

O JUIZ NA CONDUÇÃO DO PROCESSO PENAL

AGAPITO MACHADO

*Juiz Federal da 4ª Vara no Ceará e
Professor de Direito Penal na
Universidade de Fortaleza.*

RESUMO

O trabalho aborda o Direito Penal e Processual Penal diante das reformas da Constituição Federal de 1988 e coteja a jurisprudência e doutrina recentes, abordando principalmente o seguinte: a) a omissão do legislador em não elaborar as normas penais necessárias; b) a atuação do Juiz na chamada jurisdição penal incriminadora e na extra penal e a diferença entre o Juiz brasileiro e o italiano, além da necessidade de o Judiciário poder remeter diretamente ao Congresso qualquer projeto de lei e não apenas os que dizem respeito à sua economia interna; c) a necessidade de o Judiciário fundamentar mesmo todas as suas decisões para que o Advogado, diante da nova Lei nº 8.906/94, não insista em querer se pronunciar após o Relator, nos Tribunais, sob a alegação de que o relatório, em alguns casos, é sucinto e até omisso, a ponto de levar os demais membros a não apreciarem todas as teses da defesa e ficar violada a ampla defesa; d) a natureza jurídica do inquérito policial, bem como o problema do art. 21 do CPP, sobre a incomunicabilidade do preso; e) o problema das provas ilícitas, como a escuta telefônica sem regulamentação em lei, diante da decisão do STF no acórdão nº 69.912, e também a confissão à base de tortura, sem a presença do advogado; f) a questão da comunicação de dados e do sigilo bancário; g) o julgamento pelo Júri contra a prova dos autos.

SUMÁRIO

1. O direito penal na Constituição Federal de 1988. 2. Necessidade de o Poder Judiciário fundamentar suas decisões. 3. Das inovações introduzidas no nosso Código Penal em razão da Lei nº 7.209/84 e da Constituição Federal de 1988. Inquérito Policial. Provas ilícitas (sigilo bancário e escuta telefônica). Responsabilidade penal objetiva. 4. O Juiz Brasileiro e o Italiano. Diferença. 5. A legislação penal a partir de 1984 e a Jurisprudência do STF, STJ e TRFs, nos últimos anos. 6. Alguns princípios Constitucionais Penais utilizados antes e depois da Constituição de 1988.

1 - O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Aqueles que se dedicam ao estudo e aplicação do Direito Penal Brasileiro, estão conscientes de que a Constituição Federal de 1988, ao eliminar o estado autoritário e restabelecer o Estado Democrático de Direito, trouxe inúmeras garantias aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, especialmente as *penais*, a saber:

a) da dignidade (art. 1º, III);

b) a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II);

c) no art. 5º e seus diversos incisos, se contemplou a igualdade, a inviolabilidade do direito à: vida, liberdade, segurança e propriedade bem como os seguintes: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (II); ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (III); são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (X); a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (XI); é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das

comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (XII); a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (XXXV); não haverá juízo ou tribunal de exceção (XXXVII); é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude da defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (XXXVIII); não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (XXXIX); a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (XL); a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (XLI); nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento dos bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (XLV); a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, multas, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos (XLVI); não haverá penas de morte, salvo de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, nem de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (XLVI); a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (XLVIII); é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX); às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L); nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da Lei (LI); não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (LII); ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (LIII); ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LIV); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV); são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (LVI); ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (LVIII); ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI); a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII); o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXII); o preso tem o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV); a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV); ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança (LXVI); não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (LXVII); conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (LXVIII); o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXXIV); o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (LXXV).

2 - DA NECESSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO FUNDAMENTAR SUAS DECISÕES

De acordo com os incs. IX e X, do art. 93 da Constituição Federal de 1988, *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir,*

limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes e as decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Os órgãos do Poder Judiciário ora agem praticando atos administrativos (atividade atípica), ora praticando atos judiciais propriamente ditos (atividade típica).

Como Administração Pública, não se pode negar que o Poder Judiciário padece dos mesmos defeitos dos demais administradores, até por falta de experiência dos magistrados nessa atividade. O Juiz, raramente, é um bom administrador. O Judiciário acolhe também o nepotismo; nem sempre se utiliza de critérios objetivos para indicar seus Juízes para comporem os Tribunais Regionais Eleitorais e principalmente para substituição eventual no segundo grau, prevalecendo, em alguns casos, apenas a amizade entre o Juiz do Tribunal e o de primeiro grau. Em razão desse procedimento, os Tribunais têm recebido críticas de que não são fiscalizados e que, por isso, necessitam de um controle externo. Há quem afirme que determinados atos administrativos, quando praticados pelo Poder Judiciário, terminam, na prática, ficando imunes até mesmo à própria apreciação do Poder Judiciário agindo esse em sua atividade típica (judicial), porque no caso de Mandado de Segurança, o denominado remédio heróico, é o próprio Tribunal quem julgará seu ato (CF/88, arts. 102, I, *d*, 105, I, *b*, 108, I, *c*). Realmente, embora previsto na Constituição Federal, não deixa de causar certa perplexidade, o próprio Tribunal ser, ao mesmo tempo, autoridade coatora e ele mesmo julgar seu ato. É o réu julgando em causa própria. O certo, é que a partir de 5 de outubro de 1988, queiram ou não, é exigência constitucional que os Tribunais motivem, vale dizer, fundamentem suas decisões administrativas. Mas essa motivação não é uma motivação qualquer, dissociada de outros princípios e valores, senão os previstos no art. 37 da mesma Constituição, entre os quais estão a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, principalmente, e a publicidade.

Logo após a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em sua atividade meramente administrativa,

realizou concursos internos (ascensão e progressão funcionais). Sustentei, como magistrado de primeiro grau, que o Supremo Tribunal Federal quando fosse acionado em sua atividade típica (judicial), não hesitaria em afirmar que tais concursos internos seriam inconstitucionais. E não deu outra: na ADIN 231-RJ, proclamou-se a inconstitucionalidade desses procedimentos imorais.

Já em sua atividade típica, prestando a tutela jurisdicional, é exigência constitucional que todos os órgãos do Poder Judiciário, sem qualquer exceção feita no inc. IX, do art. 93, fundamentem todas as suas decisões, sob pena de nulidade, o que implica dizer que o Juiz não tem opinião própria e realiza a vontade da norma escrita pelo Poder Legislativo, especialmente em se tratando de norma penal incriminadora, onde a única fonte do direito é a Lei, em sentido formal e material, não se podendo cogitar do chamado direito alternativo ou alternância do direito. É a lei que cria e/ou exacerba o tipo penal. Em sua ausência (da lei), e, portanto, na chamada jurisdição penal incriminadora, não cabe invocar o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito). Não há mais espaço para quem quer *aparecer* querendo se notabilizar, demonstrando permanecer ao lado da opinião pública leiga, pisoteando a Constituição. Se pisoteá-la uma vez não terá mais moral para não pisoteá-la sempre. Se a Constituição Federal está errada, é iníqua, é anacrônica e está conduzindo o País à impunidade ou à ingovernabilidade, aqueles que a promulgaram (os Constituintes) e os que podem emendá-la (Deputados e Senadores) que cuidem de pôr uma melhor, para aplicação pelo Juiz. É que o Juiz brasileiro não instaura inquérito, não oferta denúncia e mais, o Poder Judiciário só tem iniciativa de leis que dizem respeito à sua economia interna (Lei da Magistratura, lei sobre criação de seus cargos e fixação de vencimentos). Nenhum Juiz pode remeter, já fazendo parte do processo legislativo, qualquer projeto de lei, mormente penal.

Com o advento da Lei nº 8.906, de 4-7-94, dispendo sobre o novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, muito se discutiu a respeito de poder o Advogado falar após o Relatório

feito pelo Relator, nos Tribunais, eis que afirmam, os Advogados, que em alguns casos, a decisão de um Juiz monocrático termina, na prática, sendo mesmo reformada por um único Juiz do Tribunal que, ao elaborar um sucinto Relatório, deixa de apreciar e, portanto, abordar todos os pontos alegados pela parte, levando destarte, os demais membros da Corte, a erroneamente acompanhá-lo, por acreditarem que o Relatório abordou realmente todas as alegações das partes. Ao final, a parte, mormente quando se trata de réu condenado em primeiro grau, termina não tendo ampla defesa porque não teve apreciadas suas teses. E perguntam com razão os Advogados: de que vale a ampla defesa e o contraditório constitucionais se, ao chegarem ao Tribunal, este não examina todas as suas teses? Se pudessem falar, após o Relator, os Advogados teriam condições de mostrar aos demais membros do Tribunal que o Relator foi demasiadamente sucinto e até mesmo omissivo em não abordar todas as questões do recurso e só aí estaria cumprido o preceito constitucional. E quem já integrou colegiados, sabe que essa alegação dos Advogados não é difícil de acontecer.

Atualmente, contra a decisão do Júri Popular que julga o réu contra a prova dos autos, só cabe uma única apelação (art. 593, § 3º do CPP) e o Tribunal, quando muito, manda o réu a novo julgamento pelo Júri. Nada impede que o réu seja julgado novamente contra a prova dos autos. Nesse caso, ninguém, nem mesmo o STF, pode revisar esse julgamento injusto, dada a soberania do Júri assegurada pela Constituição (art. 5º, XXXVIII, c). Então, se nós podemos ser julgados contra a prova dos autos, para que então a Constituição nos assegure o devido processo legal, com ampla defesa, contraditório com os meios e recursos a eles inerentes? Por isso, se o Júri Popular é também um órgão do Judiciário, constitui uma incoerência essa soberania que lhe é assegurada de poder julgar os autores de crimes dolosos contra a vida como bem entender, absolvendo ou condenando o réu até mesmo contra o que constar do devido processo legal.

Explicando melhor o assunto, busquemos um caso prático. Suponhamos que seu filho, garoto de 19 (dezenove) anos, residente numa Capital vai, juntamente com alguns amigos, a uma

festa em uma pequena cidade do interior e, pelo cúmulo do destino, é atacado pelo filho do Prefeito e seus seguranças. Para não morrer, fica evidente que agindo em legítima defesa vem a matar o filho do Prefeito. A ação praticada, sem dúvida, é típica, mas lícita. Inexiste o crime. O lugar do crime, todavia, determinará o Juízo Natural onde esse rapaz será processado, ou seja, o Júri que o julgará, vindo a ser pronunciado, será o dessa cidadezinha do interior.

Conste o que constar do processo, vale dizer, ainda que fique sobejamente comprovado nos autos que seu filho agiu em legítima defesa, ele será irremediavelmente condenado pelo Júri da cidadezinha. Mas os defensores do Júri dirão: mas da decisão condenatória desse Júri caberá recurso ao Tribunal de Justiça. Entretanto, o Tribunal de Justiça não poderá absolver seu filho. Quando muito, mandá-lo-á a novo julgamento, por outro Júri, mas o da mesma cidadezinha do interior. Em resumo: se o advogado de seu filho não conseguir criar uma situação para desaforar esse julgamento para outra cidade que não sofra a influência do Prefeito da referida cidadezinha, o seu filho estará irremediavelmente condenado, ainda que os autos revelem que agiu em legítima defesa.

Pergunta-se: de que então servirá a seu filho o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, os meios e recursos a eles inerentes assegurado na Constituição, se o Júri o condenará (seu filho) contra a prova dos autos? Seria bom que, quando possível, se revisse esse assunto, ou então, alguém explicasse com um mínimo de razoabilidade porque o Júri Popular é o único órgão do judiciário que não precisa fundamentar sua decisão condenatória ou absolutória, contrariando as regras do devido processo legal.

3 - DAS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS NO NOSSO CÓDIGO PENAL EM RAZÃO DA LEI Nº 7.209/84 E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 - INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito policial, por ser uma peça sigilosa e inquisitorial, tem sua importância apenas quanto à materialidade do crime, porque traz o exame de corpo de delito. Quanto à autoria, não tem valor algum. Segundo o STF (AC 1.143, DJ 14-9-73, p. 6.738, Min. Aliomar Baleeiro, HC 43.042, Rel. Min. Pedro Chaves e outros, AC 40.727, Rel. Min. Lima Torres, *in* RTJ 540/744) a autoria é aferível somente perante o Juiz, onde são assegurados o contraditório, ampla defesa e os recursos a eles inerentes.

No momento em que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, afirma que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, há quem afirme que o Inquérito Policial deixou de ser mero procedimento para ser mesmo um processo. E como processo administrativo, tem de franquear a ampla defesa e o contraditório ao indiciado. Essa é a opinião de Rogério Lauria Tucci: *E tal é a força desse postulado básico do processo penal, que o direito do cidadão à defensoria técnica exsurge antes mesmo da formalização da acusação, bastando, para a sua concreção, que a pessoa necessitada tenha, de qualquer maneira sua liberdade cerceada à simples iniciação da persecutiocriminis (in Constituição de 1988 e Processo, Saraiva, 1989, p. 23).*

O Juiz do TRF da 1ª Região, Aristides Medeiros, em trabalho publicado na Revista AJUFE, Junho de 1993, quando em atividade, sob o título *Prisão na Fase do Inquérito Policial* indaga: e agora: o contraditório alcança os atos do inquérito policial? Para responder a tal indagação afirma *que até antes do advento da Carta Magna, o contraditório no processo penal era constitucionalmente circunscrito à instrução criminal (CF de 10-11-37: art. 122, nº 11; CF de 18-9-46: art. 141, § 25; CF de 24-11-67 e EC nº 1, de 17-10-69: art. 153, § 16), isto é, apenas no estágio que tem início após ao recebimento da denúncia ou da*

queixa, consoante disposto no Capítulo I, do Título I, do Livro II do Código de Processo Penal (arts. 394 e segs). Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 5-10-88, entretanto, a situação veio a se modificar, porquanto o contraditório foi então previsto com toda a extensão, não mais se restringindo à instrução criminal (art. 5º, caput, inc. LV). A maioria dos autores entende que o inquérito é composto de peças de mera informação... Acontece, porém, que certas peculiaridades infirmam o mencionado ponto de vista, como v.g. no caso de prisão em flagrante (art. 301 do CPP) e também nos de decretação de custódia preventiva (art. 311 do CPP) e de prisão temporária (Lei nº 7.960/89), estas últimas decorrentes de representações feitas por autoridades policiais, ainda na fase do inquérito. É que, para examinar a legalidade da lavratura de auto de prisão em flagrante (CF, art. 5º, caput, incs. LXII e LXV) e igualmente para apreciar pedido de decretação de prisão preventiva ou temporária, o juiz terá que se valer de prova pré-constituída (pois não se lhe ensejará particularmente promover qualquer ato de instrução), sendo certo que na colheita dessa prova - com base na qual logo decidirá o magistrado - haverá a autoridade policial de ter garantido o princípio do contraditório, com efetiva intervenção de advogado (em assistência ao cidadão), a quem obrigatoriamente haja propiciado oportunidade para contraditar testemunhas e fazer reperguntas, isso porque a prisão afeta o status libertatis, que não pode ocorrer sem o devido processo legal. Realmente, é a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. LIV que afirma: Ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Em seu *Nulidades no Processo Penal*, 3ª ed., 2ª tiragem, Editora Malheiros, 1994, Ada Pellegrini Grinover, afirma, em resumo, que é indispensável a presença do advogado já na fase do inquérito, para ali já caminharem juntas a autodefesa e a defesa-técnica.

O inc. LXIII do art. 5º da CF/88 estabelece que *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*. Referido dispositivo, bem se vê, não fala em acusado,

mas sim em *preso*. Preso é aquele contra quem está se iniciando um inquérito policial e a Constituição já lhe assegura nessa fase (do inquérito) a presença de advogado. Essa presença é importante para que, como diz Ada Pellegrini, já comecem a caminhar juntas a autodefesa e a defesa-técnica. E mais, como tem sido da tradição da Polícia obter confissões de presos mediante vários tipos de torturas (as que deixam e as que não deixam vestígios), a assistência de advogado ao preso nada mais representa, senão uma espécie de garantia de que, na presença de advogado, a autoridade policial não se sentirá animada a torturar o preso. Por outro lado, uma confissão obtida na fase policial com a presença de um advogado, nela interferindo, é possível ser depois considerada para uma condenação, dependendo das demais provas (art. 197 do CPP).

Se a autoridade policial quer demonstrar que não obtém confissões de presos à base de torturas, basta cumprir a Constituição requisitando à OAB, na forma legal que antes já havia previsão desde 1963 (art. 87, *caput*, inc. XI, da Lei nº 4.215, de 27-4-63) a presença de um advogado quando for interrogar o preso, enquanto se instala a Defensoria Pública já criada pela Lei Complementar nº 80, de 12-1-94.

Tenho afirmado que a Polícia Federal quer realizar um trabalho profícuo, mormente no Ceará com nova Administração. Uma grande resposta que ela, em todo País, daria a todos de que não obtém confissões à base de tortura, seria cumprir o inc. LXIII do art. 5º da Constituição, ou seja, antes de iniciar o interrogatório do *preso* lhe dar assistência de advogado, requisitando, para tanto, à OAB, a indicação de Advogado. Somente assim uma confissão obtida na Polícia poderia vir a ser considerada para uma condenação como prova lícita. Fora daí, permanece a presunção de tortura. E, nem nos sombrios tempos da Ditadura Militar, o STF condenou alguém unicamente por confissão obtida naqueles porões. E quem duvidar se a Polícia torturava é só ler o livro *Brasil Nunca Mais*.

É inquestionável que sem a assistência de advogado ao preso, quando da prisão e tomada de seu interrogatório, o indiciado possa

sofrer coação da autoridade policial. É que seria incrível o preso ter o direito constitucional de calar e depor contra si mesmo.

A propósito do direito que tem o preso de calar em seu depoimento, a doutrina entende que pode ser exercido inclusive durante o interrogatório judicial, e não apenas no policial, estando, portanto, revogados os arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal, não prevalecendo mais o aspecto demoníaco da Lei de que o silêncio do acusado poderá ser interpretado em seu prejuízo. No momento em que o réu/acusado/indiciado tem o direito de se calar, o seu interrogatório não mais se constitui um meio de prova mas sim um meio de defesa.

Outro aspecto interessante é saber se está ou não em vigor o art. 21 do CPP, dispondo, embora excepcionalmente, que a *incomunicabilidade do preso, na fase do inquérito policial*, pode ocorrer por despacho fundamentado do Juiz e por até três (3) dias. Pelo art. 89, III, da Lei nº 4.215/63, referida incomunicabilidade já não se aplicava ao *advogado do preso*. Penso que, na medida em que a CF/88, no art. 5º, LXII assegura ao preso o direito de ter *assistência não só do advogado, mas da família*, referido artigo teria sido *revogado*. Embora existam opiniões diferentes, como a de Damásio de Jesus, estou com Tourinho Filho que, em seu Processo Penal, SP, Saraiva, 1989, 1/187 e 188, lembra: *ora, se até mesmo durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º, IV, da CF 88)*, não se pode determinar a incomunicabilidade do preso, quando o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem ou a paz social (...), com maior razão *não há que se falar em incomunicabilidade na fase do inquérito*.

3.2. PROVAS ILÍCITAS. SIGILO BANCÁRIO (DADOS) E ESCUTA TELEFÔNICA

De acordo com o inc. LVI, art. 5º, da CF 88, serão inadmissíveis no processo as provas obtidas ilicitamente. São ilícitas as provas obtidas contra as normas de direito positivo, tais como confissões à base de torturas, sem a indispensável presença de advogado, as diversas escutas clandestinas como a ambiente, invadindo a intimidade (art. 5º, CF 88, X) e a escuta telefônica (art. 5º, XII), sem lei regulamentando-a.

A propósito do art. 5º, XII, da CF 88 estabelecendo que *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*, a quase unanimidade dos constitucionalistas e penalistas brasileiros, afirma que o citado inc. XII contempla 4 (quatro) hipóteses de inviolabilidade: a) da correspondência; b) das comunicações telegráficas; c) de dados e d) das comunicações telefônicas. É apenas no último caso (comunicações telefônicas) é que essa inviolabilidade não seria absoluta, e sim relativa, dependendo apenas de lei, que ainda não existe, disciplinando os casos e formas em que se dará.

Foi o Ministro Marco Aurélio, do STF, em voto proferido na Petição nº 577-DF, julg. em 25-3-92, na questão de ordem 00005775/170, Rel. Min. Carlos Veloso, que bem explicou que o art. 5º, XII, contempla apenas duas (2) e não quatro (4) situações assim divididas: a) correspondência e comunicações telegráficas que continuam absolutamente invioláveis, vale dizer, nenhuma lei, anterior ou posterior, pode assegurar violações nessas áreas; e b) dados e comunicações telefônicas. Esta última (dados e telefones) pode ser violada, se prevista em Lei.

3.2.1. SIGILO BANCÁRIO. DADOS

Os *Dados*, vale dizer, por exemplo, aquilo que temos depositado em Bancos, eram relativamente violáveis na vigência da Constituição Federal de 1946. É que o art. 38 da Lei Ordinária nº 4.595/65 admitia a quebra do sigilo bancário desde que autorizada por decisão judicial.

De acordo com o art. 192 da atual Constituição (1988), o Sistema Financeiro Nacional será disposto em Lei Complementar. É pacífico, portanto, que a Lei Ordinária nº 4.595/64 foi recebida como Lei Complementar. Portanto, o Superior Tribunal de Justiça no HC 2352-8 (5ª Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 9-5-94, p. 100.882) decidiu que o Promotor não pode requerer diretamente a quebra do sigilo bancário de ninguém, a despeito de prevista na Lei ordinária nº 8.625, de 12-2-93, que instituiu a Lei Orgânica

Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público nos Estados. É que só Lei Complementar pode criar novas hipóteses de quebra do sigilo bancário, como está na Lei Complementar nº 75, do Ministério Público da União.

O TRF da 5ª Região, todavia, no HC nº 419-CE, reg. 94.05.19174-8 - Rel. Juiz Francisco Falcão, decidiu que o *Ministério Público da União* não pode determinar a quebra do sigilo bancário de particular sem a interferência do Poder Judiciário, mas só o de *autoridades*.

Em resumo: a quebra do sigilo bancário já estava autorizada em Lei Ordinária (art. 38 da Lei nº 4.595/64) que foi recebida pela CF/88 como Lei Complementar, por ordem judicial. E, independentemente de ordem judicial, só poderá também ser quebrada diretamente pelo Ministério Público da União (quanto às autoridades, de acordo com o TRF da 5ª Região) e pela CPI, porque essas previsões estão em Lei Complementar.

3.2.2. ESCUTA TELEFÔNICA

Se para a quebra do sigilo bancário (dados), já existia Lei disciplinando-a e que foi devidamente recebida pela Constituição Federal de 1988, o mesmo não se pode afirmar em relação à escuta telefônica.

O Supremo Tribunal Federal, no Acórdão 69.912/RS, em que foi Relator o Min. Sepúlveda Pertence, ao absolver acusados de tráfico internacional de cocaína, em que teria sido preso apenas o motorista e os demais, em razão de escuta telefônica, colocou um ponto final no assunto, mostrando que a omissão é do Poder Legislativo e dizendo que:

a) Até a data em que escrevi este trabalho (outubro/1994) não existia a Lei a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição Federal. Essa lei é necessária porque o dispositivo constitucional é de eficácia limitada, vale dizer, exige necessariamente uma regulamentação, sequer se podendo cogitar de eficácia contida;

b) o Código de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62, art. 57, II, e) que dispunha genericamente sobre o assunto, não foi recebido pela Constituição Federal de 1988, porque não trazia os casos e as formas em que a mesma era autorizada. Ademais, o Código de Telecomunicações nunca permitiu que a escuta telefônica fosse colhida diretamente pela Polícia e sim pelos serviços das empresas de telecomunicações;

c) enquanto o Legislativo (Deputados e Senadores) não elaborar tal Lei, nenhum juiz, por se tratar de matéria penal incriminadora e de norma constitucional que exige regulamentação, poderá autorizar a escuta telefônica, inclusive porque é crime previsto no art. 151, § 1º, II, do Código Penal, apenado com detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, quem a realizar. E a prova, se colhida, será ilícita, não sendo apta a condenar ninguém;

d) se, por exemplo, a Polícia prender alguém em flagrante, prova essa normalmente lícita, mas se decorreu de uma ilicitude inicial (escuta telefônica), estará também contaminado de nulidade esse flagrante, porque a prova nesse caso é ilícita por derivação. O STF acolheu a chamada prova ilícita por derivação (teoria da árvore dos frutos envenenados).

Portanto, enquanto não for editada pelo Congresso Nacional a indispensável Lei autorizando a escuta telefônica e dada a importância de se preservarem os direitos e garantias individuais contra o Estado, nem mesmo durante o estado de sítio é possível a quebra dessa comunicação. A quebra do sigilo telefônico, enquanto não aprovada a respectiva Lei, só se dará em situação excepcionalíssima, ou seja, durante o Estado de Defesa (art. 136, § 1º, c da Constituição Federal), o que foi reconfirmado pelo STF, no julgamento de Collor de Melo, em dezembro de 1994.

O eg. TRF da 5ª Região, que havia vacilado em julgamento anterior admitindo como válida escuta telefônica como prova derivada (caso dos *inhames*), agora, em 8-11-94 no HC nº 449-PE, em que foi Relator o Juiz José Delgado, também determinou o trancamento de ação penal proposta contra Antonio Cardoso da Ponte Neto, acusado de favorecimento pessoal por esconder Paulo

Cesar Farias, porque a Polícia Federal teria montado escuta telefônica em sua residência.

Há quem defenda que, enquanto o Poder Legislativo não elaborar a Lei da Escuta Telefônica, omissão essa injustificada e que já demora cerca de quase 6 (seis) anos (a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 5-10-88), a Polícia teria de trabalhar com maior competência, colhendo-a (escuta telefônica), como sempre fez, mas não levando-a para dentro dos autos para não acarretar a sua invalidade bem como das demais provas que dela derivarem. Isso bem mostra que a Polícia, embora querendo trabalhar, o Congresso Nacional não lhe dá o instrumento legal, no caso a Lei, tendo ela (Polícia) de esconder do Juiz do processo a prova colhida ilicitamente.

Em que pese seja uma situação em que a Polícia atenderia aos anseios da sociedade, o Min. Rel. Sepúlveda Pertence, do STF, ao apreciar o assunto no Acórdão 69.912-RS, acima referido, condena esse procedimento afirmando: ... 33. *Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do fruit of the poisonous tree é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.* 34. *De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.* 35. *Nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha nos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida.* 36. *Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação das decisões condenatórias.*

No XV Congresso Internacional de Direito Penal realizado no Rio de Janeiro, no início de setembro de 1994, *reafirmou-se que qualquer prova obtida através da violação de um direito fundamental do cidadão, sem autorização dos legisladores, é processualmente nula. Ou seja, a escuta telefônica e os tão comuns flagrantes armados pela Polícia, não têm valor legal* (in Jornal do Comércio, Cidades, Recife, edição de 2 de outubro de 1994, domingo).

3.2.3. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

De acordo com o art. 5º, XLVI, dispondo que a lei regulará a individualização da pena enquanto o inc. XLV diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado e, principalmente, em face do acréscimo ao art. 29 do Código Penal, pela Lei nº 7.209/84, determinando a *medida da culpabilidade*, foi eliminada, definitivamente, a responsabilidade penal objetiva de nosso direito. Todavia, autores como E. Magalhães Noronha ressalva ainda a *actio libera in causa*, as contravenções penais e o preterdolo.

4 - O JUIZ BRASILEIRO E O ITALIANO. A DIFERENÇA

Depois que no Brasil foi noticiada a chamada *Operação Mãos Limpas* realizada na Itália, muito se questiona a respeito de qual Juiz melhor desempenha sua função. Se o Juiz italiano ou o brasileiro.

Segundo se comenta, na Itália há uma Constituição respeitada e regulamentada. Há leis eficazes, especialmente contra o seqüestro e o tráfico de droga. Existe lei admitindo como válida a escuta telefônica. Diz-se que lá há uma unidade entre a Polícia, o Ministério Público e o Juiz. Todos trabalham juntos, com um mesmo objetivo. O Juiz italiano, ele mesmo, colhe a prova em sua efervescência para depois levá-la ao seu Tribunal. Na Itália, a Polícia integra o Poder Judiciário. O Juiz é um misto de magistrado, policial e Ministério Público.

No Brasil, a situação é bem diferente. A polícia, dita judiciária, é integrante do Poder Executivo. Seus dirigentes são escolhidos diretamente pelo Presidente da República (Ministro da Justiça e Diretor Geral da Polícia Federal). Na área Estadual, os Secretários de Segurança são nomeados pelo Governador. Enfim, são políticos que estão nesses importantes cargos ou pessoas que visam, depois, a candidatar-se. Os exemplos estão aí. O chamado controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não saiu ainda do papel. Por enquanto, é mera utopia. No Brasil, temos uma Constituição promulgada desde 5 de outubro de 1988 e até hoje não foram elaboradas as principais Leis. Não temos lei: sobre a identificação criminal de quem já o é civilmente; sobre tortura para maiores de 18 (dezoito) anos; sobre escuta telefônica e tantas outras.

No Brasil, temos dois (2) tipos de jurisdição: a penal e a extrapenal. Tudo que não for penal cai na jurisdição extrapenal (civil, administrativo, processual civil, trabalho, previdenciário, etc.).

A bem da verdade, se o legislador (deputado e senador) omitir-se, vale dizer, deixar de elaborar as leis no âmbito da chamada jurisdição extrapenal, não haverá qualquer problema, eis que o Juiz suprir-lhe-á, aplicando o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito). Entretanto, em se tratando de jurisdição penal incriminadora, se o legislador (deputado e senador) for omissor, não regulamentando a Constituição, o Juiz não poderá suprir a sua ausência, na medida em que é a própria Constituição que instituiu como cláusula pétrea o princípio da reserva absoluta da lei que cria um tipo penal ou o exacerba. Em resumo: na chamada jurisdição extrapenal, a bem da verdade, o Juiz não fica impedido de decidir os casos que lhe são submetidos, havendo omissão do legislador na feitura da lei. Resolverá o caso concreto, aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Na jurisdição penal incriminadora, a omissão do legislador em não editando a norma, impedirá que Juiz a substitua, já que não pode aplicar a analogia para criar um tipo penal ou exacerbar o que existe.

Não será ocioso lembrar que o Congresso Nacional levou nada menos do que dez (10) meses para votar o orçamento de 1994 e o

aprovou em outubro, em apenas 3 (três) segundos. Entretanto, a escuta telefônica que atualmente só é considerada uma prova ilícita porque falta a Lei a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição Federal, até hoje não foi aprovada, mesmo existindo desde 1989, o Projeto nº 3.514 do Deputado Miro Teixeira. Em apenas 1(um) segundo, essa Lei poderia ser aprovada e o Brasil passaria a ter a maior arma para combater, dentro do Estado Democrático de Direito, a criminalidade organizada. Tudo está unicamente nas mãos do Congresso Nacional como já decidiu, definitivamente, a maior Corte Judicante do País, no caso o *Supremo Tribunal Federal*.

5 - A LEGISLAÇÃO PENAL A PARTIR DA LEI Nº 7.209/84 E A JURISPRUDÊNCIA QUE SE CONSOLIDOU NOS ÚLTIMOS ANOS. STF, STJ, TRFs

5.1. Da Legislação

A bem da verdade, não existe um Código Penal Brasileiro de 1984, mas a Lei nº 7.209/84, alterando-lhe a Parte Geral (arts. 1º ao 120). Aguarda-se, com expectativa, a sonhada reforma da parte especial (arts. 121 ao 360), inclusive com a eliminação de delitos fora de uso e com a criação de novos tipos penais, tais como delitos que atingem a informática. Por enquanto, devemos conviver com o Código Penal de 1940 e diversas leis especiais que têm relação com o Direito Penal, entre as quais se mencionam as mais recentes: 7.209, 7.210 (execução penal), 7.780/89, 7.843/89, 8.035/90 (sobre fiança), 7.716, de 5-1-89 (define os crimes resultantes de preconceitos de raça e cor), 7.960/89 (prisão temporária), 8.081, de 21-9-90 (estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza), 8.078, de 11-9-90 (proteção ao consumidor, com destaque para os arts. 61 a 80), 8.072, de 25-7-90 (crimes hediondos, alterada pela Lei nº 8.930, de 6-9-94, que incluiu outros crimes com essa conotação), 8.137, de 27-12-90 (crime contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), 8.112, de 11-12-90 (regime jurídico único

federal), 8.026 e 8.027 da mesma data de 12-4-90 (dispondo sobre conduta de funcionários públicos), 8.212/90, art. 95 (não recolhimento de contribuições ao INSS), 8.882, de 3-6-94, alterando a Lei nº 7.716/89 (evitar o surgimento do nazismo), 8.884, de 11-6-94, (transforma o CADE em Autarquia), 8.489, de 18-11-91 (transplantes humanos), 8.635, de 16-3-93 (direito autoral, altera o art. 184 do CP), 8.658, de 26-5-93 (ação penal originária nos TRFs, DF e Estados), 8.701, de 1-9-93 (inclui o § 2º ao art. 370 do CPP), 8.699, de 27-8-93 (inclui o § 2º ao art. 24 do CPP), 8.683, de 15-7-93 (altera art. 206 do CP) e 8.862, de 28-3-94 (altera arts. 6º, 159, 160, 164, 181 e outros do CPP).

Enquanto os nossos Legisladores não se dignarem em elaborar a tão importante Lei da Escuta Telefônica, paradoxalmente estiveram atentos para elaborar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, recentemente alterada pela Lei nº 8.930, de 6-9-94) que, na realidade somente benefícios trouxe ao tráfico de droga, a saber: a) antigamente, pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76, bastavam apenas 2 (duas) ou 3(três) pessoas para constituir uma quadrilha, cuja pena era de 3 a 10 anos de reclusão. Com a Lei nº 8.072/90, só existe agora o crime de quadrilha a partir de 4 (quatro) pessoas e a pena ficou menor: de 3 a 6 anos de reclusão. Quem estava condenado por crime de quadrilha de tráfico de droga com duas (2) ou três (3) pessoas foi logo beneficiado e saiu da prisão e quem ainda estava respondendo pelo crime de quadrilha com duas (2) ou 3 (três) pessoas teve o processo arquivado (*abolitio criminis*). Pela Lei nº 6.368/76, quem fosse condenado por tráfico de droga só poderia apelar se se recolhesse à prisão. Hoje, pela Lei nº 8.072/90, ficou melhor para o bandido, porque se o Juiz esquecer de fundamentar, na sentença, a necessidade de ele (condenado) se recolher para apelar, implica que ele responderá em liberdade, conforme já decidiu o STJ. Há mais: A Lei nº 8.072/90 diz que quem for condenado por crime hediondo cumprirá pena *integralmente* e em regime fechado, o que não é verdade, porque essa mesma Lei alterou o art. 83 do Código Penal e permitiu que cumpridos mais de dois terços (2/3) da pena, se o apenado não for reincidente, específico em crime dessa natureza, poderá obter o livramento condicional da pena.

5.1.2. Da Jurisprudência: Súmulas do STF

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o STF emitiu sua última Súmula, no caso, a de nº 621. No âmbito penal/processual, as suas últimas súmulas foram as de nºs:

605 (não admitindo a continuidade delitiva nos crimes contra a vida);

608 (dispondo que no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada);

609 (dispondo ser pública incondicionada a ação penal por de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima);

619 (dispondo que a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente de propositura da ação de depósito).

5.1.3 SÚMULAS DO STJ (AS PRINCIPAIS)

9 - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

17 - Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

18 - A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

38 - Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades.

40 - Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

51 - *A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro.*

52 - *Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.*

64 - *Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.*

74 - *Para os efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*

81 - *Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.*

91 - *Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna.*

96 - *O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.*

107 - *Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal.*

5.1.4. SÚMULAS DOS TRFs, exceto da 3ª Região que não as editou

1ª Região:

9 - *a prisão ordenada por magistrado da Justiça do Trabalho, em matéria penal de competência do Juiz Federal, a este deve ser comunicada, que, se for ilegal, a relaxará.*

10 - *Compete ao Tribunal Regional Federal conhecer de habeas corpus quando o coator for Juiz do Trabalho.*

2ª Região:

10 - *Cometido delito em local sujeito à jurisdição de nova Vara é esta a competente para conhecer do inquérito policial distribuído anteriormente a outra Vara, não estando instaurada a ação penal, pelo recebimento da denúncia.*

6 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS UTILIZADOS ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

6.1) Princípio da especialidade. É o único que está previsto em Lei (art. 12 do Código Penal). Por ele, a norma especial exclui a norma geral sem revogá-la (*lex specialis derogat legem generalem*). O infanticídio, por exemplo, é norma especial, dentro do próprio Código Penal, em relação ao homicídio.

6.2) Princípio da subsidiariedade. Consiste no fato de que a norma principal prevalece sobre a norma subsidiária, isto é a norma subsidiária só se aplica se não for aplicável ao caso a norma principal. Exemplos típicos estão nos arts. 147 do CP (na ameaça, está incluído o tipo do constrangimento ilegal) e o art. 132 do CP.

6.3) Princípio da consunção. Se uma conduta mostra-se como etapa (meio) para a realização de outra conduta (fim) diz-se que a primeira foi consumida pela segunda, restando apenas a punibilidade da última. Exemplo: falsificação de documento e uso, para fins de estelionato perante o INSS. Aplica-se apenas a pena do art. 171 do Código Penal (estelionato), conforme Súmula 17 do STJ.

6.4) Princípio da insignificância proposto pelo alemão Klaus Roxin. *O direito penal, dado o seu aspecto fragmentário não deve se ocupar de bagatelas*, já diz o Min. Assis Toledo do STJ em seus *Princípios Básicos de Direito Penal*, Editora Saraiva, 3ª ed., 1987, p. 121. O princípio da insignificância não deve ser confundido com a regra expressa no § 2º do art. 155 do Código Penal, de aplicação obrigatória pelo magistrado e cuja decisão será condenatória. O princípio da insignificância é de aplicação facultativa, dependendo, destarte, da formação jurídica de cada Juiz e, uma vez adotado apenas aos réus de bons antecedentes praticantes de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, a sentença é absolutória.

6.5) Princípio das causas supralegais de exclusão da antijuridicidade. Não estão elas previstas expressamente em lei,

mas a sociedade as considera como causas justas. É o caso de aplicação da analogia *in bonam partem*, o consentimento do ofendido no crime de dano, entre outros, bem ainda, a inexistência de conduta diversa.

6.6) Princípio da certeza absoluta para a condenação. A condenação exige certeza. Não basta sequer a alta probabilidade. *É melhor absolver um culpado do que condenar um inocente* (Roberto Lyra). *Condenar um possível delinqüente é condenar um possível inocente* (Nelson Hungria). O juiz deve ter redobrada cautela para não condenar na dúvida ou atendendo a pedido extrajudicial ou para agradar a opinião pública, por duas razões: 1) porque está decidindo sobre a liberdade de um ser humano, o segundo maior direito do homem (o primeiro é a própria vida); 2) porque, em face da expressa disposição do inc. LXVI, do art. 5º da CF/88, contribuirá, com o seu erro, para que o Estado indenize, objetivamente, o acusado ou seus herdeiros.

6.7) Princípio da inconfundibilidade da ignorância à lei com a ignorância da antijuridicidade/ilicitude do fato. Assis Toledo, na obra já citada, mostra que é imperdoável confundirem-se os conceitos. A ilicitude de um fato, diz ele, é a correlação de contrariedade que se estabelece entre esse fato e a totalidade das leis vigentes e, de outro, um fato da vida real, não será preciso muito esforço para perceber que a eventual ilicitude desse fato não está no fato em si, nem nas leis, mas entre ambos, isto é, na mútua contrariedade que se estabeleceu entre o fato concreto, real e o ordenamento jurídico no seu todo.

6.8) Princípio da impossibilidade de condenação apenas pela confissão isolada do réu, mormente na polícia e sem a presença de advogado, dada a presunção de coação/tortura. Todos sabemos que várias são as razões pelas quais uma pessoa, mesmo exposta ao crime do art. 341 do Cod. Penal, confessa a autoria de crime que não praticou, mesmo na presença do Juiz. Por essas razões, o art. 197 do CPP determina que a confissão há de ser aferida com outras provas existentes no devido processo legal.

6.9) Princípio da impossibilidade de condenação apenas pelo depoimento de co-réus. Entende o STF que o réu não deve ser

condenado com base apenas no depoimento de co-réu, porque este não está sujeito ao crime de falso testemunho (Ap. Crim. 7.600, Min. Carlos Veloso, 1ª Turma, DJU 12-3-87 p. 3.706). *A palavra do co-réu deve ser recebida com reservas* (José Augusto Delgado, Ap. Crim. 225/PE, julg. 10-10-89, unan.).

6.10) Antes assegurados em lei ordinária, estão agora no art. 5º, da CF/88, entre outros, os princípios da legalidade e anterioridade (XXXIX) e irretroatividade (XL). Previstos que estão no Texto Constitucional como direitos e garantias individuais, receberam proteção inclusive contra emenda (art. 60 § 4º, IV), o que vale dizer, só poderão ser alterados por nova Assembléia Nacional Constituinte.

6.11) O art. 129, I, da CF/88, atribui competência privativa, porém não exclusiva por subsistir a queixa subsidiária, ao Ministério Público como titular da ação penal pública condicionada ou incondicionada, o que vale dizer, as normas anteriores que admitiam que um Juiz iniciasse uma ação penal (caso de contravenção) e ao Delegado de Polícia (Lei nº 4.611/65), estão revogadas, pelo fenômeno da não recepção.

6.12) O art. 98, inc. I, da CF/88 rompe com a tradição brasileira e permite que lei possa admitir transação em matéria penal, bem como admite a imprescritibilidade de crimes como a prática de racismo e ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLII e XLIV, art. 5º).

6.13) A presunção de inocência a que se refere o inc. LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) não se choca com o inc. LXI (ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei), de acordo com a Súmula 9 do STJ. A prisão cautelar ou dita provisória, quando objetivamente demonstrada como necessária, não viola a Constituição.

6.14) O parlamentar está protegido pela imunidade absoluta apenas nos crimes de opinião (art. 53, *caput* da CF/88). Quanto

aos crimes comuns (§ 1, art. 53) andou muito bem o Constituinte ao determinar que a prescrição ficará suspensa, se o processo e julgamento não forem autorizados pela Casa respectiva.

6.15) A palavra *relativamente*, na redação dada pela Lei nº 7.209/84, no § 1º do art. 13 do Código Penal, quando trata da relação de causalidade do crime, teve o escopo de evitar dúvidas do passado, se a causa superveniente se incumbe sozinha do resultado. Atiro no braço de A e este, hospitalizado, morre em incêndio ali irrompido, não existe relação natural com o tiro. A palavra *relativamente* tem cabimento porque A só foi parar no hospital por causa do tiro que lhe desferi. Mas a sua morte, em razão do incêndio, ocorreu de resultado produzido por si só, excluindo, destarte, a imputação em verdadeira superveniência de causa independente (§ 1º, art. 13). Se, no exemplo acima, A morre atingido por um raio, a caminho do hospital, a causa da morte aí é absolutamente independente. Em qualquer dos exemplos citados, não responderei pelo resultado que se produziu por si só, salvo se previsto expressamente como crime preterdoloso (arts. 127 e 129 § 3º) ou o agente tiver agido pelo menos culposamente e existir tal previsão (art. 19 do Código Penal).

6.16) O arrependimento posterior à consumação do crime (art. 16 do Código Penal), é cabível em casos de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e desde que, por ato voluntário, o acusado, até o recebimento da denúncia ou queixa, repare o dano ou restitua a coisa. É um estímulo à reparação do dano, embora privilegie apenas quem tem condições financeiras de devolver a coisa e implica condenação, porém com a pena reduzida de 1/3 a 2/3. No caso de cheque sem fundos, todavia, prevalece a regra melhor para o réu, que já era prevista pela Súmula 554 do STF, ou seja, com o pagamento do cheque a ação penal fica obstada, não se podendo, sequer, falar de condenação. E no caso de peculato culposo, aplica-se, também, a regra especial, mais favorável ao réu, no caso o § 3º do art. 312 do Código Penal.

6.17) Omissão relevante. Cuida o art. 13, § 1º do Código Penal, com a redação da Lei nº 7.209/84 de normas preceptivas, subordinadas à prévia existência de um dever de agir, criando o conceito de omissão relevante, quando o omitente devia e podia

agir para evitar o resultado. Diferentemente da omissão de socorro (art. 135), o dever de agir incumbe a quem tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (pai para com o filho); quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (caso de nadador e seu convidado que não sabia nadar) e, finalmente, incumbe àquele que, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (aquele que provocou um incêndio tem de agir para salvar os prejudicados).

6.18) Quanto ao concurso de pessoas, há nítida diferença entre autoria, co-autoria e participação. O co-autor é igual ao autor para fins de apenação, exercendo papel determinante na prática do crime. Para a co-autoria deve existir uma cooperação consciente e recíproca, expressa ou tácita entre os agentes (acordo prévio). Na participação, ao contrário, a cooperação pode ser unilateral, ou seja, exercida sem que o autor principal consinta ou saiba do auxílio prestado. No art. 29 do CP ficou mantida a teoria monista ou unitária com algumas ressalvas a saber: a) quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, porém, na medida de sua culpabilidade, vale dizer, após examinadas as regras dos arts. 59 e 68 do CP, a dosimetria da pena poderá ser diferente aos réus, especialmente porque o § 1º do art. 29 deixa claro que *se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 a 1/3*).

6.19) Dispõe o § 2º do art. 29 que se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. Suponhamos que três marginais combinem assaltar um Banco. Dois adentram a agência bancária e o terceiro fica do lado de fora dando cobertura. Dentro da agência, os dois bandidos matam um vigilante e, em seguida, roubam o dinheiro. É juridicamente possível que o marginal que ficou fora do Banco só responda pelo roubo simples (*caput*) do art. 157) que é o crime menos grave e tenha sua pena aumentada de mais a metade desse *caput* do art. 157, sem a conotação de crime hediondo, por lhe ser possível imaginar que em um assalto era previsível a morte de alguém. Os outros dois, todavia,

responderão por roubo seguido de morte (art. 157, § 3º), com a conotação de crime hediondo, tudo, em razão da medida da culpabilidade. No mesmo exemplo, vamos supor que os dois que entraram no Banco, além do assalto, estupraram uma empregada. Os que assim agiram responderão por roubo (*caput* do 157) e estupro (213), em concurso material, enquanto que aquele que ficou de fora do Banco responderá apenas por roubo simples (art. 157, *caput*), sem qualquer aumento (acréscimo) de pena porque não estava dentro do desenvolvimento natural de um assalto a Banco, o cometimento de estupro pelos seus comparsas.