

JORGE CANDIDO S. C. VIANA

**COLETÂNEA
DE
ARTIGOS
DOCTRINÁRIOS**

Edição 2.000

iEditora

Obras do autor

O MAGNATA

Obra, roteiro e planificação de câmera para cinema e TV.

ALUCINATTIO

Obra, roteiro e planificação de câmera para cinema e TV.

XARRUSCO

Obra, roteiro e planificação de câmera para cinema e TV.

LUCI – Um Retrato de Mulher

Obra semi-autobiográfica, período 64/82.

O Menino e a Avezinha

Obra infanto-juvenil.

Bibliografia jurídica

O HABEAS CORPUS - Quando, Como e Onde Impetrar.

E.V. Editora Ltda. (Edições Julex). (esgotada)

DICIONÁRIO DO ADVOGADO

E.V. Editora Ltda. (Edições Julex) (4ª edição).

COMO PETICIONAR NO JUÍZO CRIMINAL

(E.V. Editora Ltda.) 1ª edição (esgotada)

ESTUDO PRÁTICO DAS REVISÕES CRIMINAIS

(E.V. Editora Ltda.) 1ª edição

SUPERDICIONÁRIO DO ADVOGADO

Juruá Editora – Edição 2.000

COMO PETICIONAR NO JUÍZO CRIMINAL

Jurid Publicações Eletrônicas – Edição 2.000 – Edição informatizada

COMO PETICIONAR NO JUÍZO CRIMINAL

Editora Forense (Edição 2.000)

PRÁTICA DO HABEAS CORPUS

Jurid Publicações Eletrônicas – Edição informatizada

PRÁTICA DAS REVISÕES CRIMINAIS

Jurid Publicações Eletrônicas – Edição informatizada

Próximos lançamentos

COMO PETICIONAR NO JUÍZO CÍVEL

MANUAL DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

O TRÂNSITO URBANO NAS GRANDES CIDADES

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Coletânea de Artigos Doutrinários

JORGE CANDIDO S. C. VIANA

**COLETÂNEA
DE
ARTIGOS
DOCTRINÁRIOS**

Edição 2.000

iEditora

Jorge Candido S. C. Viana

COLETÂNEA DE ARTIGOS DOCTRINÁRIOS

Edição – 2.000

© Copyright by Jorge Candido S. C.Viana

Ficha catalográfica

Viana, Jorge Candido S. C.
(Coletânea de Artigos Doutrinários/Doutrina
Jorge Candido S. C. Viana - 1ª.ed.)

Doutrina Penal/Doutrina – Brasil
I. Título

Autorizada a publicação a: Editco Comercial Ltda. - **iEditora**
mediante contrato firmado com o autor.
Coordenação Editorial: Vanessa Correa
Editoração: Lucy Fabiana G. Couto Viana
Revisão: Jorge Arthur G. S. C. Viana
Capa: Depto. de Criação **iEditora**

Todos os direitos adquiridos para a
língua portuguesa e reservada a
propriedade literária desta publicação pela

Editco Comercial Ltda. - **iEditora**
Rua da Balsa, 601 – 2º andar
CEP: 02910-000 – São Paulo - SP - Brasil
Fone: (11) 7873 3600 (11) 7871 8196 (11) 9719 6032
Fax: (11) 7873 3600 (11) 7871 8196 (11) 9719 6032
E-mail: info@ieditora.com.br
Home Page: <http://www.ieditora.com.br>

Tradução ou reprodução, total ou parcial, proibida.
Impresso no Brasil / Printed in Brazil

O “*HABEAS CORPUS*”

Quando, como e onde impetrar.

Chamado de “remédio heróico” por quase toda a doutrina e a jurisprudência, ele tem mesmo esse caráter: preste-se para a correção de injustiças que outros recursos (no sentido amplo) seriam inócuos ou tardios se fossem utilizados. Substitui outros recursos (embora ele mesmo, catalogado entre os recursos no Código de Processo Penal, na realidade assim não seja), como, por exemplo, a apelação, quando houver alguma questão acerca de nulidade a ser questionada em matéria preliminar. Corrige rapidamente muitas injustiças e se for feita uma rápida incursão acerca de sua utilização, ter-se-á um exemplo disso: para que o condenado mude de regime (do mais severo para o mais brando); para anular um processo; para extinguir a punibilidade; para relaxar um auto de prisão em flagrante delito; para a concessão de liberdade provisória; para que o condenado possa apelar em liberdade; enfim uma gama imensa de situações que o “remédio heróico”, e somente ele, pode corrigir.

Na presente obra, **JORGE CANDIDO** faz uma abordagem sobre o “*habeas corpus*”, que poderia ser classificada de multidisciplinar, embora o título de sua obra aponte que se trata da “doutrina, comentários, interpretações, legislação e jurisprudência”, bem como “modelos de petições”. Existem várias obras sobre o assunto, algumas clássicas, a presente vem oferecer uma visão diferente de todas as

Jorge Candido S. C. Viana

anteriores, analisando nos sentidos teórico e prático o importante instituto de Direito Constitucional e Direito Processual Penal, bem como oferecendo modelos de petições relativas a impetrações requerendo a ordem.

SÍLVIO ARTUR DIAS DA SILVA

Prof. de Direito Penal da PUCC Campinas
Secretário da Ordem dos Advogado do Brasil
Seção Campinas - São Paulo

DICIONÁRIO DO ADVOGADO

(edição de bolso)

Terminologia jurídica

Termos & Expressões latinas

JORGE CANDIDO ao elaborar esta coletânea de terminologias jurídicas e expressões latinas, teve em mente, a utilidade que poderia ter para os estudiosos do direito e em particular para os militantes do Foro.

Em geral a terminologia jurídica, abrigam em si mesma, várias interpretações, que variam de acordo com o assunto onde se quer empregar. Cada autor tem a sua própria interpretação. O autor apresenta a sua e de quebra algumas outras buscadas através da pesquisa nos Julgados dos Tribunais.

No que se refere às expressões e termos da língua latina, sabe-se, de antemão que o maior uso do latim em recursos judiciais, tem por finalidade, via de regra, enfeitar a escrita. O que lhe dá sem dúvida um toque de sabedoria, conhecimentos e por que não dizer eruditismo. Por essa razão, teve o autor o cuidado de ao reproduzir as expressões latinas de uso forense, não se aquietar na tradução pura e simples, procurou dar uma maior dimensão aos termos e expressões comumente usadas no dia a dia do advogado.

E no intuito de ajudar ainda mais, dá algumas dicas de como se pronuncia, bem como o valor de cada letra ou letras nos vocábulos.

O Editor

ESTUDO PRÁTICO DAS REVISÕES CRIMINAIS

Doutrina - Petições - Jurisprudência

Há muito tempo, **JORGE CANDIDO** vem se dedicando a vários estudos no campo do Direito Penal e Processual Penal, como já apresentado em outras obras com temas de grande valor. Discutido e questionado por Juízes, Promotores, Advogados, Consultores Jurídicos e estudantes de direito, o tema abordado nesta obra, embora seja considerado por muitos como antigo, esmiuçado, debatido e muito conhecido no âmbito jurídico, não passa de uma falsa realidade, pode-se dizer que quanto mais se estuda o tema, muito ainda tem que se buscar e aprender.

A presente obra trás um novo e amplo discernimento da grande utilização emergencial que é a revisão criminal, remédio importantíssimo aos inúmeros casos de falhas judiciárias, visto que se trata de matéria que por si só, proporciona grandes questionamentos jurídicos, aos quais **JORGE CANDIDO**, aborda com precisão procurando dar maior visão da aplicabilidade justa, precisa e urgente nos processos suscetíveis à medida da revisão criminal, mesmo porque, nenhum magistrado, nenhum consultor, nenhum promotor, nenhum advogado, nenhum estudante de direito ou quem quer que seja, pode considerar-se infalível e dono da verdade, principalmente tratando-se de um ser comum entre nós e portador da incomensurável, porém, falível inteligência humana.

Jorge Candido S. C. Viana

Trata-se de uma obra que não fica apenas nas primícias da revisão criminal, indo a fundo no assunto, abordando com detalhes ricos outros remédios jurídicos os quais se interligam ao tema da obra, além de vasta jurisprudência e modelos de petições pertinentes, encerrando assim, um trabalho sério, profundo e importante, com ótima didática na apresentação do tema.

OTELLO ÉZIO COPELLI

Advogado militante na comarca de Campinas
Formado pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru
Diplomado pela PUCC de Campinas no curso de pós-graduação
e especialização em Direito Processual Civil

COMO PETICIONAR NO JUÍZO CRIMINAL

Edição 2.000

Falar da segunda edição desta obra de **JORGE CANDIDO** foi para mim uma grande honra, mas da mesma forma, senti que recebi uma grande responsabilidade, pois, relatar com brevidade a importância singular desta obra para o dia-a-dia do obreiro do Direito Criminal, não é tarefa das mais singelas.

Digo que não é tarefa das mais singelas, porque devo traduzir em poucas palavras o universo que é ela, de fácil compreensão e de grande utilidade, dirigida aos acadêmicos e advogados militantes no Direito Criminal, como o próprio título já diz, “**COMO PETICIONAR NO JUÍZO CRIMINAL**”, trás ao profissional, a facilidade de se estender e elaborar uma petição nas mais diversas fases do processo penal.

Com esta obra, face aos vários modelos e exemplos práticos, não será necessário ao profissional desgastar seu valioso tempo em pesquisas para concluir seu mister. Aqui está um compêndio a ser usado diariamente, de forma prática e rápida, mormente nos dias atuais, que temos cada vez mais de sermos ágeis e eficientes, sob pena de perdermos o trem da história.

Útil, necessária, prática, didática, eis alguns adjetivos que podem emoldurar esta obra, face aos suntuosos ensinamentos retirados de exaustivas pesquisas e entregue aos profissionais do Direito como um guia prático para o seu dia-a-dia.

Vejo no autor, um abnegado artífice das letras jurídicas, dinâmico, atualizado, de maneira que suas obras, como é a presente, caminham sempre ao lado das evoluções ocorrentes no mundo jurídico.

Desta forma, **“COMO PETICIONAR NO JUÍZO CRIMINAL”** é obra de leitura obrigatória a todos aqueles que atuam no Direito Criminal e, sobretudo, àqueles que precisam de dinâmica e praticidade nestes tempos de desenfreada concorrência em que vivemos.

JOSÉ PAULO GOMES DA SILVA

Advogado. Membro do Conselho de Prerrogativas da
Ordem dos Advogados do Brasil - Campinas

SUPERDICIONÁRIO DO ADVOGADO

Volume I - Terminologia jurídica

Volume II - Termos & Expressões latinas

Prezados amigos cultores do Direito,

Extremamente lisonjeado pela honra que me foi dada de falar sobre este trabalho, que já se mostra um estrondoso sucesso na área jurídica. Tento em poucas linhas mostrar a obra que tens às mãos.

Trata-se sem dúvida de uma obra que exige muito mais que o caminhar em busca das letras, muitas vezes esquecidas em acórdãos amarelados pelo tempo, mas que trazem em seu espírito muito mais que o singelo palavreado técnico-jurídico, empregado muitas vezes para que possamos nos fazer entender. Trazem, muitas vezes a alma de seu relator, que têm que mostrar em pouco espaço o muito que representam, certas situações ou percursos entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, entre o justo e o injusto. Foi, tenho certeza um extenuante caminho de pesquisas percorrido por **Jorge Candido**, com essa finalidade, da busca do significado das letras jurídicas que comumente usamos para nos expressar, dizendo com pouco muito, outras vezes com um pouco mais tudo.

Com este monumental trabalho de pesquisa, dedicação e cultura, mais uma vez **Jorge Candido**, contribui de forma significativa para o engrandecimento das ciências jurídicas, possibilitando a consulta dos mais variados temas e assuntos em seu "Superdicionário". O título não poderia ser mais feliz, pois quem consulta sua obra, percebe de imediato que está diante de

fonte inesgotável de consulta, aprimoramento de conhecimentos e repositório de ensinamentos nas diversas áreas do Direito. Tanto profissionais já mais amadurecidos, quanto iniciantes e acadêmicos terão, a partir de agora, destinatário certo para as dúvidas que nos atormentam diariamente. Está realmente de parabéns, o autor, por mais esta fantástica contribuição, elevando assim o nível do exercício profissional da classe jurídica, aperfeiçoando o exercício dos direitos e a busca da tutela jurisdicional. A obra, pela sua acessibilidade e clareza, serve ainda como fonte de consulta por pessoas não tão afeitas à terminologia técnico-jurídica, aproximando-as assim ao cotidiano forense o que, em última análise, é o maior objetivo da Justiça, qual seja, estar disponível à sociedade e à população para que façam valer seus direitos, exercitando de forma eficaz e plena, a Democracia alcançada a tão duras penas, a qual devemos todos estimular e divulgar aos quatro ventos, exatamente como o faz, com o brilhantismo peculiar, o autor.

MAURO NICOLAU JUNIOR

Juiz de Direito

COMO PETICIONAR NO JUÍZO CÍVEL PRÁTICA FORENSE

Jorge Candido S. C. Viana, autor de tantos e primorosos trabalhos na esfera do Direito Processual, surge agora com um texto sob o título “*Como peticionar no juízo cível – Prática forense*” – um repositório de modelos práticos para o acompanhamento de todo procedimento processual civil, do qual tive o privilégio de ler seus originais e em seguida emitir uma opinião. E o faço com orgulho e emoção. Com o orgulho de quem foi escolhido entre tantos. E com a emoção de quem inaugura algo de bom e de novo que só uma imaginação vitoriosa cria e engrandece.

Vê-se de plano tratar-se de uma obra segura e meditada, escrita em linguagem escorreita e em estilo leve, por quem possui um lastro sólido de conhecimentos de muitos anos, o que lhe permitiu, na sua triunfante trajetória, um amplo e fácil domínio sobre o assunto. Seu objetivo é bem claro: trazer, da amplidão da prática processual civil, formas mais atualizadas e mais simples de seus inúmeros procedimentos, o que fazem deste texto o mais expressivo e o mais singular dentre os publicados entre nós nesta direção. É claro que o livro não se prende apenas a modelos de petições, senão também a doutrina, a comentários e a jurisprudência. Em suma: uma incursão moderna pelos intrincados caminhos do processo civil, além de procedentes afirmações de conteúdos doutrinário e pedagógico ali tão bem inseridos.

A obra de **Jorge Cândido**, mesmo sendo útil a magistrados, advogados, consultores jurídicos e promotores, tem seu destino aos jovens advogados e estudantes de Direito que necessitam mais e mais de um guia célere e objetivo nesses enredados passos do ritual processualístico civil. O que chama a atenção em todos os seus textos é a forma atualizada, prática e inteligente de tratar cada questão.

Por mais equânime que seja a forma de aplicar a lei e o direito, se não houver o devido cuidado no encaminhamento dos atos processuais no respectivo órgão judicante, e se esses procedimentos não forem adequadamente dirigidos no sentido de buscar um resultado justo e desejado, a decisão do pleito perseguido pode se transformar numa tragédia. Não é desnecessário frisar a importância de que se reveste um trabalho desta ordem no exato momento em que a sociedade brasileira atravessa seus piores dias desta impiedosa crise sócio-econômica e quando a função estatal jurisdicional está sob suspeita. Destarte, maior é o empenho que se deve ter na maneira de conduzir o direito processual no cumprimento de sua função instrumental, tendo em conta a expectativa que se tem de um sistema processual ajustado sempre numa estrutura democrática de um ansiado estado de direito.

A despeito das recentes reformas introduzidas no nosso Código de Processo Civil, baseadas em respeitáveis fundamentos doutrinários, este estatuto vai carecer sempre de quem o acomode no rumo certo que agiliza e desburocratiza os pleitos formulados, ainda que não se negue sua elevada qualidade técnica hoje tão aclamada na doutrina nacional ou estrangeira. Assim, se seus operadores não revelarem a devida capacidade de utilizar tão bom instrumento, aí então qualquer Código, por melhor que seja, tornar-se-á imprestável. E é a isto, parece-me, que esta obra se presta.

Mesmo que o juiz dirija o processo estabelecendo condições de igualdade às partes, as corretas alegações e os devidos encaminhamentos de uma e outra são decisivos na avaliação e na comprovação dos direitos e obrigações. A luta pelo direito é muito mais das partes do que de quem julga.

Por isso, o mais significativo de tudo é que este livro será um instrumento decisivo nas mãos dos que utilizam o direito neste campo de especialização, propiciando e facilitando sua participação em cada caso concreto nas incontáveis fases do processo civil. Este é o único caminho legal para a composição e a intermediação em favor dos cidadãos que nas suas contendas privadas aguardam a solução dos litígios de interesses. Tudo isso dentro de um sistema de garantias processuais erigido por uma concepção justa e democrática, onde se destaquem os princípios do contraditório, da imparcialidade e da ampla defesa.

GENIVAL VELOSO DE FRANÇA

Professor da Escola Superior da Magistratura da Paraíba
Professor Convidado do Curso Superior de Medicina Legal da
Universidade de Coimbra
Membro da Academia Internacional de Medicina Legal e
Medicina Social

LUCI

Um retrato de mulher

“Conhece a liberdade, somente quem um dia a perdeu”.

Ama de verdade aquele que vê em outro ser o que deseja vissem nele próprio.

Talvez este não seja o melhor começo para tentar falar da obra de **JORGE CANDIDO** “**LUCI - Um Retrato de Mulher**”. Todavia o prezado leitor atentamente conduzido pela leitura certamente haverá de chegar à mesma conclusão. É que ao descrever toda uma história de amor, abnegado, bravo, valente, heróico, desprendido, buscando traçar a figura ímpar e inconfundível de uma mulher, esposa, mãe, avó, companheira, amante e amada, o autor acaba por retratar um pouco de si próprio. É ele, um cavaleiro andante, um espadachim de ideais, lutando com todas as forças de sua inteligência em prol de uma sociedade sonhada e que um dia haverá de ser implantada na face da terra. É um “doido” a quem as chicotadas da polícia não vergam o caráter apesar das marcas sangrentas no corpo. É preso, humilhado, respeitado, um líder dentre os encarcerados. Nele corre o sangue das terras lusíadas. O autor é uma incógnita... Aliás, nem precisaria ele próprio imaginar-se alguém que sabe o dia em que vai morrer. De fato, ele e **LUCI** parecem seres de outro mundo. **LUCI** o amor que chegou na hora certa; floresceu no coração indomável do guerreiro, que frutificou com

o ajuste das almas gêmeas e dos corpos ardentes, gerou lindos filhos que, geraram netos.

LUCI... Bálsamo tranqüilizante..., Perfume inebriagador..., Coragem entusiasmante, sonho acalentado, enfim, arrimo de um homem nas horas mais duras.

Ao fim, eu e vocês, leitores admirados e indecisos, restamos tragados pela dúvida inicial, por não termos conseguido descobrir se **LUCI** é um retrato de mulher ou se **LUCI** é a mulher que existe dentro da alma do autor.”

AUGUSTO TOSCANO

Advogado, Professor Universitário

Autor de Direito, com várias obras publicadas.

Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Est. de S. Paulo

LUCI

Um retrato de mulher

“Lamentavelmente, não tenho como contestar a revelação das mazelas do Sistema Penitenciário, retratadas com muita propriedade nas páginas de seu livro. Você sentiu na pele o sabor amargo da adversidade e seu efeito deletério que dela é emanada, sempre com muita intensidade, para desgraça daqueles que, de uma forma ou de outra, adentram o *“Portal do Inferno”*, que não o de **“Dante”**, mas o das nossas *“Casas de Regeneração”*, sobejamente conhecidas pela “eficiência” da terapêutica adotada, razão pela qual a Sociedade que também recebe os seus reflexos, nunca vê com bons olhos o egresso que carrega marcas indeléveis de um tratamento defeituoso que recebeu no cárcere.

O que despertou muito a minha atenção no conteúdo dos seus escritos, foi a revelação de uma sensibilidade que você não deixou morrer em sua alma, apesar do contato direto com a brutalidade desse “mundo cão”. Eis que, de forma ardente e com muito respeito, o seu amor e carinho pela sua Luci, aflorou, em cada linha, sem restrições.

Pareceu-me que esse sublime sentimento foi e é para você, o que o néctar das flores é para o beija-flor, dando-lhe força para sobreviver. Obviamente, um coração que ama não dá guarida a outro sentimento que não seja nobre.”

“LUIZÃO”

Dr. Luiz Camargo Wolfmann

Ex-Diretor Geral da Casa de Detenção
de São Paulo e Penitenciária do Estado

"Apesar de já ter visto muito sofrimento, acredito que ninguém tenha sofrido tanto quanto Luci e o autor".

Roberto Ribas de Oliveira

"Voltei vinte anos no tempo e revivi momentos angustiantes da vida deste país".

Nelson Nogueira Telles

"Uma obra incrível, digna de ser lida e relida várias vezes".

Rogério Antonio

"Só quem tenha vivido os duros anos da repressão, pode entender o valor real desta obra".

Marcos Gomes Barbosa

"Sabe pai, discordo sobre o que diz da religião... Não digo que está errado, mas acredito que no mundo em que vivemos, na nossa verdadeira realidade, o povo tem que crer em algo que o faça ter esperanças..."

Desculpe-me se entrei nesses detalhes da obra, mas me passou como algo muito forte para leitores fracos e pobres de espírito".

Lucy Fabiana G. C. Viana

"É uma obra com força literária, mas sem ficar presa à violência; descreve os incontáveis sofrimentos pessoais sem pieguice.

Digna de figurar entre as grandes obras que versam sobre os terríveis anos de chumbo do período mais triste de nossa história".

Wilton Maurélio

"É uma história muito triste e real.

É a perda da inocência e das ilusões dela. Se valeu a pena? Não sei!

Desculpe não posso gostar porque eu curti muita raiva, revolta e pena na época, e lendo senti voltar...

Marilene Guidugli Tomé

ÍNDICE

A mulher grávida e os direitos do nascituro	Pág. 25
A pena de morte	Pág. 33
A prisão além da pena	Pág. 39
Quando impetrar o <i>habeas corpus</i>	Pág. 45
<i>Habeas corpus</i> Impetrante ou Capacidade Postulatória	Pág. 49
O <i>habeas corpus</i> recurso ou ação?	Pág. 53
Do recurso <i>ex officio</i> no <i>habeas corpus</i>	Pág. 59
Da prevenção de câmaras no <i>habeas corpus</i>	Pág. 63
Suspensão da prescrição arquivamento do processo	Pág. 67
O malefício da pena reclusiva aos delitos de pequeno porte	Pág. 71
Crime de "mão própria"	Pág. 75

A MULHER GRÁVIDA E OS DIREITOS DO NASCITURO

No limiar do ano 2.000, trazemos à luz, para póstumos estudos, pelos cientistas jurídicos, doutrinadores e legisladores em geral a pergunta que por certo irá, num futuro breve, gerar polêmica e porque não dizer, jurisprudência, favorável e contrária, como em qualquer outra matéria.

A mulher grávida teria direito, apesar de ter cometido um delito, à liberdade, por seu filho que ainda está por nascer?

Em nosso entendimento. Sim. A mãe, como casa do nascituro, ou do feto ou ainda, do embrião, que se inicia com a nidação, ou seja, quando se inicia, efetivamente a gravidez, não pode sofrer qualquer tipo de abalo, quer físico, quer psíquico, pois essa violência pode, ser absorvida pelo nascituro prejudicando-lhe psiquicamente, e até quem sabe, ocasionando-lhe deformidades excepcionais. Quer-nos parecer que a partir daí, o nascituro representa um ser individualizado, com carga genética própria, que não pode ser confundida nem com a do pai nem com a da mãe. Diante disso, pode-se afirmar seguramente que o nascituro não é parte do corpo da mãe. O que vale dizer que a mãe é somente seu criadouro natural e assim toda e qualquer interferência no *modus vivendi* da mãe pode ser prejudicial ao desenvolvimento natural do nascituro.

Efetivamente, poderia até, ficar à disposição do juízo criminal, sob estrita vigilância, em local apropriado que não traga constrangimento à mãe, e, principalmente, sem se dar divulgação à imprensa, escrita, falada e televisada, dados pessoais da mãe, que possam no futuro a interligar a notícia ou notícias ao nascituro e que possam de qualquer maneira interferir de qualquer modo na sua formação natural. Agora na infância, posteriormente na adolescência e finalmente na fase adulta. Assim, em nosso entendimento, caso não fosse cumprida essa determinação, caberia a impetração da ordem de **Habeas Corpus** em favor do nascituro, por constrangimento ilegal ao seu desenvolvimento natural.

Poder-se-ia, perguntar! - Teria, no caso, a impetração amparo legal, fático e jurídico, sem ser o abstrato? Mais uma vez a resposta é sim.

À luz do artigo 4º do Código Civil, pensamos que sim, já que prescreve que: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; MAS A LEI PÕE A SALVO, DESDE A CONCEPÇÃO, OS DIREITOS DO NASCITURO". (grifamos). Assim, quer-nos parecer, que se há prejuízo, seja ele qual for, ao nascituro, por submeter a mãe deste a violências ou constrangimentos, físicos ou psíquicos, que possam interferir de alguma maneira, em seu desenvolvimento natural, há o prejuízo que a lei tem que pôr a salvo, ou seja, existe a doença tem que se usar o remédio que é sem dúvida o **Habeas Corpus**.

O direito, como se sabe, é um símbolo da própria expressão da vida. E tem que ser exercido, independentemente de ideologias políticas ou crenças religiosas. Como lembra **Dante Alighieri**, o direito é uma proporção real e pessoal do homem para o homem que, servindo-a, vem servir a sociedade e

corrompida corrompe essa mesma sociedade "*jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servit societatem, et corrupta corrumpit*".¹ Portanto, essa proporção real e pessoal do homem para o homem evidencia os seus direitos de vida, de conservação, de liberdade, de defesa, assegurando-lhe o direito de vir ao mundo sadio, sem traumas, sem deformações, quer físicas, quer de caráter, provocadas, na maioria das vezes, pelas violências que a mãe sofre durante o período de gestação. E o direito, amparado na lei deve dar a proteção real ao homem que está por vir.

Porque essa defesa ferrenha, dirão uns, por um ser que ainda nem se sabe se virá? E que no final, poderá até ser um novo **Hitler**? É verdade, a ninguém é dado o dom de prever o futuro. Entretanto, nesta luta, por enquanto inglória, poderá se estar lutando por um novo **Ghandi**. O futuro a Deus pertence e aqui cabe repetir as palavras de Cristo no Monte das Oliveiras "vinde a mim as crianças, pois delas é o reino dos céus".

Por essas razões, os direitos do nascituro devem ser assegurados a partir de sua concepção, e por consequência natural a sua mãe, seu criadouro divino, para que o Estado lhe assegure o que a lei determina. Para que seu filho venha ao mundo dentro da mais perfeita normalidade.

A respeito da lei que ampara o nascituro, ou melhor, mais especificamente o art. 4º do Código Civil Brasileiro, há outras opiniões, bem mais abalizadas do que a nossa, embora sem entrar na discussão que ora propomos que é o reconhecimento do nascituro como pessoa jurídica, e mais precisamente, a possibilidade real, de se defendê-lo indiretamente, defendendo-se a gestante. E entre as opiniões,

¹ **VIANA, Jorge Candido S. C.** Superdicionário do Advogado Vol. II
Edição 2.000 Juruá Editora

quer-nos parecer, que a que mais se aproxima da nossa é sem dúvida a de **Silmara J. A. Chinelato e Almeida**,² registrando que:

"As controvérsias, ainda não pacificadas, acerca de o nascituro ser ou não ser pessoa, de ter ou não ter personalidade jurídica, é uma constante, na doutrina, com reflexos na jurisprudência, no tempo e no espaço.

O art. 4º do Código Civil Brasileiro parece contraditório, pois, ao mesmo tempo em que afirma que a personalidade começa do nascimento com vida, reconhece direitos e estados ao nascituro, os quais efetivamente lhe são atribuídos através de vários de seus dispositivos. O problema do aborto, cuja maior liberação tem sido defendida por grupos sociais notadamente feministas e por alguns penalistas, deve ser acompanhado de uma reflexão quanto ao direito à vida, ou melhor, quanto ao direito de nascer, como direito privado da personalidade, o que não tem sido feito.

O grande desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil que, nos dias atuais, atinge grande relevância através da crescente indenização de danos materiais, inclusive de danos causados a animais e do dano moral, ainda se mostra tímido quanto a indenização de danos causados ao nascituro.

Pelo menos no Brasil, a jurisprudência nega a indenização pela morte de nascituro, embora reconheça que a morte de animais, por culpa extracontratual ou por culpa contratual, deva ser indenizada."

² **ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato** e Rev. de Inf. Legislativa a. 25, nº 97, jan/mar. 1988 - págs. 181/2

Está se valorizando mais o animal do que os seres humanos. Apesar de que, concordamos, têm seres humanos que são piores que animais.

Assim, entendemos que, se "a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro", torna-se necessariamente premente a reformulação dos conceitos jurisprudenciais a respeito do nascituro e por consequência da mulher gestante.

Segundo os experts da ciência genética, o embrião durante a gestação absorve para si, todas as angústias, todas as situações físicas e psíquicas, crises nervosas, que a mãe passa durante o período de formação, absorvem, inclusive, o álcool e o fumo, se a mãe tem esses hábitos. Aliás, os médicos, em geral, aconselham as futuras mães a deixarem de fumar e de beber enquanto durar a gestação, porque o feto absorverá, tanto o álcool como a nicotina. Assim, todas as anormalidades que a mãe passar durante sua prisão e sua manutenção custodiada sobre pressão, passarão sem dúvida ao nascituro. Dessa forma, estará sendo prejudicado o seu desenvolvimento natural. E se "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" quer-nos parecer que, em prendendo a mãe, estará a lei, prejudicando o desenvolvimento natural do nascituro. E se há prejuízo cabe *Habeas Corpus*.

A Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1779, define que "todos os homens nascem livres e são iguais nos seus direitos". No Brasil, com certeza, enquanto persistir esses conceitos conservadores dos legisladores, será utopia. Como poderia nascer livre o filho de uma prisioneira, se seu nascimento acontecesse por trás das grades. Poder-se-ia, falar é verdade, que, embora prisioneira a mãe o filho é livre. Sim, pode-se até aceitar esse argumento, desde que não passe do período da amamentação e que sua mãe ao sair da prisão mude-

se do bairro em que vivia, da cidade e até, se possível, do Estado, para que seu filho não venha a ser motivo de chacotas e zombarias por parte dos amigos, a princípio da rua e bairro onde reside, posteriormente da escola, e pelo resto da vida a pecha sempre o acompanhará. Assim, não poderíamos afirmar, nunca, que este ser, embora homem juridicamente falando, tivesse nascido livre.

A liberdade natural do ser humano consiste em nascer livre e, livre permanecer enquanto cumprir as normas que regem todo o grupo social e, por assim dizer, sendo os homens, por natureza, livres, iguais e independentes, nenhum pode ser colocado fora de um estado natural e submetido a um poder, se não violento, pelo menos constrangedor e que acabam por interferir diretamente no seu desenvolvimento natural, que com certeza ocorreria com o nascituro, colocando a mãe sob a influência do estado puerperal, levando-a, inclusive a cometer o infanticídio que "como sabemos, tanto o motivo da honra, como as alterações causadas pelo puerpério são capazes de levar a parturiente a perturbações psíquicas, tendentes a culminar com a prática do crime em estado de anormalidade"³ da mesma forma, esse estado de anormalidade pode levá-la à prática de qualquer crime, sem ter que ser necessariamente o infanticídio, ou numa palavra menos dolorosa, o aborto. Hoje, já, praticamente descriminalizado.

Se forem aceitas as sugestões propostas pelo Eminentíssimo **Damáσιο Evangelista de Jesus**⁴ o que era considerado um crime terrível até há bem pouco tempo atrás, será visto nos dias

³ **LEIRIA, Antonio José Fabrício** - Revista de Informação Legislativa - a. 15, nº 59, jul/set. 1978 - pág. 64

⁴ **JESUS, Damásio Evangelista de** - Revista de Informação Legislativa - a. 15, nº 59, jul/set. 1978 - pág. 69

de hoje como "condutas que a maioria da população não considera reprovável".

O que se estranha, efetivamente, é o porque do não reconhecimento, por parte dos julgadores, doutrinadores e dos legisladores, de modo geral, do nascituro como pessoa jurídica, já que as próprias leis o consideram como tal. A Lei nº 6.015, de 31.12.1973, em seu capítulo IV, lhe dá personalidade jurídica, em caso de nascer morto, ou morrer logo após o nascimento (art. 53 e seus §§). Cabe aqui ainda, outra interpretação com respeito ao art. 227 da Constituição Federal de 1988, agregado ao art. 4º do Código Civil, e que pedimos vênia para sugerir nova redação ao artigo constitucional, que pelo nosso entendimento deveria ser redigido assim:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao homem desde sua concepção, no ventre materno, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Quer-nos parecer, que está na hora de se mudar conceitos ultrapassados e conservadores que não são compatíveis com a modernidade que se apresenta em aceleração total, já quase ultrapassando o segundo milênio.

Pode parecer estranho, até mesmo esquisito, esta tese, que ora levantamos, todavia, em futuro breve, essa matéria, estará polemizando, juristas, cientistas, doutrinadores etc. e há de, com certeza, despertar interesse para as legislações que estão por vir, e, que não devem ficar omissas a respeito. Os cientistas genéticos, que a cada dia que passa, avançam mais e mais no

campo do "irreal" (engenharia genética, inseminação artificial, bebês de proveta etc.), devem, colaborar com os juristas que se interessam pela matéria, no sentido de poderem definir até que ponto, o constrangimento a que está submetida a mãe, pode afetar o desenvolvimento e por consequência o nascimento do ser humano.

Entendemos ter o nascituro, personalidade jurídica, nos termos do art. 4º do Código Civil Brasileiro, e, portanto deve ser-lhe assegurado o seu desenvolvimento natural como direito inalienável à vida e dessa forma, qualquer anormalidade que surja durante seu ciclo pré-formação, deve ser considerado como violência ou impedimento de se desenvolver de acordo com a natureza e nesse caso, deve-se valer do habeas corpus para se corrigir a anormalidade e fazer valer o direito. E finalmente, o nascituro poderá sofrer, através de sua mãe, toda sorte de violências físicas e psíquicas e que poderão ser evitadas, ou minimizadas, à medida do possível, por intermédio do *remedium extraordinarium*.⁵

⁵ VIANA, Jorge Candido S.C. - Dicionário do Advogado - E.V. Editora - 1994 - Edições Julex

A PENA DE MORTE

A pena de morte tornou-se, nestes últimos tempos, a síndrome do medo; a carniça dos juristas; a matéria preferida dos políticos de oposição. Oposição a quê e a quem, eu não sei. Enfim os debates se sucedem em nossas televisões, em rede nacional, seminários em grandes hotéis que se aproveitam, para uma excelente campanha publicitária sobre as qualidades do hotel, não sobre a importância dos temas que serão abordados, aliás, uma excelente maneira de vender uma imagem, cuja única finalidade nunca é conseguida. Que é acabar com a criminalidade.

Entre os debatedores, tem sempre, os contra e os a favor, da pena capital. Porém, nem sempre sabem os efeitos que podem advir com tão severa lei. Por outro lado, poderíamos trancar as portas dos tribunais superiores para reparar erros judiciários (que são muitos), às vezes muitos anos após o sentenciado ter cumprido sua pena. No caso da pena de morte, acredito que nenhum juiz seria capaz, de ressuscitar um infeliz que tivesse sua "cabeça cortada", apesar de inocente.

No início dos anos 50, um jornal paulista publicou um artigo de fundo sobre a pena de morte. Os argumentos com que o jornal sustentava essa tese repugnante, sempre os mesmos: estão falhando os princípios da condenação em face da onda de crimes tenebrosos que aumenta, em lugar de retroceder; estão

falhando os princípios de condenação para corrigir e reintegrar o delinqüente no convívio social; os latrocínios e a brutalidade contra menores assumem proporções alarmantes; os facínoras são degenerados e incorrigíveis; A sociedade necessita de ser resguardada dessas feras; pode ser que o tarado seja um louco, mas a sua loucura destrói vidas, provoca o desequilíbrio da sociedade, e conclui: a pena de morte é, portanto, necessária para criminosos de semelhante categoria, reconhecidamente perversos e sem possibilidades de se regenerarem, carecem pois de ser incluída de novo na legislação criminal do país, como escarmento à delinqüência que se expande a cada hora que passa, e justifica: o criminoso que sabe não sofrer as conseqüências da cadeira elétrica ou do fuzilamento ou da forca, dá expansão aos sentimentos homicidas e bestiais que o dominam. É preciso que tenha convicção da sorte que o aguarda se atender ao máximo contra a sociedade. E vem o fecho com uma tirada lírica-peripatética: as vítimas sacrificadas de forma tão desumana, após servirem de pasto à ferocidade dos algozes, clamam do fundo dos túmulos a justiça precisa. Essa justiça é a pena de morte. Os matadores e seviciadores precisam ter diante de si a realidade da condenação última.

Como se vê, é a argumentação primária repetida e decorada, sempre a mesma, sempre destituída de qualquer fundamento científico, humano ou cristão, produto sempre da ignorância integral que aplasta até aqueles cuja função seria orientar a opinião pública. Todos esses argumentos, sem exceção de um só, foram analisados, espiolhados, esmiuçados e provada não apenas a sua insanidade, mas a hediondez que refletem.

A repressão ao crime não depende da violência de suas leis penais, depende de fatores múltiplos, instrução, educação,

situação econômica, tranqüilidade coletiva, equilíbrio social, administração e, por ai afora.

Houve, em outras épocas, em países desenvolvidos, como a Inglaterra, França, Estados Unidos, (com exceção de alguns estados) aboliram tal instrumento, por concluírem que, ao contrário de inculcar medo no delinqüente, o deixam mais resoluto. Segundo palavras de um jurista: Qualquer primário poderia concluir que a pena de morte, em lugar de coibir, incentiva o crime. Não é bem isso. Até certo ponto incentiva mesmo.. Porque certos desequilibrados, com tendências para esses atos horrorosos, mas que se mantinham indecisos ou sofreadas essas tendências, podem perfeitamente dar-lhe expansão ante a perspectiva mística do martírio acenado pela pena de morte. Mas esta é uma circunstancia apenas e não a mais importante da criminalidade. Em países como a França, Inglaterra, Estados Unidos, que estiveram envolvidos em uma guerra sangrenta, época em que ocorreram os mais cruéis e tenebrosos crimes, e que havia o instituto da pena de morte. Os crimes contra a pessoa humana se manifestaram de maneira mais cruel e repelente, isso se deve a fatores sociológicos múltiplos, como os abalos sociais, os traumatismos coletivos, guerras, bombardeios, ocupações pelo inimigo, relaxação conseqüente dos costumes, afrouxamento da sanção social, pois em determinadas ocasiões o incêndio, a sabotagem, o assassinio do ocupante ou colaboracionista, dentro da psicose da guerra, agravada pelos complexos de inferioridade acirrados, se tornam até ato de heroísmo. Como culpar o pequeno assassino, de 18 a 20 anos, quando durante um lustro, desde os treze anos, ouviu dizer que uma tocaia contra alemães ou uma bomba atirada num trem constituía a mais pura e cristalina prova de bravura? Passado o período anômalo, entram essas vítimas na normalidade sabendo quase que exclusivamente matar, pois outras coisas não aprenderam, já nas resistências, já no

colaboracionismo. Depois disso, vem essas mesmas sociedades que fazem a guerra, esses mesmos homens para os quais as carnificinas são benfazejas, pois o fornecimento de metralhadoras e canhões, de balas e granadas lhes permitem ficar milionários, para, na preservação do seu egoísmo e de sua classe hedionda, querer eliminar o pequeno assassino, vítima, este sim, vítima legítima desses homens de negócio, desses fazedores de guerras.

E nos nossos tempos, ainda, —creio eu— não temos os nossos fazedores de guerras, mas em compensação os fazedores de marginais. O indivíduo que tem a infelicidade de cair em mãos de maus policiais, que ao invés de lhe mostrar o bom caminho, libertam-no mediante régio pagamento. Ora se não tiver, a família dá um jeito, tendo sempre um mau advogado como intermediário, na base do meio a meio. E ai temos, um novo criminoso, que terá de roubar para poder pagar -como já o disse certa vez o eminente jurista **Hélio Bicudo**-, o pedágio.

E, por isso, a criminalidade, ao invés de diminuir, tende a aumentar cada vez mais. Uma sociedade que é praticamente dominada pela corrupção, não pode em sã consciência, exigir leis, que venham a "tirar o pão da boca das crianças", pois os salários com que são pagos, são na realidade uma mentira. E com maior razão deveria se apelar —se algum dia pudesse uma sociedade lúcida utilizar o crime na repressão ao crime— para a pena de morte, não aplicada contra estas vítimas sinistras, mas contra aqueles verdadeiros responsáveis, embora indiretos.

Porque os verdadeiros responsáveis pelo martírio de se ver tanta violência nos bairros de São Paulo, e outras grandes cidades são na realidade os responsáveis pela decadência da instrução e da educação, pela decadência da família, as famílias pobres pela miséria, pela precária situação econômica, os preços

das coisas de primeira necessidade à mercê de exploradores de todo o gênero, que vivem regaladamente nos postos da política e da administração; as famílias abastadas pelo desregramento dos costumes, jogos de interesses; ambas as categorias pela falta de assistência pública e decadência da administração entregue a mãos incompetentes, de gente sem o menor preparo, para compreender tais problemas, deixando grandes cidades, completamente abandonadas, sem serviços públicos, sem meios para a assistência social, a menores, loucos, criminosos e por aí afora. Coroando tudo, a falta de polícia, minada esta de elementos indesejáveis, sócios de criminosos e também num atraso de muitos anos não só em relação aos melhoramentos científicos —a nossa ciência, apesar da Constituição Federal, ainda; e o famigerado pau-de-arara, cama-elástica, cadeira-do-dragão, além dos informantes ignominiosos, que vendem "cabeças", muitas vezes inocentes em troca do vil metal, mas ainda à organização anacrônica e inadequada a uma cidade de quase 20 milhões de habitantes.

Não vamos nos estender sobre os assuntos com as necessárias minúcias. Mas é por tudo isso que aí está, "onda de crimes tenebrosos", de "degenerados e incorrigíveis", essas "feras das quais a sociedade precisa ser resguardada". Como esperar outra coisa, se a própria rádio e televisão se tornaram instrumentos de deseducação? Com aquela dando notícias sensacionalistas e incitando o povo à violência, sem nenhum critério.

E as nossas televisões com exibição de programas, novelas e filmes, que em vez de educar, ou mesmo de ajudar na formação do futuro da nação, ensinam como praticar o sexo, como se rouba e se dá bem, como se mata sem ser preso, e assim por diante. E a imprensa, os jornais e as revistas, esta sinistra imprensa de escândalos, que vive farejando sordícias nos

plantões de polícia, para pasto de uma massa obscurecida, cada vez mais deteriorada pela ação repugnante de maus profissionais, pois só mesmo num país onde a ignorância seja generalizada, existem jornais que são capazes de envenenar o espírito público, com manchetes perigosas, produtos de uma supina ignorância.

A PRISÃO ALÉM DA PENA

O computador como forma de prender além da pena

O artigo 5º da Constituição Federal preceitua que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente..." (LXV) e "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente..." (LXII). Esta é, em tese, a letra da lei, entretanto, quando os que necessitam dela, são pobres, pretos ou putas, aí é letra morta.

O ser social, quando é submetido a processo, mormente o criminal, deixa de ser social para se tornar anti-social, em outras palavras, muito embora a lei diga o contrário, deixa de ter direitos, deixa de existir. E se for condenado, aí menos direitos terá. A explicação é simples, se o cidadão estiver preso, em dia de eleição, não terá direito ao voto, ou seja, não existirá no contexto político-social. Essa mentalidade arcaica também tem que mudar. Já se consentiu o voto ao menor, que no contexto jurídico é considerado inimputável. Consentiu-se o voto ao analfabeto. Porque, perguntamos, não se dar direito ao preso para que este também vote, já que, nos termos da Carta Magna ele também é senhor de direitos.

Infelizmente o cidadão que teve a infelicidade de ter sido condenado —sem entrar no mérito se culpado ou inocente—, por algum delito, mesmo tendo cumprido sua pena, amargará

para o resto de seus dias, a pecha de criminoso, mesmo que venha a ser absolvido em instância superior, posteriormente. Pois seu nome estará sempre nos computadores da Polícia como PROCURADO. Muito embora, por lei, essa informação, não pudesse manter ninguém preso, é isso que acontece.

A Polícia, ao deter qualquer cidadão por qualquer motivo, via de regra, faz a checagem através do computador próprio, para saber se o detido tem antecedentes policiais, criminais ou mesmo judiciais. Ocorre que, se o cidadão já teve condenação, virá constando nos arquivos policiais como PROCURADO, embora este já tenha cumprido sua pena. E dessa forma, mantém o "cidadão" preso sem legitimidade. Já que não cabe à polícia prender. Prender, manter preso, é função do Poder Judiciário. À Polícia, cabe deter, para investigações, qualquer cidadão, desde que esteja devidamente autorizada pelo Poder Judiciário, ou em casos de flagrância. Mas aí, a lei não exige que seja policial para que se efetue a detenção de alguém, se este alguém estiver praticando, ou tiver acabado de cometer um ilícito penal. Assim com seu nome constando dos arquivos policiais como PROCURADO, estes sem mais delongas o colocam atrás das grades à disposição da Justiça, sem no entanto informar o Juízo competente.

O procedimento natural da autoridade policial, quando da detenção do cidadão, que estivesse constando em seus arquivos como PROCURADO, deveria ser: 1º. informar o juízo competente para que este, determinasse o encaminhamento do Mandado de Prisão para ser cumprido, ou determinando a soltura deste pela extinção da pena, ou pelo cumprimento, ou pela absolvição em segunda instância, ou pelo perdão judicial, ou pelo indulto presidencial, ou por qualquer outro motivo, que de qualquer forma informasse que aquele indivíduo não teria porque ficar preso.

Quer-nos parecer, *permissa venia* aos doutos, que só se pode manter alguém preso, mediante a "ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente". A nós não nos parece que a polícia seja autoridade judiciária e nem que tenha "poderes" para manter qualquer cidadão preso. Deveriam, isso sim, como função primordial, que é dar segurança ao grupo social, deter, evidentemente, o indivíduo que estivesse sendo "PROCURADO", mas informar incontinenti ao juízo competente, para que este determinasse as providências cabíveis. Entretanto, não é isso que acontece com os nossos "valorosos defensores da sociedade" e "fiéis cumpridores da lei", estes, depois da aplicação da terapia de praxe o famoso "paulígrafo" encaminham o miserável para um dos xadrezes putrefatos de nosso sistema carcerário, sem nenhum tipo de avaliação criminógena do ser social, e o atiram aleatoriamente em uma cela, normalmente superlotada, em que ficará em contato direto com criminosos de todas as periculosidades, em que será obrigado a coabitar com os demais, aonde "a intimidade e inevitável e profunda" e que por certo irá lhe deteriorar o caráter em virtude da "influência corruptora da subcultura criminal".

Sabe-se, que quando o juízo prolator de sentença condenatória, mormente, se for à revelia, faz expedir o Mandado de Prisão. Imediatamente a informação é passada à Divisão de Capturas e Pessoas Desaparecidas, órgão da Secretaria de Segurança Pública, que fará constar em seus arquivos como PROCURADO o nome constante do Mandado. Quer-nos parecer, que a mesma celeridade deveria se dar em sentido contrário, ou seja, para retirar o nome do Mandado cumprido. Pois, uma vez cumprido é sinal evidente que, ou o cidadão está preso, ou teve sua prisão revogada por qualquer razão, dessa

forma, seu nome sairia do computador e conseqüentemente dos arquivos como PROCURADO.

Aliás, o mesmo critério adotado quando da reabilitação (art. 748 do Código de Processo Penal) em que "a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal", deveria sê-lo, da mesma forma apagado dos arquivos, quando o acusado, ou condenado, fosse absolvido, tivesse extinta sua pena, pela prescrição ou pelo cumprimento, e tivessem os inquéritos instaurados em seu nome arquivados. Esse procedimento, em nosso entender, deveria ser automático, sem a necessidade de se provocar através do requerimento competente, já que, se necessário fosse, conforme o texto da lei, o juiz criminal poderia requisitá-las a todo o tempo (art. 748 "in fine" do CPP). E quando falamos em apagar, não nos referimos, a fazer desaparecer literalmente, e a que se proíba a menção a fatos que não mais existem (inquéritos arquivados, condenações extintas, pelo cumprimento ou pela prescrição etc.), ou seja, essas informações ficariam "escondidas", com acesso a elas somente o Poder Judiciário. Subentende-se, que, se o juízo criminal as requisitasse, era porque, sem dúvida, o cidadão estaria sendo acusado por algum fato delituoso, e aí sim, se justificaria o reaparecimento das informações desabonadoras de seu passado. Apesar de que, em nosso entendimento, só deveriam aparecer as condenações, embora cumpridas, que eventualmente o cidadão tenha contra se no arquivo. Outros processos ou inquéritos, que por qualquer motivo não tiveram seguimento (prescritos ou arquivados), estes deveriam ser literalmente destruídos. Caso contrário este cidadão, embora nada mais devendo à justiça, continuará para todo o sempre carregando o rótulo de criminoso.

Estas situações, especificamente, embora inseridas no artigo 648, VII do CPP, não carecem necessariamente do *remedium extraordinarium*, basta a simples informação ao juízo pelo qual o cidadão está sendo detido. O Juízo, informado da situação, fará, depois de verificado no Cartório correspondente à real situação do processo em questão, determinar que o cidadão preso, à sua disposição, seja incontinentemente posto em liberdade se por outra coisa não estiver preso.

QUANDO IMPETRAR O *HABEAS CORPUS*

Toda vez que o ser social, estiver sofrendo, coação, violência ou constrangimento ilegais, previstos pela Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, outros elencados no artigo 648 e incisos do Código de Processo Penal, e outros ainda, que não foram previstos pelos legisladores e que mostraremos adiante, "essa é a hora" de se impetrar o "*Habeas Corpus*".

Violência, coação ou constrangimento, em termos jurídicos, são todos os acontecimentos que ocorrem, quando a lei determina uma coisa e as autoridades, ou seus representantes, atuam contrariamente. Exemplos:

a) - O cidadão —entendemos que antes de ser condenado com sentença condenatória irrecurável, deva ser tratado como ser social em sua denominação, ao invés de acusado, indiciado etc.—, que eventualmente tenha praticado um delito, ou haja suspeição de que tenha sido, e venha a ser preso em "flagrante delito", deve, por força dos dispositivos constitucionais, ser orientado e cientificado de seus direitos constitucionais prescritos na Constituição Federal (art. 5º incs. LXIII e LXIV).

b) - A mulher gestante, que eventualmente venha a ser presa, por qualquer razão (flagrante ou não), deve

receber tratamento diferenciado, em razão do "ser" que carrega dentro de si, e que por força da lei deve ser protegido e assegurado o seu desenvolvimento natural (art. 4º do Código Civil).

c) - Quando o cidadão tenha sido condenado a pena restritiva de direito e permaneça preso em regime fechado, porque na comarca não existe a Casa do Albergado.

O Eminentíssimo Juiz **Wladimir Valler**⁶ preleciona que:

"A pena restritiva de direito consiste na limitação de fim de semana é também denominada prisão de fim de semana. A pena privativa de liberdade imposta, uma vez preenchidos os requisitos ou condições, é substituída pela obrigação do condenado de permanecer, durante cinco horas, aos sábados e domingos, em casa de albergado ou em outro estabelecimento adequado. Como a lei menciona apenas aos sábados e domingos, inviável será impor ao condenado a limitação de fim de semana também nos feriados".

Portanto, neste caso, embora sentenciado, caracteriza-se constrangimento.

d) - Entendemos, ser constrangimento ilegal, ou melhor, VIOLÊNCIA IMORAL, a segregação do condenado sem o exame criminológico de classificação (art. 8º. da Lei nº 7.210/84), em que tem que avaliar as condições do condenado para uma adequada classificação, ou seja, não colocar na mesma cela por exemplo, um perigoso latrocinador confesso, com um depositário infiel...

⁶ **VALLER, Wladimir** Responsabilidade Civil e Criminal Tomo II, 3º E.V. Editora, 1993, pág. 624

Mirabete⁷ lembra que:

"Inseparável do estudo da personalidade do condenado e também o de seus antecedentes, entre os quais se destacam a reincidência e o envolvimento em inquéritos ou processos judiciais, mas que alcança toda vida pregressa do condenado. O exame desses antecedentes também podem ser muito úteis à classificação do condenado e à determinação do tratamento penitenciário a ser seguido.

Os exames de personalidade e dos antecedentes são obrigatórios para todos os condenados a penas privativas de liberdade e se destinam à classificação que determinará o tratamento penal mais recomendado. Como se anota na exposição de motivos, reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena se não se efetuar o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal e se não forem registradas as mutações do comportamento ocorridas no itinerário da execução".

Entendemos, ainda que, o cidadão, enquanto perdurar a perseguição processual, deva permanecer segregado -se o exigir o delito (estuprador confesso, etc.)-, separado dos demais infratores, principalmente, se estes estão condenados.

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional

⁷ **MIRABETE, Julio Fabbrini** Execução Penal - Comentários Editora Atlas, 1987 - pág. 6

do *Habeas Corpus*. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que deve concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de *Habeas Corpus*? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso do poder, seja ele qual for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do *Habeas Corpus*". (**Rui Barbosa** - parte do discurso proferido pelo grande Mestre em 22.01.1915, numa Sessão do Senado Federal, lembrado pelo eminente jurista **Rubem Nogueira**)⁸ .

E se a doença (constrangimento, violência, coação etc.) está presente e pondo em risco a "saúde" do grupo social é necessário que se combata com eficácia ministrando-se o remédio certo que é o *Habeas Corpus*.

⁸ **NOGUEIRA, Rubem** Revista de Informação Legislativa a. 21, n° 84, out/dez. 1984 - pág. 136

"HABEAS CORPUS"

Impetrante, ou Capacidade Postulatória

"O *Habeas Corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio beneficiário, tenha ou não capacidade postulatória"⁹.

Provavelmente, o leitor mais atento deve estar se perguntando, porque impetrante e não advogado ou bacharel. A resposta é bem simples, porque o *Habeas Corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu próprio favor ou em favor de outrem, como prescreve o artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder";. Pelo que se observa do texto, não está explicitamente demonstrado se podem, os cidadãos, peticionar só para si, ou também o podem para outros. A nós nos parece que podem tanto para si como para outros, pois se assim não fosse, o legislador, ter-lhe-ia acrescentado sem dúvida o vocábulo pessoal, assim como o fez na letra "b" do mesmo artigo e inciso. E também nos termos do artigo 654 "*caput*", do Código de Processo Penal.

⁹ **TOURINHO Filho, Fernando da Costa** Prática de Processo Penal Editora Jalovi - 1986 - pág. 393

No mesmo sentido temos a lição do Mestre **Fernando da Costa Tourinho Filho**¹⁰ "O *Habeas Corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio beneficiário, tenha ou não capacidade postulatória. Se o paciente for analfabeto, alguém poderá assiná-lo a seu rogo. Se o impetrante for um advogado, ou mesmo outra pessoa sem capacidade postulacional, não haverá necessidade de o paciente lhe outorgar procuração. O Ministério Público pode impetrá-lo. Em suma: pode o *Habeas Corpus* ser impetrado pelo maior e pelo menor, pelo nacional ou estrangeiro".

Continua **Tourinho Filho**: "O Juiz não pode impetrá-lo, a menos que ele seja o paciente". Discordamos do Eminentíssimo Mestre, até mesmo seguindo o velho adágio de que "o juiz tudo pode", e por outro lado, o juiz fora de sua jurisdição e um cidadão comum *judex extra territorium est privatus*¹¹, sem sombra de dúvida, o juiz também pode impetrar. Evidentemente, não impetraria contra um ato seu, pois não teria lógica, mas a favor de outro, contra outra autoridade, poderia e pode, até porquê não há lei que o impeça, pelo contrário, o artigo 5º. inc. XXXIV, da Constituição Federal, lhe dá esse poder "são a todos assegurados" não está aí excluída a figura do juiz. Da mesma forma, entendemos ser, sem razão a obrigatoriedade do juiz recorrer de ofício, por ter agido, em seu livre arbítrio, dentro da lei. Caberia aqui, a que outro recorresse, se achasse que a decisão do juiz foi equivocada ou em desacordo com a lei. Agora ele mesmo recorrer contra seu próprio ato, é sem dúvida, um tanto cômico.

¹⁰ **TOURINHO Filho, Fernando da Costa** Prática de Processo Penal
Editora Jalovi - 1986 - Págs. 393/4

¹¹ **VIANA, Jorge Candido S.C.** Dicionário do Advogado E.V. Editora -
1994 - Edições Julex

Convém salientar, todavia, que essa "proibição", tolhe o juiz na sua igualdade de direitos conforme está escrito na Constituição Federal e a permanecer dessa forma, torna-se necessário modificar a letra da lei e demonstrar que a todos são assegurados... MENOS AO JUIZ. Entendemos que dessa forma o judiciário corre o sério risco de descambar para um elitismo, que sem dúvida viria, em prejuízo de uma verdadeira ciência do direito. E termina que o juiz, pelo fato de ser juiz se vê diminuído em seu nobre mister de fazer justiça. E, no caso de ser impetrante de também pedir justiça.

Por outro lado, ainda que a lei determine, ou pelo menos assim o entendam os juizes em sua grande maioria, o cidadão tem o direito de saber o que lhe convém. Somos favoráveis a que o cidadão possa exercer seu direito de defender-se, não só pelo *Habeas Corpus*, mas por qualquer outro meio, que aos técnicos sejam permitidos, sem a necessidade da "habilitação", para nós, bastante arcaica.

Aliás, damos outra interpretação ao artigo 263 do Código de Processo Penal, que prescreve: "se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo o tempo, nomear outro de sua confiança, ou a SI MESMO DEFENDER-SE, caso tenha HABILITAÇÃO" (grifamos). O que vem a ser habilitação? Em nosso entendimento habilitação é um substantivo feminino derivado do verbo transitivo habilitar que por sua vez designa o adjetivo hábil. Este significa, aquele que tem aptidão ou capacidade para alguma coisa; aquele, tornar hábil, apto, capaz; aqueloutro significa, que tem habilidade para alguma coisa, que está apto para fazer algo que tenha habilidade. Assim, quer-nos parecer que, se tal pessoa tem capacidade, ou, habilidade para a si mesmo defender-se, deve-se lhe dar a oportunidade de usar seus conhecimentos como melhor lhe aprouver.

Desconhecemos que algum julgamento feito nesses moldes tenha sido anulado, pelo fato do próprio acusado defender-se. Efetivamente, muitos se desconstituíram, mas por razões outras, que não são evidentemente a de defender-se a si próprio.

De outra face, há que se ver o prescrito no artigo 5º, inc. XXXIV, da Constituição Federal, em que: "são a todos assegurados... o direito de... defesa... contra ilegalidade ou abuso de poder". Esse é o texto da Lei Maior. E deve ser obedecido. Acreditamos, que os pensamentos a respeito das interpretações da lei precisam, o mais rapidamente possível, mudar, sob pena de se perder o "bonde da história" na ciência jurídica dos tempos modernos. Precisamos, sem menosprezar, esquecer um pouco do direito romano, e olhar mais à frente, estudar outros povos outras formas de aplicar a lei, visando sempre a organização social e sua convivência em grupos etnicamente diversos.

O *HABEAS CORPUS* RECURSO OU AÇÃO?

O *Habeas Corpus* se acha intrínseco no Código de Processo Penal entre os recursos, no entanto, a doutrina na sua quase totalidade o considera uma ação.

O "recurso" de *Habeas Corpus*, por sua natureza jurídica, presume decisão judicial não transitada em julgado. Entretanto, "o *Habeas Corpus* pode ser impetrado contra decisões transitadas ou não em julgado"¹². Dessa forma, entendemos que a melhor definição para o "*remedium juris*", seja mesmo a ação.

Entretanto, embora em nossa opinião, entendemos ser o *Habeas Corpus*, pelo seu alcance, uma verdadeira ação. Não aceitam os julgadores, através da jurisprudência, e a maioria dos doutrinadores, através da doutrina —embora o aceitem como ação— a discussão de mérito. Quer-nos parecer, que dada a celeridade que deve ter o remédio para curar a doença, tem os doutos certa razão, entretanto, quando se trata de "mérito" envolto em provas irrefutáveis, ou seja, uma nulidade processual, que embora absoluta, exige um exame mais aprofundado de todo o feito. Assim desde que o pedido do

¹² TOURINHO Filho, Fernando da Costa, - Prática de Processo Penal - Editora Jalovi, 1986 - pág. 392

Habeas Corpus traga em anexo todos os documentos necessários para provar a alegação, não tem porque não apreciá-lo.

É pacífico o entendimento que em **Habeas Corpus** não se discute mérito, entretanto, muitas vezes, para se mostrar uma nulidade processual, que desfigura completamente, tanto o processo como a sentença, é necessário, entremear o **meritum** sutilmente com a demonstração da nulidade propriamente dita. Pois na maioria das vezes, muito embora a nulidade que se quer mostrar, seja absoluta e visível a olho desarmado, a ordem é denegada. Pergunta-se! Será que os Juizes estarão desaprendendo? É claro que não! Porém os impetrantes pecam em sua maioria, primeiro, por não atacar desde logo a nulidade que se quer anular, e segundo, muitas vezes, para agradar o paciente (quando cliente), fazendo um pedido escalafobético,¹³ por exemplo pedir liberdade provisória, quando se sabe de antemão que o paciente, não tem esse direito por lei. Pedir pode, evidentemente, todos podem. Agora, se de antemão já se sabe que se trata de um pedido inútil, por que misturar, a razão (nulidade) e o coração (pedir, por exemplo liberdade provisória para multirreincidente), é essa misturação que acaba por tornar o pedido mau-formulado e gerando, dessa forma, informações, equivocadas por parte da autoridade coatora que informa, via de regra, tão somente a respeito do pedido do coração, sem dar muita importância à razão. Por isso deve-se repetir, sempre, o pedido no final da impetração, como o demonstraremos adiante com alguns exemplos básicos.

Em nosso entendimento, a arte da impetração, evidentemente, não está no cotidiano, mas sim, nas novas discussões. Sobre o que é ou não violência, sobre o que é ou não

¹³ **VIANA, Jorge Candido S.C.**, - Dicionário do Advogado - E.V. Editora - 1994 - Edições Julex

coação, sobre o que é ou não constrangimento, sobre o que é ou não nulidade. À medida que os tempos vão se modernizando, novas fórmulas vão surgindo, novos costumes vão se firmando na sociedade. É necessário que as leis também se adaptem à modernidade.

Embora os legisladores não o aceitem, em nossa modesta opinião, não são eles que criam as leis. Notadamente no Brasil, as leis, geralmente surgem depois que a jurisprudência se torna pacífica a respeito de alguma forma de vida em sociedade, e, uma vez adaptada à sociedade, força os legisladores a "criarem" uma norma para aquele costume, para que se torne igual para todos. Assim, em nosso humilde entendimento as leis são criadas em cima da jurisprudência. A mesma coisa ocorre com a doutrina. Assim, entendemos que a jurisprudência é a fonte de todas as normas que regem o comportamento social.

Nos dias de hoje, é difícil, encontrar-se nas dependências policiais, presos em situação irregular. Ainda existem, porém, é bem mais difícil. Houve época em que os *Habeas Corpus* de nada valiam. Entravam por uma porta, e o preso (paciente) era retirado por outra. Técnicas apuradas, da época da ditadura de **Getúlio** e que "outros" tornaram de aprimorar — nós somos uma prova viva desses métodos.

Via de regra, nos dias atuais a autoridade coatora, em sua grande maioria, é o juízo criminal, ou outra autoridade judiciária (Tribunais etc.). Houve tempo em que era comum a autoridade coatora ser os agentes da Secretaria de Segurança Pública (delegados de polícia etc.). Estas autoridades, no entanto, acabaram por descobrir uma fórmula, infalível, para que as ordens de *Habeas Corpus* deferidas, nunca encontrassem o paciente naquelas dependências policiais contra quem se havia impetrado a ordem.

Normalmente a ordem entrava por uma porta e o paciente saía por outra. Mas, não saía para a liberdade. Era transferido para outro distrito policial, ou por vezes, ficava andando de camburão, até que o encarregado deste recebesse a ordem para voltar ao distrito policial. Em outras palavras, o preso não existia. E, mesmo a família sabendo que seu ente querido estava preso naquela delegacia, nenhum *habeas corpus* era cumprido, mesmo acompanhado por Oficial de Justiça, o popularmente denominado "busca e apreensão em diligências"

Certa vez, no ano de 1976, mais precisamente no D.O.P.S. paulista, um cidadão —o autor—, preso para averiguações (suspeito de ser subversivo, pela distribuição de panfletos contra o governo da época), mesmo sem se ter conseguido provar nada contra ele, apesar de ter passado por todos os tratamentos de "extração" de verdades (pau-de-arara, cadeira do dragão, eletromagneto (choques elétricos), socos e pontapés etc.), não poderiam, evidentemente, liberar o cidadão, como fazê-lo, se este se encontrava em estado de coma. Definitivamente não era possível a sua liberação. A polícia deu um jeito de não liberar o cidadão, isso depois de uns dois meses. Antes disso, foram impetrados cinco (5) pedidos de *habeas corpus* em favor desse paciente e nenhum logrou êxito, pelo fato de nunca ter encontrado o paciente, preso naquelas dependências policiais. Só que o paciente, —salvo uma vez, que havia sido removido para o DOI-CODI, acredita-se para reconhecimento— nunca saiu de lá, até ser removido em definitivo para a Casa de Detenção de São Paulo.

Era, nos ensinamentos de **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, "o poder legal"¹⁴ que apadrinhado politicamente, poderia usar de "seu" poder abusivamente.

Era necessário, destarte, acionar o "poder que controla o poder", ou seja o Poder Judiciário. E para acioná-lo, era preciso usar o *remedium extraordinarium*, que, em verdade, nestes casos, (prisão em flagrante, prisão para averiguações, prisão provisória, prisão cautelar etc.), muito pouco funcionava. Diríamos que a doença era crônica e que o "remédio" já não funcionava. O "remédio" só funcionava, na realidade, quando já era muito tarde, ou o judiciário decretava a prisão preventiva, ou o que era mais estranho, sobrevinha condenação, em acelerado procedimento, o que não é, convenhamos, muito comum, e mesmo assim quando o paciente era removido para a custódia do Poder Judiciário.

Houve época, em que as violações eram tantas, e o efeito do *remedium extraordinarium* nenhum, que se **Rui** fosse vivo, com certeza morreria de vergonha. Foi **Rui Barbosa**, que inovando os estilos forenses de sua época, reformulou o *habeas corpus*, introduzindo-o, inclusive, na Constituição com redação sua e, aceita por unanimidade já que não foi feita nenhuma reparação. Na realidade na Assembléia Constituinte, à sua redação, não foi feita nenhuma emenda nenhum reparo quer em plenário ou fora dele. Provado está que a redação que lhe dera **Rui** era a definitiva e que perdurou até 1988, quando foi alterada a redação, mas não seus objetivos. Entretanto, sua eficácia, nos dias atuais, ainda deixa a desejar.

Ao se impetrar um *habeas corpus* a respeito de determinado assunto, algum fato que o impetrante acredite, que

¹⁴ **FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves**, Revista de Informação Legislativa, a. 21 n° 84, out/dez, 1984 - pág. 82

o paciente, em favor de quem está sendo feita a impetração, esteja sendo coagido, constrangido, prejudicado no seu sagrado direito de ir e vir etc., ou mesmo que esteja prestes a sofrer esse "prejuízo". Cabe ao impetrante, demonstrar aos doutos, onde está o prejuízo, mesmo porque, é pacífico o entendimento de que se não for argüido pela defesa eventual nulidade, não cabe ao julgador ou ao representante do Ministério Público argüí-la, ocorrendo ou por ocorrer. É daí que saem as obras de arte; primeiro, pelo fato mostrado que levou à discussão pelos doutos; segundo, pelo resultado da discussão que gerará a jurisprudência, não importando, se favorável ou contrária. O que na realidade importa é a tese que se levantou, e se hoje, pode parecer, até por que não dizê-lo, descabida, no futuro, muito se discutirá a respeito do mesmo tema. Entendemos, que o fato da jurisprudência, ser favorável ou não, é de somenos importância, pois ao impetrante cabe justificar a impetração beneficiando o paciente aos doutos cabe discutir o fato apresentado e decidir se é ou não passivo da concessão da ordem. Entretanto, muitas vezes, se mostra um fato, desfigurativo de um processo, mas este e tão mal-mostrado que termina por desfigurar a própria impetração. Por isso, entendemos, que a forma como é mostrado o fato que se quer ver anulado é que leva à discussão e que advirá em jurisprudência, favorável ou contrária à tese discutida. E, aí vai muito da forma como é impetrada a ordem, ou melhor como é exposto o prejuízo sofrido ou por sofrer. Em nossa opinião, se bem exposto, sem dúvida, será uma obra de arte, pois gerará um filho em forma de jurisprudência que é o alimento dos doutrinadores e dos legisladores.

DO RECURSO *EX OFFICIO* NO *HABEAS CORPUS*

Com relação ao procedimento processual, prescrito no art. 574 do CPP, já há muito ultrapassado, de recorrer *ex officio*, entendemos, ser incongruente, o juiz recorrer contra ele mesmo. Numa comparação grosseira diríamos que esmurramos nosso próprio nariz e depois nos colocamos diante do espelho para perguntarmos se estávamos certos em esmurrar-nos. Quer-nos parecer, que se o juiz concedeu a ordem de *habeas corpus* é porque no seu entender, há motivos para que isso aconteça. Agora, cabe ao Ministério público, como fiscal da lei, se entender que o juízo se equivocou, recorrer contra a decisão concessiva.

Da mesma forma que o recurso *ex officio*, entendemos que em matéria de *habeas corpus*, não deve ser dada vista ao Ministério Público, como obrigatoriedade. Poderá, efetivamente, como fiscal da lei, não como representante da lei ou representante do Estado, se presente, por ocasião do despacho, opinar, favorável ou contrariamente. Só que o juízo, deve ter sua própria opinião e livre convencimento para julgar, pois sua é a decisão. Posteriormente, caso o Ministério Público entenda que a decisão do juízo foi equivocada, não só poderá, como terá a obrigação de recorrer contra a decisão proferida.

Há alguns anos atrás, por ocasião da Constituição, muito se debateu a respeito do papel do Ministério Público no contexto jurídico, uns mais radicais, prelecionavam que o Ministério Público deveria ser erigido a um quarto poder, papel representado pela imprensa, que se auto denomina o "quarto poder", como representante efetivo do Estado, podendo denunciar não só os particulares, mas também os membros do Poder Executivo; do Poder Legislativo e; do Poder Judiciário, que eventualmente violassem as leis. Entendemos, que ao Ministério Público, cabe promover a execução da lei e sua fiscalização. Aliás, em nosso entendimento, o Ministério Público não só deveria fiscalizar a aplicação da lei, como deveria partir dele a instauração da ação penal, —referimo-nos à ação penal, porque é sobre ela que está baseado nosso trabalho—, desde o início. É dele também que devem partir as orientações cabíveis na investigação do ilícito penal, função que ainda é exercida pela Polícia.

Entendemos, como **Hélio Tornaghi**¹⁵ que "o Ministério Público é parte como órgão do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva, porque, além do Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Esta última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado em forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar, se entender que o réu é culpado...".

Entendemos também que o Ministério Público, como diz **Ferrão Martens**, lembrado por **Elvia Lordello Castello**

¹⁵ **TORNAGHI, Hélio** Instituições de Processo Penal Editora Forense - vol. III - pág. 136

Branco¹⁶, deva "*ser letrado e bem entendido para saber espertar e allegar as causas e razões, que a nossos direitos pertencem, porque muitas vezes acontece que por seu bom aviso os nossos desembargadores são bem informados, e ainda nossos direitos reais acrescentados... e procure bem todos os feitos da justiça, das viúvas e dos orphãos e miseráveis pessoas, que à nossa corte vierem*", mas ao contrário, do que o Rei entendia, nos dias de hoje o Ministério Público, em nosso entendimento, não é, à evidência, representante do Estado e sim aquele que acusa em nome dele.

¹⁶ **BRANCO, Elvia Lordello Castello** Rev. de Inf. Legislativa a. 10, n. 39, jul/set. 1973, pág. 54

DA PREVENÇÃO DE CÂMARAS NO *HABEAS CORPUS*

Da mesma forma combatemos a prevenção de Câmaras em julgamentos na Superior Instância. Admitimo-la na primeira Instância, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, mesmo que o juízo da sentença venha a ser o juízo da execução. Entendemos que esta nada tem a ver com aquela, são fases distintas. Se o juízo de primeira Instância não pode dar nova sentença depois de transitado em julgado o processo, da mesma forma entendemos que após decisão com trânsito em julgado de qualquer recurso, mormente o de *habeas corpus* que é a matéria que aqui focalizamos, também os juízes de instâncias superiores não poderão dar nova sentença em seus julgados.

Quer-nos parecer, que se o julgador já tiver se manifestado negativamente a respeito de certo fato, seja ele sobre excesso de prazo, ou nulidade processual, e eventualmente venha o paciente através, até mesmo de outro impetrante, intentar novamente a busca pela concessão da ordem anteriormente denegada, os mesmos julgadores —Câmara preventa— terão, em si, previamente inculido subconscientemente, a matéria discutida anteriormente —até mesmo por força de despacho inicial em que o Presidente ou Vice-Presidente determina à Secretaria que sejam anexadas à petição, em breve relatório, tudo que constar em seus artigos e assentamentos referente ao paciente, e conseqüentemente ao

processo em julgamento—, e a probabilidade de darem nova definição ao entendimento anterior é bem remota.

Por outro lado, é comum se observar através dos julgados de todos os Tribunais, indistintamente, várias interpretações para um mesmo fato, entendemos que, distribuindo-se o recurso para a Câmara preventa, se está, implicitamente, restringindo a amplitude de defesa, que assegura ao cidadão, tentar, até com sorte, quem sabe, recorrer a uma Câmara cuja matéria que se leva à discussão, tenha entendimento favorável. Assim, na impetração de uma ordem de *habeas corpus*, cuja matéria em discussão tenha várias interpretações, é de se entender que o julgamento ficará entregue à sorte do sorteio da distribuição de Câmara para o julgamento do *remedium extraordinarium*.

Pelos fatos mencionados, entendemos, *venia permissa*, não haver condições do mesmo órgão colegiado modificar a sua própria sentença, proferida anteriormente. Seria, *ab absurdo*, tal se tolerasse. Nada impediria que o Juiz de 1ª Instância viesse a modificar sua própria sentença, ainda que já coberta pelo manto da coisa julgada. Haveria, em tal hipótese, frontal desrespeito ao princípio da estabilidade jurídica, que é uma das aspirações que a ciência processual visa aperfeiçoar cada vez mais.

É de se entender que a partir do momento que uma Câmara proferiu decisão denegatória em matéria de *habeas corpus*, não deve, a pretexto de prevenção de Câmaras, se julgar competente para julgar outra Ordem, referente ao mesmo processo e versando sobre a mesma matéria, ainda que sob outro ponto de vista, ou com novos argumentos. Entendemos que, a partir do momento que se proferiu uma decisão, no caso denegatória, o Juízo ou Tribunal, passa a se constituir em autoridade coatora, e deve, sem provocação da parte,

encaminhar o pedido, revestido da denominação de recurso ordinário constitucional ao tribunal competente, para se processe como tal.

Pedimos vênia ao mestre **Frederico Marques**,¹⁷ para tomarmos emprestado um pouco de seus ensinamentos. "Não pode tomar conhecimento de um pedido de *habeas corpus* o juiz ou tribunal que praticou ou confirmou, expressa ou implicitamente, o ato considerado ofensivo da liberdade física do paciente" e os de **Florêncio de Abreu**¹⁸ de que somente é competente "para conhecer do pedido (de *habeas corpus*) autoridade judiciária superior à de que provier a violência, ou coação, sendo incompetente à de hierarquia inferior ou mesmo igual" e ainda **Espínola Filho**,¹⁹ "a autoridade judiciária só agirá lícitamente, tendo jurisdição e sendo competente. É óbvio, falta de absolutamente, ao juiz, de que emana o constrangimento, competência para fazer cessar a coação, mediante *habeas corpus*".

Por outro lado, continua o renomado jurista, não pode "uma câmara isolada conhecer de *habeas corpus*, quando a coação parte dela própria, ou de outra do mesmo Tribunal, inclusive por ter confirmado a decisão do juiz singular".

Entendemos que a partir do momento que uma Câmara decide sobre um *habeas corpus* e o indefere, passa a ser a autoridade coatora, portanto deve-se julgar incompetente e encaminhar o pedido ao Tribunal *ad quem*.

¹⁷ **MARQUES, Frederico** Elementos de Direito Processual Penal Volume IV - 1965 - pág. 41

¹⁸ **ABREU, Florêncio de** Comentários ao Código de Processo Penal Editora Forense - Vol. V - pag.575

¹⁹ **ESPÍNOLA Filho, Eduardo** Cód. Proc. Penal Brasileiro Anotado Ed. 1955 - vol. VII - págs. 199 e 204

SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO ARQUIVAMENTO DO PROCESSO

O inquérito policial é a peça informativa fornecida pela autoridade policial, ao Poder Judiciário, para que este, através do Ministério Público, após a verificação das informações constantes do Relatório da Autoridade Policial e das demais peças que o compõe, entenda que se trata de infração penal, e formule a denúncia que dará início a uma ação penal. Se, no entanto entender que as peças apresentadas estão incompletas, ou não está devidamente caracterizada a tipificação penal, poderá antes de pedir o arquivamento do inquérito policial, devolver à Delegacia de origem para nova diligências e investigações, por um prazo de 30 dias, após esse prazo, caso a Autoridade não tenha conseguido terminar as Diligências requeridas, poderá pedir prorrogação do prazo por mais trinta dias. Após esse prazo, devem os autos do inquérito ser devolvido ao Poder Judiciário, onde o Ministério Público pedirá o arquivamento. Entretanto este poderá ser reaberto se, antes que se opere a prescrição, nos termos do parágrafo único do art. 409 do Código de Processo Penal, se novas provas surgirem.

Embora com outra visão da utilidade de se dar poderes ainda maiores ao Ministério Público, concordamos, que o Ministério Público, deverá promover, quando entender necessário, a abertura de inquérito policial e a prática de atos investigatórios. Este "poder" dado ao Ministério Público, isto é,

o Poder de poder orientar as investigações durante a fase instrutória, irá na pior das hipóteses, gerar economia para o Estado. Por outro lado, a condenação de um inocente, se tornará bem mais improvável, isto se a lei for cumprida como está escrita. Dessa forma, entendemos que a confissão do acusado, conseguida através das mais bárbaras e cruéis formas de torturas, por parte da polícia, não terá mais razão de ser. E ainda, relativamente ao inquérito policial, deverá o Ministério Público, além de requisitar sua abertura, acompanhar e requisitar diligências e atos investigatórios quando entender útil à descoberta da verdade e determinar a volta do inquérito à autoridade policial, enquanto não oferecida a denúncia, para novas diligências e investigações. Durante essa fase, ou seja, a instrutória, não deve o magistrado tomar conhecimento das diligências e ou atos investigatórios que estão sendo realizados, para não, se quedar para um ou outro lado, para não se tornar incompetente para poder atuar com justiça, valendo-se, para seu convencimento, das provas que forem produzidas no contraditório.

De qualquer forma, entendemos ser o inquérito policial, apenas e tão somente uma peça administrativa de ordem legal, que deve, e isso é imperativo, servir apenas como uma informação de um ilícito penal e que durante a persecução processual, se verificará se a quem foi atribuída a autoria é na realidade seu autor. É, em suma o alicerce da ordem jurídica, pois é a partir dela que se fundamenta a ação penal. Entretanto, cabe observar que não basta, servir-se dessa peça informativa, como garantia de assegurar a ordem jurídica de repressão ao "ser" acusado de ter praticado infração ilícita, mesmo porque, como se trata de uma peça informativa, não pode e nem deve apilastrar decisão condenatória.

Cabe, entretanto, ao Ministério Público, como muito além de representante do Estado, que é sua função principal, exercer, como Fiscal da Lei o resguardo da moralidade administrativa. E, sem esquecer nunca, que cabe a ele saber distinguir entre o que é legal e é legítimo, e, o que é ilegal e o que é ilegítimo. Pois, o legítimo gira em torno da moral, enquanto o legal, em torno do direito. Permite daí concluir que o legal é necessariamente legítimo, mas nem todo legítimo é legal. Do ângulo nosológico, o ilegal é sempre ilegítimo, mas o ilegítimo nem sempre é ilegal. Assim parece porque o conceito de legalidade move-se dentro do direito positivo, enquanto a noção de legitimidade é da órbita do direito natural. A legitimidade é mais questão de fato do que de direito. A legalidade é mais questão de direito do que de fato.

A atividade ministerial não deve ficar apenas calcada nas informações contidas num inquérito policial, como é regra. Tanto assim é, que na denúncia, o representante estatal, já tem afirmado, antes mesmo que se apurem, e se verifiquem as provas coligidas no contraditório, afirmando que o acusado incorreu, nas sanções de tal artigo do Código Penal, e pedindo mais, que seja, depois de processado, no final condenado.

Quer-nos parecer, que como fiscal da lei, o representante do Ministério Público, deveria pedir a condenação, se ao final de toda a persecução processual, ficasse devidamente provado que o acusado realmente foi o autor do ilícito denunciado. E creio que a melhor forma de se dizer isso, seria ao invés de afirmar que o denunciado incorreu, usar o termo teria incorrido e no final, ao invés de pedir que o denunciado seja condenado, afirme, como é seu dever, como fiscal da lei, e ao final, ficando devidamente provado, seja condenado. Em agindo assim, cremos, que estaria realmente exercendo sua primordial função de fiscal da lei.

Na forma atual, o Ministério Público, se vale — aceitando o inquérito policial, como a verdade real e incontestável—, dessa peça, meramente informativa como prova de acusação. Como ocorre costumeiramente. Não obstante, objetive proteger o Estado e conseqüentemente a sociedade.

No que diz respeito a arquivamento do inquérito policial, há a ressalva de que a qualquer tempo, possa ser reaberto, se novas provas surgirem. Entretanto, a nós nos parece que, salvo quando se trata de crimes considerados hediondos, o inquérito uma vez arquivado, não poderia ser reaberto, mesmo que surgissem novas provas ou indícios fortes da culpabilidade do autuado, salvo se estas surgissem antes de passados 180 dias.

Entendemos, que da mesma forma, que prescreve em 180 dias o direito de queixa, deve prescrever no mesmo tempo, quando o cidadão é indiciado em inquérito policial, e a Autoridade Policial não consegue reunir provas suficientes para que a denúncia se formalize. E, se a Autoridade Policial, apesar dos "recursos" que possui para a apuração de delitos, ainda assim, não conseguiu elementos suficientes para que se formalize a denúncia, não deve o cidadão, ficar à mercê do "acaso" ou do tempo, esperando que a qualquer momento, invadam sua casa, para que esclareça novamente o que já foi esquecido.

O MALEFÍCIO DA PENA RECLUSIVA AOS DELITOS DE PEQUENO PORTE

A aplicação de penas alternativas, principalmente após a vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais (lei 9.099/95), tornou-se, nestes últimos tempos, a síndrome do medo, para alguns membros do Ministério Público; a carniça de juristas arcaicos, que entendem que só a reclusão, resgata o débito do "delinqüente" para com a sociedade; a matéria preferida dos políticos de enganação, que se valem, muitas vezes do clamor público, envenenado pela imprensa sensacionalista. Enfim os debates se sucedem sobre a importância do tema, aliás, em nosso modesto entendimento, uma excelente maneira de minimizar a criminalidade.

Entre os debatedores, tem sempre, os a favor, da aplicação da pena alternativa. Porém, tem entre estes, aqueles que defendem o encarceramento puro e simples, sem entender, os efeitos maléficos que podem advir com a segregação do meio social, do agente que praticou um pequeno delito. Para estes ? contrários às penas alternativas? , com certeza, poderíamos trancar as portas dos tribunais superiores. Uma vez condenado nada há a ser reparado. E, nós perguntamos: — Quem iria reparar os erros judiciários (que são muitos)? Muitas vezes, só reparados muitos anos após o sentenciado ter cumprido sua pena. Neste caso, quer-nos parecer, que nenhum juiz seria capaz, de ressocializar um infeliz que tivesse efetuado sua matrícula na

faculdade do crime, apesar de inocente.

Todos os dias, jornais, emissoras de rádio e televisão, noticiam, a título de comentários, que estão falhando os princípios da aplicação das penas alternativas em face da onda de crimes que aumentam, em lugar de retroceder e que estão falhando os critérios para corrigir e reintegrar o "delinqüente" no convívio social. A sociedade necessita de ser resguardada desses desajustados, dizem. Acreditam que é preciso que o "delinqüente" tenha convicção da sorte que o aguarda se atentar contra a sociedade.

Como se vê, é a mesma argumentação primária repetida e decorada, sempre a mesma, sempre destituída de qualquer fundamento científico, humano ou cristão, produto sempre da ignorância integral que aplasta até aqueles cuja função seria orientar a opinião pública. Todos esses argumentos, sem exceção de um só, foram analisados, espiolhados, esmiuçados e provada não apenas a sua insanidade, mas a hediondez que refletem.

A repressão ao crime, mormente o pequeno delito, não depende da violência das leis penais, depende de fatores múltiplos, instrução, educação, situação econômica, tranqüilidade coletiva, equilíbrio social, administração e, por ai afora.

Quer-nos parecer, que ainda, existem, e muitos, os fazedores de marginais. Se um jovem errante que tem a infelicidade de cair em mãos de maus policiais, que ao invés de lhe mostrar o bom caminho, libertam-no mediante régio pagamento, teremos, invariavelmente, não um jovem errante, mas um novo criminoso, que terá de roubar para poder pagar ?

como já o disse certa vez o eminente jurista **Hélio Bicudo?** , o pedagogo. E, por estas razões, a criminalidade, ao invés de diminuir, tende a aumentar cada vez mais. Em uma sociedade que é praticamente dominada pela corrupção, onde se utiliza o crime na repressão ao crime. Porque os verdadeiros responsáveis pelo martírio de se ver tanta violência, são na realidade os responsáveis pela decadência da instrução e da educação, pela decadência da família, as famílias pobres pela miséria, pela precária situação econômica, os preços das coisas de primeira necessidade à mercê de exploradores de todo o gênero, que vivem regaladamente nos postos da política e da administração; as famílias abastadas pelo desregramento dos costumes, jogos de interesses; ambas as categorias pela falta de assistência pública e decadência da administração entregue a mãos incompetentes, de gente sem o menor preparo, para compreender tais problemas, deixando grandes cidades, completamente abandonadas, sem serviços públicos, sem meios para a assistência social, a menores, loucos, criminosos e por ai afora. Coroando tudo, a falta de polícia, minada esta de elementos indesejáveis, sócios de criminosos e também num atraso de muitos anos não só em relação aos melhoramentos científicos? a nossa ciência, apesar da Constituição Federal, ainda é o famigerado pau-de-arara, cama-elástica, cadeira-do-dragão, além dos informantes ignominiosos, que vendem "cabeças", muitas vezes inocentes em troca do vil metal, e mais ainda à organização anacrônica e inadequada do nosso judiciário.

Não vamos nos estender sobre os assuntos com as necessárias minúcias. Mas é por tudo isso que ai está, "onda de crimes", de "degenerados e incorrigíveis", essas "feras das quais a sociedade precisa ser resguardada". Como esperar outra coisa, se as próprias rádios e televisões se tornaram instrumentos de deseducação? Dando notícias sensacionalistas, através de

programas não menos sensacionalistas e incitando o povo à violência, sem nenhum critério.

As nossas televisões com exibição de programas, novelas e filmes, que em vez de educar, ou mesmo de ajudar na formação do futuro da nação, ensinam como praticar o sexo, como se rouba, como se mata, como se trafica e assim por diante. E a imprensa escrita? Os jornais e as revistas, esta sinistra imprensa de escândalos, que vive farejando sordícias nos plantões de polícia, para pasto de uma massa obscurecida, cada vez mais deteriorada pela ação repugnante de maus profissionais, pois só mesmo num país onde a ignorância seja generalizada, existem jornais que são capazes de envenenar o espírito público, com manchetes perigosas, produtos de uma supina ignorância.

CRIME DE "MÃO PRÓPRIA"

Crime de mão própria é todo aquele que só pode ser praticado pelo autor direto da infração. Em princípio não admite co-autoria ou mesmo a co-participação através da instigação ou orientação.

Poderíamos dizer que todo crime é de "mão própria", entretanto, na sua grande maioria, admite a co-participação de outro autor. O que no meu entender não é de "mão própria", pois entendo que o crime de "mão própria" não admite co-autoria, muito embora, alguns juristas entendam existir. *"A par dos crimes próprios, há os de mão própria ou de atuação pessoal. São os que só podem ser praticados pelo autor em pessoa. Exemplo: o crime de falso testemunho. Ninguém pode mandar outrem praticar falso testemunho em seu lugar".*²⁰

E em assim sendo, entendo que o artigo 342 do Código Penal caracteriza muito bem o delito de mão própria que é: *"fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em júzo arbitral"*.

*"O falso testemunho, crime de "mão própria", é de autoria exclusiva da testemunha."*²¹

²⁰TJSP – HC – Rel. Des. **Geraldo Gomes** – RT 570/289

²¹ TJSP – Rev. – Rel. Des. **Acácio Rebouças** – RT 484/292.

Quando intimada a depor, a testemunha, depois de compromissada, dirá, sob palavra de honra, a verdade do que souber e lhe for perguntado, esclarecendo, se é parente e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade.²² Seu testemunho será prestado oralmente, não sendo permitido trazê-lo por escrito.²³ Poderá, no entanto, consultar alguns escritos no intuito de avivar a memória.²⁴

Em tese, a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.²⁵

São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.²⁶ Nesta proibição estão incluídos os doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos.²⁷ Muito embora, se for absolutamente imprescindível, o farão sem prestar o compromisso, ou seja, mesmo que omitam os fatos ou os destorçam, não incorrerão no crime de falso testemunho. Por esta razão é que o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes,²⁸ ou seja, pessoas que durante os interrogatórios ou sobre os testemunhos

²² Art. 203 do Código de Processo Penal

²³ Art. 204 do Código de Processo Penal

²⁴ Art. 204 Parágrafo único do Código de Processo Penal

²⁵ Art. 206 do Código de Processo Penal

²⁶ Art. 207 do Código de Processo Penal

²⁷ Art. 208 do Código de Processo Penal

²⁸ Art. 209 do Código de Processo Penal

já dados foram nomeadas mas não foram incluídas pelas partes.²⁹

A lei exige que as testemunhas sejam inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.³⁰

Por outro lado, "não é suficiente para constituir o falso testemunho que o depoimento seja contrário à verdade e possa causar um prejuízo, sendo necessário que tenha sido produzido com intenção dolosa".³¹ É necessário no meu entender que o conjunto probatório confrontado ao depoimento tido por falso evidencie sua ocorrência. "O falso testemunho suscetível de sanção penal deve versar sobre circunstância juridicamente relevante, capaz de influir sobre o desfecho da demanda. Na ação criminal assume importância o depoimento testemunhal para a formação do juízo de convencimento do julgador."³²

Cumprido observar, primeiramente, que, no meu entender, não é possível a participação nos crimes de mão própria, de que é exemplo o falso testemunho, previsto no art. 342 do CP, que só pode ser executado pessoalmente pela testemunha, perito, tradutor ou intérprete, do co-autor que esta presente na fórmula do art. 29 do Código Penal, tendo em vista que só aquele agente especificado na descrição do tipo pode ser autor do delito. Assim, não se pode falar em participação nos delitos de mão própria, onde ocorre um verdadeiro tipo especial de autor.

²⁹ Art. 209 Parágrafo primeiro do Código de Processo Penal

³⁰ Art. 210 do Código de Processo Penal

³¹ TJDF - Ap. Crim. nº 14.872-DF - (Reg. Ac. 76.217) - 2ª T - Rel. Des. **Lécio Resende** - DJU 24.05.95

³² TRF3ªR - Ap. Crim. nº 96.03.074503-0-SP - Relª Juíza **Sylvia Steiner** - J. 18.11.97 - v.u

Outrossim, a sistemática do CP exige uma análise pormenorizada com relação ao delito de que ora se trata. Evidentemente, como já ressaltado, admite-se a punição com base no concurso de agentes, na modalidade da participação, nos crimes de mão própria. Entretanto, existe atenção especial do legislador. É que, para alguns delitos, o próprio Código estabelece como vai se dar a punição no caso do concurso de agentes, havendo uma espécie de quebra da unidade trazida pelo art. 29. Em outras palavras, especifica qual conduta deverá ser punida como concurso, deixando as demais livres da tipicidade penal.

Foi exatamente o que ocorreu com o delito do art. 342. O legislador alterou a unidade do concurso de agentes para incriminar, com a mesma sanção, em tipo autônomo - art. 343, apenas a conduta de quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem à testemunha, perito, tradutor ou intérprete. Assim, a participação só se revela como conduta típica quando ocorre o oferecimento da vantagem prevista.

O delito de falso testemunho é uma exceção pluralística à teoria monista concernente à natureza jurídica do concurso de agentes prevista no artigo 29 do CP. Assim, a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do artigo 342 e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal, incide nas penas do parágrafo único do artigo 343, ambos também do CP.

O Direito Penal não pode abranger todas as condutas, mesmo que moralmente reprováveis. Surgem, em decorrência de tal fato, as idéias de direito penal mínimo e seu caráter subsidiário, que conduz a uma proteção jurídica onde outros ramos do direito não possam oferecer proteção suficiente. As leis penais, portanto, incidem sobre alguns dos muitos ilícitos possíveis,

revelando o que se costuma chamar de caráter fragmentário do direito penal.

A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui se entremostra o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *última ratio regeum*.

Quer dizer que se, de um lado, nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal, de outro, o crime deve ser sempre um fato ilícito para o todo do direito. Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal, que por seu próprio caráter fragmentário, nem tudo o que é lícito é honesto (*non omne quod licet honestum est*).

É verdade que o juiz não pode estar sujeito a pessoas que comparecem à sua presença e, por razão que se desconhece, lhe dão versão diversa sobre um único evento. Para caracterizar o delito de falso testemunho se faz necessário o efetivo resultado danoso, pois trata-se de crime formal, tendo relevância se teve ou não influência na decisão dos autos em que foi prestado. De outra face, há que se ver que um testemunho que de início se mostrava falso, pode deixar de se constituir crime se o seu autor se retratar ou declarar a verdade antes da sentença. Pois é necessário para que haja potencialidade lesiva que leve o

juizador a mudar seu veredicto, que as provas coletadas se apilastrem somente no testemunho.