



CURSO: "CRIMINOLOGIA E A JUSTIÇA PENAL"

As inscrições para o Curso de Criminologia e Justiça Penal continuam abertas. Realizado pelo IBCCRIM, juntamente com o Depto. de Criminologia da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Ottawa (Canadá), o curso será ministrado entre os meses de junho e julho e contará com a presença do professor Álvaro Pires.

Veja o conteúdo completo do curso e o calendário de aulas no nosso site: www.ibccrim.com.br. Garanta já sua inscrição, o número de vagas é limitado!

Informações e inscrições:
Depto. de Comunicação e Marketing - Rua XI de Agosto, 52-5º and. - Centro - São Paulo - SP
Email: comkt@ibccrim.com.br
Tel.: (11) 3105 4607
Fax: (11) 3105 0109

POSSE

Neste mês, assume a Presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro Marco Aurélio, que foi eleito para esse cargo na sessão de 18 do mês de abril. Sua presença na direção da Corte Suprema representa, para todos os brasileiros, motivo de especial tranquilidade, por seus compromissos com a Constituição Federal, com os direitos e garantias dos cidadãos e com a democracia substantiva. Para o IBCCRIM, em particular é motivo de alegria ver o min. Marco Aurélio à testa do mais importante órgão do Poder Judiciário na medida em que os pontos de vista por ele sustentados constituem a própria razão de ser, o ideário da instituição.

"Uma Páscoa de Mesmices"

Desde 12 de abril de 2001 temos mais uma lei de conotação penal, a Lei nº 10.217, que veio a alterar a pouquíssima aplicada Lei nº 9.034/95, a qual, por sua vez, trata dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Essa lei alterada sempre foi muito criticada, entre outras coisas, por ter reduzida incidência prática, uma vez que pretende tratar do "crime organizado", sem sequer defini-lo. Restou, portanto, uma lei dirigida a uma "entidade metajurídica" que jamais foi delimitada ou encontrou traços legais entre nós. A expressão "criminalidade organizada" mais serve para produzir constantes manchetes na imprensa e nos discursos políticos do que para gerar efeitos judiciais.

Porém, observando a Lei nº 10.217/01, percebemos que o legislador, além de não suprir aquela omissão, manteve seu hábito de produzir leis toscas e com grandes concessões de direitos aos déspotas de plantão.

Assim, mantendo seu hábito de mais de uma década, elaborou uma lei que, além de manter sem definição ou sequer indicar referências para dar corpo à expressão "crime organizado", ainda aumentou o grau de insegurança legal ao colocar em mesmo nível as figuras da "quadrilha", do "bando" e dos ainda etéreos entes das "organizações ou associações criminosas". Com essa omissão reiterada e, também, frontal violação do princípio da legalidade, fez, portanto, uma lei para pior.

O legislador preceitua, por lei ordinária, a "vigilância eletrônica", a qual talvez represente a maior ameaça ao direito constitucional do cidadão à intimidade e que terá como último bastião o prudente critério judicial ao decidir fundamentadamente pela autorização dessa forma de "formação de prova". Nesse passo, a lei é temerária. Máxime se notarmos sua insistente omissão em fixar limites claros de atuação do agente policial (ou de inteligência) a ser infiltrado nas "organizações criminosas".

Por fim, amplia-se a figura do "agente infiltrado" (*undercover*) para além do policial. Com essa mais recente legislação, cria-se a figura do "agente de inteligência" de "órgãos especializados pertinentes" à tarefa de investigação e de formação de provas. É desnecessário comentar a amplitude e conseqüente inse-

gurança que nos trazem essas duas expressões destacadas do texto legal, uma vez que não são poucos os poderes públicos que se sentirão incentivados a criar, *interna corporis*, esses denominados "órgãos especializados pertinentes".

É insofismável que essa reforma pontual foi concebida — e assim deve ser entendida e rejeitada — para servir como mero suporte legal ao projeto maior que objetiva a implantação de uma eficiente rede, de dimensão nacional, integrada por órgãos policiais e de inteligência, destinada à captação, processamento e emprego de informações estratégicas úteis à segurança "da sociedade e do Estado". Esse objetivo final, em franca consecução pelo Estado, foi anunciado explicitamente com a Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência e criou a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), em substituição ao Sistema Nacional de Inteligência (SNI).

O IBCCRIM quer deixar claro que com a mesma intensidade com que concorda e apóia os esforços estatais em prol do aumento da proteção e tranquilidade sociais, também permanece refratário a mais essa má alteração pontual de nosso sistema jurídico por não transigir com ataques aos mais mezinhas princípios das ciências criminais e de garantias ao cidadão.

É necessário por fim a essa idéia de que para se proteger a sociedade é necessária a perda de nossos direitos e garantias. Esse é um falso dilema de há muito superado e defendido apenas por aqueles menos capazes, e quase sempre mais ouvidos.

Uma maior segurança pública se alcança com maior eficiência estatal em suas mais variadas atividades, a começar por verdadeira e eficaz política social (por exemplo, saúde pública e ensino básico dignos a todos) e terminar por um coerente e moderno posicionamento político-criminal frente aos condenados.

As Ciências Criminais, insista-se, devem servir de bússola na busca de resultados eficazes, e não serem tratadas como vassalas ou barreiras aniquiladas por aqueles que buscam as soluções aparentemente mais simples para os graves problemas que afetam a segurança pública.

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Maio/2001 - n° 102

- "Uma Páscoa de Mesmices"
- Departamento de Estudos
e Projetos Legislativos 01
- Delito de Bagatela:
Princípios da Insignificância e
da Irrelevância Penal do Fato
- Luiz Flávio Gomes 02
- Da Necessidade de
Exame de Corpo de Delito nos
Crimes Contra a Ordem Tributária
- Helios Nogueis Moyano,
Fernanda Velloso Teixeira e
Carlos Alberto Pires Mendes 05
- Da Inconstitucionalidade do
Art. 4º da Resolução n° 1.605/00
do Conselho Federal de Medicina
- Eduardo Araujo da Silva e
José Oswaldo Molinero 06
- Lei Antitóxicos,
Norma Penal em Branco e a Questão
do Lança-Perfume (Cloreto de Etila)
- Damásio E. de Jesus 08
- Desvios de Função
e Ilegalidade das Polícias
- Letícia Franco de Araújo 09
- Alteração Legislativa: Lei n° 10.217,
de 11.04.2001 09
- A Árvore, a Razão e o Tempo
- Marcos Alexandre Coelho Zilli 10
- Com a Palavra, o Estudante:
Remissão x Fuga: Quid juris?
- Gamil Föppel El Hireche 11
- AIDP: Premissa Fundamental Para
Uma Reforma Global do Processo Penal
- Fernando A. Fernandes 12

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz:
É Inconstitucional Condicionar
o Recebimento do Recurso
de Apelação à Prisão 529
- Supremo Tribunal Federal 530
- Superior Tribunal de Justiça 531
- Tribunal Regional Federal 531
- Tribunal de Justiça 532
- Tribunal de Alçada Criminal 532

Encarte - Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM

- Para Entender o Funcionamento
da Justiça Criminal
- Jacqueline Sinhorotto e
Alessandra Teixeira 01
- Fluxograma 02 e 03
- Integração de Estatísticas e
Informações Criminais: Um Projeto
Fruto de Muitas Parcerias
- Luiz Henrique Proença Soares e
Renato Sérgio de Lima 04
- Um Novo Enfoque Sobre o
Sistema de Justiça Criminal
- Alexandre Schneider 04

Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato

LUIZ FLÁVIO GOMES

1. Introdução

O princípio da insignificância não conta com reconhecimento normativo explícito no nosso Direito (salvo algumas exceções no CPM: art. 209, § 6º, por exemplo — em caso de lesão levíssima, autoriza que o juiz considere o fato como mera infração disciplinar —; art. 240, § 1º, para o furto insignificante, etc.). Mas na jurisprudência, como se sabe, apesar de alguma aporia, ele é amplamente admitido⁽¹⁾. A novidade que está (cada vez mais patente) nessa matéria consiste numa sutil distinção entre o princípio da insignificância e o da **irrelevância penal do fato**⁽²⁾, que a própria jurisprudência está se encarregando de fazer⁽³⁾.

A diferença fundamental entre os dois princípios mencionados é a seguinte: uma linha jurisprudencial (a mais tradicional) reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) o desvalor do resultado, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível da lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo. Cuidando, ao contrário, de ataque intolerável, o fato é típico (e punível).

Uma outra linha jurisprudencial (cada vez mais evidente), para o reconhecimento da infração bagatela, não se contenta só com o desvalor do resultado e acentua a imprescindibilidade de outras exigências: o fato é penalmente irrelevante quando insignificantes (cumulativamente) são não só o desvalor do resultado, senão também o desvalor da ação bem como o desvalor da culpabilidade do agente (isto é: quando todas as circunstâncias judiciais — culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias etc. — são favoráveis).

Ambos os princípios (da insignificância *tout court* e da irrelevância penal do

fato), creio, podem ser englobados numa clássica (sugestiva e expressiva) denominação: *infração bagatela* (mesmo porque, quando se fala em infração bagatela ou delito de bagatela imediatamente conseguimos apreender o espectro do seu conteúdo: é algo insignificante, de ninharia ou, em outras palavras, não se trata de um ataque intolerável ao bem jurídico, que necessite da intervenção penal).

De qualquer maneira, não ocupam, os dois princípios, a mesma posição topográfica dentro do fato punível. O princípio da insignificância é causa de exclusão da **tipicidade** do fato; o princípio da irrelevância penal do fato é causa de **dispensa da pena** (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Na jurisprudência da nossa Corte Suprema (e limitando-se, neste momento, somente a ela) podemos notar a clara distinção (que vem sendo feita) entre as duas sub-espécies de *infração bagatela*: em 06.12.88, num caso de lesão corporal culposa (acidente de trânsito), pela primeira vez, com o nome de princípio da insignificância, o STF (RHC n° 66.869-PR, relator min. Aldir

"Enquanto o legislador não se definir sobre a questão com clareza (adotando expressamente o princípio da insignificância *tout court* ou princípio da irrelevância penal do fato, ou, ainda, ambos), é bem provável que a jurisprudência continuará oscilando (ora num, ora noutro sentido)."

Passarinho) o reconheceu e levou em conta exclusivamente o desvalor do resultado⁽⁴⁾.

Num outro julgado (HC n° 70.747-RS, relator min. Francisco Rezek, RTJ 159/199 e segs.) o colendo STF deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, porque o acusado não reunia condições para isso. O resultado jurídico foi insignificante mas o fato (globalmente considerado) não foi admitido como penalmente irrelevante, porque o réu era reincidente (já condenado antes por desacato e desobediência a policiais)⁽⁵⁾. O entendimento do STF mereceu críticas de Luiz Luisi⁽⁶⁾.

No primeiro caso foi suficiente o



desvalor do resultado (resultado bagatelar); no segundo salientou-se que a lesão era bagatelar mas o autor do fato não era bagatelar. Segundo a perspectiva dessa segunda decisão, só pode ser reconhecido o delito bagatelar quando o resultado, a ação e a culpabilidade (o autor) são bagatelares. Como se vê, há uma grande diferença entre uma coisa e outra, entre um fundamento e outro (do delito bagatelar).

"... às vezes o desvalor do resultado não permite a aplicação da insignificância, mas acham-se presentes todos os requisitos da irrelevância penal do fato (agora a pena torna-se desnecessária)."

Pergunta-se: para o reconhecimento do delito bagatelar, em suma, devemos levar em conta exclusivamente o desvalor do resultado (princípio da insignificância, com reflexos na tipicidade — no injusto penal) ou conjunta e cumulativamente todos os desvalores citados (do resultado, da conduta e da culpabilidade)? Quando o promotor vai pedir o arquivamento de um inquérito ou quando o juiz vai rejeitar uma denúncia, fundamenta o delito bagatelar no princípio da insignificância (só desvalor do resultado) ou no princípio da irrelevância penal do fato (todos os desvalores conjuntamente examinados)?

Enquanto o legislador não se definir sobre a questão com clareza (adotando expressamente o princípio da insignificância *tout court* ou princípio da irrelevância penal do fato, ou, ainda, ambos), é bem provável que a jurisprudência continuará oscilando (ora num, ora noutro sentido). E é natural, penso, que assim seja, porque, no fundo, no atual Direito Penal, há espaço para os dois princípios. Um ou outro, em cada caso concreto, pode servir de fundamento para o reconhecimento do delito de bagatela (leia-se: da **atipicidade** ou da **desnecessidade da pena**).

Vejamos: o sujeito que tenha subtraído um palito de fósforo da vítima, ainda que conte com maus antecedentes, seja reincidente e tenha personalidade voltada para a delinquência, não pode ser punido pelo delito de furto porque o fato é claramente **atípico**. Está fora do âmbito de incidência do art. 155 do CP.

A norma proibitiva desta figura típica não foi pensada para uma subtração tão insignificante. O inquérito, o processo e a sanção penal, nesse caso, apresentam-se como aberrantes (chocantes). Não se pode usar o Direito Penal por causa de uma lesão tão ínfima (leia-se: por causa de um palito de fósforo); de outro lado, quem causa uma lesão corporal leve na vítima, depois de já ter sido responsável e condenado por outros acidentes de trânsito, pode não fazer jus ao reconhecimento da bagatela, isto é, a pena pode ser, no caso, **necessária**. De outro lado, pode também ocorrer o inverso: às vezes o desvalor do resultado não permite a aplicação da insignificância, mas acham-se presentes todos os requisitos da irrelevância penal do fato (agora a pena torna-se desnecessária).

O que acaba de ser explicitado tem total coerência com o fundamento jurídico da **dispensa da pena** (do afastamento da intervenção penal em razão da **irrelevância penal do fato**), que está contemplado no art. 59 do CP⁽⁷⁾. O juiz, levando em consideração as circunstâncias judiciais aí previstas, fixará a pena conforme seja suficiente e **necessário** para a prevenção e reprovação do delito. Em outras palavras, quando irrelevante é o fato, em virtude da presença de todos os requisitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade bagatelares) a pena torna-se **desnecessária**. Sua dispensa, nesse caso, não chega a afetar o seu aspecto preventivo geral.

De qualquer maneira, saliente-se que um ou outro princípio permite de plano o arquivamento das investigações: o primeiro (da insignificância) porque o fato é atípico; o segundo (da irrelevância penal do fato) porque o fato não é punível (o art. 43, I, do CPP, quando diz que a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir *crime* deve, hoje, ser interpretado do seguinte modo: quando o fato narrado evidentemente não constituir *fato punível*). A palavra *crime*, no citado dispositivo, não foi empregada em sentido restritivo (fato típico e antijurídico ou fato típico, antijurídico e culpável), senão no sentido de *fato punível*. Uma prova disso: filho que furta pai não é punível; se esse é o fato narrado, o juiz tem que rejeitar a denúncia; no caso de imunidade parlamentar material, a denúncia tem que ser rejeitada. Se é assim, quando se nota claramente a dispensa da pena (em razão do princípio da irrelevância penal do fato), também deve ser rejeitada a denúncia (ou queixa).

Resumindo: todas as vezes que nos depararmos com uma *infração bagatelar*, o certo é pedir o arquivamento das investigações (fundamentando o pedido ou no princípio da insignificância ou no princípio da irrelevância penal do fato). E se houver denúncia? Cabe ao juiz rejeitá-la (CPP, art. 43, I). E se o juiz não rejeitou? Cabe *HC* para o trancamento da ação penal (que no caso de infração bagatelar é juridicamente impossível).

"... quando irrelevante é o fato, em virtude da presença de todos os requisitos bagatelares (resultado, conduta e culpabilidade bagatelares) a pena torna-se desnecessária. Sua dispensa, nesse caso, não chega a afetar o seu aspecto preventivo geral."

Conclusões:

(a) Uma coisa é o **princípio da irrelevância penal do fato**, que pretende a não-aplicação da sanção penal, como cláusula geral, para um determinado grupo de infrações e, outra, muito distinta, é o **princípio da insignificância *tout court***, que dogmaticamente autoriza excluir do tipo legal as ofensas (lesões ou perigo concreto) de mínima magnitude, ou seja, nímias;

(b) Se com relação ao primeiro são plenamente pertinentes inclusive considerações pessoais (culpabilidade, vida anterior, antecedentes criminais, ocasionalidade da infração, primariedade, restituição da *res* ou ressarcimento, etc.), porque está em jogo a "necessidade" da pena (o fato é formal e substancialmente típico), com referência ao segundo esses critérios pessoais não têm nenhum sentido, porque o que interessa (para o fim da tipicidade ou atipicidade) é o fato objetivo praticado e não as tendências ou inclinações subjetivas do autor (especialmente porque o fato realmente insignificante é típico tão só na aparência, mas não materialmente);

(c) O princípio da irrelevância penal do fato está contemplado no art. 59 do CP e é consequência da (des)necessidade da pena, no caso concreto; já o princípio da insignificância, salvo raras exceções, não está previsto expressamente no Direito brasileiro (é criação jurisprudencial);

(d) Na praxe forense sustenta-



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
 (IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA: Sílvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM: Janaína Conceição Paschoal, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

DEPARTAMENTO DE CURSOS: Marco Antonio Rodrigues Nahum, Fábio Delmanto, Flávia D'Urso Rocha Soares, Antonio Sergio A. Moraes Pitombo, Ana Lúcia Menezes Vieira, Cecília Souza Santos e Heloisa Estellita Salomão

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Maurício Zanoide de Moraes, Adauto Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET: Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Mariângela Magalhães Gomes

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS: Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer

se com frequência (só) o princípio da insignificância (que se mostra inadequado para diversas situações); mas muitas vezes daria para ir um pouco mais além e propugnar pelo princípio da irrelevância penal do fato (com base no art. 59 do CP, que implica a dispensa da pena, quando esta se torne desnecessária);

(e) Em virtude da ausência de critérios legais claros e definitivos, nota-se na aplicação do direito patentes desigualdades (que chocam o homem comum e colocam a Justiça em descrédito). Há juízes que admitem a insignificância e outros que não; há juízes que levam em conta só o desvalor do resultado e outros que exigem também o desvalor da ação e da culpabilidade; a falta de critérios legais nesse âmbito é fator de grande insegurança e permite, muitas vezes, grande poder de discricionariedade ao juiz (recorde-se: quanto mais discricionários os poderes do juiz, mais facilmente pode-se chegar a atos arbitrários e discriminatórios);

(f) Apesar de tudo, de *lege data*, é fundamental reconhecer que há uma grande diferença entre o delito bagatelar (não punível) e a infração de menor potencial ofensivo (que é punível nos termos dos juizados especiais criminais); não existe regra abstrata sobre a diferença; somente no caso concreto que isso se torna possível;

(g) Sempre que presentes os requisitos da bagatela, não é o caso de se iniciar nenhum procedimento penal ou consensual. Nesta hipótese, o correto é pedir o arquivamento da investigação (afastando-se a aplicação do Direito penal); o arquivamento, em razão de se tratar de uma infração bagatelar, terá como fundamento ou simplesmente o princípio da insignificância ou o princípio da irrelevância penal do fato;

(h) Muitas vezes o juiz rejeita a incidência do princípio da insignificância e deixa-se sem exame a questão da irrelevância penal. Pode ser que o fato não se adapte bem ao primeiro princípio, mas atenda todos os requisitos do segundo (desvalor mínimo do resultado, da conduta e da culpabilidade);

(i) De *lege ferenda*, o ideal seria o legislador criar uma cláusula geral no âmbito do Direito penal excluindo a punibilidade de determinados fatos

quando presentes os desvalores do resultado, da conduta e da culpabilidade;

(j) A presença dessa cláusula geral de dispensa de qualquer pena (quando presentes todos os requisitos legais), de qualquer maneira, não pode servir de barreira para a implantação de uma ampla e geral política de **descriminalização**, que significa retirar o caráter de ilícito penal de todas as condutas que não contam (*in abstracto*) com merecimento de pena. Em outras palavras: as infrações bagatelares próprias deveriam ser excluídas formalmente do Direito Penal;

(l) Enquanto o legislador não estabelece um marco máximo de possibilidade de sustentação da irrelevância penal do fato, desde logo e segundo o direito vigente, creio não ser desproporcional (nem desarrazoado) reivindicar a aplicação desse princípio pelo menos no que concerne às infrações que não ultrapassem a barreira punitiva das infrações de menor potencial ofensivo.

"... todas as vezes que nos depararmos com uma infração bagatelar, o certo é pedir o arquivamento das investigações (fundamentando o pedido ou no princípio da insignificância ou no princípio da irrelevância penal do fato)."

NOTAS

- (1) Cf. **REBÊLO, José Henrique Guaracy**. "Princípio da Insignificância: Interpretação Jurisprudencial", Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 29 e segs. (especialmente pp. 47 e segs.).
- (2) Sobre a distinção, cf. **GOMES, Luiz Flávio**, editorial de 18.03.01, in www.direitocriminal.com.br
- (3) Muito provavelmente isso se deu, pela primeira vez, no TACrim/SP, AC nº 593.875-2, relator **Haroldo Luz**, RT 664, pp. 285 e segs.
- (4) Cf. **SANGUINÉ, Odone**. "Observações Sobre o Princípio da Insignificância", "Fascículos de Ciências Penais", ano 3, v. 3, nº 1. 1990, p. 36; vide ainda, **REBÊLO, José Enrique Guaracy**. "Princípios da Insignificância: Interpretação Jurisprudencial", Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 47; RT 129/187 e segs.
- (5) No mesmo sentido, cf. TACrim/SP, AC nº 593.875-2, rel. **Haroldo Luz**, RT 664, pp. 285 e segs.
- (6) Cf. **Boletim IBCCRIM** nº 63, *Jurisprudência*, fev./98, p. 227.
- (7) Cf. TACrim/SP, AC nº 593.875-2, rel. **Haroldo Luz**, RT 285 e segs. (no acórdão pode-se verificar que o fenômeno da dispensa da pena recebeu a etiqueta de "perdão judicial extralegal").

O autor é doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP, professor honorário da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santa Maria (Arequipa/Peru) e Diretor do www.direitocriminal.com.br

Da Necessidade do Exame de Corpo de Delito nos Crimes Contra a Ordem Tributária

HELIOS NOGUÉS MOYANO, FERNANDA VELLOSO TEIXEIRA e CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Não constitui exagero afirmar que a grande maioria dos processos criminais para a apuração dos delitos tributários, tanto na esfera estadual quanto na federal, encontram seu desfecho — seja com sentença absolutória ou condenatória — sem a realização do imprescindível Exame de Corpo de Delito.

A incipiente jurisprudência que se formou em torno do tema vem aceitando que a materialidade nos crimes tributários seja comprovada, não pelo Exame de Corpo de Delito como quer o legislador, mas sim pela “prova” produzida pela Administração Fazendária consubstanciada no Auto de Infração e Imposição de Multa⁽¹⁾.

Entendemos, com a devida venia, que tal posicionamento não se sustenta já que os delitos contra a ordem tributária, materiais que são, deixam vestígios, sendo de rigor, portanto, a realização do Exame de Corpo de Delito, representado pela perícia contábil, a ser feito pelos peritos do Instituto Nacional de Criminalística, no âmbito federal, e pelos do Instituto de Criminalística, no âmbito estadual.

E mais: diante do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), nada, rigorosamente nada justifica que aludido exame deixe de ser realizado durante o inquérito policial.

Com efeito, o art. 6º, inc. VII, do Código de Processo Penal, reza que a autoridade policial **deverá** — essa a palavra utilizada pelo legislador —, **“logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito”**.

E quando seria cabível a realização desse exame? O art. 158 do Código de Processo Penal responde: **“quando a infração deixar vestígios”**.

Aliás, esse art. 158 diz muito mais. Segundo esse dispositivo, quando o crime for material, isto é, daqueles que deixam vestígios, **“será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”**.

Note-se que o legislador, tamanha a importância que dá à realização desse exame nos crimes que deixam vestígios, não permite sua substituição nem mesmo pela própria confissão, tida por alguns como a rainha das provas.

Além do mais, é sabido que o magistrado e a autoridade policial podem negar qualquer “perícia requerida pelas partes,

quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”, “salvo o caso de exame de corpo de delito” — é o que determina, com precisão, o art. 184 do Código de Processo Penal.

Nessa ordem de idéias, portanto, mostra-se inaceitável que nos crimes tributários o Exame de Corpo de Delito seja substituído pelo Auto de Infração e Imposição de Multa, o qual, não é ocioso apontar, é produzido por quem é parte e conseqüentemente tem indistigável interesse no desfecho do feito, como é o caso do Fisco.

“... os delitos contra a ordem tributária, materiais que são, deixam vestígios, sendo de rigor, portanto, a realização do Exame de Corpo de Delito, representado pela perícia contábil...”

Ademais, a lei adjetiva penal, que tem uma preocupação toda especial com a efetiva produção da prova da materialidade nos crimes de dano, é expressa quanto à única hipótese em que o Exame de Corpo de Delito pode deixar de ser realizado com base diretamente em vestígios. De fato, de acordo com o art. 167 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito indireto, isto é, aquele produzido mediante testemunhas, só pode ser validamente realizado quando houver **“desaparecido os vestígios”** da infração. Somente nessa hipótese — e somente nela — é que o processo por crime material pode estar desacompanhado do Exame de Corpo de Delito direto.

Por outro lado, se nos feitos destinados a apurar qualquer dos delitos descritos na Lei de Propriedade Intelectual — **todos de menor potencial ofensivo** — **“a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito”**, como então admitir que nos crimes tributários a inicial acusatória venha desacompanhada de perícia contábil? Ora, basta destacar que nos delitos descritos no art. 1º da Lei nº 8.137/90, por exemplo, a

pena mínima é de dois anos de reclusão.

Também nos parece um absurdo que não se dê ao empresário — no mais das vezes primário, de bons antecedentes, que cria empregos e que muitas e muitas vezes é levado à evasão fiscal exclusivamente pelos desacertos governamentais — as mesmas garantias que são dadas, por exemplo, aos acusados pelo nefasto crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Sim, pois enquanto a denúncia por estes delitos só é recebida se instruída com pelo menos um laudo de constatação, assinado por pessoas em tese imparciais, as denúncias por sonegação fiscal são recebidas com base numa simples autuação, no mais das vezes provisória — tendo em vista a sempre presente possibilidade de impugnação — elaborada, repita-se, por quem é parte e tem interesse direto no desfecho da causa.

Pior, muito pior, é que enquanto doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar a impossibilidade de uma condenação por crime de tráfico ilícito de entorpecentes sem que conste dos autos do processo o Exame de Corpo de Delito, nesses casos representado pelo Laudo Toxicológico definitivo, todos os dias são condenados empresários com base única e exclusivamente no Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado pela fiscalização federal ou estadual.

Concluindo, se o princípio constitucional do devido processo legal em questões criminais é o respeito incondicional às normas do nosso ordenamento processual, respeito esse representado pelo acatamento dos dispositivos legais válidos e vigentes, força é convir que toda ação penal para a apuração de delitos tributários iniciada sem a prévia realização do exame de corpo de delito (perícia contábil) caracteriza indiscutível coação ilegal, porquanto instaurada em total desrespeito àquele princípio, eivando de nulidade o processo e desafiando a utilização de *habeas corpus*.

NOTA

⁽¹⁾ Nesse sentido: TJ/SP, HC nº 274.823-3/1, rel. des. **Augusto César**, 6ª CCrim., j. 04.03.99, v.u., DOE 03.05.99; TRF 3ª Região, HC nº 1999.03.00.043410-8/SP, rel. des. **Theotonio Costa**, 1ª Turma, j. 29.02.00, v.u., DJU 28.03.00.

Os autores são advogados em São Paulo.

Da Inconstitucionalidade do Art. 4º da Resolução nº 1.605/00 do Conselho Federal de Medicina

EDUARDO ARAUJO DA SILVA e JOSÉ OSWALDO MOLINEIRO


IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

BOLETIM IBCCRIM

EDITORIA DO BOLETIM: Janaína C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Monteiro da Costa, Janaina C. Pachal, João Florêncio de Salles Gomes Jr., Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Eugênia Ferreira da Silva, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renata Horovitz, Renata Strang Ciasca, Renato de Mello Jorge Silveira, Renato Spaggiari, Rogério Marcolini e Vinícius Toledo Piza Peluso.

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,
MONTAGEM E FOTOLITO:**

Ameruso Artes Gráficas -
Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 591-3999
E-mail: ameruso@uol.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

TIRAGEM: 21.000 exemplares

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto"

Correspondência: IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tranco-chave)
http://www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

Com a finalidade de disciplinar os arts. 11 e 102 do Código de Ética Médica⁽¹⁾, o Conselho Federal de Medicina recentemente baixou a Resolução nº 1.605, de 15 de setembro de 2000, cujo art. 4º prevê que *"se na instrução do processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia médica restrita aos fatos em questionamento"*.

Malgrado o nobre objetivo buscado com a edição do ato administrativo acima referido, que visa preservar o direito à intimidade da pessoa que figura como paciente (art. 5º, inc. X, da Constituição da República), evitando a circulação de informações a respeito de fatos de sua vida privada sem qualquer conexão com a apuração criminal, o tratamento dispensado à matéria ultrapassa os limites traçados pelos arts. 11 e 102 do Código de Ética Médica.

Neste sentido, a resolução tolhe duplamente a atividade dos juízes que militam na esfera criminal: primeiro ao vedar-lhes a possibilidade de requisição de documentos, prevendo tão somente que o perito judicial tenha "vista" do prontuário ou ficha médica do paciente; depois ao limitar-lhes tal acesso apenas à fase de instrução de processo criminal, suprimindo, assim, que esta iniciativa ocorra também quando da investigação realizada pela Polícia Judiciária.

A propósito, vale lembrar que o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao dispor que *"a lei não excluirá na apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito"*⁽²⁾. Portanto, se o legislador constituinte vedou à lei limitar a atividade jurisdicional, à evidência não há como se cogitar de qualquer iniciativa administrativa nesta direção.

Ademais, o ato administrativo é incon-

gruente ao disciplinar o acesso aos documentos médicos apenas e tão-somente na fase de "instrução de processo criminal", cuja instauração decorre das informações colhidas na fase de investigação criminal. Em outras palavras, uma vez vedado o acesso aos documentos médicos na fase pré-processual, é possível que sequer haja processo-crime, ante a ausência de elementos de prova para que seja aferida a conduta delituosa apurada.

Por outro lado, a previsão para que as anotações médicas permaneçam à disposição de perito judicial nos nosocômios igualmente limita a atividade de persecução criminal, pois como anotado pelo juiz de Direito **Jeferson Moreira de Carvalho**,

"...não se pode aceitar que as informações fiquem abertas ao perito judicial, porque os Fóruns não possuem peritos e obter 'expert' gratuitamente é quase impossível. A prática revela a impossibilidade"⁽³⁾.

Também em relação ao Ministério Público, que sequer é mencionado na regulamentação administrativa, a resolução é inconstitucional, pois além de violar o

poder de requisição assegurado aos promotores de Justiça (art. 129, inc. VI, da Constituição da República)⁽⁴⁾ e nas leis orgânicas federal (art. 26, inc. I, alínea "b", da Lei nº 8.625/93)⁽⁵⁾ e estadual (art. 144, inc. I, alínea "b", da Lei nº 734/93)⁽⁶⁾, ainda limita o exercício da ação penal pública (art. 129, inc. I, da Constituição da República)⁽⁷⁾ ao vedar o acesso às anotações médicas na fase de investigação criminal, para fins de eventual acusação penal em juízo.

Assim, inclusive, a jurisprudência na consideração do tema, antes mesmo da edição da Resolução, ou seja: *"Sigilo médico/profissional. Requisição de prontuário de pacientes pelo Ministério Público. Ato que tem amparo na Lei Federal nº 8.625/93, art. 26, inc. II, § 2º, e na circunstância de que o sigilo objetiva o resguardo de in-*

"...o ato administrativo é incongruente ao disciplinar o acesso aos documentos médicos apenas e tão-somente na fase de "instrução de processo criminal", cuja instauração decorre das informações colhidas na fase de investigação criminal."

teresses individuais, não podendo, todavia, sobrepor-se a outros, de maior magnitude. *Segurança denegada*" (TJ/RS, MS nº 595.198.409, rel. des. **José Vellinho de Lacerda**, j. em 07.02.96).

Em suma, pois, a vedação de acesso às anotações contidas nos prontuários e fichas médicas na fase de investigação criminal, tanto em relação ao magistrado, como quanto ao representante do Ministério Público, traduz flagrante cerceamento da atividade estatal de persecução criminal, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, afigurando-se manifestamente ilegal e inconstitucional.

Por outro lado, é oportuno registrar que o impedimento a que se refere o art. 102 do Código de Ética Médica não é absoluto, carecendo de uma análise casuística, com base no princípio da proporcionalidade. Como anota **Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano**, "além dos valores do direito material, outros interesses igualmente estão em jogo e devem ser protegidos pelo Estado na relação processual penal", dentre eles o direito à intimidade da pessoa que figura como paciente⁽⁸⁾.

Assim como não é correto exigir que os agentes estatais tenham acesso irrestrito a todos os documentos que contenham anotações médicas, igualmente não é conveniente concluir que tais agentes jamais tenham acesso a prontuários e fichas médicas. Daí a fórmula adotada pelo legislador para dirimir este conflito de interesses, ao prever que as anotações médicas poderão ser reveladas desde que haja "justa causa", nos termos do art. 102 do Código de Ética Médica.

A propósito da "justa causa" autorizadora do excepcional acesso aos prontuários e fichas médicas, observa **Jeferson Moreira de Carvalho** que "...o interesse da sociedade sobrepõe ao interesse público individual, mesmo em se tratando de liberdade. Assim a ação penal existe em razão de uma justa causa e também pelo interesse público de toda a sociedade (...) A conclusão é que existe justa causa para o Poder Judiciário requisitar informações e cópias de fichas clínicas, e que a prestação por parte de médicos e hospitais é perfeitamente legal, não configurando qualquer tipo de infração, pois a revelação não é leviana e sim técnica, clara e objetiva, para responder aos interesses da sociedade"⁽⁹⁾.

Assim também a orientação do **E. Supremo Tribunal Federal**: "No choque entre os dois interesses sociais — o que se liga ao resguardo do sigilo é o correspondente à repressão do crime — a lei dá prevalência ao primeiro. É certo que abre as exceções, por exemplo no caso de moléstia contagiosa de notificação compulsória. Então há interesse social maior,

que prepondera sobre o interesse atinente à manutenção do sigilo. Esses e outros motivos previstos em lei são a justa causa, a que se refere o Código Penal, para permitir excepcionalmente a quebra do sigilo. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 60.176/GB, min. **Luis Gallotti**, j. em 17.06.66).

"Assim como não é correto exigir que os agentes estatais tenham acesso irrestrito a todos os documentos que contenham anotações médicas, igualmente não é conveniente concluir que tais agentes jamais tenham acesso a prontuários e fichas médicas."

Deste entendimento não destoa o **E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**: "Desobediência - Delito caracterizado em tese - Médico que, em nome do sigilo profissional, se recusa a fornecer esclarecimento à Justiça, acerca do crime de que fora vítima a sua paciente. Inquérito, entretanto, instaurado por solicitação desta - Ausência, pois, de constrangimento ilegal — habeas corpus — denegado - Inteligência dos arts. 330, 269 e 154 do CP - O dever de guardar segredo profissional não é absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples levandade, a jactância, a maldade" (TJ/SP, HC, rel. **Márcio Bonilha**, RT 515/316).

Ainda no mesmo rumo é a orientação do **E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**: "O sigilo profissional não é absoluto e a compreensão de sua real extensão comporta relativo elastério. No caso em que as informações detidas pelo médico ou nosocômio, findarem por incriminar o próprio paciente, há de prevalecer o segredo, vez que o fundamento do sigilo é, justamente, a sua proteção. Em situações de flagrante interesse público, evidenciada pertinência lógica entre o requerimento e os fatos motivadores da instauração do inquérito policial ou de ação penal, vedado ao médico ou hospital sonegar informações ao Poder Judiciário, devendo prevalecer a busca da verdade real. Esta a hipótese dos autos, que versam sobre a apuração de eventual crime doloso contra a vida do paciente, faleci-

do" (MS nº 345.512/9, 11ª Câmara, rel. juiz **Wilson Barreira**, RT 773/587).

Portanto, em se tratando de matéria que implica na análise do conflito interesse público na revelação das anotações médicas X direito à intimidade das informações médicas lançadas, não se afigura razoável conceber que o Conselho Federal de Medicina suprima esta discussão do Poder Judiciário, para prever de forma genérica e irrestrita, que é vedada toda e qualquer análise de anotações médicas na fase de investigação criminal pelos órgãos responsáveis pela persecução criminal.

NOTAS

- (1) Prevê o art. 11 do Código de Ética Médica: "O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresa, exceto nos casos em que o silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade". Dispõe o art. 102 do mesmo estatuto: "É vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente".
- (2) A importância deste preceito, segundo **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, está na vedação de que "sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta" (cf. "Comentários à Constituição de 1988", São Paulo: Saraiva, 1990, p. 55).
- (3) Cf. "Sigilo Médico", Revista dos Tribunais, vol. 722, dezembro de 1995, p. 596.
- (4) Prevê o art. 129, inc. VI, da Constituição da República: "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".
- (5) Reza o art. 26, inc. I, alínea "b", da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público): "requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".
- (6) O art. 104, inc. I, alínea "b", da Lei nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo) reproduz a redação do art. 26, inc. I, alínea "b", da Lei nº 8.625/93.
- (7) "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I, promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei".
- (8) Cf. "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal", Madri: Colex, 1990, p. 21.
- (9) Op. cit., p. 597.

Eduardo Araujo da Silva é promotor de Justiça, assessor no CAOCRIM, diretor adjunto da **Revista do IBCCRIM**, mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela USP e professor Universitário; e **José Oswaldo Molineiro** é procurador de Justiça, coordenador do CAOCRIM e professor universitário.

O IBCCRIM E A UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O sucesso do Curso de Especialização em Direito Penal Econômico e Europeu promovido em 2000, pelo IBCCRIM juntamente com o Instituto de Direito Penal Econômico da Universidade de Coimbra, possibilitou que este ano o curso seja realizado novamente entre os meses de agosto e outubro. O programa do curso está sendo finalizado e já temos confirmada a participação dos professores: José de Faria Costa, Cláudia Santos, Pedro Caeiro, Manuel da Costa Andrade, Anabela Rodrigues, Almeida Costa, Jorge de Figueiredo Dias e Alberto Silva Franco.

Dentre os temas abordados estarão:

- Branqueamento de Capitais
- Elementos de uma Teoria Geral da Infração Econômica
- Perspectiva Criminológica (a teoria do white-collar crime)
- Integração Europeia e Direito Penal
- Princípios Orientadores do Sistema Punitivo em Direito Penal Econômico
- Cartão de Crédito: Burla e Falsificação
- Globalização
- Desvio e Fraude na Obtenção de Subsídios e Subvenções
- Problemas de Direito Penal Fiscal e da Segurança Social

Informações e Reserva de Vagas:
Depto. Comunicação e Marketing
Tel.: (11) 3105-4607
Fax: (11) 3105-0109
Email: comkt@ibccrim.com.br

CURSO

O IBCCRIM juntamente com a Universidade Metropolitana de Santos- UNIMES, realizará nos dias 21 e 22 de maio o curso "Prisão - Aspectos Teóricos e a Realidade Prisional Brasileira". Os temas abordados serão:

- "Preceitos Processuais da Prisão"
Palestrante: Ana Paula Zomer
Debatedor: Leônidas Ribeiro Scholz
- "Realidade Carcerária Brasileira"
Palestrante: Eduardo Reale Ferrari
Debatedor: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Informações e Inscrições:
Tel.: (13) 3233-3400
ramais 305 e 306

Lei Antitóxicos, Norma Penal em Branco e a Questão do Lança-Perfume (Cloreto de Etila)

DAMÁSIO E. DE JESUS

Normas penais incriminadoras em branco são as de sanção determinada e definição incompleta da infração penal. Exemplo: art. 12 da Lei Antitóxicos (Lei nº 6.368/76). A pena é cominada com precisão: "Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa". A descrição típica, entretanto, é imprecisa: "Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal complementar" (destaque nosso). Importar o quê? Substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Mas quais são essas substâncias? A norma não menciona, cumprindo que seja integrada por outra, que se denomina "complemento" (lei ou portaria). De maneira que o tipo incriminador se estende até a norma complementar, que passa a integrá-lo. Em consequência, alterado o complemento, modifica-se automaticamente a figura típica.

No caso dos entorpecentes e substâncias afins, o art. 36 da Lei Antitóxicos determina que, para os seus fins, "serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde". E o parágrafo único reza: "O Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia deverá rever, sempre que as circunstâncias o exigirem, as relações a que se refere este artigo, para o fim de exclusão ou inclusão de novas substâncias."

Qual o efeito da exclusão de uma substância no rol das especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde?

Opera-se a *abolitio criminis*, prevista nos arts. 5º, XI, da CF, 2º, caput, e 107, III, do CP: extingue-se a punibilidade quando a lei posterior deixa de

considerar o fato como crime ou contravenção. Isso ocorreu em 1984 e 2000 com o cloreto de etila (lança-perfume).

Estava incluído na lista proibitiva da Portaria de 27.01.1983. Foi excluído na Portaria de 04.04.1984. Posteriormente, foi incluído novamente na Portaria nº 2/85, de 13.03.1985.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na Resolução RDC nº 4, de 06.12.2000, publicada no DOU de 7 de dezembro, p. 82, equivocando-se, retirou o cloreto de etila da Lista F2 de substâncias psicotrópicas, do Ministério da Saúde, incluindo-o na Lista D2 (insumos químicos que não são proibidos). Percebido o engano, a referida resolução foi republicada no DOU de 15.12.2000, incluindo a mencionada substância na Lista B1 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito). Com isso, a resolução de 6 de dezembro alterou as normas incriminadoras da Lei Antitóxicos, tornando-as mais benéficas em relação ao cloreto de etila, com efeito retroativo extintivo da pretensão punitiva e executória. De modo que todos os que cometeram delitos previstos na Lei Antitóxicos, tendo por objeto material o cloreto de etila, até 06.12.2000, estão livres da persecução criminal por efeito da *abolitio criminis*. E são atípicos os fatos praticados entre 7 e 14 de dezembro, tornados novamente típicos a partir de 15 de dezembro do mesmo ano. Esse entendimento, no sentido extintivo da punibilidade, que já havia sido adotado pela jurisprudência por ocasião do primeiro episódio, em 1984⁽¹⁾, foi recentemente acatado pelo ministro Marco Aurélio, da 2ª Turma do STF, citando Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus, em concessão de liminar, no HC nº 80.752, de São Paulo, em 23 de fevereiro de 2001, ao apreciar os efeitos da Resolução RDC nº 4, de 06.12.2000.

NOTA

⁽¹⁾ STF, HC nº 68.904, 2ª Turma, DJU de 03.04.1992, p. 4.290; STF, HC nº 69.904, 2ª Turma, DJU de 03.04.1992, p. 4.290, e RTJ 139:216; RJTJRS 110:60.

O autor é professor de Direito Penal e presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Desvios de Função e Ilegalidades das Polícias

LETÍCIA FRANCO DE ARAÚJO

Pensemos numa cena corriqueira. Num sábado à noite, alguém sai de carro em busca de diversão. No entanto, numa esquina, a cena muda. O carro se choca contra outro. Uma batida sem maiores consequências, somente danos materiais. Qual a primeira providência tomada pelos envolvidos? Chamar a Polícia. Liga-se 190.

Ao atender essa chamada de acidente de trânsito sem vítimas, que não constitui crime, a Polícia Militar realiza uma função completamente alheia às suas, de polícia ostensiva, ou seja, a de garantir a segurança, em atividade de prevenção do crime. Segue-se a essa constatação de desvio de função, o fato de que esse tipo de ocorrência apresenta números importantes a cada mês.

No último mês de setembro, por exemplo, a PM atendeu em Goiânia a 666 ocorrências de acidente de trânsito sem vítima (ilícito civil), contra 157 com vítimas lesionadas e 2 com vítimas fatais (ilícitos penais). Quantos crimes não poderiam ser evitados se os policiais que atenderam àqueles 666 primeiros casos estivessem disponíveis, nas ruas, exercendo suas reais atribuições?

O problema não pára aí: saindo do local do acidente, os envolvidos dirigem-se até a delegacia de polícia mais próxima, e ali registram uma ocorrência de danos materiais, decorrentes de acidente de trânsito, a fim de que tal documento sirva para eventual ação civil. Apenas na 1ª Delegacia Policial Distrital de Goiânia, registraram-se em setembro passado 83 ocorrências de danos materiais decorrentes de acidentes de trânsito, contra 8 ocorrências de lesão corporal e 3 de homicídios veiculares. Observe-se que não há, pela lei, a menor necessidade de registro daquelas 83 ocorrências policiais. Basta que a questão seja registrada diretamente no Juizado Especial Cível, em forma de reclamação.

É preciso compreender que, não havendo crime, não há motivo para a intervenção da Polícia Militar ou da Polícia Civil. Deveria haver um órgão responsável pelo atendimento

das ocorrências de acidentes de trânsito sem vítima. Em São Paulo e no Rio de Janeiro, por exemplo, são as Superintendências Municipais de Trânsito que atendem a tais casos. O mesmo critério deve ser adotado em Goiás: um órgão municipal deve encarregar-se dessas ocorrências, providenciando inclusive a entrega de um expediente acerca do evento para os envolvidos, a fim de que eles possam dirigir-se diretamente ao Juizado Especial Cível e ali resolver as questões relativas aos prejuízos advindos do sinistro.

Há muitos outros casos que resultam em desvio de função da Polícia. Por exemplo, registram-se nas Delegacias as chamadas Declarações, que abrangem as ocorrências relativas à perda de documentos, cheques, cartões de banco, etc. Obviamente, nesses casos não há crime, mas simples extravio daqueles documentos. Mais uma vez, não há exigência legal para o registro dessas Declarações. Até pelo contrário: a Lei do Cheque (Lei nº 7.357/85) apenas exige, para a sustação desse título, a manifestação por escrito do titular do cheque ao sacado (banco) acerca do extravio do documento, acrescida de uma contra-ordem de pagamento. Não se fala em registro na Polícia. Aliás, as declarações feitas nas delegacias são assinadas pelo comunicante do extravio, e dela consta a observação de que o declarante assume a responsabilidade pelas informações nela relatadas.

Nesse contexto, o documento firmado na Delegacia não tem mais valor do que qualquer declaração comum, assinada de punho próprio pelo declarante do extravio e o fato de que escrevam e delegados de Polícia assinem com o declarante não confere maior autenticidade à declaração, mesmo porque não há maneira de se saber se a comunicação é ou não verdadeira, porque não há investigação a respeito (e seria absurdo se houvesse). Em setembro, registraram-se no 1º DP de Goiânia nada menos que 734 declarações. Imagine-se a perda de tempo e o prejuízo social da ocupação das Delegacias para registro desses do-

cumentos, em desvio de atribuição, enquanto que crimes poderiam estar sendo solucionados. O próprio banco poderia oferecer a declaração ao seu correntista. As declarações de extravio de documentos poderiam ser feitas junto ao próprio órgão emissor da segunda via do documento correspondente, sob as penas da lei.

No interior do Estado, as delegacias de Polícia abrigam presos provisórios e apenados, tornando-se verdadeiros presídios, o que contraria a lei. Existe a autarquia *Agência Goiana do Sistema Prisional*, com atribuições legais para tal. Sendo assim, os delegados de Polícia, que deveriam elucidar delitos, passam a ser diretores de presídios. Consequência desta anomalia é que o Inquérito Policial perde a devida agilidade.

Diante das questões ora expostas, choca o desprestígio da Polícia. Diz-se que a Polícia Militar não atende aos chamados e que as delegacias não solucionam crimes. A Polícia é a única instituição com a qual qualquer pessoa pode contar, a qualquer momento. O cidadão, para que possa ser devidamente atendido, deve exigir das autoridades constituídas e da iniciativa privada a desburocratização, a assunção por cada instituição do papel que lhe cabe, e que cada órgão esteja realmente disponível para a realização de suas funções a qualquer hora do dia ou da noite, haja vista o princípio administrativo da continuidade do serviço público, aplicável também, lembre-se, ao Poder Judiciário e Ministério Público.

Não se pode sobrecarregar de forma escandalosa uma instituição e ainda fazer sobre ela recair a responsabilidade que tantas outras devem com ela dividir. Façamos com que a Polícia se dedique à prevenção e repressão ao crime, que são sua atribuição constitucional e que ela pode realizar com grande eficiência.

Instituições, assumam suas responsabilidades! Cumpram a lei!

A autora é delegada de Polícia e mestranda em Ciências Penais pela Univ. Federal de Goiás.

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001

Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º - Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações

praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo." (NR)

"Art. 2º - Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:" (NR)

"...

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, me-

diantes circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração."

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de abril de 2001;
180º da Independência
e 113º da República

Fernando Henrique Cardoso
José Gregori
Alberto Mendes Cardoso

Este texto não substitui a publicação oficial.

SEMINÁRIOS

- O IBCCRIM realizará nos dias 14, 15 e 16 de maio, juntamente com as Faculdades Claretianas, o II Seminário de Direito Penal e Processo Penal de Rio Claro.

Informações e inscrições:
Faculdades Claretianas
Tel.: 0800-146090

- O Departamento de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a Fundação Escola Superior da Defensoria Pública e com o IBCCRIM, realizará entre os dias 21 e 24 de maio o VIII Seminário Sobre a Criminalidade e o Sistema Penal Brasileiro.

Informações e Inscrições:
tel.: (21) 478-8707
Email: seminariouerj@yahoo.com.br

- Será realizada em Porto Alegre, entre os dias 15 e 18 de maio, a Semana de Estudos de Ilícitos do Colarinho-Branco, promovida pelas entidades: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola Superior da Magistratura Federal e Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais.

Informações e Inscrições:
(0xx51) 214-9359 e 214-9360

SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Garanta logo sua inscrição!
De 2 a 5 de outubro de 2001
Maksoud Plaza São Paulo

Informações e inscrições:
Depto. de Comunicação e Marketing
Rua XI de Agosto, 52- 5º and.
Centro - São Paulo - SP
Email: comkt@ibccrim.com.br
Tel.: (11) 3105 4607
Fax: (11) 3105 0109

O IBCCRIM PARABENIZA:

- Dr. Theodomiro Dias Neto pelo Título de Doutorado em Políticas Criminais obtido na Universidade de Sarre em Saarbücken - Alemanha, sob a orientação do professor Alessandro Baratta.
- Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho e dr. Antonio Scarance Fernandes pelas teses apresentadas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pelo brilhantismo de suas defesas.

A Árvore, a Razão e o Tempo

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

A cultura social do esquecimento e a política pública histórica do des-caso colheram recentemente seus mais nefastos frutos. Os lamentáveis fatos ocorridos em diversos estabelecimentos penitenciários no Estado e divulgados, à exaustão, pelos meios de comunicação — em alguns casos, de forma bizarra e sensacionalista — são um reflexo dos erros históricos no trato da questão. Tardiamente, reconheceu-se que os muros construídos não podem conduzir à uma postura social pautada pelo esquecimento. Afinal de contas, encarceramos seres humanos e sepultamos mortos. Eventualmente podem estes ser esquecidos. Aqueles jamais!

Não se procurará defender — por óbvio — atos de selvageria e de violência encenados por alguns que, sob o manto de uma pseudo-ordem procuram, na verdade, subvertê-la e estabelecer os contornos de organização criminosa "intra-muros". Tal postura seria, além de inaceitável, irresponsável. O que se pretende, na verdade, é o fim da renitente cultura social do descaso sobre a qual se inspirou, por conveniência, durante muitos anos, a omissão estatal.

Ora, é mais do que sabido que o objetivo da sanção penal é, também, o da ressocialização do cidadão. É enfadonho tratar do óbvio. Deprimente é constatar a necessidade de retomar o assunto para alguns que, a despeito de uma formação técnica, demonstram absoluta desqualificação quando tratam do assunto. Não há outra alternativa entretanto. O bombardeio intermitente a que a sociedade é submetida por parte de certos meios de comunicação não concede alternativas a não ser a assunção do risco de provocarmos bocejos e sonolência aos mais conscientes.

Não há soluções mirabolantes e imediatas para o problema carcerário. Não serão novas leis resultantes de momentâneos desesperos emocionais que modificarão o cenário se os autores continuarem predispostos a encenar o vetusto roteiro. A questão é, e sempre foi, multicausal, devendo como tal ser considerada. Nesse sentido, um dos primeiros passos é a definitiva conscientização social de que esquecimento e ressocialização são elementos naturalmente impossíveis.

A execução penal deve ser assumida, de uma vez por todas, como a última etapa de um longo processo de persecução penal a cargo exclusivo do Estado. A punição não se presta, apenas, como conse-

quência imposta àquele que desrespeita o ordenamento jurídico por todos aceito. Visa, igualmente, a restabelecer valor ou valores perdidos — ou jamais obtidos — por aquele oficialmente rotulado e definitivamente apontado como criminoso. Infelizmente, não se conseguirá tal meta com lições diárias de descumprimento da Constituição da República.

A construção maciça de estabelecimentos penitenciários de menor porte tem o mérito de recompor um déficit histórico, abrindo caminho para que sejam concretizados ditames básicos até então perdidos no mundo da ficção jurídica, a saber: o fim — há muito almejado — do cumprimento de penas privativas de liberdade em celas de distritos policiais; a diminuição da superlotação carcerária mudando o cenário medieval reinante; a possibilidade de melhor administração das penitenciárias separando os condenados de acordo com a personalidade, periculosidade e espécies de crimes cometidos e a possibilidade de melhor aproveitamento da atividade laborativa, propiciando aos condenados o aprendizado de trabalho economicamente viável. Aplausos.

Inúmeras outras vantagens poderiam ser aqui citadas. Mas a questão é outra e não se esgota nesta equação. O Estado não pode nem deve ser exclusivamente reativo. Há de ser, sobretudo, preventivo. Ou seja, um Estado que persegue constantemente o prejuízo sela a sua incompetência nas opções — ou omissões — historicamente efetuadas. A crise de autoridade — mais uma vez a todos impingida — pelos dantescos acontecimentos ocorridos nas últimas semanas era, convenhamos, desnecessária. E os efeitos nefastos permanecem ilustrados na radicalização dos discursos, na perda do bom senso e no enfraquecimento da noção natural do que é certo e errado.

Nesse campo, um trabalho preventivo deve estar pautado por uma premissa fundamental — o pleonismo, anoto, é proposital. O Estado tem que reconhecer sua dúplici atividade: cumprir ele próprio a lei e exigir, assim, que todos a obedeçam. Exigir que todos cumpram a lei sem também respeitá-la é comportamento, no mínimo, antidemocrático. Dar o exemplo é ainda a melhor forma de se obter e exigir respeito.

Outro fator crucial é o definitivo reconhecimento de que qualquer restrição de direitos decorrente da prática de crimes somente pode ser estabelecida em sentença após regular processo. A privação da liberdade e a restrição de outros

direitos, como efeitos diretos ou indiretos da condenação, não podem ser extrapolados diuturnamente. O Estado-executor deve atuar nos estritos limites fixados pelo Estado-juiz.

Ora, o condenado está obrigado a cumprir a pena privativa de liberdade na forma e nos termos estabelecidos em lei. Deve ter disciplina. Não se questiona. Deve dar mostras de aptidão para o retorno ao convívio social do qual foi segregado. Não se

duvida. Todavia, não pode ser compelido a contrair tuberculose ou sarna, tampouco ser vítima de tortura, extorsão, corrupção ou ameaça. Por outro lado, a sentença não atinge seus parentes que não precisam ser submetidos à humilhação absurda de permanecerem desnudados perante estranhos. Seguramente há formas mais modernas de revista, não sendo a solução única a adoção de métodos mais apropriados para campos de concentração.

Valores se perdem e valores são (re)construídos. Há que se ter coerência e bom senso na obtenção de justiça e ordem. Afinal, uma árvore com frutos saudáveis depende apenas de razão e de uma boa dose de tempo.

O autor é juiz e mestrando em Processo penal pela Universidade de São Paulo e mestrando em Direito Comparado pela Samford University de Alabama (EUA).

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Remição x Fuga: Quid Juris?

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

"Quando você se contenta com as idéias que são transmitidas sobre o sistema penal e as prisões, quando você dá de ombros para certas notícias que, de todo modo, aparecem nos jornais (...); quando aqueles que acionam a máquina e conhecem seu horror se dizem impotentes diante do mal causado e continuam em seus postos; você e eles estão consentindo na prisão e no sistema penal que a criou. Você realmente aceita estar comprometido com as atividades concretas que levaram a tais situações?"

Louk Hulsman e

Jacqueline Celis Bernat,

"Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão", 2ª ed., Niterói: Luam, 1997.

1. Considerações iniciais

A remição, instituto previsto no art. 126 da LEP⁽¹⁾, possibilita ao sentenciado diminuir sua pena, exercendo atividade laborativa, à razão de um dia de pena por três de trabalho. É, pois, uma maneira de abreviar a pena e, ao mesmo tempo, uma forma de facilitar a reinserção social do penitente. Força é convir em que, pela sua importância, o trabalho é, além de um dever, um direito do preso (art. 41, V da LEP).

Por outro lado, a própria LEP prevê faltas graves, como, v.g., a fuga (art. 50, II), que, se cometidas, conduzem a uma série de sanções, dentre as quais a **"perda dos dias remidos"** (art. 127, Lei nº 7.210/84). É dizer, o sentenciado que, tendo remido sua pena, cometer falta grave, terá tal lapso de tempo desconsiderado. É, pois, uma solução **francamente injusta**, a ser analisada à luz da jurisprudência.

2. As posições jurisprudenciais

Observando a mera literalidade do art. 127, muitos tribunais insistem em considerar perdidos os dias de trabalho do condenado se houver a prática de falta grave. Neste sentido, STF (HC nº 78.178/SP, Rextr. nº 242.454/SP)⁽²⁾; STJ (REsp. nº 127.910/RJ e RHC nº 8.417/SP). José Freitas⁽³⁾ cita que Mirabete também adota esta tese, ao argumento de que a remição é condicional, ou seja, sobrevivendo a condição — fuga — os dias remidos seriam perdidos.

"Em princípio, revela notar que a remição, ao contrário do que só parecer, é um verdadeiro direito do sentenciado. Uma vez declarada em sentença, este direito se incorpora ao seu patrimônio jurídico. Assim, como direito adquirido que é (CF, art. 5º, XXXVI), jamais poderia ser violado."

Ouso, no entanto, divergir destes entendimentos, dada a sua marcante inconstitucionalidade.

Em princípio, revela notar que a remição, ao contrário do que só parecer, é um verdadeiro direito do sentenciado. Uma vez declarada em sentença, este direito se incorpora ao seu patrimônio jurídico. Assim, como **direito adquirido** que é (CF, art. 5º, XXXVI),

jamais poderia ser violado. Ademais, esta sentença faz **coisa julgada material** — não podendo, portanto, ser desrespeitada. Com efeito, razão assiste a **Francisco Bonis**, representante do MP, ao defender que *"...parece-nos que a decisão relativa ao tempo remido, se protegida pela máxima preclusão processual, se torna imutável, incorporada ao patrimônio do paciente..."* (STF, RHC nº 8.460/SP). Ver, ainda, STJ, HC nº 7.368/SP; TACrim/SP, AE nº 1.081.045/6.

Além disso, a tradicional orientação ainda desrespeita os princípios da proporcionalidade e da individualização das penas (CF, art. 5º, XLVII e XLVI). Pense-se em dois sentenciados: um exerce o labor há três anos; outro, há um mês. Fugindo, ambos sofreriam idêntica punição — perderiam integralmente o tempo remido, o que é absolutamente desproporcional e injusto para aquele que trabalhara maior tempo.

3. Conclusões

Por tais razões, é certo que o art. 127 da LEP é inconstitucional, não devendo ser aplicado, sob pena de incorrer-se da advertência de **Cícero**: *summum jus, summa injuria*.

NOTAS

⁽¹⁾ Lei nº 7.210/84.

⁽²⁾ Apud, **ROCHA, Feliipe**. "Reflexões Acerca da Interpretação Jurisprudencial (...)", in **Boletim IBCCRIM** nº 94, set./2000.

⁽³⁾ **FREITAS, José**. "O Art. 127 da LEP Não Alcança os Dias Remidos Por Sentença", in **Boletim IBCCRIM** nº 85, dez./1999.

O autor é acadêmico de Direito da UFBA, monitor de Direito Penal na UFBA, ex-presidente do Patronato de Presos e Egressos e estagiário do MPF.

CONCURSO DE MONOGRAFIAS

O IBCCRIM está com inscrições abertas para o V Concurso de Monografias Jurídicas. Os trabalhos deverão versar sobre Direito Penal, Processo Penal ou Criminologia, serem inéditos e com um mínimo de 100 e máximo de 200 laudas. Os interessados podem retirar o regulamento em nosso site (www.ibccrim.com.br) ou solicitá-lo ao Depto. de Comunicação e Marketing pelos tels. (11) 3105-4607 ou 3105-0109 E-mail: comkt@ibccrim.com.br. Os trabalhos deverão ser entregues até 15/07/2001. Desde já, boa sorte a todos!

SEMINÁRIO SOBRE A REFORMA PENAL - PARTE GERAL

O Instituto Manoel Pedro Pimentel, pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da FADUSP promoverá o Seminário sobre a Reforma Penal entre os dias 16 e 18 de maio, a partir das 19:30h. O evento conta com o apoio da OAB-SP, Associação dos Advogados de São Paulo e do IBCCRIM e terá entre seus palestrantes e debatedores os doutores: Miguel Reale Junior, Eduardo Augusto de Souza Rossini, Ivette Senise Ferreira, Sergio Salomão Schecaira, Luiz Vicente Cernicchiaro, Antonio Luis Chaves Camargo e David Teixeira de Azevedo.

Informações e inscrições:
Tel.: (11) 3111-4011
Fax: (11) 3111-4017

BIBLIOTECA

A Biblioteca do IBCCRIM recebeu, por doação, a obra do dr. Flávio Renato Marcão: *Lei de Execução Penal Anotada* - Ed. Saraiva. Nossos agradecimentos ao autor. Veja no próximo Boletim a relação das últimas obras recebidas.

Premissa Fundamental Para Uma Reforma Global do Processo Penal

FERNANDO A. FERNANDES

Analizadas, ainda que sem muito compromisso, as reformas que, em um tempo não muito distante, foram introduzidas na legislação processual penal de alguns ordenamentos jurídicos de aproximado âmbito cultural, será fácil perceber a existência de uma preocupação para com uma conjugação de dois critérios aparentemente opostos na estruturação dos respectivos modelos de processo penal: a finalidade de **garantia** que se lhe atribui tradicionalmente e a cada vez mais almejada **funcionalidade** na sua atuação.

Desde logo, deve ser valorada a característica necessariamente dinâmica do processo penal e a sua natural destinação a um resultado, impondo-se uma constante tensão instrumental entre meios e fins, uma incessante investigação de respostas às necessidades que se agitam no seu interior. Nesse sentido, o processo penal joga a sua própria existência sobre a sua capacidade de funcionar de modo orgânico e eficaz, sem a qual ele não representa simplesmente um sistema degradado e sim um verdadeiro “não-sistema”: uma simulação do que deveria ser⁽¹⁾. Desse modo, não devendo a celeridade ser um fim em si mesmo, impõe-se a construção de um modelo processual no qual dela possa decorrer uma maior funcionalidade em termos de política criminal.

Com efeito, tendo em vista a relevância do fator tempo para o processo penal⁽²⁾, a solução dos concretos problemas verificados em cada ordenamento jurídico⁽³⁾ é buscada a partir de uma tentativa de identificação de mecanismos que o acelerem, com vistas à obtenção de uma maior eficácia⁽⁴⁾. O que se busca, em última instância, é uma **racional gestão dos tempos de processamento criminal**, assumindo, em todas as suas consequências, a necessidade de que ele “se transforme num valioso instrumento de política criminal”. Dessa forma, em detrimento embora de um agravamento sancionatório, busca-se alcançar uma maior presteza do veredicto, com a consequente projeção a nível de prevenção geral e especial, inclusive a própria ressocialização, que estariam comprometidas frente ao decurso de um excessivo lapso de tempo entre a comissão da infração e a sua sujeição a julgamento⁽⁵⁾. Podemos dizer, pois, que ao lado da busca de uma maior **eficiência** na atuação do processo penal, o legislador processual penal das décadas de 70 a 90 pretendeu erigir um modelo processual do qual pudesse resultar também uma maior **funcionalidade**⁽⁶⁾.

Todavia, não se deve esquecer a relevância do vetor **garantia** para o processo

penal, em virtude da constatação fática de que o aumento da capacidade do Direito Penal, que se buscava com as mencionadas reformas, é consequência do sacrifício de algumas garantias específicas do Estado de Direito, as quais representavam um obstáculo para a sua ampliação⁽⁷⁾. Ainda com **Hassemer**⁽⁸⁾, as garantias de um Direito Penal e processual não são simples formalidades que sobrevivem, senão que são, antes de mais nada, pressupostos necessários para uma justificação do Direito Penal. Diríamos nós, ademais da justificação, essas garantias são a própria legitimação concreta do Direito Penal, tendo em vista que os consorciados, neles incluídos o acusado real e o potencial, somente reconhecerão a validade de uma intervenção de natureza penal que se faça sob as garantias necessárias. Isso é de crucial importância não só em termos dogmáticos como também por razões de política criminal: que o diga a finalidade de prevenção geral positiva. Aliás, se limites de natureza epistemológica devem ser postos à **complementaridade funcional** que se defende haver hoje entre o Direito Penal material e o respectivo processo penal, podemos afirmar que os aspectos peculiares do processo penal que devem ser mantidos, a respeito dos quais não se deve falar nessa **complementaridade funcional**, são justamente os princípios garantidores que lhe são imanentes. Somente com o resguardo desse vetor garantia torna-se possível aquela “irritação” a ser feita pelo “sistema pessoal” — estruturado na pessoa humana —, também ele autônomo, auto-referente e auto-poiético, no sistema social, frente à funcionalidade cada vez mais imposta pela racionalidade deste último⁽⁹⁾. Assim, se o processo penal deve prescrever-se e atuar-se de modo a oferecer-se “*como um instrumento jurídico para uma válida e eficaz luta contra o crime, pela realização do direito criminal, não deve traduzir menos uma garantia jurídica dos cidadãos*”⁽¹⁰⁾.

Postas as coisas nesses termos, importa agora verificar a tendência para uma solução de compromisso entre esses vetores da **funcionalidade** e da **garantia**. Ou seja, pressuposto básico para que se intente a construção de um semelhante modelo processual reside na possibilidade de conciliar ao mesmo tempo as necessidades de **garantia** do cidadão com as não menos necessárias **funcionalidade e eficiência do Sistema Jurídico Penal**. Parte-se, pois, da idéia de se buscar uma maior eficiência e funcionalidade do processo penal no interior da sua tradicional função de garantia.

No ordenamento jurídico brasileiro

ro, **Mirabete**⁽¹¹⁾ evidenciou a necessidade de composição entre os vetores do **eficientismo**, da **garantia** e da **funcionalidade**, ao asseverar que mister se fazia “*um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desfogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes*”.

O problema da oposição entre um *crime control model* e o *due process model* não se mostra ausente no ordenamento jurídico alemão, representando a necessidade de uma solução de compromisso entre as exigências de um Estado de Direito (vetor **garantia**) e a eficácia do processo penal (vetor **funcionalidade**). Sendo um conflito de valores, no qual a identificação do ponto de equilíbrio ainda não se deu de forma clara, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) acordou nos termos de ser a eficácia do procedimento um valor de ordem constitucional (em *BVerfGE* 80, 367, 375)⁽¹²⁾. Afirmando que essa tensão é ainda hoje um tema controvertido e também reportando-se à posição do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE*, 33, 367-383, 1973; *BVerfGE* 33, 312-320, 1975; *BVerfGE*, in *NJW*, 1977, 2255), afirma **Eser**⁽¹³⁾ que o Estado de Direito deveria, de fato, garantir seja os direitos individuais de liberdade seja a funcionalidade na administração da justiça. Nesse sentido subsiste um dever de tutela não apenas em relação aos particulares como também um dever de tutela em relação à totalidade dos cidadãos. Conforme se acentua, também a coletividade tem interesse em que o processo se desenvolva de acordo com as regras processuais e que ninguém venha condenado injustamente. Essa idéia veio concretizada em uma outra decisão do Tribunal Constitucional Federal⁽¹⁴⁾, acentuando-se que “*o Estado de direito somente se realiza quando haja a segurança de que se perseguirá ao delinqüente, que será sentenciado e aplique-se a ele uma pena justa, dentro do marco da lei vigente (...) que ofereça proteção ao princípio de Estado de Direito, à missão do Estado de velar pela segurança dos cidadãos, e de proteger sua confiança na funcionalidade das instituições estatais e o direito de todos a exigir um tratamento igualitário para o acusado no processo penal, logrando, fundamentalmente, que se leve adiante a pretensão penal*”. No aspecto político-jurídico seria sumamente pernicioso querer formar uma alternativa entre tramitação rápida e tramitação esmerada. A “cautela e prudência” e a rápida tramitação do processo não contrastam entre si, como tão pouco o esclarecimento geral dos fatos e a celeridade do processo;

por isso não deveriam opor-se à ordem de celeridade. Somente pode tratar-se, em todo o caso, de uma forma de trabalho rápida e esmerada⁽¹⁵⁾.

Assim, com adequação se demonstra que tanto na aplicação das leis existentes quanto nas discussões de *lege ferenda* verifica-se no Ordenamento Jurídico alemão um certo movimento pendular entre a acentuação das garantias individuais e a funcionalidade do **sistema jurídico-penal**, ou seja, “*entre correntes que se orientam no princípio de proporcionalidade da atuação estatal, e outras, que optam pela efetividade da repressão da criminalidade*”. Entre os dois termos, sustenta-se que “*a verdade há que ser buscada, como diz um refrão alemão..., no meio*”⁽¹⁶⁾. Essa oscilação talvez resulte de razões mais profundas, relacionadas à própria organização política estrutural, sendo oportuno destacar que o Estado alemão funda-se em uma ordem inspirada pelos princípios de um Estado de Direito ao mesmo tempo que orientada pelas exigências de um Estado Social⁽¹⁷⁾. Esse o entendimento de **Jescheck**⁽¹⁸⁾ ao destacar que é missão do Estado de Direito não somente garantir os direitos do particular mas como um **social** Estado de Direito também o de promover o bem da coletividade. Conseqüência disso, afirma, é que se exige a racionalização, a eficiência e a celeridade do processo penal.

Diversa não é a situação no ordenamento jurídico português⁽¹⁹⁾, também em relação a ele sendo proclamado que o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e as garantias dela decorrentes, mas exige também uma eficaz administração da justiça penal, com vistas à proteção de suas instituições⁽²⁰⁾. Uma clara alusão à inafastável necessidade de um compromisso entre a máxima eficiência na reconstituição dos fatos e perseguição dos criminosos, por um lado, e a tutela aos direitos do arguido e das pessoas em geral, marcadamente no que se refere ao princípio da presunção da inocência, por outro, foi muito bem feita por **Moura**⁽²¹⁾ em relação à fase preparatória no CPP português de 1987.

Ainda nos primeiros tempos de vigência da reforma processual penal italiana, **Chiavario**⁽²²⁾ destacava a importância da necessária correlação que deve ser feita entre *giustizia “semplice”* e *giustizia “giusta”*, sendo, portanto, mais adequado falar-se em uma “simplificação razoável” do processo, na medida em que não exporia a riscos o aspecto “*giusto*” que deve inspirá-lo. Digno de nota também é a vinculação feita entre a eficiência do processo e os ordenamentos jurídicos de inspiração liberal democrática, com destaque, entretanto, para a necessidade de que essa eficiência seja delimitada por princípios que assegurem a garantia individual. Aliás, conforme complementa o próprio **Chiavario**⁽²³⁾, não resta dúvida que os próprios interesses sociais e coletivos são atendidos

não apenas através de um processo “*più giusto*” mas também mediante um processo “*più comprensibile*” e sobretudo “*più celere*”, que possibilite a ocorrência de decisões dotadas de crédito em um tempo mais razoável.

Ainda que na perspectiva do Direito Penal material, em relação ao princípio da reserva legal, afirma-se também no ordenamento jurídico brasileiro a existência de uma tensão dialética entre as noções de **eficácia** e **garantia**⁽²⁴⁾. Reitere-se, porém, que a idéia fundada na existência de uma **complementaridade funcional** permite perfeitamente a ampliação desse raciocínio ao processo penal.

Portanto, não resta dúvida que no cerne da questão penal dos ordenamentos ora visitados reside a idéia acerca de uma solução de compromisso entre **funcionalidade** e **garantia**. Todavia, o grande dilema oferecido por um sistema assim articulado é justamente o grau de composição admitido entre os dois termos potencializados por cada uma das escolhas processuais: **garantia** e **funcionalidade**, de modo a evitar que uma não exclua a outra⁽²⁵⁾. Em outros termos: assim como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender às necessidades defláticas do sistema de justiça criminal mas destituído das garantias processuais⁽²⁶⁾, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando desse modo a exigência de prestar justiça célere. Em síntese, trata-se de adentrar naquela “terra de ninguém”, onde as finalidades de política criminal se confundem com as exigências de tutela dos valores constitucionais e dos valores inscritos na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, sob a influência das mutações históricas e ideológicas que se produzem com o tempo⁽²⁷⁾.

Talvez tudo possa se resumir na primeira manifestação do Tribunal Constitucional Federal do ordenamento jurídico alemão a esse respeito, já em 15 de dezembro de 1965, caracterizando como dois princípios de igual importância para o Estado de Direito a garantia do direito do indivíduo à liberdade pessoal, por um lado, e as necessidades “de uma eficaz ação penal”, por outro. Sedimentada essa posição jurisprudencial em decisões posteriores, o problema da medida em que cada um dos vetores deve prevalecer se resolve pela afirmação de que “*em caso de conflito, devem ser ponderados conjuntamente*”⁽²⁸⁾. Em outras palavras, o equilíbrio entre os interesses da persecução penal e aqueles da liberdade do acusado deverá resultar sempre de uma ponderação de ditos interesses⁽²⁹⁾. Segue-se que a perspectiva não será falsa, contanto que haja a coragem de reconhecer que, se se deseja um processo com o máximo de garantias onde elas forem necessárias, não se pode permitir o luxo de dispensá-las quando não seja efetiva a sua exigência⁽³⁰⁾.

Tudo se resume, pois, em introdu-

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

• Associação dos Juizes Federais do Brasil - **AJUE**

— AMAZONAS

• Associação dos Magistrados do Amazonas
• Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

• Associação Cearense de Magistrados
• Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

• Associação dos Magistrados do Distrito Federal
• Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— GOIÁS

• Associação Goiana do Ministério Público
• Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MATO GROSSO

• Associação Matogrossense do Ministério Público

— MATO GROSSO DO SUL

• Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
• Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
• Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— PARÁ

• Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

• Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

• Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

• Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDP/RG
• Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC

— SANTA CATARINA

• Associação Catarinense do Ministério Público
• Associação dos Magistrados Catarinenses

— SÃO PAULO

• Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg, SP - ADPF
• Associação Paulista do Ministério Público
• Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
• Centro de Estudos Jurídicos Aguilar de Lara Cordeiro - Ourinhos
• Complexo Jurídico Damásio de Jesus
• Curso C.P.C.
• Curso Forense - Ribeirão Preto
• Educacional Cidade São Paulo S/C Ltda. - CSECID
• Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
• Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
• Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
• Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

— PERU

• Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEA'S

➡ zir no seio do próprio devido processo legal — sem prejuízo para os seus postulados essenciais — mecanismos tendentes à obtenção de sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessária. A observação pertine em virtude de que em um regime constitucional fundado na regra do **Estado Democrático de Direito**, no qual prepondera a preocupação para com a tutela da **dignidade humana**, torna-se insustentável a existência de um modelo processual que renuncie à regra do devido processo legal e dos princípios que lhe são correlatos, em especial o do *nula poena sine iudicio*.

Arrancando justamente dessa premissa, também no ordenamento jurídico português o problema angustia, sendo proposta uma adequada composição entre os interesses do argüido e a tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado, a partir do limite intransponível da proteção da dignidade humana. Ou seja, o interesse no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal deve ir até o limite em que seja intocada a **dignidade humana**. Por outro lado, em se tratando de interesses individuais que não contendam diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, ainda que surjam como emanções de direitos fundamentais, admissível é que possam ser limitados em proveito do interesse da funcionalidade⁽³¹⁾. A tese da admissibilidade da limitação desses interesses se funda na necessidade de uma concordância prática de valores conflitantes, obtida não pela tutela do interesse preponderante à custa do interesse de menor hierarquia mas na **otimização** de cada um dos interesses em conflito. Aliás, essa concordância prática verifica-se mesmo a nível constitucional em relação a possíveis contradições que se verifiquem quanto aos direitos fundamentais⁽³²⁾. Em termos gerais, identificadas no processo penal três teleologias antinômicas, a **realização da justiça do caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos**, implicando cada uma o respectivo universo de valor, somente uma concordância prática das três pode conduzir a uma superação dessas antinomias⁽³³⁾.

Portanto, na linha das manifestações anteriores, oriundas dos modelos tomados como paradigma nesse texto, impõe-se uma ponderação entre os interesses da **funcionalidade** e **garantia**, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias que se fizerem necessárias para a tutela da dignidade humana. Desde que a atenuação de uma determinada garantia⁽³⁴⁾ implique em um ataque à dignidade humana, qualquer medida funcional, incluídas aquelas decorrentes de uma maior celeridade processual, tornar-se-á absolutamente ilegítima. Ou seja, as finalidades de política criminal — que conduzem a uma maior funcionalidade do processo — devem trafegar dentro das balizas postas pelo

vetor garantia — principalmente aquela representada no respeito pela inviolável dignidade da pessoa humana —, mas com a consciência da necessidade de superação de todas aquelas garantias que, mesmo dizendo respeito a direitos e garantias pessoais, possam ser dispensadas.

A guisa de conclusão, a premissa apontada deve permear todas as questões estruturais do processo penal: posição jurídica dos sujeitos processuais; matéria das provas; ritos processuais; recursos, dentre outros.

NOTAS

⁽¹⁾ PADOVANI, Tullio. "Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pp. 916-939, 1989, p. 919.

⁽²⁾ Destacando a consideração do fator tempo para o processo penal mas não o considerando como o mais importante: CHIAVARIO, Mario. "Procedura penale un codice tra 'storia' e cronaca". Torino: Giappichelli Editore, 1994, p. 59. Evidenciando o problema da duração excessiva do processo penal também no Ordenamento Jurídico português e destacando a importância do fator tempo para a consecução das finalidades político-criminais: DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para uma reforma global do processo penal português - da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais". In: "Para uma nova justiça penal". Coimbra: Livraria Almedina, pp. 189-242, 1983, p. 221; RODRIGUES, José Narciso da Cunha. "O sistema processual penal português". *Polícia e Justiça - Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais*, Lisboa, II Série, n.ºs 6-7, pp. 13-30, dez 93/jun 94, p. 14. No ordenamento jurídico brasileiro, semelhante preocupação tem Weber Batista (BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. "Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal". Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 284).

⁽³⁾ Problemas, diga-se de passagem, relacionados com a hipertrofia ou, sobrecarga, do **sistema jurídico-penal**, com o consequente reflexo negativo na presteza da prestação jurisdicional, cf.: PALIERO, Carlo Enrico. "Note Sulla Disciplina Dei Reati 'Bagatellari'". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova série, a. XXII, pp. 920-991, 1979, p. 923-924. Em Alemanha, afirma Ambos (AMBOS, Kai. "Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos". *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, n.º 3, pp. 545-597, 1997, p. 551) ser "evidente que a 'sobrecarga' de trabalho nos Juízos e Tribunais pode ser atribuída, em todo caso — paralelamente a um desenvolvimento possivelmente excessivo da criminalidade e a uma sobreincriminação material — a **razões imanescentes ao procedimento**".

⁽⁴⁾ Paradigmática a respeito é a experiência ocorrida no ordenamento jurídico português, no qual o *Relatório* do CPP de 1987 apontava dois dos seus mais importantes institutos, a **suspensão provisória do processo** e o **processo sumaríssimo**, como instrumentos destinados ao controle da pequena criminalidade em termos de **eficácia e celeridade**. Sendo cognoscível o sentido do objetivo de **celeridade**, na tentativa de conceituar o fim de **eficácia Crucho de Almeida (ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de**. A suspensão provisória do processo penal. Análise estatística do biénio 1993-1994. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 19, n.º 73, pp. 49-84, jan/mar 1998, p. 52) arrola diversas possíveis hipóteses, cujo conteúdo político-criminal não pode ser ignorado: prevenção de comportamentos delituosos; confirmação da validade das normas jurídicas, dentre outras alternativas.

⁽⁵⁾ BARREIROS, José António. Programa para um estatuto do ministério público. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, pp. 157-178, 1983, p. 168 e nota 11.

⁽⁶⁾ Escrevendo sobre as reformas verificadas no processo penal alemão na década de setenta, afirma Hunerfeld (HUNERFELD, Peter. "A Pequena Criminalidade e o Processo Penal". Trad. Manuel Costa Andrade. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. IV, n.º 1, pp. 25-47, jan./jun. 1978, p. 26) que se até então era reconhecido o primado à consolidação e aperfeiçoamento dos direitos e garantias dos acusados, atualmente "são sobretudo a **celeridade, a concentração e o reforço da eficácia do processo que dominam as**

atenções do legislador". Também as alterações introduzidas pela Lei nº 9.099/95 no modelo processual penal brasileiro aspiravam a uma deformalização do processo, "tornando-o mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático, mais próximo da sociedade", conf.: GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. "Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995". São Paulo: RT, 1996, p. 10. Aliás, a própria Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) elegeu a economia processual e a celeridade como critérios orientadores do processo no Juizado Especial (art. 62). Inclusive, esses critérios não se mostram desamparados de fundamentação constitucional, uma vez que resultam da garantia da realização do processo sem dilações indevidas ou, garantia do término da persecução penal em prazo razoável, prevista no art. 8º, nº 1, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada em San José da Costa Rica em 1969, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e o integral cumprimento foi determinado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁽⁷⁾ HASSEMER, Winfried. "Crisis y Características del Moderno Derecho Penal". Trad. Francisco Muñoz Conde. "Actualidad Penal", Madrid, nº 43-22, pp. 635-646, nov. 1993, p. 640. Em outra fonte (HASSEMER, Winfried. "Unferjügbares im Strafprozess". In: "Festschrift Mithofer", pp. 183 e segs.), denuncia HASSEMER o fato de a produção normativa ter se precipitado sobretudo através de "mudanças legislativas menos empenhadas em plasmar em direito positivo os princípios fundamentais do processo penal do que em assegurar reações eficazes e economicamente racionais à ameaça pública dos desenvolvimentos da criminalidade e às perturbações do processo penal".

⁽⁸⁾ HASSEMER, Winfried. "La Ciencia Jurídica Penal en la República Federal Alemana". Trad. Hernán Hormazábal Malarée. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLVI, f. I, pp. 35-80, ene/abr 1993, p. 79. Considerando o princípio da legalidade processual como uma concentração de poder nas mãos do Estado, demonstra Schöne (SCHÖNE, Wolfgang. "Líneas Generales del Proceso Penal Alemán". In: "Acerca Del Orden Jurídico Penal". San José: Juricentro, 1992, pp. 161-186, p. 163) a imprescindibilidade do vetor garantia para a aceitação de uma orientação político-criminal do processo penal, uma vez que, "como cada concentração de poder requer limitação e controle, o contrapeso necessário se encontra nas garantias pessoais e na formalidade jurídico-processual, que domina cada passo do procedimento com o fim de proteger ao inocente e de tratar corretamente ao culpado".

⁽⁹⁾ Detalhes a respeito desta mudança verificada em relação ao sistema pessoal, deixando de ser mero ambiente do sistema social para converter-se num sistema autônomo, auto-referente, autopoietico e figurando como seu próprio ambiente: ANDRADE, Manuel da Costa. "Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal". Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 26.

⁽¹⁰⁾ CASTANHEIRA NEVES, António. "Sumários de Processo Criminal" (1967-1968). Coimbra, 1968, pp. 7-8.

⁽¹¹⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. "Juizados Especiais Criminais". São Paulo: Atlas, 1996, p. 16. Menciona-se, então, a necessidade de que a "resposta jurídica", adequada a cada conduta desviada, deve ser ao mesmo tempo "justa e útil", cf.: GOMES, Luiz Flávio. "Suspensão Condicional do Processo Penal. 2ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 30.

⁽¹²⁾ JUNG, Heike. "Le Ministère Public: Portrait d'une Institution". Trad. Claude Witz. "Archives de Politique Criminelle", Lyon, nº 15, pp. 15-27, 1993, p. 18. Uma abordagem ampla sobre essa oposição já tinha sido realizada anteriormente por Jung (JUNG, Heike. "Vers un Nouveau Modèle du Procès Pénal? Réflexions sur les Rapports 'La Mise en État des Affaires Pénales'". Trad. Claude Witz. "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", Paris, nº 3, pp. 526-536, jul/sep 1991, pp. 530-531), demonstrando que em grande parte dos ordenamentos jurídicos existentes, principalmente naqueles do Continente europeu, se erige uma barreira contra a busca da funcionalidade do processo penal por todos os meios. Afirmando que, efetivamente, a funcionalidade, por mais necessária que seja, não deve ser buscada a qualquer preço, o Autor entende que, elevados à categoria de um elemento da teoria do processo, os direitos do homem não

podem mais ser considerados como um obstáculo a um processo penal eficaz, sendo perfeitamente possível a conjugação entre um *procès équitable* e um *procès efficace*. É Schunemann (SCHÜNEMANN, Bernd. "Crisis del Procedimiento Penal? Marcha Triunfal del Procedimiento Penal Americano en el Mundo?" Trad. Silvina Bacigalupo. In: "Espanha. Consejo General del Poder Judicial". "Jornadas Sobre la 'reforma del derecho penal en alemania'". Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 49-58, 1991, p. 51) quem também identifica a perda de funcionalidade do processo penal alemão no fato de pertencer ele a um sistema judicial altamente formal, no qual se exige a verdade acima da efetividade e da rapidez.

⁽¹³⁾ ESER, Albin. "La Posizione Giuridica Dell'Imputato nel Processo Penale Tedesco". Trad. Luca Marafioti. "Il Giusto Processo", Roma, nº 9-12, pp. 274-297, 1991, p. 283.

⁽¹⁴⁾ BVerfGE, 46, 214, 222 e seguintes, cf.: GOSSEL, Karl-Heinz. "Reflexiones Sobre la Importancia del Principio de Legalidad en el Procedimiento Penal del Estado de Derecho". Trad. Katrin Lemberg. "Nuevo Foro Penal", nº 23, pp. 5-29, 1984, p. 12.

⁽¹⁵⁾ ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. JAÉN: Ederasa, 1979, p. 130.

⁽¹⁶⁾ SCHÖNE, Wolfgang. "Líneas Generales del Proceso Penal Alemán", cit., p. 165.

⁽¹⁷⁾ ROXIN, Claus. "Sobre el Concepto Global Para Una Reforma Procesal Penal". Universitas, v. XXIV, nº 4, pp. 311-318, 1987, p. 316.

⁽¹⁸⁾ JESCHECK, Hans-Heinrich. "Il contributo della comparazione del diritto alla riforma del processo penale tedesco". Trad. Francesca Molinari. "Annali Della Facoltà di Giurisprudenza - Università Degli Studi di Genova", Milano, a. XIV, pp. 96-112, 1975, p. 97/98.

⁽¹⁹⁾ Essencial a respeito das antinomias básicas no interior do processo penal português, em especial no que contende com a conflitualidade estrutural entre o Estado e o indivíduo: ANDRADE, Manuel da Costa. "Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal". Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 66 e segs.

⁽²⁰⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo. "Direito Processual Penal". "Lições...". Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 50. Já antes, a afirmação ainda mais impressiva, em termos que "o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites intransponíveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal. Também um unilateralismo sistemático no sentido da proteção do arguido ameaça o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos", cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para Uma Reforma Global...", cit., p. 206. Conforme lição do mesmo autor (idem, "A Ciência Conjunta do Direito Penal". In: "Questões Fundamentais do Direito Penal". São Paulo: RT, pp. 19-49, 1999, p. 33), a idéia lançada no texto adequa-se ao modelo do Estado de Direito material contemporâneo, assim compreendido todo o Estado democrático e social, o qual, se por um lado conserva a sua vinculação ao Direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, funcionando dessa forma como instância de garantia, por outro, e pela mesma razão, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça, devendo promover e realizar todas as condições — políticas, sociais, culturais, econômicas — para o desenvolvimento o mais livre possível da personalidade ética de cada um.

⁽²¹⁾ MOURA, José Souto de. "Inquérito e Instrução". In: "Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal". Coimbra: Livraria Almedina, pp. 81-145, 1993, p. 85. A necessidade desse compromisso é identificada com a igual necessidade de superação da tensão entre o Estado de Direito e o Estado Social no âmbito da justiça criminal. Também aludindo ao CPP de 1987, entende Mota (MOTA, José Luís Lopes da. "A Revisão do Código de Processo Penal". Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, a. 8, fasc. 2º, pp. 163-198, abr-jun 1998, p. 165) que ele conferiu unidade e coerência ao processo, reforçando a eficácia do sistema e a tutela dos direitos fundamentais.

⁽²²⁾ CHIAVARIO, Mario. "Qualche Sollecitazione per un Confronto". In: "Il Nuovo Codice di Procedura Penale Visto Dall'Estero". Atti del Seminario di Torino 4-5 maggio 1990. A cura di Mario Chiavario. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 3-20, 1991, p. 11; GALLO, Marcello. "Introduzione...". in: "Il Nuovo

Codice di Procedura Penale Visto Dall'Estero. Milano: Giuffrè Editore, 1991, pp. 23-27, p. 24; FERRUA, Paolo. "Studi Sul Processo Penale II. Anamorfosi del Processo Accusatorio". Torino: Giappichelli Editore, 1992, p. 13.

⁽²³⁾ CHIAVARIO, Mario. "Procedura Penale un Codice Tra 'Storia' e 'Cronaca'", cit., p. 121.

⁽²⁴⁾ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. In: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais". São Paulo: RT, 1995, p. 260.

⁽²⁵⁾ Não é sem razão que se afirma que "la recherche de nouveaux points d'équilibre à ce sujet est un des problèmes les plus brûlants de l'aujourd'hui de la justice" in: CHIAVARIO, Mario. "Aperçus Sur la Procédure d'Audience en Italie Entre Réforme et 'Post-Réforme'". Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris, nº 2, pp. 207-215, avr/jui 1994, p. 215.

⁽²⁶⁾ FERRAJOLI, Luigi. "Patteggiamenti e Crisi Della Giurisdizione". *Questione Giustizia*, Milano, nº 2, pp. 371-383, 1989, p. 374.

⁽²⁷⁾ GIARDIA, Angelo. "I Tempi Processuali nel Sistema del Nuovo Processo Penale". In: "Profili del Nuovo Processo Penale". Coordinati da Mario Garavoglia. Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, pp. 141-153, 1988, p. 152.

⁽²⁸⁾ GOSSEL, Karl-Heinz. "A Posição do Defensor no Processo Penal de um Estado de Direito". Trad. Anabela Maria Miranda Rodrigues. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LIX, pp. 241-283, 1983, p. 270-271.

⁽²⁹⁾ ROXIN, Claus. "Sobre el Concepto Global Para una Reforma Procesal Penal", cit., p. 313; Idem, "Introducción a la Ley Procesal Penal Alemana de 1877". Trad. Juan-Luis Gomez Colomer. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, nº 16, pp. 171-186, 1982, p. 173.

⁽³⁰⁾ CHIAVARIO, Mario. "Procedura Penale un Codice Tra 'Storia' e 'Cronaca'", cit., p. 61. Expressamente fala Chiavario na necessidade "de faire une sorte de sélection parmi les garanties pour sauvegarder celles qui sont vraiment essentielles" (CHIAVARIO, Mario. "Aperçus sur la Procédure d'Audience en Italie Entre Réforme et 'Post-Réforme'". Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris, nº 2, pp. 207-215, avr/jui. 1994, p. 215). No ordenamento jurídico português, no sentido de um igual saneamento das garantias do processo penal no próprio texto constitucional manifestou-se: BARREIROS, José António. "A Nova Constituição Processual Penal". Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 48, pp. 425-448, 1988, pp. 438-439.

⁽³¹⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo. "Para Uma Reforma Global...", cit., pp. 206-207-208.

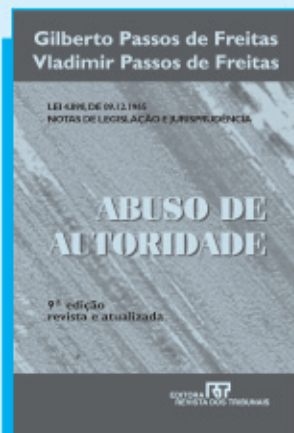
⁽³²⁾ Idem, ibidem, pp. 208-209.

⁽³³⁾ GASPAR, António Henriques. "Processos Especiais". In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, pp. 359-377, 1993, p. 359. Acerca de cada uma dessas finalidades e da necessidade de uma "concordância prática" entre elas, consultar: DIAS, Jorge de Figueiredo. "Direito Processual Penal". "Lições...", cit., pp. 21-26. Assumindo a impossibilidade da integral harmonização destas finalidades, tendo em vista o seu caráter irremediavelmente antinômico e antitético, Figueiredo Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. "Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal". Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, a. 8, fasc. 2º, pp. 199-213, abr-jun 1998, p. 202) atualiza a necessidade de se operar a concordância prática entre elas, "optimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais; exceção feita à hipótese de em causa estar directamente a intocável dignidade da pessoa humana, caso em que se impõe a eleição da finalidade que a protege e respeita", já visto; mas — e aqui a novidade — tudo isso não só em relação aos concretos problemas processuais como também — e com força acrescida — em relação à estrutura fundamental do próprio processo.

⁽³⁴⁾ Recorde-se que são várias as garantias processuais que se relacionam com a tutela da dignidade humana, implicando na necessidade de confronto das medidas processuais aceleradoras, quicá funcionais, com os princípios em que estão contidas: *infra*.

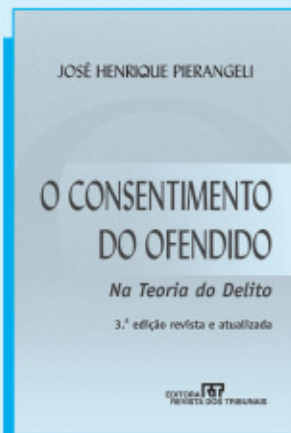
O autor é advogado, professor da Unesp e doutor em Direito Penal pela Universidade de Coimbra.

Editora Revista dos Tribunais



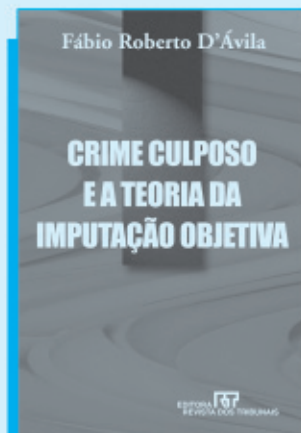
cód. 002090
200 páginas
R\$ 31,00

Utilizando-se de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, os autores proporcionam uma visão clara das regras de direito substantivo e de natureza adjetiva, inseridas na Lei 4.898/65, que disciplinou o direito de representação nos casos de abuso de autoridade. Nesta edição foram revistas as idéias referentes ao conceito de autoridade, previsto no artigo 5.º da Lei 4.898/65, a pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública, ampliando o tratamento antes dispensado a estes temas.



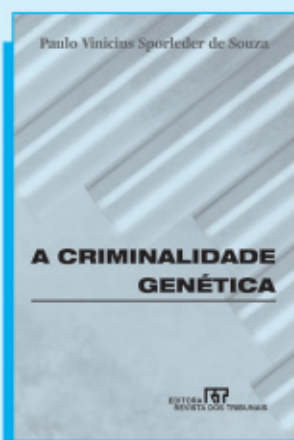
cód. 002056
284 páginas
R\$ 42,00

Devidamente atualizada, esta obra inicia com exposições acerca da teoria do delito, suas noções básicas e aspectos mais relevantes, para então alcançar a teoria do consentimento. Analisa temas como o consentimento do ofendido nos delitos culposos, o "acordo" como causa de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade, a incapacidade natural do consenciente, o consentimento putativo e a questão do consentimento nos tratamentos médicos e médico-cirúrgicos.



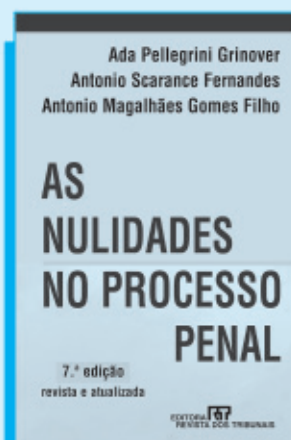
cód. 002087
148 páginas
R\$ 23,00

A análise da causalidade natural na estrutura do fato típico inicia a obra. A seguir, o autor aborda o tipo objetivo na negligência penal, relacionando os elementos da estrutura típica tradicional com as inovações sistêmicas da teoria da imputação objetiva do resultado. Examina a culpabilidade na estrutura do crime, mediante análise de seus elementos, apontando particularidades, pontos controvertidos e fundamentos, procurando tomar posição de acordo com ditames da dogmática penal contemporânea.



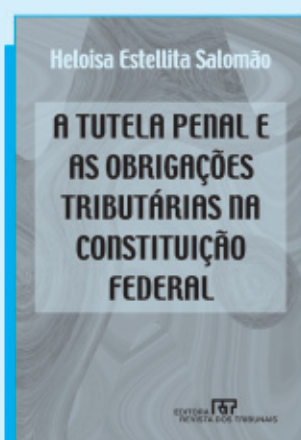
cód. 002078
156 páginas
R\$ 24,00

Com linguagem fluente, sem rebuscamentos e evitando o emprego de terminologia estritamente técnica, a presente obra descreve as modernas técnicas de genética, questiona a atual função do Direito Penal, bem como os critérios que foram observados pelo legislador no que se refere à regulamentação penal das genetecnologias. Por fim, analisa, sob um enfoque predominantemente biológico, os diversos estudos relacionados à influência biológica na conduta desviante, as bases genéticas no transtorno antisocial de personalidade e o impacto do Projeto Genoma Humano sobre a culpabilidade penal.



cód. 002072
318 páginas
R\$ 43,00

Partindo de uma visão unitária do fenômeno processual, abrange temas como jurisdição e competência, condições da ação e condições de procedibilidade, o direito de defesa, processo e procedimento, provas ilícitas, interceptações e gravações. Trata, ainda, da prisão cautelar, da liberdade provisória e da execução penal. Tornando as pesquisas mais ágeis e fáceis, foram suprimidas as notas de rodapé, inserindo-se, em caracteres menores, no mesmo texto, observações laterais – inclusive as referências jurisprudenciais – e indicando, após cada capítulo, a bibliografia empregada para redigi-lo.



cód. 002098
236 páginas
R\$ 36,00

Buscando estreitar as relações entre Constituição Federal e Direito Penal surgiu a presente obra, na qual a autora investiga as consequências, em seara bastante específica, de uma penetração axiológica da Constituição no sistema penal, circunscrevendo-se ao papel e às funções das obrigações tributárias no seio da tutela penal. Cuida da relevância penal do sistema tributário constitucional, apresenta, uma análise dos tipos incriminadores descritos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, além de considerações sobre a reforma operada no Código Penal pela Lei 9.714/98, que ampliou a aplicabilidade e as espécies de penas restritivas de direitos.

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

Rua Hannemann, 352 • USF
Colégio Santo Antônio do Pari
São Paulo • SP • CEP 03031-040
• Tel.: (11) 3313-3441
• rtusf@livrariart.com.br

Av. Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Telefax: (11) 4024-2388
• rtitu@livrariart.com.br

Rua da Assembleia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• Fax: (21) 2533-4660
• rtrio@livrariart.com.br

livraria
RT

Rua Vicente Machado, 84 • loja 1
Curitiba • SP • CEP 80420-000
• Telefax: (11) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br

Visite a nova Livraria RT Virtual: www.livrariart.com.br
A mais completa livraria jurídica do país, agora também na web.