapêutica.

Em outras palavras, ao juiz criminal não importa conhecer se o infrator usuário inserido no Programa de Justiça Terapêutica controlou o consumo de substâncias químicas ilícitas ou lícitas durante o tempo de duração do programa, porque referida avaliação deverá ser considerada entre o paciente e o médico ou terapeuta responsável pelo atendimento. Ao juiz importará tão somente ser informado se o infrator frequentou, dentro do prazo assinalado, as reuniões, sessões ou quaisquer

outras atividades que lhe foram designadas, bem como se durante esse período ele cometeu outro crime ou praticou conduta que interfira no aspecto jurídico ou fático do benefício legal que permitiu fosse ele incluído no Programa de Justiça Terapêutica.

Exemplo de interferência jurídica que pode ocorrer ao infrator que ingressou no Programa de Justiça Terapêutica por meio da suspensão condicional do processo, cumulada com a obrigação judicial de frequentar por determinado prazo reuniões semanais promovidas por grupo de autoajuda, é a revogação desse benefício pelo juiz em razão do infrator ter sido processado pela prática de outro crime durante o prazo da suspensão. A interferência fática pode ocorrer se o infrator abandonar, sem justa causa, as reuniões ou outra forma de atendimento que se comprometeu frequentar.

Antes de prosseguir com o detalhamento do Programa de Justiça Terapêutica, é necessário esclarecer que sob a forma como ele está sendo aplicado por juízes, promotores e advogados que exercem suas funções no Fórum de Santana, São Paulo, é possível considerar ser a Justiça Terapêutica atividade judicial que estimula aplicar e monitorar medidas legais aos infratores usuários de drogas com o objetivo de lhes esclarecer acerca do abuso das drogas e sua relação com a conduta praticada.

Durante o período em que estive ligado ao Programa de Justiça Terapêutica conheci pessoas competentes e solidárias que trabalhavam apoiando usuários de drogas. Referidas pessoas, dentro dos limites daquilo que podiam fazer, realizavam ações concretas para ajudar infratores usuários de drogas envolvidos com a justiça criminal, tais como motivá-los aceitar propostas que lhes condicionasse frequentar reuniões de grupos de autoajuda ou, ainda, lhes estimular a frequentar referidas reuniões. Algumas dessas pessoas eram voluntárias nessas ações enquanto outras, em número menor, eram profissionais.

Entretanto, o ânimo que os movia e a força que tais pessoas emanavam ao realizar esse trabalho era superior à ausência de vínculo empregatício com os grupos ou as instituições que eles representavam. Esses “cuidadores” mostravam-se eficientes naquilo que se dispunham fazer, especialmente porque eles se acreditavam capazes de contribuir, por meio do trabalho individual e da ação sistemática dos seus respectivos grupos, apoiando os atendidos e suas respectivas famílias.

Esse grupo de pessoas, às quais atribuo com carinho a condição de “cuidadores”, ao atuar apoiando os autores de infrações criminais nas atividades do Programa de Justiça Terapêutica, se mostrava satisfeito por proporcionar ao infrator usuário de drogas oportunidade para refletir acerca do envolvimento deles com a droga e a interferência dessa substância na conduta que lhes havia sido imputada.

São notáveis a cumplicidade, a parceria, o sentimento de amor e o carinho, sem falar da responsabilidade, que os “cuidadores” e seus respectivos grupos dispen-

saram ao Programa de Justiça Terapêutica desenvolvido em São Paulo por vários membros do Ministério Público e do Poder Judiciário e, especialmente, aos infratores participantes desse programa. A postura e o compromisso por eles assumido me fez lembrar o título em português do filme *O amor é contagioso*, que retratou a experiência vivida por Patch Adams, ao tratar com desvelo e dedicação, pacientes cujo prognóstico médico tradicional era incerto, obtendo excelentes resultados.

5.3. Programa Humphrey

Creio ser conveniente neste momento relatar acerca da trajetória profissional que me possibilitou disputar uma vaga como bolsista no Programa Humphrey 2010-2011. Em razão do desempenho das atividades cotidianas no Ministério Público paulista, estudos e questões pessoais com as quais estive envolvido, conheci diversas facetas da questão do álcool e de outras drogas e, ainda, acompanhei a trajetória incerta dos usuários de drogas e suas famílias, normalmente perdidos e desesperançados dentro do labirinto no qual estavam mergulhados.

No campo profissional, pude notar a contribuição das muitas pessoas que se reuniram para implantar o programa de Justiça Terapêutica no Foro Regional de Santana, em São Paulo. O apoio dos colegas promotores de justiça e juízes, servidores da Justiça e do Ministério Público e a contribuição dos membros dos grupos de autoajuda foram essenciais para construir parcerias que sustentaram ações concretas no campo da Justiça Terapêutica. Isso permitiu que em relação a autores de infração penal de menor potencial ofensivo, maiores de 18 anos, fosse possível utilizar a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos pela Lei 9.099/1995 como instrumento para facilitar o atendimento dos infratores dependentes químicos, conforme será exposto adiante.

Desde meados de 2002, em razão das multifacetadas ações necessárias para iniciar o trabalho no campo da Justiça Terapêutica, tive oportunidades para estudar temas ligados ao álcool e outras drogas e, inclusive, nessa época conhecer peculiaridades da Corte de Drogas americana, atividades que sempre realizei com apoio do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Entre as oportunidades de aprendizado, minha participação como bolsista do Programa Humphrey, atividade concluída pouco tempo atrás, foi aquela que me permitiu maior aprofundamento nos temas relacionados à questão do álcool e outras drogas.

O Programa Humphrey, criado em 1978 pelo ex-Presidente americano Jimmy Carter, proporciona a profissionais que estejam na metade de suas carreiras e com potencial liderança, naturais de países em desenvolvimento, oportunidade para estudar e desenvolver habilidades profissionais durante cerca de um ano em universidades americanas com o compromisso do bolsista reverter o conhecimento recebido em favor do seu país de origem.

O Programa Humphrey não é um curso de graduação ou pós-graduação, mas oportunidade de estudo e observações práticas que permitirão ao bolsista aprimorar e desenvolver potencialidades no campo profissional e da liderança.

Estão habilitados ao Programa Humphrey profissionais de várias áreas do conhecimento humano, entre elas, agricultura e desenvolvimento rural; comunicação e jornalismo; drogas: educação, tratamento e prevenção; desenvolvimento econômico, financeiro e bancário; educação: administração, planejamento e política; HIV/Aids: política e prevenção; gestão de recursos humanos; lei e direitos humanos; recursos naturais, política ambientalista e mudança de clima; saúde pública, política e gestão; política e administração pública; ensino de inglês para estrangeiros; política de tecnologia e gestão; política de tráfico de pessoas e prevenção e, ainda, planejamento urbano e regional.

Antes de seguir nesta descrição, devo frisar considerar difícil avaliar como certa personagem da histórica política norte-americana poderia ter contribuído para melhorar a vida das pessoas no seu país de origem e em torno do mundo. Estaria além da proposta deste relato apresentar estudo biográfico de Hubert Horatio Humphrey, homem público falecido em 1978, eleito Senador pelo Estado de Minnesota e Vice-Presidente americano durante a gestão do Presidente Lyndon B. Johnson.

Entretanto, considero viável descrever algo que tomei conhecimento a respeito do Senador e Vice-Presidente Humphrey fora dos livros. Em certa ocasião, ao visitar um monumento público em Richmond, Virgínia, ocasionalmente, conversei com um jovem americano, neto de imigrantes, que se mostrou emocionado ao saber ser eu bolsista do Programa Humphrey. Durante nossa conversa ele relatou que muitos anos atrás o Senador Humphrey havia auxiliado seus avós, naturais de país de cultura árabe, a conseguir a cidadania e se radicar legalmente no território dos Estados Unidos.

Creio ser essa breve referência suficientemente esclarecedora para indicar os valores e os ideais que orientaram a vida pública de Hubert Horatio Humphrey e as razões pelas quais depois de sua morte seu nome fora escolhido para denominar programa de aperfeiçoamento profissional.

5.4. Generalidades acerca do Programa Humphrey

As bolsas de estudo oferecidas anualmente pelo Programa Humphrey são disputadas em certame público. Criado há mais de 30 anos e com cerca de 4.492 ex-bolsistas espalhados ao redor do mundo, o programa já contribuiu para aperfeiçoar profissionalmente muitos brasileiros. Entre eles, é possível lembrar Ellen Gracie Northfleet, primeira brasileira a ocupar uma vaga de Ministra no STF.

É atribuição das diversas sucursais da Comissão Fulbright ou da Embaixada dos Estados Unidos, instaladas em diversos países nos quais a Fulbright não man-

tém representação, selecionar em primeira fase os candidatos, submetendo, posteriormente, aqueles que forem classificados para a etapa consecutiva e final de seleção, que é realizada nos Estados Unidos.

Desde 1979 até 2011, o Programa Humphrey já recebeu bolsistas oriundos de 157 países, os quais estudaram em 46 diferentes *campi* universitários espalhados pelo território dos Estados Unidos.

No biênio 2010-2011, havia cerca de 218 bolsistas distribuídos em 18 *campi*. No biênio 2011-2012, serão 204 bolsistas originários de 93 países e distribuídos em 18 *campi*. As atividades do Programa Humphrey começam, anualmente, no mês de agosto e são concluídas em meados de maio ou junho do ano seguinte, coincidindo com o início e o término do calendário escolar americano.

No biênio 2010-2011, entre os mais de 200 bolsistas oriundos dos mais diversos países, havia no Programa Humphrey cinco brasileiros que rumaram para os Estados Unidos com o objetivo de estudar assuntos variados, tais como cooperação jurídica internacional, saúde pública, assuntos carcerários e drogas, especialmente acerca do tratamento para consumidores de *crack* e Corte de Drogas.

Os bolsistas brasileiros do biênio 2010-2011 vivenciaram situação semelhante aos bolsistas dos demais países porque, tal qual a maior parte dos demais colegas, não se conheciam pessoalmente antes do início do programa. Os brasileiros e todos os bolsistas Humphrey, entretanto, se reuniram pela primeira vez no *Global Leadership Forum*, congresso que reúne todos os bolsistas, habitualmente, realizando cerca de dois meses depois do início das atividades acadêmicas.

Com o objetivo de aperfeiçoar as habilidades de comunicação em inglês, alguns bolsistas como eu ingressaram no programa pré-acadêmico de inglês para aperfeiçoar o uso desse idioma essencial para a comunicação durante o Programa Humphrey. Nessa fase o bolsista permanece por tempo integral em determinado *campus* universitário, durante cerca de dois ou quatro meses estudando inglês intensivamente.

As Universidades Americanas responsáveis pela etapa pré-acadêmica do Programa Humphrey 2010-2011 foram a *University of Oregon* (Eugene, Oregon), *University of California Davis* (Davis, Califórnia), *Virginia Tech University* (Blacksburg, Virgínia) e *University at Buffalo* (Buffalo, New York).

Referidas universidades se prepararam para receber bolsistas de diversas partes do mundo e lhes proporcionar condições para desenvolver aptidões para enfrentar com maior facilidade a etapa acadêmica do Programa Humphrey.

A etapa acadêmica do programa é desenvolvida em 18 diferentes universidades americanas. Em 2010-2011, bolsistas Humphrey estudaram nas seguintes universidades: 1) *American University – Washington College of Law* (Washington, DC); 2) *Arizona State University* (Phoenix, Arizona); 3) *Boston University* (Boston, Mas-

sachusetts); 4) *Cornell University* (Ithaca, New York); 5) *Emory University* (Atlanta, Georgia); 6) *Johns Hopkins University* (Baltimore, Maryland); 7) *Massachusetts Institute of Technology* (Cambridge, Massachusetts); 8) *Michigan State University* (East Lansing, Michigan); 9) *Pennsylvania State University* (University Park, Pennsylvania); 10) *Syracuse University* (Syracuse, New York); 11) *Tulane University* (New Orleans, Louisiana); 12) *University of California Davis* (Davis, California); 13) *University of Maryland* (College Park, Maryland); 14) *University of Minnesota – Humphrey Institute* (Minneapolis, Minnesota); 15) *University of Minnesota – Law School* (Minneapolis, Minnesota); 16) *University of Washington* (Seattle, Washington); 17) *Vanderbilt University* (Nashville, Tennessee); e 18) *Virginia Commonwealth University* (Richmond, Virginia).

As fases percorridas pelos bolsistas do Programa Humphrey são a etapa pré-acadêmica, destinada à parte dos bolsistas que devem aprimorar o conhecimento em inglês, seguida da etapa acadêmica e da afiliação profissional. O objetivo amplo das últimas etapas que compõem o programa é fornecer ao bolsista conhecimento que possa lhe permitir incrementar as atividades profissionais em sua respectiva área de atuação ao regressar à terra natal, capaz de usar e adaptar técnicas e conhecimentos adquiridos às necessidades, características e cultura locais, fazendo isso, em algumas situações, apoiado por instituições ou profissionais americanos.

5.5. Etapa Pré-acadêmica

Número significativo de bolsistas selecionados para participar do Programa Humphrey 2010-2011 iniciaram suas atividades pela etapa intensiva pré-acadêmica para melhorar suas competências quanto à comunicação em inglês. Esse grupo começou suas atividades quatro ou dois meses antes do início da etapa acadêmica do Programa. A duração desse curso é estipulado pelo resultado do teste de proficiência realizado no Brasil durante a seleção, ou seja, se maior a necessidade de aprimoramento, o bolsista participará do treinamento por mais tempo até o limite de quatro meses.

Conforme fora dito antes, em 2010, os *campi* universitários americanos selecionados pelo *Institute of International Education (IIE)*, instituição que contribuiu com o Departamento de Estado do Governo Americano para gerenciar o Programa Humphrey, para a etapa pré-acadêmica foram *University of Oregon*, *University of California Davis*, *University at Buffalo* e *Virginia Tech University*.

Em Eugene, Oregon, os bolsistas permaneceram em alojamentos instalados dentro da *University of Oregon* com o objetivo de o contato com os alunos regulares facilitar o desenvolvimento das habilidades de falar, ouvir e entender em inglês. Nessa fase do programa, em que o bolsista imerge na língua e cultura americanas, são restritos os contatos pessoais com os respectivos familiares.

As atividades do programa pré-acadêmico são gerenciadas por coordenadores, assistentes, monitores e tutores, alguns dos últimos recrutados entre estudantes das universidades nas quais o programa é realizado. Esse grupo reduzido de pessoas se desdobra para receber, instalar e ambientar os bolsistas dentro das rotinas do *campus* e aproximá-los da comunidade local.

Nessa etapa pré-acadêmica, foi escolhido grupo de professores para dar ao bolsista condições de aperfeiçoar a comunicação usando o idioma local, habilitando-o com conhecimentos e técnicas para facilitar sua comunicação com o mundo acadêmico e profissional. Esses professores também estimulavam o bolsista manter atenção para aprimorar habilidades comunicativas específicas para obter aprovação no teste de proficiência, repetido pouco antes do término da etapa pré-acadêmica.

Foi gratificante estudar inglês no *American English Institute* da *University of Oregon*, ao lado de bolsistas Humphrey e algumas vezes em contato com estudantes universitários americanos e estrangeiros. Além das aulas teóricas e práticas, foi possível desenvolver habilidades no campo da informática e conhecer algumas técnicas de ensino-aprendizagem. No campo da informática, foram dadas dicas simples, tais como usar redes sociais, como o Facebook, manusear aparelhos, como a *flipcamera*, que é uma filmadora simples que permite criar vídeos curtos e, ainda, informações de como postar filmes na internet. Essas informações se mostraram úteis para a fase seguinte do programa e, especialmente, para a vida profissional dos bolsistas.

A *University of Oregon* e o *American English Institute* proporcionaram, ainda, aos bolsistas Humphrey, assistir às atividades acadêmicas extracurriculares, tais como palestras, debates e *workshops*, além de oferecer oportunidades para conhecer aspectos culturais, familiares e religiosos locais, bem como participar de atividades de lazer e esportivas.

Eugene, pequena cidade localizada na área central do Estado do Oregon, situada entre o Oceano Pacífico e as montanhas, é famosa por ter revelado o célebre atleta americano Steve Prefontaine.

Esse atleta conseguiu tempos surpreendentes em corridas de média e longa distância durante sua curta carreira, interrompida por prematura morte acidental.

Essa cidade e a Universidade local, com o apoio de marca produtora de equipamentos esportivos, realizam anualmente o *Prefontaine Classic*, com várias modalidades de provas atléticas. Entre elas, é disputada por significativo número de corredores profissionais e amadores uma corrida de rua encaminhada com 10 quilômetros de percurso chamada *Prefontaine Memorial Run*. No dia 04.07.2010, participaram dessa corrida a maior parte dos bolsistas do Programa Humphrey em treinamento na *University of Oregon*.

O elevado número de estudantes estrangeiros regularmente matriculados na *University of Oregon*, contribuem expressivamente para reforçar o orçamento dessa instituição de ensino público, porque pagam pelos respectivos cursos no qual estudam taxas superiores àquelas recolhidas pelos estudantes locais.

Os estudantes estrangeiros, normalmente, também desenvolvem atividades culturais e de lazer para manter e aumentar o intercâmbio entre eles e os estudantes americanos. Os grupos mais numerosos, entre os estudantes regulares estrangeiros, são os nacionais da China e demais países asiáticos, os estudantes vindos dos países árabes, além dos oriundos dos países africanos.

A Universidade, por intermédio da vigorosa participação dos estudantes americanos e estrangeiros engajados na direção acadêmica dessa instituição de ensino, mantém, semanalmente, um encontro conhecido como “café internacional” do qual muitos estrangeiros participam para conversar e dividir experiências. Há, também, a cada ano, uma noite de festa para exibição da cultura, música e dança chamada *African Night*. Nesse evento, os estudantes se desdobram para mostrar aspectos da vida nos países africanos, além de exibir coloridas roupas típicas e oferecer para degustação dos convidados pratos típicos dessa pitoresca e alegre região do mundo.

Em 2010, o grupo de bolsistas do Programa Humphrey designados para frequentar a etapa pré-acadêmica para aperfeiçoamento do idioma inglês em Eugene, Oregon, foi composto, além de mim, pelas seguintes pessoas: Rinzin Wangchuk, natural do Butão, jornalista; Sam Ang Po, natural do Camboja, profissional da área de finanças rurais; Thierry Kokuruko, juiz de direito do Togo; Stella Hachaturyan, natural do Turcomenistão, profissional da área de assistência social; Dorra Amira, natural da Tunísia, especialista em análise de substâncias químicas e drogas; William Cinea, natural do Haiti, ambientalista; Kin Mama Latt, natural da Birmânia, profissional da área de educação; Siad Farah, natural do Djibuti, profissional da área de informática; e Baikita Yankal, natural do Chade, professor universitário de inglês.

Esse grupo, composto por nove integrantes, foi ampliado pela chegada de outros 38 bolsistas Humphrey que se apresentaram em meados de junho de 2010 para iniciar o treinamento pré-acadêmico curto com cerca de dois meses de duração, entre os quais se apresentou o médico psiquiatra brasileiro Rogério Alves da Paz.

Apreendi um pouco sobre a vida nos países dos quais esses colegas eram naturais, bem como conheci peculiaridades da cultura e hábitos de diferentes regiões do mundo. Fiquei sabendo, por exemplo, que no Butão, país monárquico dirigido por um rei que é por todos respeitado, é regularmente medido o índice de felicidade do povo. Tomei conhecimento, também conversando com o colega jornalista do Butão, ser proibido no país dele o comércio de cigarros manufaturados de tabaco, embora isso não impeça a venda clandestina desse produto.

Os bolsistas Humphrey que eu conheci, vindos das mais diversas regiões do mundo, são, em minha avaliação e sem exceção, pessoas admiráveis. Grande parte deles deixou o conforto de seus lares, o carinho das famílias e posições profissionais estáveis para buscar conhecimento e aperfeiçoamento profissional no território americano. Alguns, inclusive, romperam integralmente o vínculo profissional anterior para participar do programa, pois seus chefes não lhes permitiram participar do programa, assegurando-lhes o posto de trabalho.

O grupo de bolsistas Humphrey, reunido para estudar no *American English Institute* da Universidade do Oregon, superou dificuldades iniciais, melhorou muito as habilidades de comunicação em inglês, aprendeu sobre cultura americana, dividiu vitórias e algumas preocupações com os demais membros do grupo, enfim, aproveitou bem a etapa pré-acadêmica do Programa Humphrey.

Ao concluir essa fase, o grupo deixou saudoso professores e membros da equipe local do Programa Humphrey. Entretanto, acredito que ao viajar para suas respectivas *host universities* para iniciar a etapa acadêmica, a maior parte delas situada na distante costa leste dos Estados Unidos, cada bolsista levou na bagagem lembranças dos momentos e das pessoas, muitas alegrias e muitas de fotografias das experiências vividas em Eugene, Oregon.

5.6. Etapa Acadêmica

A etapa acadêmica do Programa Humphrey pode ser a primeira fase do programa para o bolsista que viaja diretamente de sua terra natal com destino aos Estados Unidos ou será a fase sequencial, imediatamente posterior ao término da etapa pré-acadêmica, para aquele que participou do aperfeiçoamento em inglês nos programas longos (quatro meses) ou curtos (dois meses). Entretanto, sem importar a experiência que cada um de nós vivenciou anteriormente, creio que sentir a aproximação do início da etapa acadêmica do Programa Humphrey a todos gerou certa ansiedade pela nova situação que cada um vivenciaria em suas *host universities*.

Cada um dos 18 *campi*, espalhados de leste a oeste do território americano, cujos nomes e localizações foram antes referidas, estava instalado em regiões com diferentes condições climáticas, culturais, sociais, estudantis, de moradia, enfim estilos diferentes uns dos outros para a futura vida do bolsista Humphrey.

Por exemplo, aqueles que estudariam na *University of Minnesota, Minneapolis*, seriam submetidos aos rigores do inverno intenso, com neve e temperaturas muito baixas, muitas vezes iniciado em meados de outubro e estendido até o mês de março do ano seguinte. Entretanto, aqueles bolsistas encaminhados para estudar na *Universidade of California, Davis*, não tinham razões para preocupações com o clima habitualmente ameno daquela região.

As 18 diferentes universidades, dependendo da sua estrutura e acomodações, permitiram ou não, ao bolsista alugar diretamente da administração acadêmica

um lugar para morar em propriedade administrada pela universidade. Foi tarefa relativamente complexa procurar moradia nas cidades quando a universidade não oferecia locação de imóveis porque algumas vezes não era fácil encontrar o imóvel adequado entre aqueles oferecidos pelo mercado imobiliário levando em conta fatores como o preço do aluguel e demais taxas cobradas, localização, condições da habitação, segurança e outros. Essa situação, enfrentada logo no início da etapa acadêmica do programa, sob a minha visão, foi aquela que gerou maior preocupação e desgaste para alguns bolsistas e membros das equipes de apoio encarregadas a auxiliar nessa tarefa.

Praticamente desde a chegada do bolsista ao *campus* da *host university*, mesmo durante o curto período em que cada um de nós buscava encontrar lugar para morar, as atividades acadêmicas começavam a ser desenvolvidas. Visitas monitoradas a diversas instalações do *campus*, pequenas viagens de ônibus para identificar itinerários, contatos e visitas aos membros das *host families*, ou seja, as famílias anfitriãs, entre outras, foram atividades iniciais realizadas com apoio da equipe dirigida pelo coordenador local do Programa Humphrey com o objetivo de proporcionar rápida familiarização ao novo ambiente.

O grupo de bolsistas que integrei, que estudou na *Virginia Commonwealth University*, situada em Richmond, Virgínia, era composto por profissionais interessados em aprender sobre temas relacionados à prevenção, tratamento, recuperação, reinserção social das pessoas abusadoras de substâncias químicas, HIV-Aids e Corte de Drogas.

A coordenação local do Programa Humphrey exerce função estratégica na administração da vida funcional e acadêmica do bolsista. Essa função, normalmente ocupada por dois profissionais experientes e habilidosos, que, com muita frequência, acumulavam o exercício de outras atividades no corpo docente ou administrativo da respectiva universidade, é exercida com o apoio de um assistente da coordenação e um assistente acadêmico.

O assistente acadêmico orienta o bolsista a encontrar, entre os diversos cursos, matérias e atividades oferecidas pela universidade dentre aquelas adequadas para ele frequentar e alcançar seu objetivo de aprimoramento dos conhecimentos dentro do assunto ou da área específica de interesse do bolsista.

Outra tarefa importante do assistente acadêmico é preparar e coordenar os seminários semanais, algumas vezes ministrados por ele ou pelos demais coordenadores, ou, principalmente, por especialistas convidados com a finalidade de facilitar o aprimoramento profissional do bolsista.

No biênio 2010-2011, o Brasil esteve representado por uma profissional brasileira que trabalhou na coordenação do Programa Humphrey da *Emory University*, em Atlanta, Geórgia.

Entre os membros da equipe do Programa Humphrey, o profissional que mantém vínculo mais próximo ao bolsista, praticamente por meio de contatos diários, é o assistente da coordenação. Esse membro da equipe realiza trabalhos administrativos e facilita os contatos do bolsista com outros estudantes, professores, profissionais e organizações em relação aos quais ele deseja manter conhecer.

A coordenação-geral do Programa Humphrey na *Virginia Commonwealth University* em 2010-2011 é realizada por dois coordenadores. Um deles mantém contatos e vínculos com autoridades e instituições, entre elas aquelas que suportam o programa local, ou seja, o *Institute of International Education (IIE)*, o Departamento de Estado Americano e o *National Institute on Drug Abuse (Nida)*. O outro coordenador focaliza suas ações na manutenção e no incremento dos relacionamentos locais visando a melhorar o desempenho do bolsista, voltando seu persistente olhar para estimular o bolsista a cumprir metas e objetivos propostos para o ano Humphrey.

Os coordenadores também orientam cada bolsista Humphrey a redigir e apresentar, periodicamente, à coordenação local do programa um documento escrito chamado plano de programa individual.

Nesse documento, o bolsista deve apresentar a descrição resumida do seu plano profissional para os próximos cinco anos e, em seguida, indicar os conhecimentos e as habilidades que acredita essenciais obter ou aperfeiçoar para concretizar esse plano.

O bolsista também descreve no plano de programa individual, praticamente, todas as atividades realizadas fora da sala de aula, tais como aquilo que fez para atualizar seus conhecimentos e habilidades gerais e específicas; as ações realizadas para reforçar sua liderança, tais como apresentações públicas; as contribuições pessoais para o intercâmbio cultural, como serviço voluntário, e a indicação das parcerias profissionais e institucionais criadas.

Focalizando um pouco mais a etapa acadêmica, creio necessário falar acerca dos seminários organizados para os bolsistas Humphrey pela *Virginia Commonwealth University*, os quais me permitiram conhecer, entre outros, assuntos variados ligados à questão do álcool e outras drogas, tais como uso, abuso e dependência química; prevenção e tratamento; políticas públicas sobre álcool e outras drogas; procedimentos e técnicas para o tratamento dos usuários e dependentes químicos e vários aspectos das análises e pesquisas científicas acerca do consumo de drogas.

Além dos seminários antes mencionados, o Programa Humphrey na *Virginia Commonwealth University* exige a participação do bolsista em visitas e viagens curtas. Nessa atividade, a finalidade da coordenação do programa é mostrar agências públicas, organizações privadas sem fins lucrativos e outros serviços nos quais exista possibilidade de aprimorar profissional, cultural e cientificamente os conhecimentos do bolsista.

Dentre os locais que foram visitados no Estado da Virgínia pelo grupo de bolsistas Humphrey da *Virginia Commonwealth University*, em 2010-2011, posso destacar a sede do Poder Legislativo estadual e a assessoria legislativa por meio da qual foi possível conhecer acerca da preparação dos projetos de lei e das políticas locais para questões novas sobre álcool e drogas; as instalações de um hospital psiquiátrico e de uma unidade de internação de adolescentes infratores para que fosse notada a relação entre o abuso do álcool e outras drogas com problemas de saúde mental e as infrações praticadas por adolescentes; duas cortes de drogas, uma delas para jovens e outra para adultos com o objetivo de verificar a atenção dispensada pelo sistema de justiça americano aos infratores envolvidos com o álcool e outras drogas; a sede de um centro de atendimento especializado para usuários de drogas baseado no modelo dos 12 passos; os escritórios de unidades públicas que administram programa local de tratamento e cuidam da prevenção ao uso de drogas e, ainda, regulam a distribuição e a fiscalização da venda de bebida alcoólica destilada e, finalmente, uma clínica que trabalhava com terapia de substituição da heroína por metadona.

Entre os locais e instituições visitadas, parece importante descrever sinteticamente acerca do funcionamento do sistema legislativo estadual americano em vigor no Estado da Virgínia. Essa estrutura legislativa estimula o cidadão a discutir temas comunitários relevantes anteriormente aos debates legislativos para edição e alteração das leis pelos políticos eleitos.

Aliás, nesse Estado americano, deputados e senadores reúnem-se para discussão legislativa durante determinada época do ano, sem interromper no restante do período suas atividades profissionais privadas, ou seja, deputado ou senador que, por exemplo, é médico, advogado, professor ou servidor público não abandona, totalmente, suas atividades profissionais enquanto ocupa cargo legislativo, delas se afastando por poucos meses do ano.

Durante meu ano Humphrey tive a oportunidade de assistir aos debates públicos patrocinados por subcomissões legislativas interessadas em discutir temas relacionados ao álcool e outras drogas.

Nesses debates foi tratada, por exemplo, a proibição da produção, distribuição e venda de bebidas energéticas com adição de álcool; a proibição da venda e a punição da pessoa que portasse substância sintética assemelhada à maconha (conhecida como *spice*) e discutido o orçamento público destinado ao programa das cortes de drogas instaladas no Estado da Virgínia.

Presenciei, também, manifestações públicas ordeiras e pacíficas realizadas por defensores ou opositores da postura dos parlamentares estaduais quanto à regulamentação do aborto naquele Estado americano.

Retomando os aspectos importantes do Programa Humphrey, uma das primeiras atividades atribuídas durante o início da etapa acadêmica ao bolsista que

estuda na *Virginia Commonwealth University* foi apresentar exposição oral aos demais colegas sobre a cultura e outros pontos de interesse geral de seus respectivos países. Além dos outros bolsistas, os integrantes da equipe da coordenação local e convidados, como professores, conselheiros e membros das famílias anfitriãs comparecem nesse dia para ouvir o relato do bolsista.

Nessas apresentações, algumas delas bastante animadas, pude ouvir companheiros bolsistas falarem um pouco sobre suas terras e hábitos. Semanalmente, cada um de nós oito, todos bolsistas Humphrey que estudavam em Richmond, Virgínia, fazia sua apresentação individual.

Oranooch Sungkhawanna, especialista do serviço policial da área de prevenção ao uso de drogas, apresentou imagens da cultura e vida na Tailândia; Maya Rusakova, responsável por organização não governamental que trabalha com prevenção do HIV-Aids e professora universitária, falou sobre hábitos e costumes do povo da Rússia; Ojo Moses, médico psiquiatra, mostrou as diferenças culturais e religiosas da Nigéria; Dafina Muqaj, psicóloga de uma organização não governamental que cuida de dependentes químicos, falou do perfil do povo de Kosovo e dos efeitos da guerra em seu país; Omar El Shahawy, médico e pesquisador na área do abuso do tabaco, trouxe relatos sobre a cultura e os valores familiares no Egito; Dorra Amira, toxicologista especializada em análise de substâncias químicas e professora universitária, relatou dados acerca da colonização e das diferenças regionais na Tunísia, bem como Rogério Alves da Paz, médico brasileiro especialista em dependência química e servidor voluntário em comunidades terapêuticas e eu, expusemos acerca do perfil do povo, contrastes sociais e desenvolvimento econômico do Brasil.

Reafirma-se que o objetivo principal da experiência oferecida ao bolsista ao longo da etapa acadêmica do Programa Humphrey é lhe capacitar por meio do conhecimento de técnicas, a desenvolver ideias e criar parceiras pessoais e institucionais que lhe facilitarão desenvolver e implantar projetos dentro da área de conhecimento que ele aprimorou ao retornar para sua terra natal.

Por essa razão, a etapa acadêmica do programa é encerrada com uma apresentação individual feita pelo bolsista acerca do seu projeto final. Nessa oportunidade, o bolsista relata qual será seu plano para implantar o projeto escolhido, expondo as ideias que pretende colocar em ação dentro da área em que se especializou ao retomar as atividades profissionais em seu país de origem.

5.7. Etapa de Afiliação Profissional

Durante a fase acadêmica do Programa Humphrey, a coordenação local estimula o bolsista a iniciar contatos profissionais com a finalidade de preparar o cumprimento da fase final, conhecido como etapa de afiliação profissional. As visitas, as viagens, os seminários e os contatos sociais e culturais realizados permitem,

normalmente, ao bolsista iniciar contatos profissionais que poderão contribuir para identificar organizações que atuem de modo relevante em sua área de concentração e facilitar sua afiliação profissional.

Referida etapa é mais do que simples estágio profissional, porque será o bolsista responsável pela identificação da organização que lhe parecer mais adequada ao seu perfil e à concretização do seu projeto final, bem como deverá ainda o bolsista encontrar entre os profissionais dessa organização alguém que esteja disposto a supervisionar suas atividades, lhe permitindo trabalhar, estudar, pesquisar ou realizar outra atividade útil ao bolsista, ao supervisor e à organização.

Normalmente, a coordenação local do Programa Humphrey, espera que o bolsista frequente dois estágios de afiliação profissional. O primeiro deles pode ser realizado em alguma organização situada próximo da sede da universidade e o segundo, em local distante. Entretanto, essa regra não é absoluta. Às vezes, o bolsista se dedica somente ao estágio de afiliação profissional não local, bem como em outros casos ele frequenta, exclusivamente, o estágio local, desde que uma ou outra opção representem na visão dele e da coordenação local do programa o melhor caminho para seu aperfeiçoamento profissional ou para a realização de projeto interessante ao bolsista ou à organização na qual ele se afiliou.

Do mesmo modo que os primeiros momentos da vida do bolsista Humphrey na *host university*, a identificação da organização anfitriã, o encontro do supervisor responsável pelo bolsista e o início da fase de afiliação profissional também geram momentos iniciais de ansiedade e desconforto.

Entretanto, essa sensação usualmente é superada pela recepção calorosa, pela capacidade profissional dos supervisores e da equipe de trabalho da organização eleita e, ainda, pelo número e intensidade dos afazeres programados para o bolsista executar durante cerca de pouco mais de um mês, que é o tempo regular de duração da afiliação profissional não local.

Considero excelentes as experiências vividas durante a etapa de afiliação profissional local e não local. Iniciei minha afiliação profissional local em meados de outubro de 2010 e a finalizei em abril do ano seguinte. Recebi do meu coordenador local uma listagem com nomes de organizações e pessoas potencialmente capazes de me receber e ajudar e, logo em seguida, iniciei contatos, usando mensagens eletrônicas, ligações telefônicas e cartas.

Realizei a afiliação profissional local na *Supreme Court of Virginia* e acompanhei o trabalho da Coordenadora do Escritório das Cortes de Drogas da Suprema Corte do Estado da Virgínia. Essa profissional, que conta com apenas uma auxiliar administrativa para lhe assessorar, articula ações para apoiar e facilitar a instalação, a manutenção e o funcionamento das 30 Cortes de Drogas do Estado da Virgínia (16 para adultos, 9 para adolescentes, 3 para famílias e 2 para casos de crimes de embriaguez no volante).

Nesse Estado, aliás, foi proposto em 2010 a instalação de duas novas Cortes de Drogas para adultos, tanto que o juiz e os demais membros dos times dos Condados de Washington e Danville participaram no mês de março de 2011 de intensivo treinamento com duração de uma semana realizado em Nashville, Tennessee, sob orientação do *National Drug Court Institute (NDCI)*.

Esse treinamento congregou animados profissionais de nove diferentes localidades que se preparavam para instalar Cortes de Drogas em vários Estados Americanos (Virgínia, Tennessee, Geórgia, Dakota do Sul e Missouri). Além dessas delegações havia um time originário de Saipan, Ilhas Marianas, distante território administrado pelo Governo Americano, os quais estavam interessados na instalação da Corte de Drogas local. O time das Ilhas Marianas viajou mais de 24 horas de avião para participar desse evento.

Houve oportunidade para assistir aos trabalhos realizados durante essa semana de treinamento cuja finalidade era apresentar informações práticas para fazer funcionar, de modo eficiente, os novos times de Corte de Drogas. Acompanhei os instrutores durante várias atividades e integrei, como observador, o time da Corte de Drogas do Condado de Washington, Virgínia, porque havia conhecido boa parte dos seus membros em visita anterior, conforme mencionado abaixo.

Os times das cortes de drogas se apresentaram completos para o treinamento, isto é, juiz, promotor, defensor, administrador, policial, oficial da fiscalização, conselheiro ou terapeuta e pesquisador ou analista e permaneceram reunidos estudando e trabalhando como um verdadeiro time esportivo, aprendendo em grupo, como a Corte de Drogas deve funcionar e qual é o papel básico de cada um dos seus membros. Ao final, cada time apresentou o resumo das linhas mestras por eles desenvolvidas para instalar e fazer funcionar a Corte de Drogas em cada uma das suas respectivas localidades.

Cabe salientar que alguns meses antes da realização desse treinamento dirigido pelo *NDCI* visitei a corte instalada na cidade de Abingdon, Virgínia, localidade abrangida pelo Condado de Washington.

Nessa ocasião, assisti ao pré-lançamento da Corte de Drogas dessa pequena região, evento possível depois da realização de algumas tratativas e reuniões entre as autoridades locais, com apoio da Coordenação do Escritório das Cortes de Drogas da Suprema Corte do Estado da Virgínia.

Abingdon, situada na porção sul da Virgínia, bem próxima da cidade de Bristol e fronteira com o Estado do Tennessee, é cidade com pouco mais de 8.100 habitantes que fica na área das *Blue Ridge Mountains*, cadeia de montanhas que cruza o meio leste americano passando pelos Estados da *Pennsylvania, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina* e *Georgia*.

Na sessão pública do pré-lançamento dessa Corte de Drogas, o juiz local expôs às autoridades e ao público acerca da viabilidade e importância da instalação desse serviço, bem como pediu a todos empenho e ajuda para atingir essa meta. Em seguida, reunido com menor número de pessoas, o juiz ouviu propostas e promessas de ajuda para a instalação desse serviço judicial especializado em atender adultos autores de crimes envolvidos com drogas.

Algumas organizações e empresários, como a associação dos advogados e dos comerciantes local, além de algumas igrejas, não raramente, apoiam instalar e manter cortes de drogas em muitas localidades do território americano, fazendo isso por meio de pequenas doações em dinheiro, ofertando brindes usados para recompensar clientes dessas cortes que atingiram ou superaram as metas fixadas durante o tempo de participação no programa ou, ainda, oferecendo veículo para transportar clientes ou participantes quando necessário.

Em outra oportunidade, acompanhando a Coordenadora do Escritório das Cortes de Drogas da Suprema Corte do Estado da Virgínia, também presenciei a preparação conjunta feita pelo juiz e várias autoridades de Norfolk, Virgínia, para instalar a primeira Corte de Drogas do Estado especializada no tratamento dos dependentes químicos presos, os quais estavam na fase final do cumprimento de suas penas.

Norfolk, cidade situada na região costeira do Estado da Virgínia e que reúne importantes unidades militares, conseguiu verba para custear, por cerca de um ano, a instalação e a manutenção do serviço de tratamento aos dependentes químicos recolhidos na cadeia pública local. Ao mesmo tempo em que esse trabalho era iniciado, também foi contratada a avaliação dos resultados que seriam alcançados pelos presos que seriam envolvidos nesse programa. Essa avaliação, aliás, ficou sob a responsabilidade da equipe de pesquisa do *National Center for State Courts (NCSC)*, organização na qual realizei a afiliação profissional não local.

O *National Center for State Courts (NCSC)* foi criado há mais de 40 anos. Sua missão é aprimorar a administração da justiça por meio da liderança e da prestação de serviços às cortes estaduais americanas. Entre as metas que orientaram as primeiras ações dessa organização, é possível destacar o esforço desenvolvido na área da reforma judicial norte-americana, especialmente com o objetivo de reduzir atrasos na prestação jurisdicional.

Mais especificamente, o *NCSC* exerce a função de centro nacional de inteligência na esfera da administração da justiça, atua como um repositório das ações inovadoras, identifica boas práticas judiciais, promove a experimentação de novas técnicas, faz medições, avaliações e pesquisas dos resultados de programas judiciais inovadores, enfim, promove ações para reforçar o Estado de Direito e aprimorar a administração da justiça de forma geral.

As principais sedes do NCSC estão instaladas em Williamsburg, Virgínia e Denver, Colorado, mas essa organização mantém escritórios em Washington, Capital Federal e em Arlington, Virgínia.

Desenvolvi minhas atividades da afiliação profissional não local na sede do NCSC, em Williamsburg, Virgínia.

Nessa localidade, bem próximo ao prédio do NCSC, existem marcos conhecidos da história dos Estados Unidos. Um deles é o *The College of William & Mary*, fundado em 1618, portanto, o segundo mais antigo curso universitário instalado no território americano. O outro é a área histórica de Williamsburg, na qual é mantida com graça e beleza uma cidade colonial americana povoada por atores e atrizes que reproduzem passagens e ações de personagens da história americana, além de reunir lembranças da Guerra Civil.

Durante o período em que estive fazendo minha afiliação profissional no NCSC acompanhei as atividades realizadas por um pesquisador que investigava *problem solving courts*, ou seja, as cortes terapêuticas. Esse tipo de serviço judicial que abrange, entre outras, as cortes judiciais que cuidam das questões do álcool e outras drogas, violência doméstica e violência juvenil é usualmente avaliado a pedido da administração da justiça de diversos Estados e localidades para aferir resultados, medir custo-benefício e corrigir rumos.

A incumbência principal do meu supervisor de estágio, pesquisador do NCSC, portanto, era avaliar *problem solving courts* e, ao mesmo tempo, manter contatos com novos interessados na prestação desse serviço, gerenciar contratos de pesquisa em andamento ou em fase de iniciação, realizar consultorias e divulgar o trabalho do NCSC por meio de exposições pessoais, reuniões por telefone ou internet ou, ainda, fazer visitas e viagens a determinadas localidades nas quais sua presença era necessária.

Foi muito bom encontrar, trabalhando no setor de tecnologia do NCSC, a antiga administradora da Corte de Drogas de Chesterfield, Virgínia. Essa Corte de Drogas fica em um condado vizinho à cidade de Richmond e nela pouco tempo antes havia acompanhado as atividades do time local, as quais serão adiante descritas. Em seu novo posto de trabalho essa profissional agora estava incumbida de desenvolver projetos na área de tecnologia para cortes estaduais, tais como aprimorar recursos de informática para dar segurança e agilidade a procedimentos judiciais. Referida profissional, pela experiência e o conhecimento adquiridos no campo da Corte de Drogas, também auxiliou e supervisionou minha afiliação no NCSC.

Durante pouco mais de um mês em que estive realizando minha afiliação profissional no NCSC auxiliei meus supervisores a realizar algumas tarefas, como localizar e compilar as principais regras das cortes de drogas em todos os 50 Estados americanos. Também os auxiliei a descrever o perfil dos sujeitos que seriam

analisados durante a pesquisa dos resultados do programa de atenção aos presos usuários de drogas recolhidos em Norfolk, Virgínia.

Durante o intervalo do almoço de determinado dia, apresentei aos profissionais e estagiários do NCSC informações sobre o Brasil e a Justiça Terapêutica. Além disso, assisti reuniões presenciais e apresentações pela internet, conhecidas como *webinar*; fiz contatos profissionais; analisei artigos científicos; conheci o acervo local de livros, revistas e catálogos e analisei dados inseridos no *website* do NCSC, especialmente relacionados às Cortes de Drogas.

O tempo em que estive realizando a afiliação profissional no NCSC foi bem aproveitado e a contribuição por mim prestada, por mais singela que tenha sido, parece ter sido bem recebida por todos. Recordo da gratidão da pessoa responsável pela biblioteca do NCSC quando lhe ajudei a localizar um texto que interessava ao meu supervisor em um dia em que era impossível ter acesso regular ao *website* institucional e internet.

Para finalizar o relato acerca da etapa de afiliação profissional, outro fator que, sob minha interpretação pessoal contribuiu para o êxito dessa parte do programa, é o fato que muitas organizações americanas, pelo menos entre aquelas que pude conhecer, são hábeis em bem recepcionar todo prestador de atividade voluntária, uma das propostas gerais do bolsista Humphrey, que de certo modo também é realizada durante a etapa de afiliação profissional.

5.8. Corte de Drogas Americana

Nos Estados Unidos, segundo a Associação Nacional dos Profissionais de Cortes de Drogas, existem mais de 2.559. Ao lado dessa organização, que apoia aqueles que trabalham nas Cortes de Drogas, existe também o Instituto Nacional de Corte de Drogas, que divulga o programa, oferece instrução para proporcionar melhores condições de trabalho aos profissionais dessas cortes, por meio de treinamento, e estimula pesquisas e publicações científicas para apoiar esse tipo de *problem solving courts*.

Há diversas modalidades de Corte de Drogas nos Estados Unidos, ou seja, Corte de Drogas para adulto infrator, para adulto infrator cumulada com crimes de embriaguez ao volante, exclusiva para crimes de embriaguez ao volante, para jovens infratores, para membros de comunidades tribais, para tratar questões de família, para veteranos de guerra envolvidos em problemas com a Justiça, Corte de Drogas federais e para reinserção de presos dependentes químicos ao convívio social. Em razão do meu interesse profissional concentrei as atividades durante o Programa Humphrey conhecendo o sistema de Corte de Drogas para adultos e sobre elas, especialmente, será tratado neste relato.

As cortes de drogas começaram a funcionar nos Estados Unidos em 1989, a partir da busca de soluções que os juizes criminais de *Miami County*, Flórida, em razão de assistirem impotentes ao aumento excessivo dos crimes relacionados ao

uso de drogas ilícitas, especialmente, cocaína e a consequente superlotação das prisões locais em razão do recolhimento de pessoas envolvidas com crimes relacionados com consumo de drogas.

Além disso, referidos juízes também perceberam ser reduzido o efeito gerado ao preso dependente de drogas recolhido e isolado na prisão, sem receber qualquer tipo de atenção para lidar com a questão do abuso das drogas. A pouca eficácia da prisão era notada em razão da frequência e rapidez com que muitos deles eram reencarcerados pela polícia logo depois de libertados, na maior parte das vezes em razão de novo envolvimento com as drogas e o crime.

Sob meu entendimento, além dos argumentos relativos ao quadro específico no qual o programa de Corte de Drogas americano foi criado, devem ser somadas razões de custo-benefício, pois ministrar tratamento ao dependente químico em liberdade é menos caro e mais eficiente para controlar sua dependência química do que mantê-lo aprisionado, bem como reduz significativamente o risco do potencial dessa pessoa se envolver com novos crimes.

A Corte de Drogas americana pode ser compreendida, em sentido amplo, como intensivo programa de tratamento sob supervisão judicial oferecido ao criminoso com alto risco de reincidir e que tenha problemas com drogas servindo como alternativa à prisão. Esse programa ou serviço de tratamento é intensivo, porque embora permita ao infrator permanecer em liberdade depois de ser nele admitido, exige dele significativa participação e contraprestações.

Normalmente, são múltiplas as obrigações que o participante ou cliente da Corte de Drogas assume voluntariamente ao aceitar ingressar nesse programa depois de assinar acordo firmado com assistência do seu defensor, perante o juiz, promotor e os membros do time da Corte de Drogas.

Por exemplo, exige-se do cliente ou participante comparecer, com a periodicidade indicada pelo tribunal, às sessões da Corte de Drogas; frequentar sessões de terapia ou aconselhamento individuais ou em grupo; submeter-se a testes para aferição do uso de álcool e outras drogas em ocasiões determinadas ou quando o time da Corte de Drogas entender necessário, bem como aceitar a fiscalização contínua feita pelo time e acatar as regras do sistema de punições (por infrações) e prêmios ou recompensas (por conquistas).

Registre-se ser uma das mais severas sanções, antes da exclusão do programa, o recolhimento do participante ou cliente do programa à cadeia local, para cumprir curto período de prisão, a critério do juiz, com prévia oitiva dos membros do time da Corte de Drogas.

A Corte de Drogas para adultos, organizada dentro dos tribunais da maior parte das localidades do território americano, não se ocupa, exclusivamente, com o infrator que pratica crimes em razão do abuso de álcool e outras drogas.

Ao contrário, é comum que a Corte de Drogas funcione paralelamente ao serviço ordinariamente prestado pelo órgão jurisdicional, reservando um ou dois dias da semana para o atendimento desses casos. Essa forma de estruturação, quase como um serviço adicional ou paralelo, prestado por um ou dois juízes de determinada localidade ou condado, algumas vezes em sistema de rodízio, visa a reduzir despesas para iniciar e manter a Corte de Drogas em funcionamento.

Desse modo, mesmo que o juiz, promotor e advogado dediquem parte significativa do tempo de trabalho aos casos rotineiros que eles devem atender em razão da estruturação dos serviços em cada uma das cortes, os demais membros do time trabalham em tempo integral com os clientes ou participantes que têm problemas com álcool e drogas.

5.9. O Time da Corte de Drogas

O time da Corte de Drogas é usualmente composto por oito profissionais, a saber, juiz, promotor, defensor, administrador, policial, oficial da fiscalização, conselheiro ou terapeuta e pesquisador ou analista. Cada um deles trabalha em conjunto com os demais membros do time ou parte deles, ou, ainda, individualmente. O time atua em grupo, por exemplo, durante as discussões feitas nas reuniões realizadas no interior da corte, as quais, habitualmente, precedem as sessões públicas da Corte de Drogas. Esses profissionais também podem atuar em duplas ou trios, fiscalizando o cliente durante visitas domiciliares ou, ainda, trabalhar com o cliente fazendo entrevistas, avaliações ou terapias individuais.

A figura do juiz e dos profissionais que compõem o time das Cortes de Drogas são essenciais para o funcionamento do programa e também para o índice de sucesso dos clientes ou participantes. Esse índice é medido pelo número de clientes ou participantes que permanecem vinculados ao programa sem apresentar resultado positivo para álcool e outras drogas durante o período fixado pelo tribunal e, especialmente, sem sofrer prisão por outro motivo ou praticar crimes depois do término do programa.

O juiz ocupa o papel de líder e de responsável pela tomada das decisões finais e necessárias ao funcionamento da Corte de Drogas. Prêmios e sanções não são impostos ou concedidos sem a indispensável concordância do juiz, bem como a maior parte dos prêmios e sanções são comunicados oficialmente ao cliente ou participante pelo próprio juiz, em audiência solene, realizada com ritualismo e simbolismos próprios e peculiares, comuns ao sistema judicial americano tradicional.

Assisti, por exemplo, juízes usando togas e postados nas tribunas por eles ocupadas em diversas cortes de drogas, conversando de modo amistoso com clientes durante as apresentações semanais ou, ainda, deixando aqueles locais de destaque da tribuna para cumprimentar os clientes com apertos de mãos ou distribuindo

abraços. Entretanto, também pude verificar juízes advertindo clientes, em visível desaprovação por ações por eles praticadas, finalizando o breve monólogo com a comunicação de que o cliente regressaria de fase ou de estágio no programa ou, ainda, seria recolhido, imediatamente, à cadeia local para nela permanecer três, cinco ou sete dias, por exemplo.

Antes de seguir com a referência ao trabalho individualmente feito pelo promotor e advogado, é preciso lembrar que esses profissionais não atuam como adversários nas ações típicas da Corte de Drogas. Diferentemente daquilo que ocorre no sistema judicial americano clássico, no qual acusação e defesa são as partes em litígio e medem forças perante o juiz e os jurados, o promotor e o advogado na Corte de Drogas exercem suas atribuições de modo diferente.

Na Corte de Drogas, o promotor e o advogado colaboram, criteriosa e mutuamente, para proporcionar ao cliente ou participante o resultado por ambos esperado, ou seja, o cumprimento exitoso do programa individual para o controle do abuso de substâncias químicas.

É importante salientar que as ações desenvolvidas pela Corte de Drogas podem começar antes da existência de processo acusatório formal em relação ao infrator e, em algumas localidades, para incluir o candidato em uma Corte de Drogas ele deve se declarar culpado. Em razão disso, é indispensável prévio e cuidadoso exame da manifestação da vontade do candidato e do seu defensor, ou seja, ninguém deve ser incluído nesse programa sem aceitar expressamente as condições e ser orientado pela defesa e, especialmente, o candidato deve ter conhecimento de que caso seja excluído do programa será condenado a cumprir pena prisional.

O promotor de uma Corte de Drogas monitora o ingresso do cliente no programa, porque além de examinar os registros criminais do candidato e analisar a modalidade de delito cometido, ele também tem poderes para rejeitar o ingresso daquele candidato em tese elegível para o programa, caso constatar que essa pessoa por outras razões não está preparada para enfrentar o programa. Isso pode ocorrer, por exemplo, se o promotor receber notícia de que o candidato está envolvido com a criminalidade organizada.

A opinião do promotor tem peso considerável nas decisões da Corte de Drogas, especialmente, quando sua postura e dedicação ao trabalho transmitem credibilidade ao juiz e aos demais membros por mostrar interesse pelos casos dos clientes, acompanhar a trajetória deles enquanto inseridos no programa e exteriorizar, de modo respeitoso e franco, suas opiniões perante os demais membros da Corte de Drogas.

O defensor também ocupa papel de destaque no sistema de Corte de Drogas. Isso é resultado da sua condição natural de profissional preparado para levar ao juiz opinião favorável ao infrator. Além disso, é o defensor o profissional habilitado a dar ao infrator opinião técnica da responsabilidade reservada que pode lhe

ser atribuída pelo sistema criminal tradicional em contraste com eventual aceitação do programa da Corte de Drogas.

Entre os membros do time da Corte de Drogas há um defensor público ou privado. O defensor público atende a maior parte dos casos que o cliente não contratou advogado. Entretanto, se o infrator eleger advogado particular de sua confiança para prestação da assistência jurídica, será esse profissional contratado que orientará o cliente em relação ao programa de Corte de Drogas.

É importante ressaltar que as regras para ingresso dos infratores no programa da Corte de Drogas devem ser claras, estar previstas nos estatutos do tribunal ou legislação local, bem como o programa deve ser divulgado à classe dos advogados daquela região porque a opinião deles é importante para a decisão do infrator quando houver dúvida acerca de ingressar ou não nesse programa.

A estruturação multidisciplinar da equipe técnica da Corte de Drogas, entre outros, certamente foi um fator importante para a multiplicação em números e em resultados positivos desse modelo na justiça americana. O trabalho da equipe técnica (administrador, policial, oficial da fiscalização, conselheiro ou terapeuta e analista ou pesquisador) é importante porque absorve elevada quantidade das ações necessárias ao êxito do tratamento dispensado ao cliente.

Além disso, esses membros da equipe são capazes de atender alguns compromissos profissionais e sociais úteis à manutenção dos serviços da Corte de Drogas sem onerar, excessivamente, o juiz, o promotor e o advogado permitindo-lhes continuar exercendo as demais atribuições que lhes são peculiares, porque como foi dito antes, referidos profissionais não se dedicam exclusivamente ao serviço da Corte de Drogas mantendo vinculação profissional a diversos outros tipos de casos judiciais ao mesmo tempo em que são membros desse time especial.

Entre os profissionais que integram o time da Corte de Drogas, é atribuído ao administrador a responsabilidade de organizar e manter a estrutura burocrática necessária aos trabalhos. O administrador tem a atribuição de receber, organizar e preparar os documentos individuais de cada cliente oferecendo um dossiê acerca de cada caso ao juiz e demais membros do time. Essa documentação é consultada regularmente e, com mais frequência, antes, durante e depois das reuniões semanais do time da Corte de Drogas.

O administrador não exerce apenas a função de secretário da Corte de Drogas, mas também deve atuar como líder, especialmente perante a equipe técnica, ou seja, o policial, oficial da fiscalização, conselheiro ou terapeuta e analista ou pesquisador em razão de com eles manter contato mais próximo e rotineiro. Esse profissional ainda exerce papel externo, porque muitas vezes representa o elo entre a Corte de Drogas e a comunidade, responsabilizando-se, juntamente com o analista ou pesquisador, em solicitar essencial apoio local para iniciar e manter o programa em funcionamento.

Além da habilitação técnica sobre as questões do álcool e drogas, o administrador deve conhecer a rotina judicial e as peculiaridades da Corte de Drogas, ter aptidão mínima em informática e ser alguém capaz de se comunicar bem com os membros da área jurídica da Corte de Drogas (juiz, promotor e defensor), da área de fiscalização (policial e oficial da fiscalização) e da área de tratamento e técnica (conselheiro ou terapeuta e analista ou pesquisador), bem como ter facilidade para se comunicar com autoridades e membros da comunidade.

É importante para a estrutura de pessoal criada para o funcionamento da Corte de Drogas ter entre os membros do time um profissional da área de segurança pública. A força policial estadual ou local, via de regra, coloca à disposição da Corte de Drogas um policial experiente. Esse policial continua usando uniforme e armamento típicos da corporação na qual mantém vínculo enquanto trabalha como membro do time da Corte de Drogas.

O policial, isoladamente ou algumas vezes em companhia do oficial da fiscalização, visita com discrição e educação a residência, o trabalho ou a escola do cliente para aferir a presença dele nesses locais e, em algumas oportunidades, especialmente durante a fiscalização domiciliar, submete o cliente ao teste de urina para conferir eventual consumo de álcool e drogas. As irregularidades e os pontos positivos em relação ao cliente constatados pelo policial serão por ele comunicados por escrito, de modo informal, aos demais membros da Corte de Drogas.

O oficial da fiscalização, talvez entre nós reconhecido como oficial ou fiscal da condicional em razão do cinema americano, é um profissional vinculado ao departamento penitenciário estadual ou outro serviço local semelhante. Esse profissional empresta ao sistema de Corte de Drogas a capacitação e experiência adquiridas em razão do treinamento e do trabalho junto ao órgão de origem, no qual normalmente fiscaliza infratores submetidos ao sistema de *probation* ou outro tipo de liberdade vigiada autorizada pela justiça criminal.

Esse membro do time, juntamente com o policial, também se ocupa principalmente em estimular e fiscalizar o cliente ou participante durante o programa de Corte de Drogas, cuja duração média é de um até dois anos. Cada cliente ou participante, do mesmo modo que visualiza na figura do juiz, promotor e defensor os responsáveis no campo jurídico por seu caso, compreende o oficial da fiscalização como o profissional responsável, entre os membros do time da Corte de Drogas, pelo monitoramento do seu comportamento pela eventual prática de crimes e consumo de álcool e drogas durante o período do programa.

Cada cliente ou participante é acompanhado por um oficial da fiscalização determinado, caso exista mais de um deles trabalhando em uma mesma Corte de Drogas. Logo depois de aceitar participar desse programa é comum que o cliente seja entrevistado pelo oficial da fiscalização. Nesse encontro, o oficial detalhará ao

cliente as regras da Corte de Drogas, as quais, em linhas gerais, lhe foram transmitidas solenemente pelo juiz no momento em que ele aderiu ao programa.

O trabalho do oficial da fiscalização é muito importante para o funcionamento do programa de Corte de Drogas. Esse profissional reforça a todo tempo ao cliente o compromisso de ficar afastado do álcool e drogas, ao mesmo tempo em que monitora eventuais outros comportamentos inadequados desse cliente, tais como frequentar locais de má reputação ou não se ocupar em procurar trabalho ou estudo. As opiniões e os relatórios produzidos pelo oficial da fiscalização são bem apreciados pelo juiz porque, muitas vezes, ele visualiza características e comportamentos do participante não notadas pelos demais membros da equipe em razão daquilo que observa fora do ambiente da Corte.

O conselheiro ou terapeuta também é essencial dentro da estrutura da Corte de Drogas americana.

Esse profissional, que detém habilitação técnica e desejável experiência em atender casos de dependência química, será o responsável por desenvolver os cuidados terapêuticos que cada um dos clientes necessita, ou encaminhá-los para serviços especializados em prestar essa assistência.

Em muitas localidades, o conselheiro ou terapeuta é cedido pelo serviço de saúde local para integrar o time da Corte de Drogas.

O conselheiro ou terapeuta pode proporcionar ao cliente atendimento individual ou por meio de sessões em grupo para trabalhar a questão do álcool e outras drogas. Esse profissional acompanha o cliente ou participante focalizando nele a questão da saúde e do bem-estar físico e mental, buscando despertar no cliente a capacidade de controlar o consumo de álcool e outras drogas.

Cabe registrar que o conselheiro ou terapeuta da Corte de Drogas não prescreve medicamentos ao cliente, aliás, oportuno frisar que boa parte delas não aceita clientes que usam drogas farmacológicas para controlar a dependência química. As cortes de drogas, entretanto, permitem ao cliente usar medicamentos somente em casos de estrita prescrição médica e prévio conhecimento dos membros do time da Corte de Drogas.

O conhecimento dos dados sociodemográficos dos participantes, a contagem dos casos atendidos com sucesso ou fracasso, a quantidade de clientes que recaíram durante o tratamento ou depois de algum tempo que finalizaram o programa, a aferição dos custos para manutenção do programa, a pesquisa sobre dados produzidos pelos atendimentos do programa e a busca de fontes de custeio para os serviços prestados pela Corte de Drogas são atividades que estão a cargo do pesquisador ou analista.

Esse profissional do time normalmente é alguém com perfil eclético, porque deve ser capaz de desenvolver trabalhos múltiplos e variados dentro da estrutura

da Corte de Drogas. Ele pode, por exemplo, trabalhar para compilar dados históricos acerca do cliente, catalogar qual é o tipo de substância química da sua escolha ou com qual delas ele foi preso, bem como, também, poderá contribuir com a aplicação de testes para aferição da eficácia do programa ou, ainda, ser designado para pleitear a concessão de verba pública para custear despesas da corte no próximo ano.

Em síntese, cabe frisar que à semelhança das peças de um quebra-cabeça, as quais são necessárias para a montagem final da imagem ou figura projetada, todos os integrantes do time da Corte de Drogas desempenham papel relevante para o sucesso do programa e o bom desempenho individual de cada participante. Todos os membros do time trabalham para o cumprimento dos objetivos básicos do programa, que são evitar o encarceramento do dependente de álcool e outras drogas que praticou crime e mantê-lo afastado das substâncias químicas.

5.10. Peculiaridades da Corte de Drogas no Estado da Virgínia

Conforme indicando antes, existem 30 Cortes de Drogas estaduais na Virgínia, segundo informações da *Supreme Court of Virginia* e da *Virginia Drug Court Association*, além de uma Corte de Drogas de jurisdição federal sediada em Richmond, Virgínia, que trata infratores dependentes químicos em liberdade vigiada pela prática de crimes federais.

Apesar de outros Estados americanos contarem com quantidade e diversidade maior de cortes de drogas instaladas, o Estado da Virgínia conseguiu importantes conquistas, porque inseriu na legislação local o regramento básico acerca do sistema de Corte de Drogas, criou e mantém na administração da justiça estrutura mínima para tratar desse assunto e os profissionais locais das cortes de drogas instituíram uma associação estadual para dar voz e visibilidade ao trabalho por eles realizado.

Além disso, em 2011, o Estado da Virgínia aprovou previsão orçamentária para manter os serviços prestados à população pelas cortes de drogas, enquanto em outros Estados foram anunciados cortes drásticos para esse programa em razão da crise econômica.

Durante todo o período do Programa Humphrey, conheci a Corte de Drogas de Eugene, Oregon, e a pioneira Corte de Drogas do Condado de Miami, Flórida. No Estado da Virgínia, especificamente, conheci os serviços ou mantive contatos com profissionais das Cortes de Drogas de Richmond, Henrico e Chesterfield.

Entretanto, foi nas dependências e com o time da Corte de Drogas de Chesterfield que despendi a maior parte do tempo disponível fazendo visitas, contatos, observações e questionamentos. Fui muito bem recebido por todos os membros do time desde meu primeiro contato.

Aliás, posso relatar que vivenciei curiosa situação para me deslocar pela primeira vez usando transporte público para vencer as 20 milhas de distância entre a cidade de Richmond até o vizinho Condado de Chesterfield.

Isso ocorreu nos primeiros dias depois que cheguei à Richmond e até então, não conhecia o funcionamento do sistema de transporte público entre essas duas localidades e, também, desconhecia as características geográficas de um condado, sabendo mais tarde nessa área não existir centro urbano concentrado. Como havia embarcado em um ônibus no centro de Richmond com destino a Chesterfield imaginava que fosse chegar ao centro urbano dessa localidade e dali, facilmente, pudesse seguir para a corte. Entretanto, fui surpreendido quando o ônibus finalizou o trajeto em uma isolada área comercial muito distante do tribunal. Logo em seguida, busquei e recebi ajuda de membro da polícia local para localizar o prédio da corte e nela chegar no horário previsto.

O time da Corte de Drogas em Chesterfield reúne-se, semanalmente, às 7 horas das manhãs das quartas-feiras. Durante uma hora, todos os membros da equipe conversavam em uma sala reservada sobre os casos dos clientes que seriam atendidos na sessão de audiência pública realizada imediatamente depois, ou seja, às 8 horas da manhã.

Ao tratar individualmente o caso de cada cliente, o juiz da Corte de Drogas consulta o dossiê preparado e atualizado pela administradora e ouve com atenção o relato dos membros do time sobre recentes conquistas ou retrocessos dos clientes. Depois disso, buscando consenso, propõe as medidas que logo depois ele irá aplicar aos clientes, se necessário.

Por exemplo, promoção ou regressão de estágio, parabéns pelos sucessivos resultados negativos nos testes de checagem do uso de drogas ou por estar procurando ou ter encontrado trabalho ou voltado para a escola, advertência em razão de falta às sessões de terapia ou dos grupos de autoajuda são questões que o juiz tratará diretamente com o cliente, depois de decidir esses assuntos com o time. Havendo divergência sobre a aplicação de medidas em relação ao cliente ou participante, a decisão final será do juiz.

A sessão solene da Corte de Drogas de Chesterfield é aberta com culto cívico e, em seguida, o juiz faz comunicações breves, inclusive mantém rápido contato pelo sistema de videoconferência com o funcionário responsável por outra unidade jurisdicional fisicamente instalada em área distante da sede da corte. A seguir, o juiz chama cada um dos clientes da Corte de Drogas que tem obrigação de comparecer ao tribunal.

Nessas conversas, que duram cerca de três minutos, o juiz faz perguntas ao cliente, procurando conferir a dedicação dele ao programa e estimular que ele se mantenha trabalhando em sua própria recuperação. Elogios e congratulações são importantes ferramentas usadas pelo juiz para estimular o cliente, sem fa-

lar que algumas vezes os participantes são aplaudidos em comemoração a suas conquistas.

Entretanto, caso o cliente ou participante transgredir as regras do programa, o juiz aplicará a sanção prevista e discutida com os membros do time. A mais emblemática delas é a ordem dada pelo juiz para o recolhimento do cliente à cadeia, que é executada imediatamente pela equipe do xerife local, profissional que em Chesterfield tem a atribuição de manter a segurança das dependências do tribunal e administrar a cadeia.

Nessas audiências é comum a presença de pais, mães, esposas, maridos, outros familiares e amigos do cliente, além de membros da comunidade e pessoas que têm interesse em conhecer o sistema da Corte de Drogas. Ao finalizar as conversas com os clientes, o juiz deixa a tribuna enquanto vários deles procuram pelo defensor, promotor, administrador, oficial da condicional, policial ou conselheiro ou terapeuta para conversar ou, ainda, pagar a contribuição mensal em dinheiro fixada por algumas cortes de drogas como forma de contraprestação parcial pela inclusão no sistema.

A estipulação do pagamento dessas pequenas contribuições mensais (30, 40 ou 50 dólares) é decidida pelo time da Corte de Drogas. Essa exigência fixada por muitas cortes tem a finalidade de fazer o cliente valorizar os serviços recebidos. O dinheiro arrecadado é insuficiente para custear as despesas integrais da Corte de Drogas e, normalmente, é empregado para custear a confecção de certificados, comprar alguns brindes oferecidos aos clientes ou pagar pequenas despesas com a cerimônia de graduação.

A título de exemplo da insuficiência do dinheiro angariado com as contribuições feitas pelos clientes para suportar as despesas, pode ser mencionado que a Corte de Drogas gasta quatro dólares com cada teste de urina usado para aferir o uso de álcool e drogas, havendo recomendação para submeter o cliente a dois ou três testes semanais, um deles aleatório, especialmente na primeira fase do programa.

Voltando à descrição da sessão pública da Corte de Drogas de Chesterfield, algum tempo depois de deixar a sala, o juiz retorna à tribuna para ouvir, se houver, pedidos de candidatura de novos infratores que pretendem iniciar no programa. Depois de ouvir o promotor e o defensor em relação à pretensão e se houver parecer positivo, o juiz admitirá o candidato. Nesse momento o juiz o adverte longamente acerca das suas responsabilidades como cliente ou participante do programa de Corte de Drogas, especialmente, quanto ao cabimento da condenação e da aplicação de pena prisional mínima de seis meses no caso de exclusão do programa.

Encerrada a sessão da Corte de Drogas em Chesterfield, a estrutura judiciária retorna ao trabalho usual, porque como foi antes mencionado, juiz e promotor

dessa localidade não atendem exclusivamente esse serviço, mantendo vinculação aos demais casos que lhes são distribuídos. É interessante falar que o juiz em exercício na Corte de Drogas dessa localidade do Estado da Virgínia foi indicado pelo governador enquanto o promotor que nela atua foi contratado pelo promotor-chefe local, que foi eleito pelo povo.

Entretanto, como foi dito, a equipe técnica mantém as atividades da Corte de Drogas prestando contínua atenção aos clientes. Os oficiais da fiscalização, por exemplo, ministram semanalmente treinamentos para os clientes desenvolverem habilidades que lhes permitirão tratar apropriadamente questões pessoais, familiares e profissionais. Os conselheiros ou terapeutas do mesmo time também organizam semanalmente grupos de terapia para atender vários clientes, permitindo-lhes discutir acerca de vários aspectos pessoais e da ligação deles com as drogas. Assisti uma dessas sessões e nela os clientes, por iniciativa de alguns deles, comentaram acerca de um trágico episódio que havia ocorrido semanas atrás, quando uma cliente morreu em razão de *overdose* depois de ter abandonado o tratamento proporcionado pelo programa.

A Corte de Drogas também determina aos clientes participar das reuniões promovidas por grupos de mútua ajuda, como os Alcoólicos e Narcóticos Anônimos. Estive em uma dessas reuniões abertas ao público, nas quais as pessoas encaminhadas pelas cortes são recebidas sem qualquer discriminação. Somente notei que dois participantes dessa reunião eram clientes de algum serviço de Corte de Drogas, porque ao término da sessão eles pediram ao responsável pelo grupo assinar a ficha de frequência.

Foi possível acompanhar várias visitas feitas pelo policial e pelos oficiais da fiscalização às residências dos clientes da Corte de Drogas de Chesterfield. As visitas às casas de clientes do sexo feminino são feitas, obrigatoriamente, por outra mulher membro do time, normalmente, acompanhada por algum membro da equipe de fiscalização do sexo masculino. Visitas feitas às residências dos clientes homens recomendam a participação de integrante masculino do time.

Esses cuidados são adotados principalmente para evitar maior constrangimento no momento da coleta de urina para o teste rápido de álcool e drogas, usualmente aplicado ao cliente durante as visitas aleatórias domiciliares. Há notícias do uso fraudulento de “urina limpa” para burlar fiscalização. Segundo informação de alguns profissionais da Corte de Droga, “urina limpa” pode ser adquirida em várias localidades, por meio de anúncios postados na internet.

No futuro, esse tipo de cuidado pode ser evitado, logo que forem disponíveis a baixo custo *kits* rápidos para testagem do consumo de álcool e outras drogas por meio de pequenas amostras colhidas da secreção bucal. Tomei conhecimento durante uma visita a um setor do *Nida* (*National Instituto on Drug Abuse*) instalado na *Johns Hopkins University*, da realização de estudos para popularizar esse tipo

de teste que poderá ser usado pelos profissionais da área de saúde e Corte de Drogas, o que maior segurança aos resultados e menor constrangimento ao cliente.

As visitas domiciliares, intensificadas como praticamente todas as demais ações dirigidas aos clientes recém-ingressos no programa e, menos frequentes, mas comuns, em relação aos clientes mais antigos no programa, procuram fazer o cliente ou participante manter fidelidade aos compromissos assumidos ao ingressar na Corte de Drogas.

Nesse momento, um dos membros da equipe de fiscalização conversa com o cliente e demais moradores da casa. Além disso, quando necessário, são feitas buscas pessoal, domiciliar, no veículo e conferidas chamadas do telefone móvel do cliente para assegurar o afastamento dele de pessoas suspeitas com o uso de drogas ou colher evidências da prática de outros comportamentos de risco, como envolvimento com crimes ou prostituição.

Os clientes receberam bem a fiscalização nas oportunidades que acompanhei a equipe, mas é inegável que durante a visita e a testagem muitos deles se mostram tensos, por exemplo, com dificuldade para fornecer amostra de urina para o teste. Ao final da visita, entretanto, eles aparentavam orgulho quando nada de anormal foi constatado.

A maior parte dos clientes permanece residindo com suas famílias ou sozinhos durante o tempo em que estão no programa da Corte de Drogas, cabendo ressaltar que a corte não atende àqueles que morem fora da localidade ou, pelo menos, em local próximo.

Durante as visitas domiciliares conheci clientes que se transferiram para habitações coletivas durante o período de permanência na corte de droga. Essas moradias são conhecidas como “casa de meio de caminho” e, normalmente, são imóveis antigos situados em bairros afastados que hospedam dependentes químicos em recuperação. Eles pagam modestas quantias e têm direito a usar quarto privativo, além de banheiro e demais dependências comuns, com a possibilidade de eles próprios prepararem alimentação na cozinha coletiva.

Ultrapassada a descrição do trabalho de fiscalização, é necessário seguir falando sobre a cerimônia de graduação daqueles que finalizam com sucesso o programa das cortes de drogas, inclusive porque se trata de ocasião especial e o tribunal fica bastante lotado. Além daqueles que finalizaram o programa, são recebidos nessa data familiares e amigos, mentores, autoridades e convidados.

Nesse evento, normalmente precedido da sessão regular da Corte de Drogas, o juiz entrega certificados de conclusão aos clientes formandos, os parabeniza, permite aos interessados falar brevemente e depois disso todos ouvem o pronunciamento de um convidado especial que procura enaltecer o resultado alcançado pelos formandos. A cerimônia termina com uma confraternização festiva entre os presentes realizada no próprio ambiente do tribunal.

Há cortes de drogas que oferecem serviços para os clientes graduados, permitindo-lhes continuar sob algum tipo de tratamento facultativo sem monitoramento, quando necessário, enquanto outras estimulam e aceitam a participação de alguns deles como voluntários para servir como mentores ou orientadores dos novos clientes.

A graduação é a cerimônia que simboliza ao cliente, autoridades e comunidade o final do programa de Corte de Drogas, mas como advertem os membros do time, e também aqueles que apoiam a caminhada de recuperação dos dependentes químicos, é sabido que eles deverão manter vigilância para evitar recaídas, pois a dependência química é doença na qual a recaída não é incomum.

5.11. A Corte de Drogas Americana e a Justiça Terapêutica Brasileira

Creio que durante este relato foi possível visualizar práticas adaptáveis do programa de Corte de Drogas americanas, ao lado de outras não assimiláveis, ao sistema brasileiro da Justiça Terapêutica.

Embora o programa de Corte de Drogas tenha influenciado o movimento brasileiro de Justiça Terapêutica diferenças culturais, legais e procedimentais não recomendam a mera tradução e aplicação do programa americano ao sistema brasileiro.

É evidente que o juiz brasileiro, por exemplo, não pode impor sanção prisional em razão do infrator que aderiu ao programa de Justiça Terapêutica descumprir as regras pactuadas, por exemplo, fazer uso de álcool ou outras drogas durante o período em que está submetido à fiscalização. Entretanto, mesmo sem utilizar esse instrumento especificamente empregado pela Corte de Drogas, há muito o que fazer para instalar e aplicar com real possibilidade de sucesso o programa de Justiça Terapêutica e dar atendimento especializado aos casos de infratores adultos e adolescentes dependentes químicos.

Há outra referência que pode ser extraída da Corte de Drogas que pode nortear a Justiça Terapêutica brasileira. Acredito que a Justiça Criminal em nosso país deve buscar maior apoio no trabalho dos profissionais médicos, psicólogos, assistentes sociais e de outras áreas do conhecimento humano, os quais podem compor equipe multidisciplinar ou a rede de apoio, contribuindo muito com o trabalho do juiz, promotor de justiça e advogado nos casos em que o infrator é dependente químico.

No Estado de São Paulo, o apoio técnico é oferecido somente aos casos que envolvem crianças e adolescentes, mas deveria ser ampliado e abranger grande parte das intervenções da Justiça Criminal. É nesse sentido, especificamente em relação ao ofendido, que o § 5º do art. 201 do CPP (LGL 1941\8) alterado pela Lei 11.690/2008, prescreveu, embora sem indicar os recursos necessários, que “se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multi-

disciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”.

Entre as funções exercidas pelos membros do time da Corte de Drogas, acredito que aquela exercida pelo administrador deveria ser reproduzida em nosso país para dar autonomia e fortalecer o programa de Justiça Terapêutica brasileiro. Esse profissional poderia facilitar o trabalho do juiz, promotor e defensor ao assumir as funções burocráticas geradas pelo caso, como controlar a frequência do infrator às reuniões, cursos ou quaisquer atividades determinadas mediante a juntada de documentos; expedir e receber ofícios e demais comunicações; manter contatos com os profissionais da área de saúde local; e demais membros da comunidade interessados no programa.

A Justiça Terapêutica brasileira deveria ampliar a busca, a cooperação e apoio dos representantes dos grupos de autoajuda ou ajuda mútua que trabalham com o programa dos 12 passos, ou seja, Alcoólicos Anônimos, Amor Exigente, Associação Antialcoólica e Narcóticos Anônimos. Referidos grupos se mostram dispostos, desde que consultados, a receber em reuniões abertas, que são realizadas periodicamente e em vários endereços, infratores adultos e jovens encaminhados pela Justiça Terapêutica.

A relação de parceria criada entre os profissionais da área da Justiça e os membros desses grupos, composto por voluntários que frequentemente controlaram questões pessoais de dependência química ou conseguiram conviver com familiares próximos que sofrem dessa doença, exige respeito mútuo e especial compreensão dos valores e das tradições rigorosamente por muitos deles preservada, como o anonimato.

A Corte de Drogas americana também recebe apoio desses grupos de Alcoólicos e Narcóticos Anônimos, porque seus clientes ou participantes são encaminhados para frequentar suas salas de reunião. O método de controle da presença lá utilizado é uma ficha de frequência com anotação de poucos dados acrescida da assinatura do responsável pelo grupo para indicar o comparecimento.

Idêntico procedimento é empregado pelo Programa de Justiça Terapêutica da Promotoria e do Fórum Criminal de Santana, São Paulo.

Diferentemente de um time da Corte de Drogas estruturado nos Estados Unidos, ainda não há na Justiça Terapêutica profissional habilitado para analisar, pesquisar, anotar resultados e fazer projeções dos trabalhos. Entretanto, penso ser necessário debater o envolvimento de organizações que possam auxiliar nesse campo, como as universidades, que poderiam estudar, analisar dados e pesquisar temas relacionados à violência, criminalidade e abuso de substâncias químicas e, ainda, os resultados produzidos pelo programa de Justiça Terapêutica.

Uma ação que considero interessante adotar para reforçar a Justiça Terapêutica brasileira é mapear os locais no território nacional nos quais esse programa está

implantado. Além disso, poderiam ser identificados locais em foram realizadas exposições e palestras sobre esse tema, visando a conferir se referidas exposições foram capazes de estimular a implantação de programas judiciais de atenção aos infratores dependentes químicos.

Considerando as práticas consagradas pela Corte de Drogas nos Estados Unidos, creio que algumas delas podem ser adaptadas e transformadas em ações úteis com a finalidade de aumentar a eficiência, visibilidade, enfim, incrementar o sistema de Justiça Terapêutica no Brasil.

Entre elas poderia citar a preparação de textos simples contendo as regras básicas do programa para distribuição aos futuros participantes; a valorização e a motivação daqueles que participam do programa ao atingir metas parciais fixadas pelo programa; a identificação de pessoas que possam servir como mentor ou orientador do participante durante o programa; o aumento do número de comparecimentos do participante ao fórum para dar notícia breve sobre ele e, se possível, avistar-se mais frequentemente com o juiz e, por fim, a instituição da cerimônia de graduação para comemorar o momento em que o participante encerra o programa.

Existem ideias e procedimentos usados pela Corte de Drogas aplicáveis com adaptação e outros inaplicáveis ao sistema de Justiça Terapêutica brasileira. O confronto dessas ideias, a análise dos procedimentos e também dos seus objetivos específicos e gerais refletirá na tomada de ações maduras, com maior probabilidade de êxito, respeitosas à pessoa humana, ao sistema legal vigente e às instituições contribuintes desse trabalho, visando a atender melhor os casos frequentes encaminhados à Justiça Criminal e da Infância e Juventude brasileiras envolvendo infrator dependente químico.

5.12. De Volta para Casa

Durante a etapa pré-acadêmica e acadêmica existe visível interesse dos gestores americanos do Programa Humphrey em adaptar bem o bolsista ao sistema cultural americano e, especialmente, reduzir tanto quanto possível o risco de ele sofrer intenso choque cultural. Há estudos a respeito disso que demonstram ser comum ao bolsista distante do convívio familiar e social de sua terra natal passar por fases de euforia e depressão durante sua estadia no exterior. Cabe considerar que embora seja possível ao bolsista trazer sua família para os Estados Unidos depois de 30 dias do início da etapa acadêmica do programa ou, antes disso, se ele tiver filhos em idade escolar, não são todos que podem fazer isso em razão das despesas necessárias para custear viagens e estadia.

Identicamente, os gestores do Programa Humphrey também projetam ser necessário preparar o bolsista para retornar ao seu país, porque muitos podem sofrer uma espécie de choque cultural inverso, ou seja, se adapta tão bem ao estilo de vida

americano que se considera incapaz para enfrentar o modo de vida que retomará na terra natal, algumas vezes bem diferente daquele que vivenciou no último ano.

Sem pensar nessas dificuldades normais de adaptação, considero que o Programa Humphrey oferece ao bolsista um pequeno tesouro composto por conhecimentos, valores e, especialmente, pelos contatos profissionais e pessoais que pode fazer.

O real valor desse tesouro não poderá ser medido no momento do desembarque do bolsista à sua terra natal ou por ocasião da retomada de suas atividades profissionais. O valor desse tesouro, sob minha interpretação, será descoberto ao longo do tempo e deverá contribuir para que o bolsista desenvolva a capacidade de enxergar com olhar diferente a vida e os problemas nos seus países de origem.

Os contatos profissionais dos bolsistas com os parceiros americanos é parte essencial desse valor que cada um traz de volta. Muitos desses parceiros, como se fossem eles nossos verdadeiros parentes próximos ou professores, mostram frequente interesse pelo futuro pessoal e profissional do bolsista depois de ele regressar ao seu país de origem e, usualmente, permanecem à disposição para continuar contribuindo na medida de suas forças para o sucesso das iniciativas do bolsista.

Creio ser objetivo da maior parte do bolsista Humphrey manter contato com seus companheiros de programa, tanto bolsistas quanto coordenadores e professores, bem como conhecer os novos participantes, tanto que para isso o *IIE (Institute of International Education)* mantém todos ex-bolsistas conectados por meio de um *website*. Além disso, o Departamento de Estado, por meio do *IIE*, faculta, sob certas condições e com limites, que ex-bolsistas apresentem novos projetos e obtenham pequeno financiamento para concretizá-los.

Ouvi comentários durante meu ano Humphrey que ex-bolsistas do programa retornaram aos seus países de origem e concretizaram projetos importantes, como produzir livros e estudos, contribuir para implantar ações públicas ou com apoio de organizações do terceiro setor para beneficiar minorias ou, ainda, exercer posições profissionais de destaque.

Apesar da importância dessas atividades para o ex-bolsista e sua respectiva nação, creio que mesmo sem alcançar grandiosos resultados de projeção pessoal ou profissional, cada bolsista retorna renovado à sua terra. Essa renovação é demonstrada pela contínua perseverança no desempenho das atividades profissionais e pela luta na redução da desigualdade entre as pessoas e, ainda, pela preservação dos valores humanos e democráticos.

A formulação de base sólida para gerar ações que resultem na aplicação do programa da Justiça Terapêutica ao sistema de justiça brasileiro está associado à divulgação dessa ideia, ao treinamento dos profissionais da área judicial e à criação de pequena estrutura de serviço auxiliar associado ao uso racional de equipamentos de saúde e recursos comunitários.

Entretanto, acima disso, é preciso afastar a ideia da dependência química, especialmente do alcoolismo, como problema moral e olhar essas questões como doença crônica, repetitiva e incurável conforme orientação da Organização Mundial de Saúde, mas entender, também, que essa enfermidade deve ser tratada e controlada.

O infrator brasileiro que é dependente químico, mas não inimputável em razão desse ou outro problema de saúde, deve ser submetido ao sistema judicial penal em razão da prática de delitos.

Entretanto, a atenção dispensada nesses casos pelos profissionais da área judicial deve ser diferenciada porque o juiz, advogado e promotor de justiça em muitos casos poderão se valer do sistema brasileiro de Justiça Terapêutica e ofertar, sempre que possível, ao infrator assistido pela defesa, a opção de cumprir sanção que possa lhe ajudar a refletir acerca da questão da droga. Foi esse o caminho trilhado pelo legislador da Lei 11.343/2006 quando fixou como uma das sanções judicialmente impostas ao agente que portar drogas para uso próprio “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Por fim, ao retornar para casa e encontrar saudosos familiares e amigos, entendendo reaberta a oportunidade de continuar contribuindo para ampliar e solidificar o programa de Justiça Terapêutica brasileiro e a elaboração deste relato é uma das primeiras ações para alcançar esse objetivo.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Eduardo da Silva. Da complementação do termo circunstanciado. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público* 35/38.
- As Regras de Tóquio*: comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade. Trad. Damásio Evangelista de Jesus, São Paulo: Paloma, 1998.
- BARROS, Marco Antonio; PENTEADO, Jaques de Camargo; FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos da lei dos juizados especiais criminais na justiça criminal paulista. *RF* 347/11.
- BOLETIM INFORMATIVO. São Paulo: CEAF/Escola Superior do Ministério Público, ano 4 , n. 23, fev. 2000.
- CARARO, Aryane. Contra crime leve, trabalho em hospitais. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 2 set. 2003, Caderno A.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. 1995, Campinas: Conan.
- CENEVIVA, Walter. Juizados Especiais pedem mudança de mentalidade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 7 out. 1995, Caderno Cotidiano.
- DINIZ, Laura. Para a Justiça, uma assassina. Para ela, mais uma das filhas. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 3 jul. 2005, Caderno C.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Forense: Rio de Janeiro, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____; PENTEADO, Jaques de Camargo; BARROS, Marco Antonio. Reflexos da lei dos juizados especiais criminais na justiça criminal paulista. *RF* 347/11.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: RT, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

- I ENCONTRO DE PENAS ALTERNATIVAS DA CAPITAL E GRANDE SÃO PAULO . São Paulo, 2004. Anais... São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça, Centro de Apoio à Execução e às Promotorias de Justiça Criminais CAEX-Crim e Grupo de Trabalho sobre penas alternativas e transação penal, do Ministério Público.
- IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS. *Revista do Ilanud* 7/30.
- IZIDORO, Alencar. Tem início identificação digital em autoescolas de São Paulo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 jun. 2005, Caderno Cotidiano.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal: importante acórdão do Supremo Tribunal Federal. *BolIBCCrim* 91/ 7.
- KÖNIG, Sergio Donat. *Transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LOURENÇO, Messias José. Cestas básicas e a Lei nº 9.714/98. *BolIBCCrim* 76/8.
- LUPO, Fernando Pascoal. A transação penal ineficaz. *Boletim Informativo do CEAF/Escola Superior do Ministério Público*. São Paulo, 28/17.
- MANUAL PRÁCTICO SOBRE EL SERVICIO COMUNITARIO COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN. In: Conferência de Países Africanos, Serviço Comunitário, jul. 2002, Zimbabwe. Manual... São José da Costa Rica: Guayacán, 2002. SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1998.
- MATOS, Márcia de Alencar Araújo. BRASÍLIA (DF). Ministério da Justiça. *Monitoramento das penas e medidas alternativas: manual de orientação*. Brasília: Panfler Gráfica, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-84*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- OLIVEIRA, José Roberto Rochel; SOBRINHO, Mário Sérgio. Seminário “Drogas: aspectos penais e criminológicos”. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PALAZZOLO, Massimo. Da violação do princípio da reserva legal – imposição de cestas básicas – suspensão do processo. *BolIBCCrim* 131/13.
- PASINATO, Wânia, Justiça para todos: Juizados Especiais Criminais e violência de gênero, *RBCC* 53/216.
- PENTEADO, Jaques de Camargo; FERNANDES, Antonio Scarance; BARROS, Marco Antonio. Reflexos da lei dos juizados especiais criminais na justiça criminal paulista. *RF* 347/11.

POLI, Cristina Maria; SOBRINHO, Mário Sérgio. Retrospectiva e futuro do Programa de Prestação de Serviços do Conjunto Hospitalar do Mandaqui. In: I SEMINÁRIO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS, 2001, São Paulo. Resumo... São Paulo: Centro de Estudos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 2001.

PROGRAMA ESTADUAL DE DIREITOS HUMANOS DE SÃO PAULO. SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1998.

RUDNICKI, Dani. Lei 9.099 é grande em seu espírito. *BolIBCCrim* 35/3.

SOBRINHO, Mário Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: RT, 2003.

_____; OLIVEIRA, José Roberto Rochel. Seminário “Drogas: aspectos penais e criminológicos”. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; POLI, Cristina Maria. Retrospectiva e futuro do Programa de Prestação de Serviços do Conjunto Hospitalar do Mandaqui. In: I SEMINÁRIO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS, 2001, São Paulo. Resumo... São Paulo: Centro de Estudos do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de drogas: reflexões sobre o novo quadro legal*. Coimbra: Almedina, 2002.



MANUAL PRÁTICO DE ATUAÇÃO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR

Parte Teórica

Elaboração Silvio Hiroshi Oyama

Coordenação CAOCrim



APRESENTAÇÃO 311

CAPÍTULO I – HISTÓRICO 313

- 1.1. Características da Profissão Militar 313
- 1.2. A Justiça Especializada 315

CAPÍTULO II – ESPECIFICIDADES: LEGISLAÇÃO E CONSTITUIÇÃO 324

- 2.1. Justiça Militar Estadual 324
 - 2.1.1. Competência 324
 - 2.1.2. Jurisdição 327
 - 2.1.3. Composição 327
- 2.2. Magistratura Militar 328
- 2.3. Dos Crimes Militares 328
- 2.4. Crime Militar e Transgressão Disciplinar 330
- 2.5. Considerações sobre o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69) 331
- 2.6. Considerações sobre o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/69) 333
- 2.7. Informações Complementares 334

CAPÍTULO III – EXEMPLOS EXPERIÊNCIAS 336

- 3.1. Inquérito Policial Militar 336
- 3.2. Do Julgamento em Primeira Instância 337
 - 3.2.1. Do Julgamento pelo Conselho de Justiça 337
 - 3.2.2. Do Julgamento pelo Juiz Singular 338
- 3.3. Dos Recursos 338
- 3.4. Da Execução Penal 339
- 3.5. Conflito de Competência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar 339
- 3.6. Conflito de Competência entre a Justiça Militar e a Justiça Comum 340
- 3.7. Súmula do Superior Tribunal Federal (STF) 341
- 3.8. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) 342

CAPÍTULO IV – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 343

- 4.1. Ministério Público Militar 343
- 4.2. Decisões da PGJ relativas ao Art. 28 do CPP 343
- 4.3. Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo 348
- 4.4. Penas Restritivas de Direitos 349
- 4.5. Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) 349

- 4.6. Auto de Prisão em Flagrante – Lei nº 11.113/05 351
- 4.7. Soldado PM Temporário – Autor de Crime 354
- 4.8. Lei 11.340/2006 (Maria da Penha) 355
- 4.9. Resolução SSP nº 110/2010 355

CAPÍTULO V – ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO 362

- 5.1. Considerações finais 362

SIGLAS E ABREVIATURAS 364

BIBLIOGRAFIA 365

Desde os sumerianos¹ há registro da aplicação diferenciada de penas para aqueles que cometessem transgressões nos campos de batalha.

Essa diferenciação ganhou sistematização no Império Romano que, como sabido, primeiramente conquistava os povos pela força de seus exércitos e depois pelas leis.

Celso Bastos e Ives Gandra² nos trazem importante lição sobre isso:

“Não se tem notícia do exato momento em que surgiu a Justiça Militar. O que se sabe é que ela existia na Grécia antiga e era exercida pelo Arconte, juiz sacerdote. Mais tarde, essa justiça foi aprimorada pelo direito romano. O conceito de crime militar elaborado em Roma mantém-se até os nossos dias.”

Na sequência do sobredito texto, os queridos mestres transcrevem as graves consequências oriundas da perda de um dos pilares que sustentam as organizações militares:

*“Após notável evolução trazida pelo direito romano, houve um período de declínio, durante a Idade Média, na época feudal, quando são perdidas as referências de pátria, inexistem aspirações nacionais, **campeia a indisciplina na tropa**” (g.n.).*

Esta constatação nos faz lembrar a advertência do historiador britânico Paul Preston³ de que “quem não conhece a história está condenado a repetir seus erros”, quando se requenta o tema sobre a extinção da Justiça Militar no Brasil.

O fato de sermos um país não beligerante, não significa que prescindimos das forças armadas e das forças auxiliares. Hodiernamente não estamos em guerra contra outras nações, mas internamente nossos policiais militares travam uma verdadeira batalha contra a marginalidade que, como sabido, está armada e organizada, agindo como verdadeiros guerrilheiros urbanos, espalhando terror e pânico entre a população ordeira.

Nesse contexto, a Justiça Militar, também chamada por Hélio Lobo de Judicatura dos Sabres e das Togas⁴, possui relevantíssimo papel, como se verá neste breve trabalho.

1. Considerada a civilização mais antiga da humanidade (quatro mil anos a.C.)

2. Comentários à Constituição do Brasil, 4^o vol., Ed. Saraiva, SP, 1997, pág. 482

3. Nascido em 1946 na cidade de Liverpool, especialista em História Hispânica

4. In: “Sabre e Togas – A Autonomia Judicante Militar”, RJ – 1906

CAPÍTULO I HISTÓRICO

1.1. Características da Profissão Militar

A imagem que costumeiramente vemos no cinema do soldado indo para a guerra, é vivenciada dia a dia pelo miliciano e seus familiares e, tenham certeza, nada tem de romântico.

Principal alvo dos marginais, esses funcionários públicos têm a obrigação de submeter-se a risco pessoal com o sacrifício da própria vida. Nenhuma outra profissão possui tão grave exigência.

Não bastasse esse dever, necessário arrolar outras características que distinguem esse profissional. Para tanto nos socorreremos do que consta do sítio eletrônico do Exército brasileiro⁵ que, com pequenas adequações, se aplicam *in totum*, ao policial militar:

a. Risco de vida

Durante toda a sua carreira, o militar convive com risco. Seja nos treinamentos, na sua vida diária ou na guerra, a possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente de sua profissão. O exercício da atividade militar, por natureza, exige o comprometimento da própria vida.

b. Sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia

Ao ingressar nas Forças Armadas, o militar tem de obedecer a severas normas disciplinares e a estritos princípios hierárquicos, que condicionam toda a sua vida pessoal e profissional.

c. Dedicção exclusiva

O militar não pode exercer qualquer outra atividade profissional, o que o torna dependente de seus vencimentos, historicamente reduzidos, e dificulta o seu ingresso no mercado de trabalho, quando na inatividade.

d. Disponibilidade permanente

O militar se mantém disponível para o serviço ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial.

e. Mobilidade geográfica

O militar pode ser movimentado em qualquer época do ano, para qualquer região do país, indo residir, em alguns casos, em locais inóspitos e destituídos de infraestrutura de apoio à família.

5. <http://www.exercito.gov.br/web/guest/caracteristicas-da-profissao-militar>

f. Vigor físico

As atribuições que o militar desempenha, não só por ocasião de eventuais conflitos, para os quais deve estar sempre preparado, mas, também, no tempo de paz, exigem-lhe elevado nível de saúde física e mental. O militar é submetido, durante toda a sua carreira, a periódicos exames médicos e testes de aptidão física, que condicionam a sua permanência no serviço ativo.

g. Formação específica e aperfeiçoamento constante

O exercício da profissão militar exige uma rigorosa e diferenciada formação. Ao longo de sua vida profissional, o militar de carreira passa por um sistema de educação continuada, que lhe permite adquirir as capacitações específicas dos diversos níveis de exercício da profissão militar e realiza reciclagens periódicas para fins de atualização e manutenção dos padrões de desempenho.

h. Proibição de participar de atividades políticas

O militar da ativa é proibido de filiar-se a partidos e de participar de atividades políticas, especialmente as de cunho político-partidário.

i. Proibição de sindicalizar-se e de participação em greves ou em qualquer movimento reivindicatório

O impedimento de sindicalização advém da rígida hierarquia e disciplina, por ser inaceitável que o militar possa contrapor-se à instituição a que pertence, devendo-lhe fidelidade irrestrita. A proibição de greve decorre do papel do militar na defesa do país, interna e externa, tarefa prioritária e essencial do Estado.

j. Restrições a direitos trabalhistas

O militar não usufrui alguns direitos trabalhistas, de caráter universal, que são assegurados aos trabalhadores, dentre os quais incluem-se:

- remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno;
- jornada de trabalho diário limitada a oito horas;
- obrigatoriedade de repouso semanal remunerado; e
- remuneração de serviço extraordinário, devido a trabalho diário superior a oito horas diárias.

k. Vínculo com a profissão

Mesmo quando na inatividade, o militar permanece vinculado à sua profissão. Os militares na inatividade, quando não reformados, constituem a “reserva” de 1ª linha das Forças Armadas, devendo se manter prontos para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, conforme prevê a lei, independentemente de estarem exercendo outra atividade, não podendo por tal motivo se eximir dessa convocação.

l. Consequências para a família

As exigências da profissão não ficam restritas à pessoa do militar, mas afetam, também, a vida familiar, a tal ponto que a condição do militar e a condição da sua família se tornam estreitamente ligadas:

- a formação do patrimônio familiar é extremamente dificultada;
- a educação dos filhos é prejudicada;
- o exercício de atividades remuneradas por cônjuge do militar fica, praticamente, impedido; e
- o núcleo familiar não estabelece relações duradouras e permanentes na cidade em que reside, porque ali, normalmente, passará apenas três anos.

De forma magistral o General do Exército Brasileiro Octávio Pereira Costa, combatente na Segunda Guerra Mundial⁶, assim sintetizou o que é ser militar:

“A carreira militar não é uma atividade inespecífica e descartável, um simples emprego, uma ocupação, mas um ofício absorvente e exclusivista, que nos condiciona e autolimita até o fim. Ela não nos exige as horas de trabalho da lei, mas todas as horas da vida, nos impondo também nossos destinos. A farda não é uma veste, que se despe com facilidade e até com indiferença, mas outra pele, que adere à própria alma, irreversivelmente para sempre.”

Além de ofertar sua vida para a manutenção da lei e da ordem, o policial militar *“convive com todas as mazelas do mundo. Convive com a pobreza extrema, com todas as nuances da desolação, como crianças subnutridas a serem cuidadas, como partos a serem realizados sem condições propícias, como a prostituição e o trabalho infantil. Convive com sórdidos meliantes que, presos, fazem de tudo para deixarem as prisões antes mesmo do término do turno do serviço dele; convive com viciados que, desestruturados, transmitem-lhe toda a angústia e depressão. Convive, ainda que pouco à margem, com a riqueza e o luxo, com a prepotência e arrogância dos faustos da cidade grande.”*⁷

Mesmo diante de tanta rigidez e privação, no Estado de São Paulo, cem mil abnegados (na ativa da PM) escolheram essa profissão de fé.

1.2. Uma Justiça Especializada

As peculiaridades e idiosincrasias da carreira das armas e daqueles que a abraçaram impuseram a criação de uma justiça especializada.

Num país como o nosso, onde a existência de uma polícia com formação militar é tão necessária, cogitar sobre o fim da Justiça Castrense⁸ beira à insensatez.

Com um efetivo de 100.000 mil homens⁹, a Polícia Militar de São Paulo é a maior do Brasil e certamente a Justiça Militar tem fundamental importância para a manutenção da unidade e ordem desse enorme contingente de policiais.

6. http://www.militar.com.br/blog17913-Quando-a-Farda-%C3%A9-Segunda-Pele#.Ub2--_nUnng

7. <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/menagemjm.pdf>

8. (vem de castra – local para abrigar soldados romanos – quartel)

9. http://www.polmil.sp.gov.br/paginas_pm/mnu_institucional/downloads/SmarterCities_10-11-11_v3.pdf

Isso é facilmente comprovado pelo número de milicianos que cumprem pena no presídio militar Romão Gomes, menos de duzentos (menos 0,15% dos jurisdicionados).

A celeridade e justiça das decisões que emanam desse órgão judicante possui enorme influência na tropa que, se de um lado tem certeza da punição no caso de desvio de conduta, do outro tem plena convicção de que ela será justa.

Nessa especializada segue-se à risca o que já preconizava o jurista italiano Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, há mais de 250 anos, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”:

“Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será.”

As características e particularidades da atividade policial militar exigem conhecimento específico e tirocínio daqueles que resolveram exercer suas funções perante a Corte Castrense.

Entender que uma conduta aparentemente simples de dormir em serviço mereça ser tratada como criminosa (art. 203 do Código Penal Militar – Código Penal Militar) a ponto de alicerçar a movimentação da máquina judiciária, talvez seja um exemplo emblemático da necessidade dessa especialização.

Para muitos incriminar tal conduta, num primeiro momento, deve parecer absurdo. Contudo, assim pensam porque desconhecem que a vida dos companheiros que descansam está nas mãos daquele que vigia.

A deserção, crime militar por excelência, é outro exemplo. Tipificado no art. 187 do Código Penal Militar, basicamente se incrimina o miliciano que ausentar-se, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias, cuja pena detentiva vai de seis meses a dois anos, podendo ser agravada no caso do acusado ser oficial.

Para o leigo, aparentemente, é uma conduta sem qualquer potencial lesivo, cuja incriminação pode parecer excessiva.

Se mencionarmos ainda que tal delito é insuscetível de *sursis*, por expressa vedação legal (art. 88, inciso II, alínea “a”- última figura, do CPM) e possui prescrição *sui generis*, calculada pela pena em abstrato (como ocorre normalmente), mas condicionando a declaração da extinção da punibilidade a um critério etário, i.e., quando o desertor completar quarenta e cinco anos ou sessenta anos se oficial, essa impressão de rigorismo ganha maior corpo.

Esse equivocado entendimento pode se agigantar ainda mais quando verificamos que a deserção ocorrida em tempo de guerra, na presença de inimigo, pode levar a uma pena reclusiva de vinte anos ou até a morte por fuzilamento (art. 392 do CPM).

Ocorre que esse tratamento penal rigoroso se justifica diante do abalo que a ocorrência de tal crime causa nas Instituições Militares, que necessitam de seu efetivo completo para o pleno exercício de suas relevantes funções.

Essa é uma pequena amostra de que a Justiça Castrense está umbilicalmente ligada à existência, unidade e eficiência das Forças Militares.

De outro lado, aqueles que a ela se submetem têm a garantia de que serão julgados por um escabinato¹⁰ composto por seus pares e por juízes togados, cuja decisão ao caso concreto, em virtude dessa mescla, certamente mais se aproximará do justo.

Carlos Mário da Silva Velloso, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, em recente artigo publicado na Folha de S. Paulo (09.09.2013), com o sugestivo título “A Justiça Militar deve ser tratada com justiça”, sua excelência, do alto de sua sapiência e tirocínio, testemunha que: “*E a Justiça Militar – os tribunais militares, em forma de escabinatos, integrados por juízes militares e civis – tem-se portado, desde a sua integração ao Judiciário, em 1934, com galhardia e correção*”.

O Cel. PM. Jairo Paes de Lira, então Comandante do Policiamento Metropolitano, ao discorrer sobre o tema “*O Juiz Fardado nos Conselhos da Justiça Militar Estadual*”, na palestra proferida no Seminário Sobre Direito Penal Militar e Processo Penal Militar, promovida em agosto de 2004 pela Escola Superior do Ministério Público e pela Corregedoria da Polícia Militar deste Estado, nos dá a visão do jurisdicionado sobre essa Especializada. Disse o combatente:

“Importa, no entanto, mencionar que a razão mais essencial, coerente com a própria História da Justiça Marcial, é o fato de que ela foi instituída para julgar pessoas sujeitas a regime de dever especial, caracterizado por exigência de conduta rigidamente disciplinada e por sujeição constante a intervenção de alto risco. O exercício das profissões d’armas envolve, não raro, decisões de vida e morte, que devem ser tomadas em fração de segundo, daí resultando, em bases muito comuns, submissão dos militares (e, em tempo de paz, muito especificamente dos policiais militares) a processos criminais, no cumprimento de sua missão constitucional. Por outra ótica, aqueles que violam o juramento de bem servir, devido ao conhecimento profundo que têm de sua profissão, poderiam com relativa facilidade turbar a análise realizada por civis pouco afeitos a tais missões. Assim, a existência do Juiz Fardado nos Conselhos constitui em dupla garantia: ao acusado, de julgamento dotado de equidade, face às inegáveis peculiaridades e aos elevados riscos jurídicos de seu ofício; à sociedade, de controle jurisdicional adequado em relação ao que detém o poder das armas”¹¹

10. O escabinato ou escabinado é um tribunal colegiado misto, composto de juízes togados e juízes leigos – o *Richter ohne Rob*, o juiz sem toga, no jargão dos processualistas germânicos, todos com *voz e voto*. Trata-se de colégio judiciário muito difundido não só na Justiça Militar, mas também na Justiça Penal comum na maioria dos países civilizados. São as *Cours d’Assises* francesas, copiadas pela Bélgica e por vários Cantões Suíços, como os de *Berna, Neuchâtel e Vaud*, as *Corte d’Assise* italianas, o *Schwurgericht* e o *Schöffengericht* alemães. Diferencia-se o escabinato do Tribunal do Júri, porque neste o juiz leigo tem somente o voto e o juiz togado apenas a voz. (Jorge Alberto Romeiro – *Curso de Direito Penal Militar* – p. 7 – Editora Saraiva).

11. Cadernos Jurídicos – ESMP – Ano 3 – Vol. 6 – p. 67

Uchôa Cavalcanti já pontificava que:

“para os crimes previstos pela lei militar uma jurisdição especial deve existir, não como privilégio dos indivíduos que os praticam, mas atenta à natureza desses crimes e à necessidade, a bem da disciplina, de uma repressão pronta e firme, com formas sumárias. Sem uma jurisdição própria, privativa, militar também, essa disciplina seria impossível. Além disso, a infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares mesmo; aliás, mais que os estranhos ao serviço das forças armadas, aqueles sabem compreender a gravidade da violação e as circunstâncias que podem modificá-la”¹².

Nunca é demais lembrar a lição do grande ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves acerca da necessidade dessa Especializada. Afirmou sua Excelência:

“sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiosincrasias da carreira das armas, não estando pois em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas”.

O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro José Muiños Piñeiro Filho, integrante da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal *“disse que a comissão chegou à conclusão de que a matéria militar é muito específica e que melhor seria ela ter um tratamento especial. A vida militar, a vida castrense, tem peculiaridades que a legislação comum não deve tocar, sob pena de se criar situações complicadas à simetria”¹³.*

Não destoa desse sentir o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador José Renato Nalini. Sua Excelência sustenta que a justiça militar *“...Dispõe de orçamento reduzido e funciona de maneira muito eficiente. Por sinal que o senso de hierarquia e disciplina que caracterizam a polícia militar, com que se convive de maneira próxima na Justiça bandeirante, é algo admirável e que deveria inspirar outros estamentos do funcionalismo civil. Esse aspecto serve a aconselhar qualquer alteração tópica no atual sistema”¹⁴.*

Diante da importância da Justiça Castrense, a inconsequente ilação de que ela estaria ligada à Ditadura de 1964 somente demonstra total desconhecimento da História.

Primeiro porque a Justiça Militar é a mais antiga do país. Por alvará de 1808, assinado pelo Príncipe-Regente D. João VI, foi criado o primeiro tribunal superior

12. João Barbalho Uchôa Cavalcanti, em Constituição Federal Brasileira – Comentários, 2. ed., Rio de Janeiro, Ed. F. Briguiet e Cia. Editores, 1924, p. 466/467.

13. <http://www.conjur.com.br/2013-abr-28/codigo-penal-militar-nao-incorporado-codigo-penal>

14. in “A rebelião da toga”, Ed. Millenium. 2. ed. 2008, p.40

do Brasil, com o nome de Conselho Supremo Militar e de Justiça¹⁵. Assim, neste ano (2013) completou 205 anos de serviços prestados à Nação.

Segundo porque, ao contrário do que pensam alguns, ela foi o porto seguro daqueles que bateram às suas portas clamando por Justiça, conforme relato dos que vivenciaram essa época de exceção. O professor Ives Gandra, em recente artigo intitulado “*Seria um desserviço a extinção da corte que há 205 anos cumpre sua missão no exame de infrações e delitos contra as Forças Armadas*”¹⁶, assim escreveu:

“Evaristo de Moraes Filho afirmou certa vez que o “o milagre brasileiro foi a Justiça Militar, porque ela funciona” e Sobral Pinto declarou: “Eu tenho confiança na Justiça Militar”. Tício Lins e Silva, no livro “Os Advogados e a Ditadura de 1964”, escreve, ao citar os depoimentos acima, que “a Justiça Militar ajudou a salvar muitas vidas”. Quando da prisão, em 1970, do advogado Heleno Cláudio Fragoso, o Tribunal Militar ameaçou parar se ele não fosse solto” (grifamos).

Fernando Fragoso, presidente do tradicional e renomado Instituto dos Advogados Brasileiros, em nota datada de 22.04.2013¹⁷, defendendo a Justiça Militar, assim se pronunciou:

Aqueles que advogaram, como o signatário e muitos outros defensores de presos políticos perante a Justiça Militar, durante os anos de chumbo, podem testemunhar que o Superior Tribunal Militar exerceu, corriqueiramente, uma atuação digna, de respeito aos advogados e aos jurisdicionados, pelo conteúdo das suas decisões.

De caráter liberal e com olhos nas regras constitucionais, o STM arrostou seguidamente, em vários momentos, as expectativas dos detentores do poder no regime vigente, bem como de certos órgãos de investigação de atividades políticas dos adversários daquele regime.

A Justiça Militar sempre assegurou o pleno exercício da defesa dos acusados, mesmo na vigência do Ato Institucional 5, de dezembro de 1968, que suspendeu o exercício do Habeas Corpus. Até então, o STM concedia invariavelmente habeas corpus para colocar em liberdade aqueles que foram presos em atividades contrárias ao regime.

Com a edição do AI-5, o STM passou a processar pedidos de localização de pessoas que simplesmente desapareciam, sequestradas, realizando busca em todas as unidades em que se realizavam investigações. Os julgamentos do STM, mesmo durante o regime de 1964, sempre se pautaram pela observância rigorosa da lei e da Constituição, repudiando a tortura e as violações aos direitos humanos.

15. “No Rio de Janeiro, enquanto a corte se acomoda na cidade, o arcabouço jurídico é reformado. Primeiro com o Tribunal Militar, implantado no dia 1º de abril”. In: “Justiça no Brasil – 200 anos de História” – Paulo Guilherme de Mendonça Lopes e Patrícia Rios – Conjur Editorial – 2009)

16. **Artigo publicado no jornal Folha de S.Paulo em 15/04/2013, p. A03.**

17. http://www.iabnacional.org.br/article.php?id_article=2813&var_recherche=justi%E7a+militar

Ainda sobre o tema, encontramos no sítio eletrônico do Conjur¹⁸, a seguinte matéria:

Direitos durante a Ditadura Militar

O criminalista Tércio Lins e Silva deu um depoimento emocionado ao relembrar a atuação do STM e Auditorias durante o período da Ditadura. Segundo ele, a Justiça Militar assegurou o pleno exercício da advocacia naquele período.

O julgamento dos acusados de infringirem a Lei de Segurança Nacional era de responsabilidade da Justiça Militar. “Eram tempos politicamente difíceis, nós atendíamos muitos clientes gratuitamente, os perseguidos políticos. E o papel que a Justiça Militar desempenhou nesses 20 anos de regime foi o de garantir o papel da defesa e a honradez no exame dos processos e na aplicação da lei”, asseverou.

Então veio o Ato Institucional Número 5 e, junto com ele, o período mais duro do regime, suspendendo a concessão de habeas corpus. “O que nós fazíamos? Fazíamos umas petições, sem colocar o nome de Habeas Corpus e o STM tinha essa sensibilidade de atender nossos pedidos de informações”, lembrou o advogado.

“O exercício da advocacia era extremamente respeitado e pleno. Nunca deixei de ser recebido por nenhum ministro para entregar memorial. Eu me sentia mais seguro no STM do que na rua. O acesso aos autos nas auditorias era democrático, eficiente, honesto. Tudo feito na lisura. Nós, todos os advogados, temos a opinião de que o STM e a auditorias foram um marco, uma garantia no período militar em sua fase mais dura”, afirmou.

*Tércio Lins e Silva defendeu a Justiça Militar da União como parte essencial na manutenção da democracia no país, tanto pelo seu histórico, quanto pelo seu papel atual. “Ela julga uma parcela bastante especializada de agentes públicos de **forma célere e justa**, guardando os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina”, concluiu. (grifamos)*

Outro argumento desarrazoado arrima-se na pressuposição de que extinção da Justiça Castrense geraria economia para o Estado. Falaciosa a conjectura, uma vez que os encargos com os vencimentos e proventos dos magistrados e funcionários da corte militar simplesmente passarão a ser suportados pelo orçamento do Tribunal de Justiça ou pelo próprio Estado, diante dos institutos do aproveitamento, disponibilidade e aposentadoria. As despesas operacionais, por seu turno, seriam muito maiores do que aquelas despendidas para a manutenção do aparato judiciário já consolidado e em perfeito funcionamento. A criação de novas varas, novas câmaras, a transferência do acervo de processos, as novas instalações, etc., serão custosas e o resultado de tanto trabalho, infelizmente, não resultará na melhoria da prestação jurisdicional. Ao contrário, se perderá toda expertise adquirida pela justiça castrense nesses anos ininterruptos de excelentes serviços prestados, jogando os processos e os jurisdicionados na vala comum da Justiça

18. <http://www.conjur.com.br/2013-abr-28/codigo-penal-militar-nao-incorporado-codigo-penal>

Criminal que, como sabido e não por culpa das profissionais que lá labutam, está abarrotada de feitos, onde a prescrição não é acontecimento raro, infelizmente.

Vale advertir que prescrição e impunidade são gêmeas siamesas, sendo muito perigoso espalhar esse mal no seio desse grupamento formado por pessoas legalmente armadas.

Como se vê, a inconsistência de argumentos bem demonstra a falta de seriedade com que se tem tratado o tema.

Outro exemplo emblemático dessa assertiva foi a impensada mudança legislativa que amputou a Justiça Militar, retirando de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida perpetrados por militares em serviço contra civis, também conhecida como “*Lei Hélio Bicudo*”. Alicerçada no preconceituoso argumento de que a Especializada seria “corporativista”, aprovou-se de forma açodada a Lei 9.299/96, sem qualquer discussão com a sociedade e, principalmente, sem a prévia e necessária oitiva de advogados, promotores e juízes.

A morosidade da Justiça Comum, aliada à falta de preparo dos jurados sobre a singularidade da vida militar e a eventual sedução sobre eles exercida pelas partes quando dos debates, dentre outros fatores, têm levado a decisões equivocadas.

O colega Dr. Arual Martins, que praticamente fez sua carreira como promotor de Justiça no Tribunal do Júri, em entrevista ao jornal “O Estado de S. Paulo”¹⁹, nos dá a real noção dessa desastrada alteração legislativa, fruto do desconhecimento das singularidades da vida castrense. Disse:

“É preciso ter o testemunho de Jesus e dos 12 apóstolos para condenar um policial acusado de homicídio”

“Basta chegar em plenário, mostrar os antecedentes do réu e pintá-lo como um bandido. Ele pode estar envolvido em um acidente de trânsito ou ter sido pego com um cigarrinho de maconha. Não interessa. Se o Júri considerá-lo bandido, o PM que o matou é absolvido. Os oficiais costumavam ser mais rigorosos com erros policiais.”

As inúmeras absolvições de militares pelo Tribunal do Júri mereceriam um estudo mais aprofundado sobre os reflexos dessas decisões no comportamento de toda tropa.

Sobre o tema, vale transcrever trecho do primoroso acórdão da lavra do i. juiz Fernando Pereira do E. Tribunal de Justiça Militar deste Estado:

“O exame da questão apresentada no presente recurso recomenda que, preliminarmente, seja feita uma breve digressão histórica sobre a modificação efetuada na legislação no que diz respeito a não mais a Justiça Militar ter a competência para o julgamento dos

19. <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,e-preciso-testemunho-de-jesus-para-condenar-policial-,960470,0.htm>

crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civis, passando esse julgamento a ocorrer no âmbito da Justiça Comum, mais especificamente no Tribunal do Júri. Nunca é demais lembrar que essa regra foi inserida no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei nº 9.299/96, que alterou o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, assim dispondo então:

Art. 1º O art. 9º do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“ Art. 9º

(...)

II -

(...)

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

(...)

f) revogada.

(...)

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Art. 2º O caput do art. 82 do Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido, ainda, o seguinte § 2º, passando o atual parágrafo único a § 1º:

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

(...)

§ 1º(...)

§ 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (destaquei)

Essa lei foi editada tendo, dentre outras situações, como principal fato gerador o episódio das cento e onze mortes na Casa de Detenção, ocorrido no de ano 1992, em São Paulo.

Diversas autoridades e juristas diziam então que: ou a Justiça Militar condenava os policiais militares envolvidos naquelas mortes ou a Justiça Militar seria condenada à extinção.

Diante dessas declarações caberia aqui indagar sobre o que seria da Justiça Militar se a decisão referente ao Coronel PM Ubiratan Guimarães, que comandava a ação dos policiais militares no citado caso – teve reconhecida sua absolvição pelo Tribunal de Justiça –, tivesse sido prolatada por este Tribunal de Justiça Militar, bem como se o julgamento dos demais policiais militares ainda não tivesse sido realizado nem ao menos na Primeira Instância, como é o que ocorre até o momento na Vara do Júri.

De qualquer forma, transcorridos mais de quinze anos desde então, essa modificação permitiu que fosse desmentida a tese de que o corporativismo levava à absolvição dos acusados nesses casos, uma vez que o índice de condenações nos Tribunais do Júri vem sendo inferior ao registrado anteriormente na Justiça Militar.²⁰

Outra mutilação, seguindo a mesma linha do equivocado raciocínio do “corporativismo”, foi perpetrada pela EC 45 de 2004, que retirou do escabinato a competência para julgar os crimes militares praticados contra civis, concentrando-as nas mãos do juiz singular do juízo castrense, agora nominado de juiz de Direito (antes chamado de juiz-auditor).

Num primeiro momento, até para alguns profissionais que militam na Especializada, a alteração despertou simpatia. Não perceberam que se tratava de uma espécie de *canto das sereias*. Inebriados talvez com a celeridade proporcionada pela concentração do poder, se esqueceram de que o julgamento pelo juízo misto, composto de sabres e togas, é a essência e a beleza da judicatura da caserna e somente esse amálgama é capaz de produzir decisões justas para os jurisdicionados que, como dito acima, é composto de pessoas diferenciadas, pois “..*sujeitas a regime de dever especial, caracterizado por exigência de conduta rigidamente disciplinada e por sujeição constante a intervenção de alto risco*”²¹.

Com a objetividade que lhe é peculiar, o mestre Cretella Júnior assim doutrinou:

“Os militares, acusados de crime militar, não seriam julgados com justiça e equidade se órgãos jurisdicionais comuns, integrados por civis, e, pois, estranhos a peculiaridades da vida militar, fossem encarregados de aplicar a legislação especial a que estão sujeitos”²²

O escabinato da jurisdição militar, volto a insistir, é o que torna especial o juízo da caserna e preservá-lo uma obrigação daqueles que sabem de suas virtudes.

Os que comungam desse pensar devem se portar como Ulisses de Homero que, mesmo percebendo o perigo do encanto fácil resolveu arrostá-lo, não sucumbindo à tentação que o desviaria de seus objetivos e o conduziria a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente retornaria. Caso assim não se agir e a continuar nessa toada, não será nenhuma surpresa quando as amputações desnaturarem com tal magnitude a Justiça Castrense, que sua existência será apenas lembrada nos trabalhos acadêmicos.

E aí, perderemos todos.

20. TJM- SER nº 1.021/12 – 15/03/2012 – Rel. Juiz Fernando Pereira – vu – participaram do julgamento os juízes Evanir Ferreira Castilho (Presidente) e Paulo Adib Casseb

21. Cadernos Jurídicos – ESMP – Ano 3 – Vol. 6 – p. 67

22. Cretella Júnior, José, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. VI, p. 3008 – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CAPÍTULO II LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E CONSTITUIÇÃO

2.1. Justiça Militar Estadual

A Constituição Federal, no art. 125, § 3º, estabeleceu a possibilidade dos Estados com efetivo militar superior a vinte mil integrantes, mediante proposta do respectivo Tribunal de Justiça, a criar a Justiça Militar estadual composta pelos Conselhos de Justiça (1ª instância) e por Tribunal de Justiça Militar (2ª instância).

Em todas as unidades federadas há auditorias militares, sendo que somente os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem instância recursal especializada (Tribunal de Justiça Militar – TJM).

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo foi criado pela Lei Estadual 2.856 de 08.01.1937 com a denominação de “Tribunal Superior de Justiça Militar”²³.

2.1.1. Competência

A Justiça Castrense faz parte do Poder Judiciário, cabendo-lhe, no âmbito estadual, processar e julgar os crimes militares perpetrados por policiais militares e bombeiros militares e as ações judiciais contra atos disciplinares, cabendo à segunda instância também a decisão sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (definições abaixo). Importante observar que somente no âmbito federal existe a possibilidade de se processar e julgar civis perante a Justiça Militar.

Como exemplo podemos citar o hipotético caso de um civil que desacatar um soldado do Exército numa operação militar. Ele será processado perante a Justiça Militar federal. Utilizando-se do mesmo exemplo, mas sendo o desacato dirigido a um policial militar numa operação de patrulhamento, essa conduta não submeterá o civil a processo perante a Justiça Castrense Estadual e sim perante a Justiça Criminal comum.

Na hipótese de concurso de agentes entre um militar e um civil, no âmbito federal ambos serão processados pela Especializada federal. Na seara estadual, o miliciano responderá perante a Corte Militar estadual e o civil perante a Justiça Comum.

23. “Foi constituído, em 1ª instância, por uma Auditoria, composta por um Auditor e quatro juizes militares, com competência para processar e julgar os milicianos estaduais nos crimes militares. O Tribunal passou a contar com Quadro próprio e, assim, o Auditor não mais era ocupante de vaga do Quadro Auxiliar da Polícia Militar. Na 2ª instância, o TJM era composto de três juizes, sendo um militar, escolhido entre os coronéis ou tenentes-coronéis da ativa da Força Pública, e dois civis, todos nomeados pelo Governador do Estado” In: “A Justiça Militar na História e os 75 anos do TJMSP”, p. 56 – São Paulo – 2012 – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Cito, também, pela peculiaridade, o crime de abuso de autoridade cometido por militar. Ele será processado na Justiça Comum, uma vez que tal conduta não encontra tipificação na legislação repressiva castrense. Ocorre que se houver concurso com o crime de lesão corporal dolosa, por tal delito, o miliciano será processado perante a Justiça Castrense.

Outro caso que merece destaque diz respeito ao crime de lesões corporais culposas oriundas de acidente automobilístico provocado por viatura militar com vítima civil. Nesse particular, nunca houve consenso. No âmbito dos juízes castrenses muitos firmaram convicção que seriam competentes para julgar esses processos, sendo que o próprio TJM decidiu no mesmo sentido²⁴. Já no Ministério Público alguns de seus membros sustentavam que a competência seria da Justiça Comum, principalmente depois da Súmula nº 06 do STJ e da edição do CTB, que tratou a matéria de forma mais específica, de modo a afastar o conhecimento da causa pela Corte Castrense em homenagem ao princípio da especialidade.

A própria E. Procuradoria-Geral de Justiça, quando da análise de conflito entre os promotores da Especializada e da Justiça Comum ou nos casos do art. 397 do CPPM ou 28 do Código de Processo Penal, não manteve um entendimento uniforme sobre o tema.

Hodiernamente, por sua assessoria, a douta PGJ firmou convicção de que no caso de acidente automobilístico com viatura policial será competente a Justiça Comum para processar o miliciano na hipótese de haver vítima civil. Caso haja apenas vítima militar o processo-crime correrá pela Especializada. Se um mesmo evento infortunistico vitimar civis e também militares, dois serão os processos, cada qual tramitando por uma justiça. Na prática, tal solução poderá ensejar decisões conflitantes.

Para ilustrar o atual entendimento da douta PGJ sobre o tema, transcrevo a seguinte decisão:

“Protocolado nº ... – art. 397 do CPPM

Inquérito policial militar nº – Justiça Militar

Investigado: Sd PM ..

24. Recurso Inominado nº 000037/04 – TJM/SP (Processo nº 038314/04 1ª Auditoria). Art. 146 do CPPM. Acidente de Trânsito – Policial Militar em serviço dirigindo viatura militar, com vítima civil – Competência da Justiça Militar Estadual – Inteligência do artigo 9º, inciso II, alínea “a” c/c artigo 210, ambos do CPM – Súmula nº 06 do STJ – Inaplicabilidade. Incabível a alegação de incompetência da Justiça Militar para julgamento do caso em questão, sob argumentação de que ocorreu crime comum, por tratar-se de crime militar, nos termos do artigo 124 da Constituição Federal. Ausente o efeito vinculante, não há obrigatoriedade de aplicação da Súmula nº 06 do STJ nos julgados desta Corte Militar. Inexiste conflito aparente de normas entre o Código de Trânsito e o Código Penal Militar – ambas as legislações especializadas – eis que tutelam bens jurídicos distintos.

EMENTA: CPPM, ART. 397. COMPETÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VIATURA DA POLÍCIA MILITAR. VÍTIMA CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. SÚMULA 06 DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Cuida-se de inquérito policial militar instaurado para apurar delito de lesão corporal culposa, praticado por policial militar na condução de viatura da Polícia Militar, contra a civil

Ao término das investigações, a d. Promotora de Justiça oficiante requereu o arquivamento dos autos, sustentando ser o caso de competência da Justiça Comum Estadual e registrando que já há procedimento instaurado no âmbito da Polícia Judiciária (fls. 53/54).

O MM. Juiz discordou deste ponto de vista e, afirmando a competência da Justiça Castrense, determinou a remessa dos autos a esta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 70/71).

É o relatório.

O fato objeto de apuração no inquérito policial militar consistiu em acidente de trânsito praticado em viatura da Polícia Militar, tendo como responsável, em tese, policial militar e, como vítima, uma civil.

Aplica-se, à espécie, o disposto na Súmula 06 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual:

“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura da Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade”.

ANTÔNIO SCARANÇO FERNANDES, com o peso de sua autoridade, reconhece que, mesmo após o advento do Código de Trânsito (Lei n. 9.503/97) e da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, permanece tendo aplicação o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Assim, se dentro da viatura estão, além do policial condutor, um civil e um militar, a competência será da Justiça comum se apenas o civil se feriu, mas será da Justiça militar se quem saiu lesionado foi o militar” (Processo Penal Constitucional, 5. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 167).

*Em razão do exposto, o crime retratado neste expediente não se insere dentre aqueles de competência da Justiça Castrense, com a devida vênia do ínclito magistrado. Tendo em vista que já existe procedimento instaurado no âmbito da Justiça Comum Estadual, competente *ratione materiae* para o caso, consoante iniciativa promovida a fls. 54, não se fazem necessárias outras medidas, senão o arquivamento deste inquérito policial militar.*

Acertada, portanto, a solução aventada pela d. Promotora de Justiça.

Diante do exposto, com fundamento no art. 397, §1º, do Código de Processo Penal Militar, insisto no arquivamento requerido a fls. 53/54”.

2.1.2. Jurisdição

Todo o Estado de São Paulo (contingente de aproximadamente cem mil militares na ativa e trinta e cinco mil na inatividade²⁵).

2.1.3. Composição

Os órgãos jurisdicionais castrenses são estruturados sob a forma de escabinato, sendo que os crimes militares perpetrados contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares são julgados singularmente pelo juiz de Direito do juízo militar (exceção introduzida pela EC nº 45 que incluiu o § 5º ao art. 125 da CF²⁶).

O Tribunal de Justiça Militar é composto por sete juízes, sendo quatro coronéis da PM; um escolhido entre os juízes de Direito do juízo militar; outro entre os advogados e outro entre os membros do Ministério Público.

Na primeira instância existem quatro auditorias militares, todas sediadas na Capital e são formadas por juízes de Direito do juízo militar (nova designação dada pela EC 45-2004/Reforma do Judiciário) aprovados através de concurso público promovido pelo próprio Tribunal de Justiça Militar. Nelas funcionam os Conselhos de Justiça que poderão ser:

1. Permanentes => Formados pelo Juiz de Direito e por quatro oficiais, sendo pelo menos um deles oficial superior (major, tenente-coronel ou coronel). Os juízes militares são sorteados trimestralmente e julgam praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes) e praças especiais (alunos de cursos de formação e aspirantes a oficial).
2. Especiais => Sorteado especificamente para cada julgamento onde o réu ostentar a patente de oficial PM²⁷. A formação é a mesma. Contudo, os oficiais deverão ter posto superior ao do acusado ou serem mais antigos no caso de possuírem o mesmo posto.

Importante frisar que o corpo de oficiais da Milícia Bandeirante, contingente de onde são escolhidos os juízes castrenses, é composto praticamente por militares oriundos da renomada e tradicional Academia de Polícia Militar do Barro Branco, por muito tempo o curso mais concorrido da Fuvest. Com duração de

25. Dados fornecidos pelo Presidente do TJMS, Juiz Cel. PM Orlando Eduardo Geraldi, no programa “Enfoque Jurídico” – 05.08.2013 – <http://www.tvexito.com.br/2013/ProgramasPagina.aspx?idAmbiente=2&idPrograma=32>

26. § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

27. Excetuando-se o Comandante-Geral da PM, que possui foro privilegiado junto ao Tribunal de Justiça Militar para o julgamento dos crimes militares. Nos crimes comuns e de responsabilidade, praticados em razão do cargo, serão julgados perante o Tribunal de Justiça.

quatro anos²⁸, o curso de Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública (BCPSOP) “é destinado a formar, com solidez teórica e prática, o profissional ocupante do posto inicial de Oficial, tornando-o apto ao comando de pessoas e à análise e gestão de processos, por intermédio da utilização ampla de conhecimentos na busca de soluções para os variados problemas pertinentes às atividades jurídicas de preservação da ordem pública, em conformidade com a filosofia de polícia comunitária e amplo respeito aos direitos humanos. O corpo docente é formado por profissionais de notória qualificação, composto por Desembargadores, Juizes de Direito, Promotores e Procuradores de Justiça, Procuradores de Estado, Oficiais da Polícia Militar, Profissionais de outras secretarias de Estado, além de docentes de universidades”²⁹.

Na grade curricular da “Escola de Comandantes”³⁰ verifica-se a forte incidência de matérias de Direito, tanto que em várias faculdades o Oficial PM, oriundo da APMBB, poderá obter o diploma de bacharel em Ciências Jurídicas em apenas dois anos, diante da eliminação de matérias já cursadas.

Toda essa qualificação profissional reflete diretamente na qualidade do escabinato e, conseqüentemente, na justeza e justiça de suas decisões.

Por essa razão é que não se pode comparar o Conselho de Justiça Militar com o Conselho de Sentença, formado por pessoas do povo, sem qualquer exigência acerca de sua formação profissional. No Tribunal do Júri, os jurados votam de acordo com o princípio da íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar suas decisões. Os juizes militares, por sua vez, possuem a obrigação de explicitar os motivos de sua decisão, que sempre deverá estar lastreada na prova dos autos e na lei.

2.2. Magistratura Militar Estadual

A Justiça Militar de primeira instância é formada por juizes togados, nomeados anteriormente à EC 45/2004 de juizes auditores e atualmente como juizes de Direito do juízo militar. São aprovados através de concurso público de provas e títulos especificamente para a magistratura castrense.

2.3. Dos Crimes Militares

A Constituição Federal determina que compete à Justiça Militar “processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (art. 124), estabelecendo dessa forma o critério *ratione legis* para a conceituação do crime militar. Não obstante, os demais

28. Há notícia de que este ano (2013) o curso será reduzido para três anos, mas tal alteração ainda não consta do sítio eletrônico da APMBB.

29. Informação obtida no sítio eletrônico da APMBB – <http://www.polmil.sp.gov.br/unidades/apmbb/index.asp?Tela=concursos>

30. Academia de Polícia Militar do Barro Branco – <http://www.polmil.sp.gov.br/unidades/apmbb/pdf/grade.pdf>

critérios (*ratione materiae, personae, loci e temporis*) também estão presentes no art. 9º do CPM.

A Lei nº 9.299/96 promoveu as seguintes alterações no sobredito artigo da lei de regência:

- a) Acrescentou a expressão “...ou atuando em razão da função” na alínea “c” do inciso II para abranger os militares que, mesmo estando de folga, ajam nessa qualidade;
- b) Revogou por completo a alínea “f”, que considerava crime militar aquele praticado por militar, mesmo de folga, mas usando arma da corporação;
- c) Acrescentou-lhe, por fim, o parágrafo único que retirou da competência da Especializada o julgamento dos crimes dolosos contra a vida perpetrados contra civis, que passou a ser de responsabilidade do Tribunal do Júri.

Os crimes militares dividem-se em:

A) Crimes militares próprios (propriamente militar ou puramente militar): Estão previstos no Código Penal Militar e só podem ser praticados por militares, pois inerentes à vida em caserna. Ex: deserção, abandono de posto, desrespeito a superior, etc.

“ Art. 9º do CPM – Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”;

B) Crimes militares impróprios: são aqueles que possuem tipificação tanto no Código Penal Militar como também na legislação penal comum, mas quando praticados por militares, em determinadas condições, a lei os considera como crime militar. Ex: furto simples, homicídio de militar contra militar, ambos em situação de atividade, etc.

Art. 9º – Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I –

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

- a) *por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;*
- b) *por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;*
- c) *por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;*

- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração, ou a ordem administrativa militar;

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformados, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Explicações necessárias:

- Militar em **situação de atividade** (gênero) – indivíduo engajado no serviço ativo, isto é, incorporado à milícia, podendo estar trabalhando, de folga ou licenciado.
- Militar **em serviço** (espécie) – militar no exercício da atividade-fim para a qual foi escalado, i.e., aquele não está de folga.
- Militar **de serviço** (subespécie) – militar escalado para determinada atividade.
- Militar na **reserva ou reformado** – militar na inatividade

2.4. Crime Militar e Transgressão Disciplinar

Um mesmo fato poderá gerar um processo-crime e um procedimento administrativo-disciplinar. Discute-se se isso poderia gerar um *bis in idem* diante da possibilidade de aplicação de pena e da sanção disciplinar pelo mesmo fato. Tal indagação é resolvida pelo saudoso mestre Hely Lopes Meirelles que leciona: “A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau, é de substância. Dessa substancial diversida-

*de resulta a possibilidade da ação conjunta das duas penalidades sem que ocorra bis in idem*³¹.

2.5. Considerações sobre o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69)

- a) Estabelece **pena de morte por fuzilamento** para alguns crimes praticados em tempo de guerra (art. 56). Um dos poucos casos da utilização da aludida norma de regência ocorreu na Segunda Guerra Mundial. Os soldados gaúchos Adão Damasceno Paz e Luiz Bernardo de Moraes, foram condenados à morte pelo estupro de uma jovem italiana de 15 anos e homicídio de seu tio. Contudo, por sorte dos malviveres, não foram executados no campo de batalha, como faculta a lei penal militar. Ao votar o recurso oriundo do aludido processo, assim se manifestou o general Boanerges Lopes de Souza, do Conselho Supremo de Justiça Militar, em 6 de março de 1945:

*“Votando, como voto, pela confirmação da sentença, defendo a honra do Exército e a própria civilização brasileira. Não fossem os embaraços opostos pela moderna legislação, estou certo de que o comandante das forças brasileiras na Itália teria, com grande proveito para a boa ordem de suas tropas, feito fuzilar, sem quaisquer delongas, esses criminosos.”*³²

De volta ao Brasil, os condenados tiveram a pena capital convertida em reclusiva (30 anos) e depois foram indultados. Segundo informações, morreram na década de 1990.

- b) Estabelece a menoridade penal aos 16 anos, desde que o agente tenha desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato, reduzindo-se a pena (art. 50) (não recepcionada pela CF);
- c) Antes da mudança da parte geral do Código Penal (1984), o CPM já afastava expressamente a responsabilidade penal objetiva (art. 34) e ofertava aos fronteiriços o sistema vicariante (art. 113);
- d) Ação penal pública incondicionada para todos os crimes.
- e) Conceituação legal para o criminoso habitual:

1.- *“reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a 5 (cinco) anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena”;*

31. Direito Administrativo Brasileiro. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 108/109.

32. <http://tokdehistoria.wordpress.com/2013/02/08/eles-desonraram-a-farda-da-forca-expedicionaria-brasileira/>

2.- “embora sem condenação anterior, comete, sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes dolosos da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes” – alíneas “a” e “b”, § 2º, do art. 78;

- f) *Conceituação legal para o criminoso por tendência* – “aquele que comete crime de homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, e, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez” – § 3º do art. 78;
- g) *Tipificação do crime de publicidade opressiva* (art. 348): “Fazer pela imprensa, rádio ou televisão, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo penal militar, comentário tendente a exercer pressão sobre declaração de testemunha ou laudo de perito”;
- h) *Conceito mais técnico de culpa* (art. 33, II): “Diz-se o crime: I....., II – *culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenido-o, supõe levemente que não se realizaria ou poderia evitá-lo*”;
- i) *Possibilidade da desconsideração da tipicidade penal para infração disciplinar* (ex: lesão corporal levíssima; furto simples de pequeno valor – 10% do salário mínimo);
- j) *Tipificação do crime de tráfico de entorpecente dentro do próprio Código Penal* (art. 290);
- k) *Tipificação do crime de pederastia em local sujeito à administração militar* (art. 235);
- l) *Inexistência de crime militar hediondo*;
- m) *Proibição da aplicação da Lei nº 9.099/95 (art. 90-A) introduzida pela Lei nº 9.839/99*;
- n) *Concurso formal se confunde com o concurso material, o que gera a somatória das penas ou sua majoração* (art. 79);
- o) *Crime continuado* (art. 80): somatória das penas como no concurso material;
- p) *Pena do crime tentado poderá ser a do consumado em casos de excepcional gravidade* (art. 30, parágrafo único);

- q) Erro de direito (art. 37), mesmo que escusável, não isenta o autor de pena, diferentemente do que ocorre no Código Penal;
- r) Estado de necessidade que exclui a culpabilidade – art. 39, diversamente do que ocorre no CP onde tal excludente afasta a ilicitude da conduta;
- s) Suspensão condicional da pena possui aplicação mais severa, pois no CP ela é vedada ao réu reincidente por crime doloso e no CPM (art. 84, inciso I) ao reincidente por crime cuja pena seja privativa de liberdade que, como sabido, poderá ser doloso ou culposo. Também não poderão usufruir da benesse aqueles que cometerem crime em tempo de guerra e, em tempo de paz, os crimes arrolados no inciso II, do art. 88 do CPM;
- t) Inexistência da pena de multa.

2.6. Considerações sobre o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/69)

- a) A denúncia observa praticamente os mesmos requisitos daquela ofertada na Justiça Comum, com exceção do número de testemunhas que é no máximo de 6 (seis) para qualquer tipo de crime (art.77, “h”);
- b) Prazos para oferecimento de denúncia – 5 dias para indiciado preso e 15 dias para solto (art. 79, “caput”). Em casos excepcionais, o prazo para o acusado solto poderá ser dobrado ou triplicado (art. 79, § 1º);
- c) Possibilidade da concessão de **menagem**, instituto que não encontra homólogo na legislação penal comum. Significa “prisão fora do cárcere” e pode beneficiar agentes de crimes cuja pena máxima seja de 4 (quatro) anos. Disposto no art. 263 do CPPM, possui o caráter de prisão preventiva se cumprida em estabelecimento sujeito à administração militar ou de liberdade provisória, se concedida em cidade ou residência, quando o período de menagem não poderá ser descontado da eventual pena, conforme disposto no art. 268 do citado *Codex*;
- d) Liberdade provisória somente nos crimes com pena de detenção não superior a dois anos (salvo alguns crimes, ex: desrespeito a superior) e nos delitos culposos (salvo os crimes contra a segurança externa do país) – art. 270 do CPPM;
- e) Inexistência de fiança;
- f) Legitimidade do Ministério Público para opor embargos infringentes (art. 538 do CPPM).

2.7. Informações Complementares

- Patente – diploma confirmatório do posto do oficial militar conferido pelo Presidente da República (Forças Armadas) ou o Governador do Estado (Forças Auxiliares).
- Posto – grau hierárquico do oficial militar.
- Graduação – grau hierárquico da praça
- Carreira Militar na PM Paulista:

PRAÇAS

- 1) Aluno no curso de formação de soldados
- 2) Soldado
- 3) Cabo
- 4) Terceiro-Sargento
- 5) Segundo-Sargento
- 6) Primeiro-Sargento
- 7) Subtenente

PRAÇAS ESPECIAIS

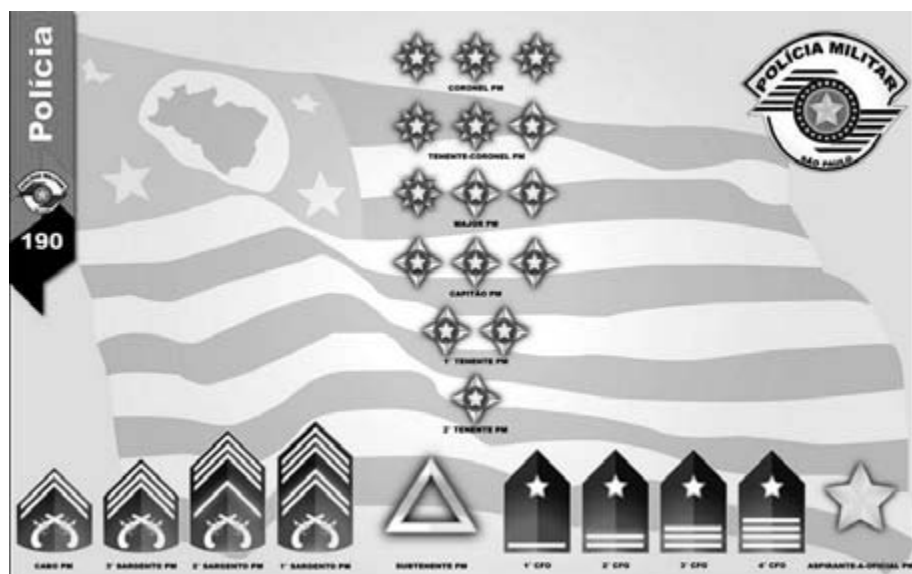
- 8) Aluno no curso de formação de Oficial PM
- 9) Aspirante a Oficial PM

OFICIAIS

- 1) Segundo-Tenente (uma estrela prateada)
- 2) Primeiro-Tenente (duas estrelas prateadas)
- 3) Capitão (três estrelas prateadas)

OFICIAIS SUPERIORES

- 4) Major (uma estrela dourada e duas prateadas)
- 5) Tenente-Coronel (duas estrelas douradas e uma prateada)
- 6) Coronel (três estrelas douradas)



CAPÍTULO III

EXEMPLOS/EXPERIÊNCIAS

3.1. Inquérito Policial Militar

Diversamente do tratamento que deu ao Código de Processo Penal comum, no militar o legislador entendeu de definir expressamente o conceito de inquérito policial militar no art. 9º, *caput*, do CPPM:

“O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”.

Como sabido, o inquérito policial visa apurar a ocorrência de um crime e desvendar sua autoria. A condução dessa atividade de cunho administrativo é atribuída à chamada polícia judiciária.

No art. 8º da Lei Adjetiva Penal Militar encontramos as atribuições da polícia judiciária. *Verbis*:

- a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;
- b) prestar aos órgãos e juizes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;
- c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;
- d) representar a autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado;
- e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido;
- f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo;
- g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;
- h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.

Curiosamente, no parágrafo único do citado art. 9º, o legislador fez questão de deixar expresso que os exames, perícias e avaliações realizados no curso do

inquérito policial serão considerados atos instrutórios da ação penal e, como tal, somente em casos excepcionais serão repetidos.

Outra particularidade do CPPM é a forma clara com que o legislador preocupou-se em especificar as diligências que o encarregado deve observar (vide arts. 12 e 13).

Em casos de “*excepcional importância ou de difícil elucidação*” (art. 14 do CPPM), poderá o encarregado do inquérito solicitar ao procurador-geral a indicação de um membro do Ministério Público para prestar-lhe assistência.

O prazo para a conclusão do inquérito será de 20 dias para indiciado preso e 40 dias se ele estiver solto. O primeiro contado da prisão e o segundo da instauração do inquérito (art. 20, *caput*, do CPPM).

Encerrado a investigação com o relatório, o art. 24 expressamente proíbe que o encarregado archive os autos do inquérito, ainda que tenha concluído pela inexistência do crime.

3.2. Do Julgamento em primeira Instância

3.2.1. Do Julgamento pelo Conselho de Justiça

Recebida a denúncia, instruído o feito, será designada audiência para o julgamento.

Na formação dos Conselhos será observado o princípio do juízo hierárquico, onde o réu sempre terá condição hierárquica inferior à daqueles que o julgarão.

Se praça o acusado, será julgado pelo Conselho Permanente de Justiça, composto de Oficiais que exercem a função de juizes militares por três meses, findos os quais, retornam às fileiras da corporação. No caso de réu Oficial, será formado um Conselho Especial de Justiça, cujos integrantes deverão possuir condição hierárquica superior ou mais antiga que a do acusado. Terminado o julgamento, o conselho será dissolvido.

Caso interessante é a hipotética circunstância do réu ser Coronel, último posto na corporação policial militar. Para a formação do Conselho Especial que irá julgá-lo, será necessária a convocação de coronéis mais antigos que o acusado. Ocorre que, inexistindo na ativa quatro militares nessa condição, serão revertidos ao serviço ativo, por força do art. 26, inciso II, do Decreto-lei Estadual nº 260/70, coronéis da reserva mais antigos que o acusado para completar o número legal.

Reunido o Conselho de Justiça (Permanente ou Especial), presentes o membro do Ministério Público, o réu (poderá faltar uma vez) e o advogado (também poderá faltar uma vez) será iniciada a sessão de julgamento, que observará:

- a) Leitura de peças – primeiramente serão lidas as seguintes peças (art. 432 do CPPM):
- denúncia e eventual aditamento;
 - exame de corpo de delito e outros exames ou perícias;
 - interrogatório do acusado e,
 - qualquer outra peça dos autos a pedido dos juízes e das partes.
- b) Debates – Terminada a leitura, o presidente do Conselho de Justiça (juiz de Direito do juízo militar) dará a palavra ao membro do *Parquet* para a sustentação oral pelo tempo de 3 (três) horas, no máximo. Em seguida, pelo mesmo tempo, para a Defesa. A réplica e tréplica será de no máximo 1 (uma) hora para cada parte.
- c) Julgamento – Encerrados os debates, **em sessão aberta**, o presidente do Conselho de Justiça convidará seus pares a se pronunciarem sobre as eventuais questões preliminares³³ e, em seguida, sobre o mérito da causa. O primeiro voto será do Juiz de Direito, depois dos juízes militares, por ordem inversa de hierarquia, fato que proporciona plena liberdade de convencimento e manifestação dos oficiais de menor posto.

3.2.2. Do Julgamento pelo Juiz Singular

A EC-45/2004 trouxe nova sistemática para o julgamento de crimes militares perpetrados contra civil que, agora, deverão ser julgados somente pelo juiz de Direito do juízo militar, observando-se o rito ordinário previsto do Código de Processo Penal, bem como **as ações judiciais contra atos disciplinares militares, conforme art. 125, § 5º da Constituição Federal**³⁴.

3.3. Dos Recursos

Os recursos enumerados pelo Código de Processo Penal Militar são os seguintes: recurso em sentido estrito, apelação, embargos (declaratórios, infringentes e de nulidade). O CPPM ainda estabelece disposições relativas à revisão criminal e ao recurso cabível da decisão judicial que nega a admissão do assistente de acusação.

No art. 146 do CPPM encontramos o Recurso Inominado, cuja existência não encontra homólogo na Lei Adjettiva Penal comum. O rito processual de tal recurso

33. "...Podendo qualquer dos juízes militares pedir ao auditor esclarecimento sobre questões de direito que se relacionem com o fato sujeito a julgamento (art. 434, "caput", do Código de Processo Penal Militar).

34. "§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares."

deve ser o mesmo dado ao recurso em sentido estrito, inclusive com a possibilidade de exercício do juízo de retratação.

Nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, o Tribunal competente para conhecer e julgar os recursos oriundos das auditorias militares é o Tribunal de Justiça Militar. Nos demais Estados, essa competência será do Tribunal de Justiça.

Eventuais recursos de estrito direito (extraordinário e o especial) serão julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e não pelo Superior Tribunal Militar, como pensam alguns. O STM é a segunda instância da Justiça Militar Federal.

O remédio constitucional do *habeas corpus*, no âmbito da Justiça Militar, somente pode ser impetrado diretamente no TJM, qualquer que seja a qualidade da autoridade coatora (art. 469 do CPPM). Interessante observar que o § 2º do art. 142 da CF estabelece que não cabe o aludido remédio heroico em relação às punições disciplinares militares. Contudo, a jurisprudência tem mitigado o alcance da aludida vedação nos casos em que as sanções são eivadas de ilegalidade e/ou abuso de poder.

3.4. Da Execução Penal

O Tribunal de Justiça Militar deste Estado conta um setor especialmente criado para acompanhar a execução penal, sob a responsabilidade de um juiz de Direito.

Os milicianos condenados tanto na Justiça Castrense, como na Justiça Comum, cumprem sua pena corporal no Presídio Militar Romão Gomes, sendo que ambas as execuções penais tramitam pelo juízo das execuções do juízo militar.

Misto de penitenciária e quartel, os internos do **PMRG estão sujeitos à rigidez militar** e, sintomaticamente, esse tratamento tem produzido efeitos muito positivos na ressocialização dos detentos. Os números são impressionantes. **Com uma reincidência de apenas 2% contra 85% do sistema prisional comum e um histórico de não ocorrência de rebelião e apenas uma fuga verificada há quase uma década**³⁵, essa unidade prisional, que nesse ano completa 64 anos de existência, é exemplo a ser seguido.

3.5. Conflito de Competência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM) E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). “Habeas corpus” impetrado em favor de oficial da Polícia Militar contra a decisão emanada

35. <http://vejasp.abril.com.br/materia/em-presidio-de-pms-detentos-trabalham-faturamento-de-r-170-000>

de Tribunal de Justiça Militar Estadual. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça para, em referido contexto, processar e julgar a ação de “habeas corpus”. As decisões da Justiça Militar Estadual estão sujeitas, unicamente, ao controle do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, enquanto instâncias de superposição. O Superior Tribunal Militar não dispõe de competência de derrogação dos acórdãos emanados da Justiça Militar dos Estado-membros. (...) Reconhecimento, no caso, da competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, em sede originária, “habeas corpus” impetrado contra a decisão emanada do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo” (STF – Conflito de Competência 7.346-2/São Paulo – Rel. Min. Celso de Mello – 08/12/2006 – Informativo/STF nº 453/2006)

3.6. Conflito de Competência entre a Justiça Militar e a Justiça Comum

PATRULHAMENTO DE TRÂNSITO – FUNÇÃO DE NATUREZA CIVIL “RHC – Desacato a Policial Militar. Patrulhamento de Trânsito. Função Civil. Justiça Militar. Incompetência. Nulidade do Processo. Conforme jurisprudência desta Corte e do C. STF, não pode ser considerada como função de natureza militar, para a configuração de crime militar, nos termos do art. 9º, inciso III, “d” e 299, ambos do CPM, atividade de policiamento e fiscalização do trânsito. Nulidade do processo a partir da denúncia, inclusive, ante a flagrante incompetência da Justiça Militar para julgar o feito. Remessa dos autos à Justiça Comum (STJ – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – 02.08.2001)”

LATROCÍNIO – OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO – “Embora os crimes de latrocínio, ocultação de cadáver e de quadrilha ou bando sejam conexos, deve haver a cisão do processo, competindo à justiça militar processar e julgar os integrantes da Polícia Militar do Estado no crime de latrocínio, por ser crime previsto no CPM; e à justiça comum processar e julgar os mesmos no crime de ocultação de cadáver e de quadrilha ou bando, uma vez que a legislação penal militar não prevê suas figuras. (TJMS, Confl. de Comp. 77/90, MS, Rel: Des. Nildo de Carvalho) “

FUGA DE PRESO: “Compete à Justiça comum julgar os policiais militares na prática de crime de facilitação de fuga de preso de presídio sujeito à administração civil do Estado, pois o crime não é militar, mas comum, por não ocorrer qualquer dos requisitos do CPM, art. 9º, inc. II, conforme precedentes unânimes do STF e do STJ. Despacho mantido, por maioria. (TJM/RS, Rec. em Sent. Estr. 268/92, RS, Rel: Juiz José Luiz Vieira)

ABUSO DE AUTORIDADE: “A competência para processar e julgar o crime de abuso de autoridade, ainda que praticado por Policial Militar, é da Justiça Comum. Quem ordenar ou executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais ou com abuso de poder, pratica o crime capitulado da Lei 4.898/65, art. 4º, letra “a”. (TJSC, Ap. Crim. 23053, SC, Rel: Des. Tycho Brahe)”

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA MILITAR E JUSTIÇA COMUM – STJ: “Conflito de jurisdição entre Juiz Auditor da Justiça Militar e Juiz de Direito da Justiça Comum – Vinculação a Tribunais diversos – Competência do Superior Tribunal de Justiça para dirimir o conflito – Artigo 105, inciso I, “d”, da Constituição da República – Conflito não conhecido – Remessa dos autos determinada JTJ 202/349”

HOMICÍDIO COM ARMA DA CORPORAÇÃO: “Cuidando-se de homicídio perpetrado fora do local de serviço e da administração militar, cometido por razões particulares, sendo o instrumento do crime uma arma particular, não se configura competente a Justiça militar, e, sim, o Juízo Comum Estadual. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo de Direito da Vara Judicial de Taquara — RS, o suscitado. (STJ – CC nº 21658/R5 Rel. Min Anselmo Santiago, DJ 01/02/99)”

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. CRIME DE PECULATO – FURTO COMETIDO POR POLICIAL MILITAR FORA DE SERVIÇO. LOCAL NÃO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 9º DO CPM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o crime de peculato – furto cometido por policial militar, que estava fora de serviço, em local não sujeito à administração militar, porquanto ausentes as hipóteses do art. 9º do CPM.
2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Machado/MG, o suscitado. (STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 115.597 – MG 2011/0016506-0 – Rel. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE – j. 14/03/2012)

Ementa: CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO POR POLICIAL MILITAR FORA DE SERVIÇO, DURANTE A PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO CONTRA POLICIAIS MILITARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. I. Hipótese em que o agente, ao efetuar os disparos de arma de fogo em face da viatura da Polícia Militar, não agiu no exercício de sua profissão ou em razão dela, ou mesmo em atividade assemelhada, uma vez que, juntamente com dois indivíduos, como forma de assegurar a impunidade e vantagem de outro crime (roubo a estabelecimento comercial), efetuou disparos de arma de fogo contra policiais militares. II. O fato do agente ser policial militar não atrai a competência da justiça militar, se resta evidenciado que se encontrava fora de serviço. III. O suscitante, na data dos fatos, encontrava-se afastado temporariamente do serviço policial militar, por força de licença médica. IV. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Estadual. (STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA CC 108070 SP 2009/0188016-1 – STJ – Rel. – Ministro GILSON DIPP – Data de publicação: 01/12/2010)

3.7. Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF)

- **Súmula nº 298** – O legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou às instituições militares.

3.8. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

- **Súmula nº 6** – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se o autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade.
- **Súmula nº 53** – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais.
- **Súmula nº 75** – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.
- **Súmula nº 78** – Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa.
- **Súmula nº 90** – Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele.
- **Súmula nº 172** – Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

CAPÍTULO IV

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. Ministério Público Militar Estadual

Diversamente dos juízes de Direito do juízo militar, que possuem quadro próprio, os promotores de Justiça Militar são membros do Ministério Público Estadual. O mesmo ocorre com os procuradores de Justiça que atuam perante a Corte Militar representando o Procurador-Geral de Justiça.

Diante das particularidades que tornam especializada a Justiça Castrense, o Legislador preocupou-se de expressamente recomendar aos membros do *Parquet* que lá oficiam que: “*Cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina³⁶, como base da organização das Forças Armadas*” (destaque não original – art. 55 do Código de Processo Penal Militar).

Na Justiça Castrense, o Ministério Público detém o monopólio da ação penal, uma vez que todos os crimes militares se processam mediante ação penal pública incondicionada. A legislação penal militar não contemplou a ação penal privada subsidiária, estabelecendo que no caso de inércia do órgão ministerial, deverá o juiz oficiar ao Procurador-Geral de Justiça para designação de outro Promotor (art. 79, § 2º do Código de Processo Penal Militar). Contudo, a CF (art. 5º, inciso LIX) em mandamento autoexecutável estabeleceu que “*Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não foi intentada no prazo legal*”. Assim, admitida, na Especializada a chamada *queixa-crime subsidiária*.

4.2. Decisões da PGJ – Conflito de Atribuições

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO – Protocolado nº 170.747/13: Assunto: divergência a respeito do enquadramento legal dos fatos com reflexo na atribuição funcional

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO. DIVERGÊNCIA ACERCA DO ENQUADRAMENTO LEGAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO OU LESÃO CORPORAL DOLOSA CONSUMADA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA (CP, ART. 15). CAUSA DE EXCLUSÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA DO DELITO TENTADO

36. O respeito a tais princípios é a base de sustentação das instituições militares, razão pela qual não se pode conceber no âmbito de uma Força Armada, seja da União (Exército, Marinha e Aeronáutica) ou de um ente federativo (milícias e Corpos de Bombeiros Militares), qualquer tipo de indisciplina, insubordinação ou desrespeito aos segmentos hierárquicos que venha a quebrar tal bipé. O soldado deve obediência ao cabo, este ao sargento tanto quanto este ao tenente que o comanda e, assim, sucessivamente, até o posto mais elevado, e, com esse sentimento arraigado, sedimenta-se o caráter e o senso de respeito às instituições, conscientizando-se cada servidor militar das suas atribuições e do seu papel como cidadão, e como patriota. (Luiz Augusto de Santana – Promotor de Justiça Militar e Professor da Academia da Polícia Militar do Bonfim – Bahia – <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17398-17399-1-PB.htm>)

DEVIDAMENTE CONFIGURADA. POLICIAIS QUE, APÓS EFETUAREM O DISPARO, VIABILIZARAM O SOCORRO EFICAZ AO ATINGIDO. INEXISTÊNCIA, PORTANTO, DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. INCUMBÊNCIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA MILITAR PARA FORMAR A OPINIÃO DELITIVA. CONFLITO DIRIMIDO NO SENTIDO DE ATRIBUIR AO DOUTO SUSCITADO O DEVER DE OFICIAR NOS AUTOS.

1. *Cuida-se de investigações penais instauradas para investigar a conduta de milicianos que, em perseguição ao agente, o qual se evadiu quando recebeu a ordem de parada, efetuaram contra ele disparo de arma de fogo, tão logo o viram levar a mão à cintura, fazendo possível menção de sacar instrumento bélico.*
2. *Os policiais, logo após o atingirem, acionaram o resgate, comparecendo este ao local. O sujeito foi devidamente socorrido e, por força desta postura, sobreviveu.*
3. *Configura-se nos autos, em tese, a figura da desistência voluntária, prevista no art. 15 do CP. Desse modo, mesmo se fosse possível atribuir aos investigados – inicialmente – um crime doloso contra a vida, a título, quando muito, de dolus eventualis, os demais atos afastam semelhante conclusão.*
4. *O feito, assim, deve permanecer sob os cuidados da Promotoria de Justiça Militar. Não se aplica à espécie, destarte, o disposto no art. 125, §4º, da CF.*

Solução: conhece-se do conflito para dirimi-lo, a fim de declarar que a atribuição para intervir nos autos recai sobre o Douto Suscitado.

“EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO. PROMOTORIA DE JUSTIÇA MILITAR E PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO II TRIBUNAL DO JÚRI DA CAPITAL. DIVERGÊNCIA A RESPEITO DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO FATO: CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA (PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL) OU LESÃO CORPORAL. HIPÓTESE EM QUE, EM SUPOSTO REVIDE, O MILICIANO DISPAROU UM TIRO CONTRA O OFENDIDO, SOCORRENDO-O EFICAZMENTE EM SEGUIDA. INCIDÊNCIA À ESPÉCIE DA CAUSA DE EXCLUSÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA DO CONATUS PROXIMUS PREVISTA NO ART. 15 DO CP (DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA). INEXISTÊNCIA DE DELITO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL POPULAR. ATRIBUIÇÃO, PORTANTO, DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA MILITAR.

1. *Na hipótese dos autos, os policiais militares foram acionados para apurar notícia de que um veículo produto de roubo trafegava nas proximidades da Av. Casa Verde, nesta Capital. Os agentes públicos se dirigiram ao local indicado, avistando o automóvel, ocupado por quatro indivíduos. Seu condutor, ao vê-los, empreendeu fuga, colidindo com um poste de iluminação e, do seu interior, partiu um tiro na direção dos servidores. Os suspeitos, após, se evadiram a pé, e o policial investigado passou a perseguir dois deles, momento em que um dos sujeitos efetuou disparo de arma de fogo contra o miliciano, o qual deflagrou dois projéteis, em revide, atingindo um deles. O ofendido foi, então, encaminhado pelos servidores ao nosocômio, recebendo pronto e eficaz atendimento médico-hospitalar.*

2. Nota-se, portanto, da breve síntese exposta, que mesmo se fosse possível atribuir ao investigado – inicialmente – um crime doloso contra a vida, a título, quando muito, de *dolus eventualis*, o que se coloca tão somente ad *argumentandum tantum*, os demais atos afastam semelhante conclusão, podendo se cogitar da presença da causa de exclusão da adequação típica do *conatus proximus* prevista no art. 15 do CP (*desistência voluntária*). Ressalte-se, nesse sentido, que o indiciado portava pistola com capacidade para quinze cartuchos, mas deflagrou somente dois.
3. Não cabe falar, desta feita, em delito de competência do Tribunal Popular, mas, *in thesi*, em lesão corporal dolosa, cumprindo ao Douto Promotor de Justiça Militar formar sua opinião delitiva, inclusive verificando eventual existência de excludente de ilicitude no proceder do policial.

Solução: conflito conhecido e dirimido, a fim de declarar a atribuição da Promotoria de Justiça Militar.” (DOESP – 17/09/2013 – pág. 66)

“EMENTA: LESÕES CORPORAIS DOLOSAS. POLICIAL MILITAR QUE, DE FOLGA, INTERVÉM EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA PARA EVITAR UM ROUBO. CRIME MILITAR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, INC. II, LETRA “C”, DO CPM. Todo o problema aqui consiste em saber se policial militar, em período de férias ou de folga, que intervém, durante a execução de um crime praticado por terceiro, pode cometer crime militar (artigo 9º, inc. II, letra “c”, do CPM). Duas posições afiguram-se: a) a primeira, sustentada pelo membro do Ministério Público, considera eventual delito como de natureza comum, uma vez que o miliciano não está propriamente em serviço; b) a segunda entende que o crime é de natureza militar, porque o policial, mesmo quando não está exercendo suas funções, é obrigado a intervir, devendo, por isso, a expressão em serviço ou em razão de sua função abranger tal situação. Entendo que a melhor interpretação é essa última apresentada. O policial militar, embora não estivesse exercendo as suas atividades profissionais, envolveu-se em uma situação de flagrância, para evitar a prática de um crime. A condição de serviço está presente, uma vez que o miliciano era obrigado, por força do artigo 301 do CPP, a prender a pessoa encontrada em flagrante delito. Além disso, a Portaria do Comando da Polícia Militar G CORREGPM1/301/01, disciplinando o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (RDPM), em seu artigo 8º, inciso XXXV, dispõe que é dever do policial militar atuar onde estiver, mesmo não estando em serviço, para preservar a ordem pública ou prestar socorro, desde que não exista, naquele momento, força de serviço suficiente. Nesse sentido, o magistério de CÉLIO LOBÃO (cf. Direito Penal Militar p. 104) e um precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 60.558/MG, Tribunal Pleno, j. 15/06/83, RTJ 107/596), no qual se destaca o voto declarado do Ministro Aldir Passarinho: “... É próprio da função militar que, a qualquer momento, havendo necessidade, o integrante da corporação possa, em face exatamente dessa condição, prestar serviços. E tendo sido chamado para prestá-los, passou a encontrar-se em serviço para fins de fixação da competência”. Decisão: Diante do exposto, por se tratar de crime militar, a teor do disposto no artigo 9º, inciso II, letra “c”, do CPM, declaro que incumbe ao Promotor de Justiça Militar atuar no feito.”

“EMENTA: Juiz auditor que discorda da manifestação do Promotor de Justiça Militar (que alvitrava a remessa dos autos à Justiça Comum) e determina a aplicação do art. 397 do Código de Processo Penal Militar, por analogia. Hipótese em que houve desvio de vultosa soma em dinheiro pertencente ao Fundo de Auxílio Mútuo da Polícia Militar, praticado por militares e também por funcionários civis. Os delitos investigados nos autos não foram, de fato, praticados contra a administração militar, mas contra a sociedade civil, que é administrada por militares. Como ressaltou o doutor Promotor de Justiça, não se pode confundir patrimônio militar com patrimônio de militares. O desfalque perpetrado contra entidade de direito privado – que não persegue fins lucrativos – não interessa de maneira especial à Administração Militar, embora tenha atingido, ocasionalmente, parte de seus membros. Trata-se de delito comum e que, nessa medida, deve ser objeto de persecução pela Justiça Comum Estadual. Decisão: Determino a restituição dos autos ao juízo de origem, insistindo na sua remessa a uma das Promotorias Criminais do Foro Central”.

“EMENTA: FUGA DE PRESO. Conduta culposa, em tese, de policial militar que fazia a guarda externa do presídio. Tratando-se de ocupação de natureza civil, na Justiça Estadual comum deverá ocorrer eventual propositura de ação. DESPACHO: Dirimo o conflito de atribuições, declarando competir à Promotoria de Justiça de Araraquara o encargo de atuar no inquérito”.

“EMENTA: CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. DISPARO DE ARMA DE FOGO. POLICIAL MILITAR QUE, FORA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES, COM ARMA DA CORPORACÃO, PRÁTICA A CONTRAVENÇÃO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. COMPETÊNCIA JUSTIÇA COMUM. O Código Penal Militar não prevê qualquer figura típica na qual se possa adequar a conduta ora investigada. Não há previsão, naquela legislação especial, da contravenção de disparo de arma de fogo e tampouco do delito mais grave de perigo (art.132 do CP). Em face da atipicidade da conduta, no âmbito da legislação penal-militar, compete à Justiça Comum a análise da matéria. DESPACHO: Dirimo o presente conflito negativo de atribuições declarando caber à digna Promotora de Justiça da Comarca de Ubatuba o encargo de atuar no feito, nos seus ulteriores termos.”

“EMENTA: CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E JUSTIÇA MILITAR. Policial Militar que, no exercício das funções, impede que oficial de Justiça cumpra mandado de busca e apreensão de bem, expedido por Juiz Cível. A qualidade do agente (policial militar), só por si, não atua como critério determinante da competência da Justiça especial. Desta não se cogita se o fato não encontra adequação típica no Estatuto Penal Militar. Este, precisamente, é o caso dos autos. A interferência dos milicianos impedindo o cumprimento de ordem expedida pela Justiça Comum Estadual não tem o condão de sujeitar o fato à cognição da Auditoria Militar e isto porque os artigos 301 e 349 da legislação penal especial cuidam, especificamente, do descumprimento de ordens emanadas de Juizes Militares e, nas duas hipóteses acima mencionadas, a tutela jurídica tem por escopo a Ad-

ministração e Justiça Militares, respectivamente. Decisão: Dirimo o presente conflito negativo de atribuições, declarando caber ao digno Promotor de Justiça Criminal do Foro Regional de Santana o encargo de atuar no feito nos seus ulteriores termos”.

“EMENTA: CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. Justiça Comum Estadual e Justiça Militar. Policial Militar que, no exercício das funções, desobedece a determinação legal de Promotora de Justiça, no sentido de vigiar perigoso adolescente infrator que seria ouvido informalmente. A qualidade do agente (policial militar), só por si, não atua como critério determinante da competência da Justiça especial. Desta não se cogita se o fato não encontra adequação típica no Estatuto Penal Militar. Este, precisamente, é o caso dos autos. A desobediência à ordem expedida pela Promotora de Justiça não tem o condão de sujeitar o fato à cognição da Auditoria Militar e isto porque os artigos 301 e 349 da legislação penal especial, cuidam, especificamente, do descumprimento de ordens emanadas de Juízes Militares e, nas duas hipóteses acima mencionadas, a tutela jurídica tem por escopo a Administração e Justiça Militares, respectivamente. Decisão: Dirimo o presente conflito negativo de atribuições, declarando caber à digna Promotora de Justiça de Ribeirão Pires o encargo de atuar no feito nos seus ulteriores termos”.

“EMENTA: CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR POLICIAL MILITAR EM DIA DE FOLGA, EM TRAJES CIVIS, POR MOTIVOS PARTICULARES E COM ARMA DA CORPORAÇÃO. Promotora de Justiça que declina de suas atribuições, argumentando que a recente alteração operada pela Lei 9.299/96 só se refere aos crimes dolosos contra a vida. O crime de ameaça, cuja definição no CPM (art. 223) é idêntica ao do Código Penal (art.147), só é da competência da Justiça Militar nas situações enunciadas no art.9º do Decreto-lei 1001/69, entre as quais não figura a hipótese em que o policial militar, em dia de folga, em trajes civis e por motivos estritamente pessoais, apregoa o propósito de matar um desafeto, exibindo-lhe a arma da corporação. Aliás, em virtude da Lei 9.299/96, o uso de armamento da Polícia Militar ou de qualquer material bélico sob sua guarda, fiscalização ou administração, para a prática de crime, já não tem o condão de atraí-lo para a Justiça Castrense. Como já tive oportunidade de enfatizar em precedente que envolvia questão análoga, aquela alteração legislativa suprimiu do CPM seu dispositivo mais polêmico, contido na alínea f do inciso II do art.9º, eliminando, assim, critério especioso, que não correspondia ao conceito doutrinário de crimes militares e cuja introdução durante o regime militar despertou justas críticas dos pretórios (cf. protocolado 56.357/96 desta PGJ). Decisão: Dirimo o presente conflito negativo de atribuições, declarando caber à digna 9ª Promotora de Justiça Criminal do Foro Regional de Santana o encargo de atuar no feito nos seus ulteriores termos”.

“EMENTA: CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. RECEPÇÃO PRATICADA POR POLICIAL MILITAR NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES E CONDESCENDÊNCIA CRIMINOSA. 1. Para a determinação da competência da Justiça Castrense, não basta que a conduta seja típica à luz da legislação penal militar, é imprescindível

a ocorrência de uma das situações previstas no art.9º do referido diploma legal, dentre as quais não se enquadra a conduta de policial militar que, embora em serviço, adquire de civil uma arma de fogo de origem supostamente ilícita. 2. Observe, outrossim, que a prática da suposta receptação foi presenciada por outro Policial Militar, que deixou de levar o fato ao conhecimento da autoridade superior competente. Essa conduta encontra adequação na figura prevista no art.322 do Código Penal Militar, inserida no capítulo que cuida dos crimes praticados contra o dever funcional e que deve ser apurada, portanto, na Justiça Castrense. Decisão: Dirimo o presente conflito negativo de atribuições, declarando caber ao digno 8º Promotor de Justiça Militar o encargo de atuar no feito, no que tange ao crime de condescendência criminosa. Determino, outrossim, a extração de cópias reprográficas do inteiro teor do presente inquérito policial militar, encaminhando-se-as ao ilustre Promotor de Justiça de São José dos Campos, para a apuração da infração penal remanescente.”

“EMENTA: DESACATO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR CONTRA O DELEGADO DE POLÍCIA, NO INTERIOR DO DISTRITO POLICIAL. JUSTIÇA COMUM. COMPETÊNCIA. A qualificação de policial militar do agente não torna a infração penal a ele imputada de competência da Justiça Militar, ainda que tenha sido praticada no exercício de suas funções. O crime de desacato praticado contra civil, fora de lugar sujeito à administração militar, não está previsto no Código Penal Militar. Essa legislação somente pune o policial militar que desacatar superior hierárquico, outro militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela ou funcionário civil, em lugar sujeito à administração militar. Como já observado, o fato criminoso em apreço foi cometido contra funcionário civil e em estabelecimento de natureza civil, circunstâncias que excluem a competência da Justiça Militar. O artigo 9º e seus incisos não consideram a conduta em apreço como crime militar. Dessa forma, a conduta do investigado deve ser analisada à luz do artigo 331 do Código Penal. Decisão: Diante do exposto, dirimo o presente conflito de atribuições e declaro que o encargo para atuar no feito é do ilustre 86º Promotor de Justiça da Capital.”

4.3. Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

Os benefícios trazidos à luz pela Lei 9.099/95, quais sejam, a transação penal e suspensão condicional do processo, antes da edição da Lei 9.839/99, gerou certa polêmica acerca de incidência na Justiça Castrense Paulista.

Em algumas auditorias tais benesses eram aplicadas e outras não. Os próprios promotores de Justiça que lá oficiavam não tinham pensamento único sobre o tema.

Ocorre que o legislador, pretendendo colocar uma “pá de cal” no dissenso, aprovou a Lei 9.839/99, introduzindo o art. 90A no texto da Lei 9.099/95³⁷, onde expressamente vedou a aplicação dessa lei no âmbito da Justiça Militar.

37. “As disposições desta lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”

A Justiça Militar mineira, ao que parece, possui entendimento de que tal proibição somente se aplica à Justiça Militar Federal, conforme se verifica no texto publicado no sítio eletrônico “jusmilitaris”³⁸. Discutível tal pensar. Contudo, os estreitos limites do presente trabalho não nos permite avançar no tema.

4.4. Penas Restritivas de Direitos

A possibilidade da substituição da pena corporal por restritivas de direitos no âmbito da Especializada é questão que ainda gera debate.

Pelo texto citado no item anterior verificamos que a Justiça Castrense mineira também possui jurisprudência de que essa substituição é possível.

Ocorre que tal sentir é isolado, mormente quando verificamos que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido contrário. Para ilustrar, trago à colação o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 04/09/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação DJ 05-10-2001 PP-00040

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: Habeas Corpus. Conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Aplicação da Lei nº 9.174/98 a crime militar. Impossibilidade, tendo em vista que tal lei cingiu-se a alterar o art. 44 do Código Penal, não se aplicando às leis especiais que disponham diversamente a respeito do tema, como sucede com o Código Penal Militar (Precedente: RE nº 273.900/SC). Habeas Corpus indeferido.

4.5. Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06)

A novel legislação antitóxicos, dentre outras alterações, passou a considerar o delito de porte de entorpecente para uso próprio como de pequeno potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal, não admitindo a pena de privação ou de restrição da liberdade do usuário/dependente de drogas.

Para o traficante trouxe a benesse da redução da pena, desde que o “...agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (§ 4º do art. 33).

Levantou-se a possibilidade da aplicação de tais novidades aos jurisdicionados da Justiça Castrense, mas a jurisprudência, principalmente da Suprema Corte, inclinou-se pela sua não incidência.

38. <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/penasrestritivdir.pdf>

Segue um desses julgamentos:

DF – DISTRITO FEDERAL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 07/06/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

PACTE.(S):

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não se define pela quantidade, nem mesmo pelo tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia da relação jurídica em ambiente militar é incompatível com a figura própria da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-profissional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação, na eficiência dos seus misteres e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da nossa ordem constitucional, nela embutida a ordem democrática. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional, inclusive a democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados funcionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a per-

manente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo peculiar a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pínaculo comprometido com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim, segundo pautas legais e constitucionais antecipadamente lançadas. Como não pode deixar de ser, no âmbito de instituições que se definem pelo permanente uso de armamentos. 4. Esse maior apego a fórmulas ortodoxas de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia a dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-força de que entrar e permanecer nos mistérios da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação”. 6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar o regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. Precedentes: HCs 94.685, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Plenário); e 103.684, da minha relatoria (Plenário). 7. Ordem denegada.

4.6. Auto de Prisão em flagrante – Lei 11.113/05

As alterações introduzidas pela Lei 11.113/05 quanto à lavratura do auto de prisão em flagrante foi objeto de provimento emanado pela E. Corregedoria-Geral da Justiça Militar deste Estado, conforme segue:

PROVIMENTO Nº 002/05 – CGer

Orientação Normativa – Auto de Prisão em Flagrante Delito

O Juiz AVIVALDI NOGUEIRA JÚNIOR, Corregedor-Geral da Justiça Militar do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais e regimentais, Considerando o disposto nos incisos LIII, LXI, LXII e LXV do art. 5º da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988;

Considerando a recente inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

Considerando a conveniência de ser essa celeridade estendida igualmente às atividades de polícia judiciária militar;

Considerando a nova redação dada ao artigo 304 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005, com o objetivo de agilizar a liberação das pessoas envolvidas, na condição de condutor, vítima e testemunhas, na lavratura do auto de prisão em flagrante delito;

Considerando que o artigo 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar permite a utilização da legislação de processo penal comum quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar, condições estas que se coadunam com a situação sob exame;

RESOLVE:

Art. 1º São competentes para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, de acordo com o previsto no artigo 245 do Código de Processo Penal Militar, o Comandante, o Oficial de dia, o Oficial de serviço ou autoridade correspondente.

Art. 2º Ocorrendo situação que implique a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, a autoridade policial militar deverá proceder da seguinte forma:

I – ouvir o condutor em termo próprio, ainda que se trate do ofendido, entregando-lhe cópia do seu termo de depoimento;

II – elaborar o “recibo de entrega do preso”, fornecendo uma via ao condutor, dispensando-o logo após;

III – colher a declaração do ofendido, caso não seja o próprio condutor, e os depoimentos das testemunhas, em peças independentes, dispensando cada parte após a respectiva oitiva e a coleta isolada da assinatura no termo próprio;

IV – proceder ao interrogatório do preso, em termo próprio;

V – redigir o auto de prisão em flagrante delito, englobando as peças produzidas.

§ 1º – O auto de prisão em flagrante delito somente será redigido após a oitiva e dispensa do condutor, do ofendido e das testemunhas e depois do interrogatório do preso.

§ 2º – O auto de prisão em flagrante delito consistirá de um termo sintético, assinado pelo Oficial responsável pela sua lavratura, pelo conduzido e pelo escrivão, onde estejam objetivamente descritas as medidas de polícia judiciária militar adotadas, acostando-se a este os termos relativos às oitivas e interrogatório efetuados e lavrados.

Art. 3º As prisões em flagrante delito deverão ser imediatamente comunicadas ao Cartório do Juízo Distribuidor e Corregedoria Permanente, no horário de expediente desta Justiça Castrense.

§ 1º – A comunicação deverá ser feita pela remessa da cópia do auto de prisão em flagrante delito à Justiça Militar, caso se façam necessárias diligências previstas no art. 246 do Código de Processo Penal Militar, ou pela remessa dos originais, caso tais diligências sejam desnecessárias.

§ 2º – A autoridade policial militar que lavrar o auto de prisão em flagrante delito deverá realizar essa remessa sem a necessidade de buscar qualquer homologação, visto ou ratificação por autoridade hierarquicamente superior.

§ 3º – O presidente do auto de prisão em flagrante delito deve empenhar-se para que as diligências complementares sejam cumpridas no prazo de 05 (cinco) dias. Contudo, caso não consiga, ainda depois de remetidos os Autos, deverá manter o mesmo empenho para concluir as diligências e remetê-las no menor prazo possível.

Art. 4º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, o preso deverá ser apresentado ao Presídio Militar Romão Gomes, cuja administração deverá comunicar ao Cartório da Corregedoria Permanente desta Justiça Militar, de imediato, a concretização da prisão, preferencialmente através de fax ou e-mail.

§ 1º – Quando no dia da prisão, ou no(s) dia(s) seguinte(s), não houver expediente nesta Justiça Militar, impossibilitando o recebimento imediato do auto de prisão em flagrante delito pela autoridade judiciária, uma cópia deve ser entregue no Presídio Militar Romão Gomes, no momento da apresentação do preso.

§ 2º – Ocorrendo a situação prevista no parágrafo anterior, o Presídio Militar Romão Gomes se responsabilizará pelo encaminhamento ao Cartório do Juízo Distribuidor e Corregedoria Permanente da referida cópia no início do expediente do primeiro dia de funcionamento da Justiça Militar.

Art. 5º O Cartório da Corregedoria Permanente deve manter rigoroso controle sobre os autos de prisão em flagrante delito, diligenciando para que sejam distribuídas as cópias e/ou originais, para uma das Auditorias Militares, para o efetivo controle sobre a legalidade da prisão em flagrante por crime militar, devendo ainda cobrar da unidade de origem os respectivos autos.

Parágrafo único – Tanto a capa como as folhas de cópia devem ser carimbadas e, no auto, colocada tarja vermelha, indicativa de indiciado preso, conforme orientação existente.

Art. 6º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Publique-se. Cumpra-se.

São Paulo, 09 de setembro de 2005.

AVIVALDI NOGUEIRA JÚNIOR

Juiz Corregedor-Geral

4.7. Soldado PM temporário – Autor de Crime

Com a entrada em vigor da Lei Federal nº 10.029/00, editou-se a Lei Estadual nº 11.064, de 08 de março de 2002, instituindo a prestação de serviço voluntário na Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Com a criação do chamado do soldado PM temporário, questionou-se se ele estaria sujeito à jurisdição da Justiça Castrense.

O E. Tribunal de Justiça Militar paulista firmou-se no sentido da competência da jurisdição militar para conhecer e julgar os crimes militares praticados pelos soldados PM temporários.

Alguns julgados para ilustrar:

“Decisão do Conselho Permanente de Justiça pela incompetência da Justiça Militar em julgar delito perpetrado por Soldado Temporário PM – Impossibilidade – Temporário sujeito, no que couber, às normas aplicáveis aos integrantes da Polícia Militar – Inteligência do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 11.064/02 – Recurso Ministerial provido. O Soldado Temporário, enquanto durar a prestação de seu serviço voluntário, subordinado estará às normas de hierarquia e disciplina aplicadas a todo militar de carreira. O art. 22 do CPM em consonância com o parágrafo único do art. 1º da Lei 11.064 de 08 de março de 2002 formam a convicção que a competência de julgar é exclusiva da Justiça Castrense” (Recurso em Sentido Estrito nº 983/07, 2ª Câmara, Relator: Juiz Avivaldi Nogueira Junior, j. 26/04/2007)

“TJM/SP: Habeas Corpus – Trancamento da ação penal – Arguida a incompetência desta Justiça Especializada para processar e julgar Soldado PM Temporário – Não incidência – Temporário adstrito, no que couber, às normas aplicáveis ao militar de carreira – Negado provimento ao “writ”. Enquanto perdurar a prestação de seu serviço voluntário, o Soldado PM Temporário estará subordinado às regras disciplinares e jurídicas aplicáveis a todo militar de carreira. O artigo 22 do CPM em consonância com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.064 de 08 de março de 2002, denota a certeza que a competência para processar e julgar é inerente à Justiça Militar Estadual.” (Habeas Corpus nº 1964/07, 2ª Câmara, Relator Juiz Avivaldi Nogueira Junior, j. 30/08/2007)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, possui entendimento diverso:

“PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. SERVIÇO AUXILIAR VOLUNTÁRIO. SOLDADO PM TEMPORÁRIO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI FEDERAL 10.029/00 E LEI ESTADUAL 11.064/02. JUSTIÇA ESTADUAL MILITAR. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 53/STJ. PRECEDENTE DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ao contrário do que sucede com a Justiça Militar da União, cujo âmbito de incidência, por expressa previsão constitucional – art. 124, caput, da CF/88 –, abran-

ge também os civis, a competência da Justiça Militar Estadual abrange apenas os policiais e os bombeiros militares.

2. *“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais” (Súmula 53/STJ).*
3. *A Lei Federal 10.029, de 20/10/00, possibilitou aos Estados e ao Distrito Federal a instituição da “prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares”, sendo o Serviço Auxiliar Voluntário instituído pela Lei 11.064, de 8/2/02, no âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo.*
4. *O Soldado PM temporário, nos termos da legislação do Estado de São Paulo, presta serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil, não sendo, portanto, policial militar, mas civil, de modo que não pode ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual.*
5. *Habeas corpus concedido para restabelecer a decisão proferida pela 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, que reconheceu a incompetência da Justiça Militar para processamento e julgamento do feito e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum, anulando-se, por consequência, eventual condenação imposta contra o paciente pela Justiça Castrense” (STJ – HC 133359 / SP – 2009/0065422-8 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – 5ª Turma – Julg. 15.09.2009 – Dje 19.10.2009)*

4.8. Lei 11.340/2006 (Maria da Penha)

Com a finalidade de combater a violência doméstica aprovou-se a Lei 11.340/06, que foi batizada como “Lei Maria da Penha” em homenagem à senhora Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de duas tentativas de homicídio perpetradas por seu companheiro.

A novel legislação trouxe várias medidas protetivas, cuja aplicação em sede de jurisdição castrense tem levado estudiosos a refletir sobre o assunto.

Não há consenso entre os doutrinadores nem na jurisprudência.

Uns sustentam que a sobredita lei deve ser aplicada no âmbito da justiça militar em homenagem ao princípio da isonomia. Outros invocam a regra expressa contida no art. 9º, inciso II, letra “a”, do Código Penal Militar para negar-lhe incidência.

O tempo certamente pacificará a questão.

4.9. Resolução SSP nº 110/2010

Conforme amplamente divulgado pela imprensa, o então Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública de São Paulo, Dr. Antônio Ferreira Pinto,

em julho de 2010 editou a Resolução nº 110/10 SSP/SP³⁹, onde determinava que nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civis (em qualquer situação – durante serviço ou não), os autores deveriam ser imediatamente apresentados à autoridade da polícia civil para as providências decorrentes de atividade de polícia judiciária, nos termos da legislação em vigor.

Ao analisar dita resolução, o Pleno do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado, por unanimidade, tendo como relator Juiz Paulo Adib Casseb, considerou-a inconstitucional, conforme acórdão a seguir transcrito:

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 001/10, em que é suscitante a E. Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, e interessado, 2º Ten PM,

ACORDAM, os Juízes do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado, em Sessão Plenária, à unanimidade de votos, em julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade, de conformidade com o relatório e voto do E. Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Juízes Clovis Santinon (Presidente), Avivaldi Nogueira Junior, Paulo Prazak, Fernando Pereira e Orlando Geraldi. Ausente o E. Juiz Evanir Ferreira Castilho por afastamento regulamentar.

São Paulo, 03 de dezembro de 2010.

PAULO ADIB CASSEB – Relator

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 001/10

Número único:

Suscitante: a E. Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado

39. GABINETE DO SECRETÁRIO

Resolução SSP-110, de 19-07-2010

Disciplina o procedimento em ocorrências que envolvam crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares contra civis.

Considerando a necessidade de padronizar o procedimento a ser adotado nas ocorrências que envolvam crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares, eliminando interpretações geradoras de desinteligências entre a Polícia Civil e a Polícia Militar;

Considerando ser indevida a condução de autores desses crimes, em razão de prisão em flagrante delito, às unidades da Polícia Militar, para a prática de atos de polícia judiciária militar, causando embaraços e prejuízos à imediata coleta de provas e demais providências a cargo da autoridade policial civil, o Secretário da Segurança Pública resolve:

Artigo 10 – Nos crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares contra civis, os autores deverão ser imediatamente apresentados à autoridade policial civil para as providências decorrentes de atividade de polícia judiciária, nos termos da legislação em vigor (art. 9º, parágrafo único do Código Penal Militar e art. 10, § 3º c/c art. 82 do Código de Processo Penal Militar);

Artigo 20 – A imediata apresentação determinada pelo artigo anterior não inibe a autoridade de polícia judiciária militar de instaurar, por portaria, Inquérito Policial Militar (IPM) para apuração de eventuais delitos conexos, propriamente militares, dada a imperiosa cisão das ações penais no concurso de crimes comuns e militares, a teor do disposto no art. 79, inc I, do CPP e art. 102, alínea “a” do CPPM.

Artigo 30 – Esta Resolução passa a vigorar na data de sua publicação.

Interessado:

Advogado:

(Processo 2836/10 – CDCP – Corregedoria Permanente)

POLICIAL MILITAR – Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10, reconhecido – Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal – A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM – Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação – Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 – Decisão unânime.

A Colenda 1ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em sessão de 30.11.2010, após ter reconhecido a inconstitucionalidade da Resolução SSP – 110, de 19.07.2010 (Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo), no julgamento do habeas corpus nº 2234/10, em que é paciente, impetrado pelo I. advogado Dr. João Carlos Campanini, OAB/SP 258.168, contra ato do MM. Juiz de Direito Corregedor Permanente da Justiça Militar do Estado de São Paulo, determinou a remessa dos autos ao Pleno, em atendimento à reserva de plenário disposta no art. 97, da Constituição Federal, na forma do previsto na parte final do caput, do art. 481, do Código de Processo Civil. Antecedendo à sessão de julgamento, nos termos do §3º, do art. 482, do Código de Processo Civil, o Relator deferiu pleito de sustentação oral, apresentado verbalmente em Plenário pelo I. advogado, representante do interessado

É o relatório.

Fundamento e voto.

A arguição de inconstitucionalidade da Resolução SSP – 110, de 19-07-2010 (Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo), suscitada pela C. 1ª Câmara do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, revela-se pertinente.

De início, cumpre sublinhar a necessidade de manifestação do Pleno deste Tribunal sobre a matéria em pauta, diante do estatuído pelo art. 97, da Constituição da República:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Referido dispositivo constitucional consagra o princípio da reserva de plenário, impedindo que os órgãos fracionários dos Tribunais reconheçam, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, salvo nos casos expressamente autorizados pelo parágrafo único, do art. 481, do Código de Processo Civil.

A reserva de plenário provoca a denominada cisão funcional de competência (cf. Luís Roberto Barroso. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98) ou, como preferia Pontes de Miranda (cf. Comentários à Constituição de 1967. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, tomo III, p. 591),

“per saltum”, impondo a remessa dos autos ao Pleno da Corte para que se proceda, exclusivamente, a análise da inconstitucionalidade arguida. José Carlos Barbosa Moreira esclarece que “a decisão do plenário (ou do “órgão especial”), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável” (cf. Comentários ao Código de Processo Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 46). Como bem destaca José Afonso da Silva, o princípio da reserva de plenário “confere solenidade à declaração de inconstitucionalidade quando feita pelos tribunais” e, quanto à importância do art. 97, do Texto Supremo, o autor ressalta que “há dois valores ponderados por essa norma. Por um lado, o valor da supremacia constitucional, que exige seja respeitado pela lei, e, quando não respeitado, deve ser prestigiado com a declaração da inconstitucionalidade da lei infratora. O outro é o valor da estabilidade da ordem jurídica, que requer que a declaração, no caso, tenha o significado de um pronunciamento do tribunal na sua expressão maior, que é seu Plenário, não de uma simples fração dele; e que este o faça representativamente, pela maioria absoluta de seus membros” (cf. Comentário Contextual à Constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 517). De fato, Pontes de Miranda explica que “a exigência da maioria absoluta tem fundamento em ser preciso que se haja discutido e meditado o assunto, a fim de não ser excessivamente fácil a desconstituição de leis ou de outro ato do poder público, por eiva de inconstitucionalidade” (cf. Comentários à Constituição de 1967. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, tomo III, pp. 590/591). Assim, a presente apreciação plenária assume grande relevância no cenário jurídico-militar, pois externará, aos jurisdicionados desta Corte e à sociedade paulista, a posição adotada por este E. Tribunal de Justiça Militar, mediante a intervenção de sua expressão máxima, o Pleno, acerca da validade ou não de ato normativo emanado do Poder Executivo (Resolução SSP – 110, de 19-07-2010). A remessa dos autos ao Pleno tornou-se imperiosa, haja vista a natureza normativa do ato em questão. A pretexto de cumprir função meramente de execução, a Resolução editada pela Secretaria de Segurança Pública exorbitou o poder meramente regulamentar, assumindo conteúdo normativo, como se norma primária fosse e usurpou atribuição da lei. A aludida Resolução contém características próprias de ato do Poder Público dotado de conteúdo normativo. Afere-se conteúdo normativo nos casos em que o ato estatal reveste-se dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade. De acordo com o Ministro Carlos Ayres Britto, do E. Supremo Tribunal Federal (ADC-MC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Plenário, j. 16.02.2006), o caráter genérico evidencia-se no momento em que o ato veicula normas padronizadas de ações administrativas. A impessoalidade decorre da “ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja” e a abstração (ou abstratividade) é deduzida da normatização com âmbito temporal de vigência em aberto, disciplinando-se relações jurídicas de modo permanente. Todos esses atributos encontram-se presentes na Resolução em apreço que, em razão de seu conteúdo, usurpou papel legislativo, praticamente al-

terando o preceito contido no § 2º, do art. 82, do Código de Processo Penal Militar, incorrendo, nesse ponto, em inconstitucionalidade reflexa (ou oblíqua), traduzida por franca ilegalidade. Prescreve o § 2º, do art. 82, do CPPM, com a redação dada pela 9.299/96: Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

.....
§2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum. Propriamente a literalidade do citado dispositivo aponta que, nas hipóteses dos delitos em testilha, toda a fase pré-processual desenvolver-se-á perante a polícia judiciária militar, afinal o texto legal refere-se, expressamente, a “autos do inquérito policial militar”, o que pressupõe sua existência e finalização. Assim, encerrado o IPM, e tão somente neste momento, a Justiça Militar o remeterá à Justiça Comum.

A razão de ser do preceito legal é o fato de que o deslocamento da competência para o Tribunal do Júri não desnaturou a condição militar dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares. Com muita propriedade, o Advogado-Geral da União, em parecer oferecido nos autos da ADI nº 4164, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, acentua que “a fixação da competência do júri para o processamento desses crimes não é suficiente para que se conclua pela inviabilidade da apuração dos mesmos pela autoridade policial militar (...) a qualidade de servidor militar do agente que pratica tais crimes não se desnatura pelo só fato de o crime ser cometido contra civil, razão pela qual os fatos por ele cometidos devem ser submetidos à investigação da autoridade policial militar. De fato, embora atinjam civis, os crimes disciplinados pelos dispositivos sob invectiva não deixam de ser praticados (...) por militares em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar (...) (Artigo 9º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-Lei nº 1.001/69)”. E o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento no sentido de que o § 2º, do art. 82, do CPPM, não afronta a Constituição ao submeter a apuração dos mencionados delitos a inquérito policial militar. Assim consignou o Pretório Excelso:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS CONTRA CIVIL POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES – CPPM, ART. 82, § 2º, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9299/96 – INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M. – APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL – VOTOS VENCIDOS – MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal – vencidos os Ministros CELSO DE MELLO (Relator), MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE – entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9.299/96, reveste-se de aparente validade constitucional.” (ADI nº 1494 MC/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento: 09/04/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 18/06/2001; grifou-se). Bem lembrou o Advogado-Geral da União, no mesmo parecer, trecho do voto

do Ministro Carlos Velloso, durante a apreciação do pedido de liminar na ADI nº 1494, no qual assevera que “É dizer a Lei 9.299, de 1996, estabeleceu que à Justiça Militar competirá exercer o exame primeiro da questão. Noutras palavras, a Justiça Militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum. Registre-se: encaminhará os autos do inquérito penal militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas por primeiro pela Polícia Judiciária Militar”. Ao contrariar o disposto no § 2º, do art. 82, do CPPM, a Resolução SSP – 110, de 19-07-2010, incorreu em inconstitucionalidade reflexa, produzindo norma “contra legem” e extrapolando os limites impostos pela natureza dos atos meramente executórios, emanados do Poder Executivo. Além do vício de inconstitucionalidade oblíqua, a mesma Resolução padece, também, de inconstitucionalidade direta, por ter assumido, indevidamente, conteúdo normativo autônomo em flagrante discrepância com o mandamento do § 4º, do art. 144, da Constituição da República, segundo o qual:

Art. 144.

.....

§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Grifos nossos. O que se verifica por força do advento da Lei nº 9.299/96 e da Emenda à Constituição nº 45/04 é, simplesmente, o deslocamento da competência para processar e julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares e com vítimas civis para o júri. Porém, em nenhum momento houve mutação da natureza desses delitos que permanecem crimes militares, embora julgados por órgão judicial não integrante da Justiça Castrense. Nessa linha de raciocínio, Ronaldo João Roth comenta que o “deslocamento de competência disciplinado pela EC n. 45, estabelecendo a competência da Justiça Militar estadual para conhecer dos crimes militares estaduais, porém, excepcionando-se a competência do Júri, nos crimes dolosos contra a vida praticados por militares estaduais, art. 125, § 4º, da CF), reforçou a conclusão de que a natureza daquele crime é militar. Dessa regra, apenas foi transmutada a competência para o seu processamento e julgamento para o Júri, pois aqueles crimes, como é o caso do homicídio doloso, continuam sendo crimes militares, porquanto estes estão definidos em lei (arts. 124 e 125, § 4º, da CF), ou seja, no CPM. Outra não é a dicção do parágrafo único do art. 9º do CPM, por força da Lei n. 9.299/1996: Art. 9º[...] Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. Em consequência, a investigação desse fato cabe, exclusivamente, à Polícia Judiciária Militar (art. 144, § 4º, da CF), e, ao encerramento das investigações, por meio do IPM, a Justiça Militar estadual deverá enviar os respectivos autos ao Júri (Lei n. 9.299/1996), isso depois de reconhecer que o crime apurado é realmente doloso contra a vida” (cf. “O Princípio constitucional do Juiz Natural, a Justiça Militar Estadual, a Polícia Judiciária Militar e a Lei n. 9.299/1996”. In: Revista de Estudos & Informações nº 29, novembro/2010. Belo Ho-

rizonte: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, p. 39). Havendo crime militar, nos moldes do art. 9º, do CPM, torna-se inafastável a previsão do § 4º, do art. 144, da Constituição, que confere à polícia judiciária militar, com exclusividade, a investigação delitiva. A subtração dessa atribuição da seara policial militar, mediante ato normativo infraconstitucional, intenta grosseira e frontal agressão ao Ordenamento Supremo. Saliente-se que decorre do próprio sistema constitucional a possibilidade de julgamento de crime militar pela Justiça Comum, uma vez que nos Estados-membros nos quais não se criou Tribunal de Justiça Militar coube ao Tribunal de Justiça a competência para julgar os crimes militares, na condição de Corte de 2ª Instância. Por esse motivo, a transferência da competência julgadora dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares e com vítimas civis, para o Júri, em nada altera a natureza militar desses delitos. Em suma, a Resolução SSP – 110, de 19-07- 2010, padece de inconstitucionalidade reflexa por ter extrapolado o alcance que se espera das Resoluções emanadas de órgãos do Poder Executivo, violando-se os arts. 9º e 82, § 2º, do CPM; de inconstitucionalidade formal, pois este instrumento não se presta a invadir campo destinado à normatização mediante lei e, ainda, de inconstitucionalidade material direta, vez que seu conteúdo normativo agride frontalmente o § 4º, do art. 144, da Constituição, além, naturalmente, do princípio da separação de poderes (art. 2º, da CF), evidenciando-se, assim, a necessidade de que se proceda a declaração incidental de sua inconstitucionalidade. À vista do exposto, julgo PROCEDENTE a arguição de inconstitucionalidade a que se refere este incidente, para reconhecer a inconstitucionalidade da Resolução SSP – 110, de 19-07-2010, com retorno dos autos à Douta Câmara suscitante para o prosseguimento do julgamento do habeas corpus nº 2.234/10.

PAULO ADIB CASSEB

Relator

CAPÍTULO V

ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO

5.1. Considerações finais

A tradicional Justiça Militar ainda hoje permanece uma “ilustre desconhecida”, adjetivação costumeiramente utilizada por aqueles que sobre ela escreveram.

Essa discrição, contudo, não se confunde com inoperância. Ao contrário, nesses séculos distribuindo justiça, o que vimos foi a obediência irrestrita à lei e o resguardo aos princípios da hierarquia e disciplina, valores que norteiam a existência daqueles que optaram por ser uma classe especial de funcionários públicos, diferenciada pelo dever de se submeter a risco pessoal com o sacrifício da própria vida.

A submissão dessa categoria de profissionais a uma jurisdição especializada não é nenhum privilégio e sim uma necessidade, pois somente o amálgama entre a espada e a toga pode produzir decisões justas para o infrator e consequentes para a tropa.

A celeridade na prestação jurisdicional é outro fator importante na Justiça Castrense paulista, pois como já advertia Rui Barbosa “.. *justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”⁴⁰.

Essa eficiência é resultado direto da austeridade na administração dos recursos a ela disponibilizados pelo Estado e no planejamento estratégico direcionado à modernização dos seus serviços.

A atuação firme da Justiça Castrense e seu efeito sobre o enorme contingente de jurisdicionados é facilmente percebido quando verificamos o pequeno número de infratores e o baixíssimo ou quase inexistente índice de reincidência.

Para consecução desses resultados, o Ministério Público possui fundamental importância. Como detentor absoluto do *jus persequendi in judicio*, cabe a seus membros, além dos encargos que costumeiramente lhes são afetos quando representam a Justiça Pública, velar pelo “*resguardo das normas de hierarquia e disciplina*”, como expressamente fez questão de enfatizar o legislador⁴¹. Esse *plus* é determinante no sentido de que somente lá officie os membros do *Parquet* vocacionados para tão importante atribuição.

Essa preocupação demonstrada pelo legislador deveria ser retomada para a atualização da legislação castrense, diante das mudanças ocorridas desde 1969.

Aqui cabe observar que o aparente descaso da chamada “Casa das Leis” na verdade somente confirma que a Justiça Militar vem cumprindo seu papel de forma

40. Oração aos Moços – 1920 – Faculdade de Direito de São Paulo

41. Art. 55 do CPPM.

satisfatória e eficiente, pois uma das características do legislativo pátrio, infelizmente, é a reatividade.

Sem ela, o enorme contingente de policiais poderia se transformar em verdadeiros bandos armados, como advertiu Carlos Mário da Silva Velloso⁴², ex-presidente do Supremo Tribunal Federal.

O conhecimento das virtudes do escabinato castrense e dos relevantes serviços prestados por essa Especializada à sociedade, nos faz concluir que é necessário fazer justiça à Justiça Militar.

Finalizo esse modesto trabalho citando as sábias palavras do meu querido colega Dr. Pedro Falabella Tavares de Lima, procurador de Justiça Militar:

*“Quem ama o Direito, enquanto ciência, e almeja, com seu trabalho de Servidor Público, a efetiva concretização da Justiça, não fica indiferente ao que há para ser visto e vivido no âmbito da Justiça Militar de São Paulo.”*⁴³

42. “É que os militares portam armas e são treinados para a guerra ou para o enfrentamento nas mais variadas espécies de conflitos. Não submetidos à hierarquia e rígida disciplina, podem transformar-se em bandos armados” (artigo publicado na Folha de S. Paulo em 09.09.2013).

43. Cadernos Jurídicos – ESMP – Ano 3 – Vol. 6 – p. 121

SIGLAS E ABREVIATURAS

- AI-5 – Ato Institucional nº 5
- APMBB – Academia de Polícia Militar do Barro Branco
- Art. – Artigo
- BCPSOP – Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública
- Cel. PM – Coronel da Polícia Militar
- CF – Constituição Federal
- CPM – Código Penal Militar
- CPPM – Código de Processo Penal Militar
- CTB – Código de Trânsito Brasileiro
- D. – Dom
- Dec.-Lei – Decreto-lei
- EC – Emenda Constitucional
- ESMP – Escola Superior do Ministério Público
- FUVEST – Fundação Universitária para o Vestibular
- PGJ – Procuradoria-Geral de Justiça
- PMRG – Presídio Militar Romão Gomes
- PM – Polícia Militar
- Rel. – Relator
- RJ – Rio de Janeiro
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STM – Superior Tribunal Militar
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- SP – São Paulo
- SSP – Secretaria da Segurança Pública
- TJM – Tribunal de Justiça Militar

BIBLIOGRAFIA

- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa – Constituição Federal Brasileira – Comentários – 2. ed. – RJ – Ed. F. Briguiet e Cia. Editores – 1924.
- CRETELLA JÚNIOR, José – Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. VI – RJ – Forense Universitária – 1993.
- LOBO, Hélio – Sabre e Togas – A Autonomia Judicante Militar – RJ – 1906.
- LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça e Patrícia Rios – Justiça no Brasil – 200 anos de História – Conjur Editorial – 2009.
- MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil – 4º vol. – Ed. Saraiva, SP – 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro – 24. ed. – SP – Ed. Malheiros – 1999.
- NALINI, José Roberto – A rebelião da toga – Ed. Millenium – 2. ed. – 2008.
- ROMEIRO, Jorge Alberto – Curso de Direito Penal Militar – Ed. Saraiva – 1994.
- A Justiça Militar na História e os 75 anos do TJMSP – SP – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – 2012.
- Cadernos Jurídicos – ESMP – Ano 3 – Vol. 6 – 2004.



MANUAL PRÁTICO DE ATUAÇÃO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR

Parte Prática

Elaboração Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos
Cristiane Helena Leão Pariz
Edson Corrêa Batista

Coordenação CAOCrim



APRESENTAÇÃO 371

MODELOS E PEÇAS PRÁTICAS 373

- 1.1. Agravo em execução 373
- 1.2. Arquivamento de IPM 376
- 1.3. Correição parcial 381
- 1.4. Denúncias 384
- 1.5. Desclassificação 386
- 1.6. Parecer ação ordinária 387

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS 391

- 2.1. Direito Penal Militar: Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69) 391
- 2.2. Procedimento ordinário ou comum 391
- 2.3. Estratégias de atuação 393

BIBLIOGRAFIA 395

ANEXOS (mídia digital)

A Justiça Militar data da “antiguidade” e vem precedida da existência do Exército constituído para a defesa e expansão dos povos (início da atividade bélica).

Quando o homem entrou na faixa das conquistas e das defesas, sentiu necessidade de contar, a qualquer hora e em qualquer situação, com um corpo de soldados disciplinados, sob um regime férreo e com sanções graves e de aplicação imediata.

O homem é um ser ontologicamente belicoso e desde a formação do primeiro aglomerado humano foi possível distinguir o delito cometido contra os pares daquele cometido contra o inimigo.

O primeiro Exército organizado surgiu na **Suméria** (4.000 a.C.) sendo a beligerância romana, todavia, crucial para o desenvolvimento do Direito Castrense (do vocábulo “castra”, do latim *castrorum*, que significa acampamento – o *jus* castrense se exercia nos acampamentos, em tempo de guerra).

Importante lembrar que a Suméria é considerada a civilização mais antiga da humanidade. Localizava-se na parte sul da Mesopotâmia (atual Turquia). A criação do Exército decorreu da péssima posição geográfica ocupada. Obstáculos naturais existiam a oeste (deserto) e sul (golfo pérsico). Quando os inimigos apareciam do norte ou do leste, os sumérios tornavam-se susceptíveis aos ataques.

Diante da sanha expansionista-imperialista, os exércitos transformaram-se em instituições permanentes, formados e estruturados sob rígida disciplina.

Natural, portanto, que houvesse a idealização de delitos próprios da atividade bélica, o que, sem dúvida, impulsionou a relevância do Direito Penal Militar.

Já para os gregos, a preparação bélica fazia parte da formação de todo cidadão, sendo o ato de guerrear uma atividade nobre, digna da interferência dos Deuses.

Entre nós, o Direito Castrense teve sua origem em Portugal. A influência chegou a *Terra Brasilis* sob a forma das Ordenações do Reino, principalmente as Filipinas (1603). Elas refletiam o espírito então dominante, que não distinguia o direito da moral e da religião. Era fruto de um Direito Penal de essência medieval.

Com o fim do período colonial, surge a Justiça Militar no ano de 1808, por iniciativa de D. João VI, instalando-se o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

É, pois, a Justiça Militar a mais antiga do país representando, segundo o Jurista Evaristo de Moraes Filho, “o milagre brasileiro”, diante da efetiva constatação de que “ela funciona”.

Os Promotores de Justiça com atribuição nos feitos das execuções criminais realizam visitas mensais no Presídio Militar Romão Gomes – PMRG, verificando as condições físicas do estabelecimento prisional e entrevistando os reeducandos.

O Presídio Militar Romão Gomes desenvolve intensa atividade de laborterapia e possui certificado de qualidade ISO 9001.

1.1. Agravo em execução

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Processo de Execução nº 00/13 – CECRIM/S1

O Ministério Público do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, vem perante Vossa Excelência, com espeque no artigo 197, da Lei nº 7.210/84, inconformado com a R. Decisão de fls. 19/23, do apenso *Remição por Trabalho*, que concedeu ao sentenciado *Fulano* remição sem a verificação dos requisitos legais, tempestivamente, interpor o presente AGRAVO EM EXECUÇÃO, para vê-la reformada, apresentando, nesta oportunidade, as razões de seu inconformismo.

Aguarda, assim, o recebimento do presente e seu processamento nos termos da lei.

Requer, outrossim, para formação do instrumento, sejam trasladadas cópias das peças a seguir indicadas: fls. 04 e 05 (guia de recolhimento), da Execução de Sentença; fls. 10 e 11 do apenso *Situação Processual* e fls. 02/05 e 07/09, 11/14 e verso e 19/23, do apenso *Remição por Trabalho*.

Postula, por fim, a anotação da presente irrisignação na folha de antecedentes do condenado.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

MINUTA DE AGRAVO

Origem: Vara das Execuções Criminais da Justiça Militar

Agravante: Justiça Pública

Agravado: *Fulano*

Autos nº 00/13

EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLENDIA CÂMARA,

DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA,

Trata-se de execução criminal promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo concernente à reprimenda privativa de liberdade imposta a *Fulano* no processo-crime nº 00/13, que tramitou perante a Egrégia 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

O agravado foi condenado como incurso no artigo 121, “*caput*”, do Código Penal à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

No curso da execução, postulou o agravado a remição relativa ao período compreendido entre abril e dezembro de 2011.

Sobreveio, então, a R. Decisão guerreada que deferiu a remição integral ao agravado.

O benefício concedido deverá ser cassado.

Como é cediço, a remição consiste no direito do condenado de ver reduzido, pelo trabalho, o tempo de duração da pena privativa de liberdade, descontada esta em regime semiaberto ou fechado.

O artigo 129 da LEP estabelece que “*a autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de cada um deles*”.

Destarte, a autoridade administrativa deve encaminhar ao juízo da execução informes sobre os dias trabalhados pelo reeducando, especificando a jornada de trabalho completa e a função por ele exercida.

E mais, o artigo 33 da LEP determina que “*a jornada de trabalho normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal*”.

Tais preceitos baseiam-se nas regras mínimas da Organização das Nações Unidas – ONU e nas Convenções nºs 29 e 105, da Organização Internacional do Trabalho, recepcionadas pelo nosso ordenamento jurídico, que objetivam normatizar o tratamento dispensado a prisioneiros, evitando a sujeição destes a condições que ofendam a dignidade humana, dentre as quais o trabalho excessivo.

Não se olvida que não incide sobre o trabalho do preso as normas da Consolidação das Leis Trabalhistas. Entretanto, dispõe o artigo 7º da CF que “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*”.

E a desconsideração de tais regramentos com base em portaria editada pelo juízo da execução ou qualquer outro ato infralegal, em verdade, viola os princípios

da reserva legal e da separação de poderes, dado que implica legislar, além de negar vigência ao dispositivo legal federal em comento.

Na hipótese, os atestados de trabalho acostados aos autos indicam que o reeducando trabalhou:

1. Na *Limpeza Carceragem – PMRG*, em abril de 2011, inclusive no feriado do dia 22 (sexta-feira – Paixão de Cristo), efetuando, também, horas extras; e
2. No *Recanto dos Colibris – PMRG*, no mês de maio até data não especificada do mês de agosto de 2011, realizando horas extras em todo o período, praticamente todos os dias e, ainda, no feriado de 23 de junho p.p. (Corpus Christi).

Assim, entre os meses de abril e dezembro de 2011, trabalhou em feriados e sem notícia de posterior compensação.

De rigor, portanto, a apuração do trabalho do sentenciado em feriados, bem como das horas extras informadas nos períodos de abril a agosto de 2011.

Ademais, não especificado nos atestados o motivo da determinação do Senhor Comandante do Presídio sobre as horas extras de trabalho, tampouco deles constou a concordância do agravado, conforme determina o artigo 117, da Portaria nº 003/04 – CECRIM, que instituiu o Regimento Interno de Execução Penal do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”.

Destarte, diante das irregularidades apontadas, inviável a remição integral concedida, ante a não comprovação efetiva do trabalho do agravado nos períodos indicados.

Mister aferir em que consistiu o trabalho e quando efetivamente ocorreu, por meio de preciso cômputo dos dias em que o preso labutou, excluídos os dias de descanso obrigatório e aqueles em que a atividade laborativa foi inferior a seis horas.

Nesse sentido:

Pena – remição – trabalho executado pelo sentenciado no cárcere – atestado omissivo quanto ao tipo de trabalho executado e sua duração – concessão inadmissível – inteligência do artigo 126 da Lei 7.210/84 (TJSP – RT 616/323).

A remição da pena só pode ser concedida com base em atestado que satisfaça todas as exigências legais para o fim a que se destina, especificando quais os dias em que o sentenciado efetivamente trabalhou e se não cometeu faltas graves, como exige o art. 129 da Lei 7.210/84 (TJSP – RT 628/307).

Dessa feita, descumpridas as exigências da lei, não pode prevalecer a integralidade da benesse operada.

Por fim, este Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo pré-questiona, nos termos dos artigos 102, III, “a” e 105, III, “a”, ambos da Constituição

Federal, as matérias constitucionais e legais nesta abordadas, ante as inconstitucionalidade e ilegalidade contidas na R. Decisão impugnada.

Diante do exposto, requeiro o provimento do presente agravo, com a consequente reforma do *decisum*, a fim de que seja cassada a remição concedida em feriados, bem assim as horas extras informadas nos períodos de abril a agosto de 2011, até efetiva comprovação dos dias e horas trabalhados.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1.2. Arquivamento de IPM

1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo

IPM nº 58299/2010

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

MM Juiz Auditor:

O presente inquérito policial militar foi instaurado para apurar a prática, em tese, do crime de abandono de posto pelo Sd PM *Fulano*, no dia 12 de abril de 2010, por volta das 22h40min., na rua Padre Gaspar Malheiros nº 335, Centro – Araçoiaba da Serra/SP.

Segundo se apurou, o Sd PM *Fulano* trabalhava no serviço de dia do 2º Pelotão instantâneo em que saiu para buscar lanches. Alegou que estava com muita fome e a guarnição de serviço estava empenhada. O entregador da lanchonete não estava trabalhando, o que o obrigou a se deslocar até o estabelecimento, após ter recebido o aviso de que os lanches já estavam prontos.

Inexistiu o dolo necessário à tipificação do crime previsto no art. 195 do CPM. Em nenhum momento o miliciano demonstrou querer descumprir a missão que lhe cumpria.

Sem alternativa para saciar a fome, o policial deslocou-se por menos de 01 (um) quilômetro, em menos de 05 (cinco) minutos.

O Sd PM *Ciclano* informou que estava alojado na sede do 2º Pelotão e convidou o Sd PM *Fulano* para um lanche. Por não estar se sentindo bem, o próprio Sd PM *Fulano* é quem foi buscar a refeição, ficando, assim, em seu lugar, no atendimento do serviço de dia. A lanchonete, segundo a testemunha, fica a uns 80 metros do Pelotão e o averiguado demorou cerca de 02 (dois) minutos para voltar.

Assim, amparado no Princípio da Ofensividade; pelo diminuto tempo de afastamento e por não ter deixado desguarnecido o referido serviço, espancando a probabilidade de dano, recomenda-se o arquivamento dos autos.

Registre-se que o Sd PM *Fulano* foi sancionado disciplinarmente com 06 (seis) dias de permanência, o que nos afigura razoável e proporcional, em matéria punitiva.

Pelas razões expostas, o parecer é no sentido do **ARQUIVAMENTO** deste inquérito policial militar, ressalvado o disposto no artigo 25, do Código de Processo Penal Militar.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo

IPM nº 00/13

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

MM Juiz Auditor:

O presente inquérito policial militar foi instaurado para apurar a prática, em tese, dos crimes de recusa de obediência e desacato a superior pelo Sd PM *Fulano*, no dia 13 de fevereiro de 2010, por volta das 18h30min., na sede da 4ª Cia PRv – São Bernardo do Campo/SP, em face do 3º Sgt PM *Ciclano*.

Segundo se apurou, o Sd PM *Fulano* recebeu um telefone de um amigo de nome Marcos, dizendo ter sido destrutado pelo Sgt PM Clayton, o qual teria feito, inclusive, insinuações maldosas acerca do miliciano. Indignado, resolveu se deslocar até o B.OP 70/2, visto que ainda faltavam 30 minutos para assumir o serviço, a fim de esclarecer os fatos. Neste instante, recebeu um telefonema do Sgt PM *Ciclano*, dizendo que não era para se deslocar até a B.Op 70/2. Contrariado, o miliciano passou a proferir frases de baixo conteúdo, em tom de desabafo e de forma genérica.

Após a advertência feita pelo Sgt PM *Ciclano*, o Sd PM *Fulano* insistiu em se deslocar a B.Op 70/2 para conseguir um encaminhamento médico, pois estava extremamente alterado emocionalmente.

Ao chegar no referido local, sua primeira atitude foi a de entregar o próprio armamento.

Esclareceu, incontinenti, ao Sgt PM *Ciclano* que apenas desabafou ao telefone, porém, sem a intenção de ofender, e que mal sabia com quem estava falando, desculpando-se, ao final.

O civil Jean Marcos, amigo do soldado *Fulano*, confirmou o tratamento ríspido e indelicado que recebeu do Sgt Clayton.

Apesar da narrativa esposada pela vítima, os depoimentos coligidos não foram seguros no sentido de apontar as práticas infracionais imputadas ao Sd PM *Fulano*.

A ordem objeto da recusa de obediência deve ser imperativa. *In casu*, pareceu-nos que o indeferimento do deslocamento do Sd PM *Fulano* para a B.Op 70/2 configurou verdadeira advertência. Não vislumbramos, outrossim, ter o increpado agido com intenção de desobedecer à ordem de superior sobre assunto ou matéria de serviço. Restou incontestável que o mesmo estava totalmente alterado e nervoso.

Em relação ao crime de desacato a superior, melhor sorte não restará. O miliciano nega qualquer insulto ou ofensa moral em face do Sgt PM *Ciclano*. Relata ter ocorrido mero desabafo e que suas “diferenças”, em verdade, são com o Sgt PM Clayton.

A testemunha presencial Sd PM Evandro informou que: “*as palavras proferidas pelo Sd PM Fulano não seriam exatamente contra a pessoa com quem conversava e sim foram proferidas em tom de desabafo diante daquela situação*”.

Portanto, a versão do Sgt PM *Ciclano*, amparada em conversa telefônica, não foi suficiente para a acusação do Sd PM *Fulano*, desautorizando, assim, a *persecutio criminis in iudicio*.

Pelas razões expostas, o parecer é no sentido do ARQUIVAMENTO deste inquérito policial militar, ressalvado o disposto no artigo 25, do Código de Processo Penal Militar.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo

IPM nº 00/2013

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

MM Juiz Auditor:

O presente inquérito policial militar foi instaurado para apurar a prática, em tese, dos crimes de ameaça e violência contra superior pelo Sd PM 982013-2 *Fulano*, no dia 27 de março de 2011, por volta das 17h40min., na Sede da 2ª Cia do 49º BPM/M, Pirituba – São Paulo/SP, em face do 2º Ten PM *Ciclano*.

Segundo o relatado, durante uma conversa reservada, o 2º Ten PM *Ciclano* foi ameaçado e agredido com um chute na altura da canela pelo Sd PM *Fulano*.

A materialidade ficou assentada às fls. 33 (lesão de natureza leve).

O Oficial PM *Ciclano* declarou que, na data dos fatos, chamou a atenção do Sd PM *Fulano* por duas vezes. Momentos após, quando operava o computador da Cia, recebeu a visita deste, a pedido. Estranhamente, todos os militares saíram da sala, o que o fez crer que a situação foi planejada, de modo a acreditar que era do

conhecimento dos demais o que aconteceria naquela sala. Percebendo a intenção maldosa do Sd PM *Fulano*, levantou-se e **trombou na mesa** (grifo nosso), batendo suas pernas, instante em que passou a ser ameaçado de morte e agredido (um chute na canela e um tapa na cabeça). Assim, sacou de sua arma, sem apontar em direção definida, pois acreditava que a cena se configuraria como revolta, diante da inércia dos policiais da equipe. Percebendo a reticência dos policiais em fazer cumprir o desarme do Sd PM *fulano*, além da nítida má-fé de, após presenciarem as agressões sofridas, ainda assim retirarem-se da vista dos fatos, omitindo-se e não fazendo cessar aquele evento, solicitou a escolta do efetivo da Corregedoria PM, retirando tal solicitação assim que percebeu que os militares manifestaram obediência às ordens que inicialmente dera.

O 3º Sgt PM Claudionor confirmou as advertências feitas pelo Ten PM *Ciclano* ao Sd PM *Fulano*. Revelou certo constrangimento diante da forma provocadora que o Oficial PM se dirigiu ao Sd PM *Fulano*, causando medo em todo o Pelotão. Momentos após, foi procurado pelo Miliciano, desejoso em manter uma conversa particular com o Oficial PM. Todos, então, saíram do local, a fim de permitir o diálogo entre as partes. Logo em seguida, ouviu-se um barulho (como se alguém estivesse batendo em uma mesa) e, quando se dirigia até o Serviço de Dia, encontrou o Oficial PM, saindo da sala, com arma em punho, gritando “você está preso”, “desarme o policial”. Após acalmar o Sd PM *Fulano*, este lhe entregou a arma. Ao entregar a arma ao Ten PM *Ciclano*, este anunciou ao Sd PM *Fulano* que ele estava sendo preso porque era “moleque e cuzão”. Em nenhum momento o Oficial PM disse que o Miliciano ia ser preso por tê-lo agredido.

O Sd PM Emerson confirmou que após o destrato do Oficial PM *Ciclano*, o Sd PM *Fulano* solicitou uma conversa particular com este. Após uns 04 (quatro) minutos, aproximadamente, viu o Tenente, com arma em punho, saindo do Serviço de Dia, aos gritos para o CGP, dizendo que iria prender o Soldado *Fulano* porque era um “*moleque e cuzão*”. Em nenhum momento o Oficial PM disse que o Miliciano ia ser preso por tê-lo agredido.

O Sd PM Leandro disse que o CFP chamou a atenção do Sd PM *Fulano*, em tom de ofensa (v.g. *you are a moleque*). Após a conversa mantida entre as partes, o Oficial PM disse: “...CGP desarma este moleque, porque ele está preso...”. Em nenhum momento o Oficial PM disse que o Miliciano ia ser preso por tê-lo agredido.

O Sd PM Erick presenciou o instante, durante a preleção, em que o Oficial PM *Ciclano* chamou o Sd PM *Fulano* de “moleque”. Após a conversa particular mantida entre as partes, viu o Tenente sair da sala de preleção, alterado, com a pistola nas mãos, dizendo para o CGP desarmar o Policial. Ao prendê-lo o Oficial disse: “*eu vou te prender porque você é moleque e cuzão*”. Em nenhum momento o Oficial PM disse que o Miliciano ia ser preso por tê-lo agredido.

O Sd PM *Fulano* confirmou ter sido admoestado, por duas vezes, pelo Oficial PM *Ciclano*. Após pedir autorização para conversar em particular com o Tenente, indagou-lhe acerca das razões de ter sido chamado de “moleque”. Neste átimo, o Oficial deu um tapa na mesa e, sem nada dizer, retirou-se da sala, aos gritos: “desarma ele; desarma ele; escolta ele”. Sem nada entender e após ser voluntariamente desarmado, ainda ouviu do Tenente: “vou te escoltar para o Romão Gomes, seu moleque, seu cuzão”. Declarou, finalmente, não ter praticado qualquer tipo de agressão (física ou verbal) contra o Oficial PM.

A versão apresentada pelo 2º Ten PM *Ciclano* foi desmentida pelo indiciado e espancada pelos depoimentos de todas as testemunhas presentes no local, as quais afirmaram não ter presenciado sequer o início das agressões e ameaças.

A história trazida pelo Oficial PM, infelizmente, parece irreal e nada digna de credibilidade, diante de seu fantasioso enredo.

Não é necessário ser *Tirésias* (um dos mais notáveis adivinhos da Mitologia Grega) para se chegar à verdade dos fatos, através da lógica.

Penso que o Oficial PM se viu afrontado em sua autoridade e poder pelo Soldado *Fulano*, ao ser indagado das razões pelas quais foi chamado de “moleque”. Assim, num surto de soberba, inconformado com a ousadia do reles soldado, sem nada dizer, desferiu um golpe contra a própria mesa e saiu da sala, aos gritos, após se chocar contra o mencionado móvel, determinando a prisão do “soldado moleque e cuzão”.

A narrativa do Oficial não tem a mínima consistência. Disse que os Policiais Militares ali presentes viram o início das agressões e nada fizeram; foram omissos. Em razão disso, não pôde arrolar testemunhas, pois houve uma espécie de complô contra a sua pessoa, fatos por todos negados. Disse, ainda, que deu uma ordem ao Sargento, que não a cumpriu, quando, na verdade, foi cumprida. Disse, também, que sacou de sua arma após a negativa do CGP em desarmar o Soldado, sendo que todas as testemunhas o viram sair da sala de preleção, já de arma em punho e antes de qualquer ordem. Por fim, deu voz da prisão ao Sd PM *Fulano* em razão das ameaças e agressões, sendo que a prisão foi fundamentada, segundo todas as testemunhas, pelo simples fato do soldado ser “moleque e cuzão”.

É risível, outrossim, que um Soldado PM agrida um Oficial com um chute na canela e um tapa na cabeça. Ora, isso mais parece uma briga de criança!

Provavelmente, repiso, não querendo ser *Tirésias*, a lesão verificada na perna do Oficial PM seja decorrente do choque de suas pernas contra a mesa, no instante em que, inconformado, levantou-se para sair da sala, gerando-lhe ainda mais ira.

Todas as testemunhas ouvidas nos autos revelaram que o Sd PM *Fulano* possui ânimo calmo, nunca revelando alteração de comportamento.

Ousamos, respeitosamente, discordar da conclusão do Relatório Aditivo de IPM (fls. 138/143). O desfecho dos fatos e a maneira desesperada que o Oficial saiu da sala, empunhando sua arma e determinando a prisão do Sd PM *Fulano*, demonstram, unicamente, o seu destempero por ter sido questionado, em sua autoridade e poder, por um subalterno.

Assim, provada a inexistência dos fatos e ausentes elementos de convicção, de-sautorizada está a persecução penal.

Pelas razões expostas, o parecer é no sentido do **ARQUIVAMENTO** deste inquérito policial militar, ressalvado o disposto no artigo 25, do Código de Processo Penal Militar.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1.3. Correição Parcial

Autos Apartados

Correição Parcial

Ref. ao Processo nº 00/13 – 1ª A.M.E.

Corrigente: *Fulano*

Corrigido: os atos do MM Juiz de Direito da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo

MM Juiz Auditor,

D. Procurador de Justiça,

D. Senhor Relator,

C. Câmara,

Trata-se de correição parcial interposta por *Fulano* em razão de irregularidades perpetradas na confecção da Ata de Sessão da audiência realizada aos dez dias do mês de maio de 2011, oportunidade em que o Juiz Presidente, sistematicamente, indeferiu perguntas da Defesa, alterou depoimento de testemunha e manifestou inimizade com o acusado e respectivo defensor.

Requer o Corrigente, assim, a anulação da Ata de Sessão, depoimentos e atos posteriores.

DO NÃO CONHECIMENTO DA MEDIDA

Observamos, de chofre, a intempestividade da presente providência administrativo-disciplinar. Com efeito, a Sessão de Audiência em que foram praticadas as

supostas irregularidades ocorreu no dia 10 de maio de 2011. A presente medida foi protocolada no dia 20 de maio de 2011.

O prazo para requerer a correção na 1ª Instância é de 05 (cinco) dias, contados do dia da prática do ato que o motivar (§ 1º, do art. 498, do CPPM).

Assim, o não conhecimento da presente medida é de lei.

MERITORIAMENTE

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo prevê somente correção parcial a requerimento das partes para corrigir erro ou omissão inescusável, abuso ou ato tumultuário, em processo, cometido ou consentido por Juiz de Direito do Juízo Militar, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso previsto no CPPM (art. 133 do RITJMSP).

Presencial e tecnicamente, não observamos quaisquer das hipóteses acima, passíveis da presente interposição.

As perguntas, segundo a defesa, sistematicamente indeferidas, segundo a visão do Órgão Ministerial atuante perante a 1ª Auditoria Militar, de fato se mostraram desnecessárias, impertinentes e, sobretudo, injustificadas. Em nada tocaram ou fizeram sombra ao *meritum causae*, nem se apresentaram, ainda que indiciariamente, relacionadas a uma suposta tese defensiva (?)

Em verdade, os fatos imputados na Denúncia contida nos autos do processo nº 52.396/08 versam sobre crimes de concussão e falsificação de documento. Em tese, o Sd PM *Fulano* teria exigido certa quantia em dinheiro do civil Alexandre para não autuá-lo, por determinada infração de trânsito. Ainda, em outra oportunidade e circunstância, teria falsificado 02 (duas) credenciais do Comando de Policiamento Rodoviário, a fim de usufruir o transporte gratuito, em trajés civis, em ônibus intermunicipais.

Ora, o que interessa saber acerca da gravidade de multas e valores, envolvendo outros fatos e outras circunstâncias? Se no local dos fatos alguma loja abre aos domingos e feriados? Se no processo que responde as vítimas seriam 01 soldado feminino, 01 coronel PM e 01 juiz do Tribunal de Contas do Município de São Paulo? Ainda, saber a situação processual de uma testemunha, em um processo de injúria, totalmente divorciado dos fatos.

É cediço que às testemunhas não devem ser feitas perguntas sugestivas ou impertinentes. Tivessem as aludidas questões importância fática e processual para o deslinde da causa, em nome da “verdade real”, a Promotoria Pública teria insistido em suas formulações.

De há muito está superada a tese de que as testemunhas ou são da Defesa ou são da Acusação. Em verdade, prioritariamente, pertencem ao processo e à justiça que nele se persegue.

As supostas alterações perpetradas no depoimento de testemunha, igualmente, não contam com qualquer suporte fático. Não raras são as vezes em que a testemunha, ao ler e assinar o seu depoimento, suscita dúvidas e aponta imprecisões e erros em suas palavras, reduzidas a termo. Imediatamente, como sói acontecer, o termo é corrigido e refeito, até que a narrativa esteja precisa.

Todas as testemunhas ouvidas no dia 10 de maio p.p., leram, assinaram os seus depoimentos e quedaram-se em silêncio acerca de eventuais supressões ou inclusões de termos e frases.

Compete ao profissional do Direito estar sempre vigilante quanto ao andamento do processo e à realização dos atos processuais, visto que estes, via de regra, são irrenováveis (*dormientibus non succurrit jus*).

Cumpra observar que o Sr. Escrivão da Sala de Sessões encontra-se, fisicamente, há pouco mais de um metro de distância, da tribuna reservada aos D. Representantes da OAB, os quais podem e devem supervisionar, *ictu oculi*, em tempo real, tudo o que é digitado e reduzido a termo pelo funcionário da Justiça Militar.

Era obrigação do defensor, incontinenti, alegar as supostas irregularidades contidas no depoimento da testemunha e não o fez. Silenciou naquela ensanchar (até mesmo porque irregularidade não havia) e agora, através da presente medida, pretende a anulação parcial do processo, demonstrando má-fé em sua litigância (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Referente à última indignação exteriorizada pelo patrono do corrigente, anoto altíssimo teor de pessoalidade e subjetividade em sua assertiva. Em que pese não haja nos autos qualquer sinal de inimizade entre o acusado e seu defensor e o Juiz Presidente da 1ª Auditoria Militar, tal discussão tem seara própria, vale dizer, em incidente de exceção de suspeição ou impedimento.

Para arrematar, conforme consignado alhures, não foram observados abusos ou tumultos praticados pelo MM Juiz Presidente da guereada Sessão de Prosseguimento de Sumário. O tumulto processual, em verdade, vem sendo provocado pelo defensor do acusado, o qual insiste em a todos atacar, fazendo insinuações despropositadas e utilizando expressões extremamente deselegantes e agressivas, certamente por acreditar que esta seja a melhor forma de defender o seu cliente e irmão.

Fato é que os atos praticados e consignados na Ata de Sessão do dia 10 de maio de 2011 foram feitos regularmente. O Magistrado *a quo* explicou a razão do indeferimento das perguntas, depois de realizado o crivo da pertinência das mesmas, faculdade que lhe é legalmente conferida.

A correição parcial é medida processual cabível para corrigir *error in procedendo*. Não se presta contra decisão fundamentada, proferida por juízo competente, que indefere a formulação de perguntas, estranhas aos fatos da Denúncia e irrelevantes para o deslinde do feito.

O corrigente pretende a anulação de todo o processo, a partir da Ata de Sessão de fls. 11 e 12, o que refoge ao angusto âmbito da correição parcial.

Ousamos ir um pouco mais além. Com a presente medida visa o corrigente, como única e *ultima ratio*, por via oblíqua e de forma escamoteada, a liberdade do Sd PM *Fulano*, mediante a anulação da ata onde foi registrada a decisão que decretou a prisão preventiva do acusado.

Diante do exposto, preliminarmente, somos pelo não conhecimento da medida. No mérito, pelo indeferimento do pedido correicional.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1.4. Denúncias

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª AUDITORIA DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Autos nº 00/13

Consta dos autos do incluso inquérito policial militar, que no dia 10 de maio de 2010, por volta das 03h00, na sede do 11º Batalhão de Polícia Militar do Interior, Anhangabaú, Jundiaí/SP, o Sd PM 000.000-0 WILSON DE TAL, abandonou, sem ordem superior, o posto de serviço que lhe foi designado.

Consta, também, que no dia 10 de maio de 2010, por volta das 03h30, na Av. Carlos Salles Block, Anhangabaú, em Jundiaí/SP, o Sd PM 000.000-0 WILSON DE TAL, embriagou-se em serviço.

O denunciado pertence ao efetivo da 1ª Cia PM do 11º BPM/I e estava escalado na função de sentinela na sede do referido batalhão, no horário das 19h00min. do dia 09/05/10 às 07h00min., do dia 10/05/10.

Segundo se apurou, por volta da 03h00min., o denunciado resolveu sair do Batalhão, sem estar autorizado por superior hierárquico, abandonando o posto que lhe fora designado.

Apurou-se, também, que minutos após ter abandonado o posto de serviço, o denunciado, em horário de serviço, foi encontrado embriagado, caminhando pela Av. Carlos Salles Block.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência o Sd PM WILSON DE TAL, como incurso nos artigos 195 e 202, c/c o art. 79, todos do Código Penal Militar, requerendo que R. e A. esta, seja instaurado o competente processo penal militar para que o denunciado seja, a final, condenado, ouvindo-se as testemunhas ora arroladas, nos termos dos artigos 399 e seguintes, do Código de Processo Penal Militar.

ROL:

1º Ten PM Samuel (fls. 09);

Cb PM Roberto (fls. 13).

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª AUDITORIA DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Autos nº 00/13

Consta dos autos do incluso inquérito policial militar, que às 00h00min., do dia 22 de junho de 2011, na sede do 26º Batalhão de Polícia Militar Metropolitana, na Cidade de Franco da Rocha/SP, o **Sd PM 000.000-0 SILVIO SILVA** ausentou-se, sem licença, da unidade em que serve, por mais de 8 (oito) dias.

Segundo se apurou, o denunciado estava escalado para serviço no dia 13 de junho de 2011, das 09h00min. às 18h00min., mas não apareceu para trabalhar, sendo declarado ausente às 00h00min., do dia 14 de junho de 2011.

Tendo deixado de comparecer por mais de 08 (oito) dias, foi declarado desertor no dia 22 de junho de 2011, às 00h00min.

Diante do exposto, denuncio o **Sd PM SILVIO SILVA** como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar, requerendo que, R. e A. esta, seja instaurado o competente processo penal militar, citando-se o denunciado para se ver processado até final condenação, ouvindo-se as testemunhas ora arroladas, nos termos dos artigos 451 e seguintes, do Código de Processo Penal Militar.

ROL:

Subten PM Gilson (fls. 03);

Asp Of PM Alexandre (fls. 98).

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª AUDITORIA DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

IPM nº 00/13

Consta dos autos do incluso inquérito policial militar que, no dia 13 de dezembro de 2012, por volta das 06h00min., na Rua Monte Taó, 6A, Jd. Camargo Novo, Itaim Paulista – São Paulo/SP, o 3º **Sgt PM 000.000-0 JOSÉ**, agindo de forma culposa, extraviou armamento e munição.

Segundo se apurou, o denunciado foi negligente em relação à guarda e vigilância ordinárias de materiais bélicos do Estado, sob seus cuidados, dando causa ao extravio de 01 (uma) pistola da marca *Taurus*, modelo 24/7 *Pro LS*, cal .40, nº SBT 02306, do patrimônio da PMESP, com 03 (três) carregadores e 45 (quarenta e cinco) munições CBC, que possuía como carga pessoal.

O denunciado deu causa ao resultado porque deixou de empregar a cautela ou atenção necessárias na guarda e vigilância da arma e da munição, a fim de evitar o seu desaparecimento.

Ante o exposto, denuncio o 3º Sgt PM JOSÉ como incurso no art. 265 c.c. o art. 266, ambos do Código Penal Militar, requerendo que contra ele seja instaurado a competente ação penal, nos termos do artigo 396 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, citando-o para se ver processar até final condenação, ouvindo-se as pessoas constantes do rol abaixo.

ROL:

Claudia Regina (fls. 40);

2º Sgt PM Gerson (fls. 53).

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1.5. Desclassificação

1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo

IPM nº 00/13

PROMOÇÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO

MM Juiz Auditor:

O presente inquérito policial militar foi instaurado para apurar a prática, em tese, do crime de lesão corporal, cometido pelo Sd PM 000000-0 EMERSON, no dia 30 de agosto de 2009, por volta das 19h45min., na linha férrea que separa os Bairros Jd. Florence II, entre as Ruas Comendador João Guilhem Garcia e Heloisa Prado Galbiati – Jd. Florence – Campinas/SP, em face do adolescente Harley Reis.

A materialidade está estampada no Laudo de Lesão Corporal de fls. 12, onde observamos que o menor Harley experimentou “*escoriações irregulares em flanco direito, a maior medindo 5.5 x 2.0 cm*”, concluídas como lesão corporal de natureza leve.

Segundo se apurou, o adolescente estava na companhia dos primos Marcos e Magdiel aguardando a passagem de um trem. Contudo, o trem parou e interrom-

peu a passagem dos pedestres. Sem hesitar, os jovens resolveram passar sobre a composição, instante em que surgiram dois policiais militares, os quais mandaram que todos descessem e colocassem as mãos na cabeça. Ato contínuo, um dos policiais passou a agredir os jovens, mediante chutes nas costas e costela.

O Sd PM Emerson foi reconhecido, posteriormente, pelos adolescentes Marcos Paulo e Magdiel Camilo.

O tio da vítima, Sr. José Neto, confirmou a história revelada nos autos, atestando as agressões sofridas pelo sobrinho.

A versão apresentada pelos policiais que efetuaram a abordagem restou isolada nos autos. Com efeito, informaram que os jovens eram suspeitos de saques contra vagões e que as lesões ocorreram quando os mesmos pularam da composição.

Em verdade, a vítima, seus primos e tio estavam indo a um culto evangélico e foram abordados pelos milicianos quando tentavam simplesmente transpor a composição.

O civil Ribeiro, pai da vítima, constatou, *in loco*, marcas de agressão em seu filho Harley.

No mesmo sentido foi a constatação revelada pelo Sd PM Rafael, irmão de fé dos adolescentes agredidos.

Assim, há prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Pesa em favor do Sd PM Emerson a circunstância de que o local é, de fato, frequentado por vândalos que atacam os trens parados, saqueando-os. Ademais, naquela oportunidade, houve o chamado do Sr. Ademir, coordenador de segurança da empresa que administra a linha férrea, noticiando que aproximadamente 15 (quinze) menores tentavam saquear o trem.

Pelas razões expostas, levando-se em conta as circunstâncias e a natureza da única lesão constatada (escoriações), o que conduz ao reconhecimento de LESÃO LEVÍSSIMA, requeiro a DESCLASSIFICAÇÃO do crime para INFRAÇÃO DISCIPLINAR, à luz do que dispõe o § 6º, do art. 209, do Código Penal Militar.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

1.6. Parecer ação ordinária

Autos nº 00/13

Ação Ordinária

REQUERENTE: Cunha (rep. Espólio)

REQUERIDA: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trata-se de Ação Anulatória de Ato Administrativo cumulada com Reintegração ao Serviço ajuizada pelo ex-Sd PM 942003-7, sob o fundamento de que a decisão administrativa expulsória padece de ilegalidade, pois desprezou as provas obtidas sob o crivo do contraditório e fundamentou a decisão de expulsão do requerente com base apenas na versão extraída da fase pré-processual.

Observo que, em verdade, houve o arquivamento do IPM nº 18BPMM-020/07/04, por decisão do Juízo da 2ª Auditoria Militar, sobre os mesmos fatos apurados no CD-CPC-017/CD.2/06.

A Fazenda Pública contestou o pedido (fls. 21/27), defendendo a independência da seara administrativa e a ausência de qualquer vício capaz de macular o processo administrativo guerreado pelo requerente.

Na mesma esteira, vieram os esclarecimentos prestados pelo Maj PM Chefe Interino Edson Sivestre (fls. 28/33), refutando os argumentos da petição inicial.

O requerente faleceu no curso do processo (fls. 68).

Após a habilitação dos herdeiros do “*de cuius*”, não houve oposição da Fazenda Pública.

O Ministério Público, nesta ensanचा, igualmente, não se opõe às pretendidas habilitações.

É o Relatório.

A valoração judicial da instrução probatória em processo administrativo, salvo quanto ao aspecto da legalidade, implica reavaliação do próprio conteúdo da decisão da autoridade administrativa, o que é vedado.

O disposto no § 2º do artigo 142 da Constituição Federal restringe o exame do mérito dos atos que impõem punições disciplinares militares.

No Superior Tribunal de Justiça, o E. Ministro Vicente Cernicchiaro, Relator do Habeas Corpus nº 1.375-SP, manifestou o seguinte entendimento, em julgamento proferido aos 24.09.91: “*Não cabe habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, ou seja, quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da sanção. A franquia constitucional é ampla relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais se incluem a competência do agente, a oportunidade de defesa ampla e análise das razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. O art. 142, § 2º da Constituição da República alcança a Polícia Militar porque auxiliar e reserva do Exército (art. 144, § 5º)*”.

O entendimento acima demonstrado leva-nos à conclusão de que os argumentos apresentados pelo requerente referem-se exclusivamente a questões de mérito,

as quais não podem ser apreciadas nesta sede, além do que não se mostra possível reconhecer a ausência de culpabilidade na sua conduta.

A possibilidade de opção entre sanções disciplinares previstas no ordenamento jurídico vigente e sua imposição ao caso concreto, cabe à autoridade administrativa competente e não ao juiz. Nada de absurdo existe na escolha pela penalidade exclusória de policial que rompeu com os preceitos da disciplina, desprezando dever profissional do serviço público militar, ao exigir, para si, diretamente, em razão da função, vantagem indevida diária de cada condutor de linhas de lotação, em troca de proteção, infringindo, assim, o disposto no número 02 do § 1º do art. 12 e número 03 do § 2º do art. 12 da Lei Complementar 893/01 (transgressão disciplinar de natureza grave).

Repisando, em que pese o inconformismo do requerente, releva anotar que, salvo as hipóteses de abuso, excesso de poder ou ilegalidade, é vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera do poder disciplinar da Administração.

Restringe-se sua atuação ao controle da legalidade do ato administrativo, impossibilitada qualquer análise do mérito administrativo, sob pena de invasão da função administrativa, primariamente destinada ao Poder Executivo.

In casu, presentes o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Ausente, outrossim, qualquer vício a macular o ato impugnado que pudesse ensejar sua anulação.

Conforme já foi decidido alhures, em caso análogo:

“A autoridade competente para proferir a decisão tem liberdade de fazê-lo, estando jungida aos princípios da motivação, precedida pelo exercício do contraditório e ampla defesa e ao devido processo legal, que foram observados. Além disso, no tocante à aplicação da punição propriamente dita, não se vislumbra tenha a Administração Militar extrapolado os limites legais quanto à dosimetria da sanção, não havendo desproporção entre a transgressão cometida e a penalidade que lhe foi aplicada”.

Não cabe ao Judiciário substituir-se ao Administrador para deliberar de forma diversa com relação ao mérito administrativo.

Cumprido lembrar que o arquivamento de inquérito policial não impede a instauração de processo disciplinar e a imposição de sanção administrativa, ante a consagrada noção da independência entre as esferas penal e administrativa, extraída do próprio regime constitucional.

É inadmissível a confusão entre distintas atividades estatais geradoras de imposição de penalidades de natureza distinta. É o que se verifica com o poder disciplinar, exercido pela Administração Pública e com o poder punitivo do Estado, aplicado por intermédio da Justiça Criminal.

É cediço a possibilidade de que, mediante o apurado em regular procedimento, como o verificado nos presentes autos, a Administração Militar decida pela expulsão de milicianos, em razão de transgressão disciplinar grave, sem a necessidade de tramitação paralela de processo-crime.

Diante do exposto, reconhecida a regularidade dos atos praticados no curso do Procedimento Disciplinar guerreado e a independência da instância administrativa, o Parecer é no sentido da improcedência do pedido, por ser medida de Direito e Justiça.

São Paulo,

Promotor de Justiça Militar

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

2.1. Direito Penal Militar: Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69)

Bem jurídico tutelado: a regularidade das instituições militares. As instituições militares têm missões de suma importância na preservação das liberdades públicas. É inadmissível que o responsável pela preservação da ordem pública seja o elemento desarmonizador dessa tranquilidade pela perpetração de um crime, ainda mais quando o faz no exercício de seu mister. No caso dos militares há um ônus a ser suportado em razão da função. Até mesmo a antijuridicidade se acentua e princípios minimalistas não têm aplicação.

O Código Penal Militar é dividido em Parte Geral e Especial.

Na Parte Geral encontramos os dogmas principais para a interpretação e aplicação do Direito Penal Militar e ali verificamos uma viagem na história do próprio Direito Penal, uma vez que as reformas legislativas a ele impostas, em sua grande maioria, não atingiram a legislação castrense, tornando-a um registro histórico da evolução do diploma repressivo comum.

São exemplos a pena de morte por fuzilamento (art. 56) c/c art. 5º, XLVII, “a”, CF; o concurso de crimes (arts. 79 e 80), onde o concurso material, o concurso formal e o crime continuado são tratados da mesma forma; a circunstância atenuante da confissão (art. 72, III, “d”), etc.

Mesmo na parte especial, temos tipos penais assemelhados ao da legislação comum: ex.: pederastia (art. 235) e o tráfico, posse ou uso de entorpecente (art. 290), com contornos jurídicos absolutamente distintos.

2.2. Procedimento Ordinário ou comum

O CPPM estabelece que o prazo para instrução criminal no procedimento ordinário é de 50 (cinquenta) dias, se o réu estiver preso e de 90 (noventa) dias, se o réu estiver solto (arts. 384 a 450).

Importante anotar que a autoridade da polícia judiciária militar é autorizada a prender, na fase pré-processual, sem ordem judicial, sem flagrante delito, o autor de crime propriamente militar (art. 5º, LXI, CF).

Recebidos os autos de inquérito policial militar (IPM), o membro do Ministério Público oficiante poderá: a) requerer sua devolução à origem para diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, por prazo não excedente a vinte dias; b) oferecer denúncia; ou c) promover o arquivamento do IPM, se entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, ou restar demonstrada a inexistência de fato delituoso, além de outros fatos jurídicos impeditivos da propositura da ação penal (p.ex., coisa julgada).

Oferecida a denúncia, sendo a mesma recebida, o réu deverá ser citado pessoalmente e não sendo encontrado, será declarado revel. Sendo rejeitada, caberá o recurso em sentido estrito. Nesta fase haverá a convocação do Conselho de Justiça.

Na fase instrutória, comparecendo o réu em Juízo, após a leitura da denúncia, o juiz presidente procederá ao interrogatório do réu (art. 302 e seguintes do Código de Processo Penal Militar). Os membros do Conselho de Justiça poderão formular outras perguntas que entenderem necessárias para esclarecimento do fato, através do magistrado.

Vale o registro que alguns magistrados permitem, através deles, a possibilidade de perguntas pelas partes.

A instrução seguirá com a oitiva da vítima (se possível) e das testemunhas da acusação e da defesa, observando-se o princípio da oralidade.

Note-se que inexistente a defesa prévia no processo penal militar. Com razão, ao final da oitiva da última testemunha da acusação, a defesa tem o prazo de cinco dias para arrolar as suas testemunhas (art. 417, do CPPM).

As testemunhas numerárias constarão do rol acusatório e da defesa em número não superior a seis (art. 77, alínea *h*, do CPPM), sem prejuízo das testemunhas referidas, informantes e as do Juízo.

As partes e os membros do Conselho de Justiça também poderão formular perguntas, através do juiz presidente.

Após a inquirição da última testemunha de defesa, os autos irão conclusos ao juiz, que deles determinará vista às partes, por cinco dias, para os derradeiros requerimentos ou diligências (art. 427, do CPPM).

Findo o prazo supra e se não tiver havido requerimento ou despacho para os fins nele previstos, os autos serão encaminhados, sucessivamente, por oito dias, ao representante do Ministério Público e ao advogado do acusado para alegações finais.

Tratando-se de feito da competência do Conselho de Justiça, as partes poderão protestar pela apresentação das alegações finais, oralmente, por ocasião da sessão do julgamento e da sentença (art. 433, do CPPM).

Nos casos de competência do juízo singular, as alegações finais serão escritas. Após, os autos irão conclusos ao juiz togado para decisão monocrática. Aqui está a mais sensível diferença entre os processos de competência do Colegiado e do Juiz Singular.

No dia designado para o julgamento, o juiz de direito fará ler a denúncia e o interrogatório do réu, sem prejuízo de outras peças dos autos, atendendo, inclusive, requerimentos das partes (art. 432 e alíneas, do CPPM).

Terminada a leitura das peças, o presidente do Conselho de Justiça (juiz togado) dará a palavra, para sustentação de suas teses, ao Promotor de Justiça e ao(s) advogado(s) do acusado (art. 433, do CPPM). O tempo para a acusação e para a defesa será de 03 (três) horas, para cada. Ainda será possível fazer uso da réplica e da tréplica, por tempo não excedente a 01 (uma) hora, para cada um. O assistente (se houver) terá a metade do prazo concedido ao Promotor de Justiça para a acusação e réplica (art. 433, §§§ 1º, 2º e 3º, do CPPM).

Durante os debates poderão ser dados apartes, desde que permitidos por quem esteja na tribuna e não tumultuem a sessão (art. 433, § 8º, do CPPM).

O uso da réplica pelo membro do Ministério Público normalmente ocorre em casos de grande complexidade, após a defesa apresentar teses ou argumentos não enfrentados na primeira fala e, sobretudo, diante da apresentação de questões preliminares ao mérito.

Concluídos os debates, serão decididas (se houver) as questões de ordem ou preliminares levantadas pelas partes pelo Conselho de Justiça. Superadas as eventuais preliminares, tem início a votação acerca do mérito da causa, iniciando-se, como dito alhures, pelo juiz presidente (togado), seguido do juiz militar de menor graduação até o de maior patente.

Ao final, o juiz presidente proferirá o resultado da decisão do colegiado (proclamação do veredicto), inclusive no tocante ao cálculo das penas e regime prisional, no caso de condenação (art. 440 e alíneas, do CPPM).

A sentença será redigida pelo juiz de direito e assinada, ao final, pelo Colegiado.

Se a sentença não for lida na sessão em que se proclamar o resultado do julgamento, lê-lo-á pelo juiz de direito, dentro do prazo de oito dias e dela ficarão, desde logo, intimados o representante do Ministério Público, o réu e seu defensor, se presentes (art. 443, do CPPM).

Após a leitura da sentença, no prazo de três dias, os autos irão com vistas ao Ministério Público para eventual interposição de recurso (art. 444, do CPPM).

2.3. Estratégias de atuação

A atuação do Ministério Público na Justiça Militar envolve as áreas criminal (incluindo as execuções penais), cível e a 2ª Instância (Procuradores de Justiça).

O trabalho diário do Promotor de Justiça que atua na Justiça Militar, em quase a sua totalidade, tem nascedouro nos inúmeros quartéis militares espalhados por todo o Estado de São Paulo, já que os jurisdicionados são os mais de 100 (cem) mil homens e mulheres, da ativa e da reserva, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares bandeirante.

Além da atuação na seara criminal, o Promotor de Justiça atua na área cível, apresentando pareceres em ações ordinárias, mandados de segurança e *habeas corpus*.

Compete à Polícia Judiciária Militar a apuração dos crimes militares e sua autoria, mediante a instauração de inquérito policial militar.

A Corregedoria da Polícia Militar, outrossim, exerce importante papel de órgão investigativo.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. Curitiba: Juruá, 2009.
- CÓDIGO PENAL E CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. Org. Emílio Sabatovski e Iara P. Fontoura. Curitiba: Juruá, 2011.
- COIMBRA NEVES, Cícero Robson; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOBÃO, Célio. **Direito processual penal militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Projeto Gráfico e capa
Vanessa Merizzi

Diagramação
Marilena Camargo Villavoy

Revisão
Dante Pascoal Corradini

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

formato 15,5 x 23 cm
tipologia Minion Pro e Myriad Pro
papel miolo | Offset 90g/m²
capa | Cartão Triplex 250g/m²
número de páginas 400
tiragem 1700

