



CRIMINOLOGIA

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais realizará, juntamente com o Departamento de Criminologia da Faculdade de Ciências Sociais da Univ. de Ottawa, o curso

"A Criminologia e a Justiça Penal",

que será ministrado pelo prof. Álvaro Pires entre os meses de junho e julho. O conteúdo do curso, destinado exclusivamente aos associados do IBCCRIM, será equivalente a um dos integrantes do programa de pós-graduação regular promovido pela Universidade de Ottawa e consistirá de três blocos com os seguintes temas:

- *O que significa a afirmação "o crime é uma realidade construída?"*
- *O que é a criminologia?*
- *Como se formou a racionalidade penal moderna como um "sistema de pensamento"?*

Conheça o conteúdo programático completo do curso visitando nosso site: www.ibccrim.com.br

Faça já sua inscrição e garanta melhores condições de pagamento.

Informações e inscrições: (vagas limitadas)
Depto. de Comunicação e Marketing
Rua XI de agosto, 52 - 5º andar - Centro - São Paulo - SP - CEP 01018-010
Tel.: (11) 3105-4607
Fax: (11) 3105-0109
E-mail: marketing@ibccrim.com.br

Crônica de Uma Inconstitucionalidade Anunciada (Análise Crítica da Lei Complementar nº 105, de 10.01.01, Que Institui as Hipóteses de Quebra do Sigilo Financeiro)

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Introdução

Sem olvidar **Maquiavel**, com sua perfídia e velhacaria ímpares, mas parafraseando **Gabriel Garcia Marques**, as grandes ilegalidades, os verdadeiros regimes de exceção, os perenes governos autoritários não vêm, em nossos dias de globalização, ".com", por meio de revoluções armadas ou conquistas sangrentas. Isso era no passado. Atualmente, tal qual o "sexo virtual", o "fast food", as "aproximações tecnológicas", com seus conseqüentes "distanciamentos humanos", tudo chega e se implanta de modo imperceptível, dissimulado, insípido e, o que é pior, convencem-nos de que isso é bom, é o melhor para nós e de que nós realmente precisávamos disso, apenas não sabíamos.

Em nossos dias as ilegalidades, as inconstitucionalidades, vêm sem pressa, sem sangue, sem alarde e, principalmente, com um grande subsídio da mídia "mal intencionada" ou "bem desinformada". Como diria o poeta — e se não o disse deveria ter dito — a natureza nos ensina todos os dias que as piores noites sempre são precedidas de bonitos entardeceres. Depois, tal qual a ilegalidade, a escuridão vai se assenhorando dos espaços, dos recantos, de nossos espíritos e nossas mentes e, quando nos

apercebemos das perdas sofridas, dos direitos renunciados, das garantias arditamente furtadas, sem dor, sem gritos, resta apenas acendermos velas para afastarmos, pelo menos um pouco e para um pouco distante de nós, a escuridão. Porém, tristes serão os dias em que as ilegalidades proibirem que até mesmo as velas sejam acesas, pois, afinal, dizem os algozes de plantão: "quem não deve não teme" — ou mais apropriado seria dizer "quem não deve não **tre-me**" (?) — e, concluem numa lógica "eymerichiana"⁽¹⁾: se a pessoa nada tem a esconder não

precisa recear o escuro ou a ausência da única proteção possível, qual seja, a "luz da vela". Aliás, uma lógica perfeita para qualquer tempo no qual vigore o espírito inquisitorial contra o indivíduo.⁽²⁾

As ilegalidades, as violências e os verdadeiros arremetimentos não são mais de inopino, são estudados, premeditados e uma boa análise dos "panos de fundo" que não nos querem deixar ver, através do uso de encenações infundadas e fumagens discursivas, revela um verdadeiro roteiro nesse "teatro das inconstitucionalidades".

Brevíssimas considerações sobre as falácias da Lei nº 9.311/96 (Lei da CPMF)

Em 1995, o Executivo remeteu ao Congresso dois projetos de lei, um referente à instituição da CPMF e outro referente à quebra do sigilo financeiro sem necessidade da intervenção do Judiciário. Aquele, por razões adiante expostas, tornou-se a conhecida lei que instituiu a CPMF e o último sequer passou pela Comissão de Constituição e Justiça. Ambas as intenções do governo, portanto, sempre foram irmãs siamesas que, separadas em 1996 — quando uma virou lei e a outra foi morta naquela Comissão do Congresso —, vêm agora novamente a se reunir.

E já que a lei da CPMF tem uma história um pouco mais antiga, devemos analisar o teatro que sempre nos mostraram para justificar suas atitudes e o que realmente foi feito pelo governo. Nessa pantomima devemos destacar três atos:

Primeiro, encontraram um bom personagem, um ministro de Estado com reconhecida capacidade e credibilidade, que dizia — até mesmo nos convenceu e se convenceu, é bem verdade — que a saúde precisava de maiores recursos, logo, que uma maior tributação em nossos bolsos tinha um destino nobre. Esse

**"Em nossos dias
as ilegalidades, as
inconstitucionalidades,
vêm sem pressa,
sem sangue, sem
alarde e, principalmente,
com um grande subsídio
da mídia 'mal
intencionada' ou
'bem desinformada'."**

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Março/2001 - n° 100

- *Crônica de Uma Inconstitucionalidade Anunciada (Análise Crítica da Lei Complementar n° 105, de 10.01.01, Que Institui as Hipóteses de Quebra do Sigilo Financeiro)*
- *Maurício Zanoide de Moraes* 01
- *Uma Pequena Análise das Penalidades e Penas do Código de Trânsito Brasileiro*
- *Geraldo de Faria L. Pinheiros* 05
- *Oferecimento da Proposta de Transação Penal na Lei n° 9.099/95: A Atuação do Ministério Público, do Juiz e do Advogado*
- *Leonardo da Silva Vilhena* 07
- *A Nova Regulamentação da Identificação Criminal*
- *Gustavo Henrique R. Ivahy Badaró* ... 09
- *Norma Penal em Branco: Retroatividade Benéfica*
- *Vinicius de Toledo Piza Peluso* 11
- *A Determinação do Regime Prisional Fechado Para o Delito de Roubo Face à Gravidade Abstrata do Delito Importa em Violação ao Princípio da Individualização da Pena e de Ne Bis In Idem*
- *Paulo Sergio Xavier de Souza* 13
- *Justiça Penal e Globalização*
- *Fernando Moreira Gonçalves* 16
- *Prefeito Que Contrata Advogado Sem Concurso Público*
- *Paula Kahan Mandel e Roberto Podval* 17
- *Com a Palavra, o Estudante: A Remição de Pena à Luz da Ressocialização do Condenado*
- *Marcelo Polachini Pereira* 18

Caderno de Jurisprudência

- *O Direito Por Quem o Faz: Prisão em Flagrante: Requisitos Para Sua Validade* 521
- *Supremo Tribunal Federal* 522
- *Superior Tribunal de Justiça* 523
- *Tribunal Regional Federal* 523
- *Tribunal de Justiça* 524
- *Tribunal de Alçada Criminal* 524

➡ ato acabou com aquele ministro se afastando do governo quando percebeu que não só nós, o cidadão, mas também ele tinha sido enganado, afinal todo o dinheiro arrecadado com aquela tributação "bem intencionada" não se destinou a aumentar a verba já reservada à saúde pública, mas foi a "única" verba destinada à saúde já que todo o restante que o orçamento tinha previsto para essa área foi desviado ("recolocado", como eles eufemisticamente dizem) para outras áreas.

Segundo, o "P", do CPMF significava, pelo menos inicialmente, "Provisória", logo, nos fizeram crer que a contribuição "solicitada" não era para sempre. Em 1996 a Lei n° 9.311 transformou aquele "P", de provisória, em um outro "P", de "permanente".⁽³⁾

Terceiro, como era evidente até mesmo o "mais estulto dos estultos", o recolhimento pelo Estado dessa contribuição, cuja base de incidência é o montante da movimentação financeira de cada um, implica no conhecimento pelo Estado sobre o *quantum* que cada qual movimenta em suas contas bancárias — coisa bem diversa de rendimento tributável — e, portanto, seria uma forma de quebra de sigilo bancário e de uma violência indistinta e injustificada contra todos os cidadãos brasileiros. Fato

violador a um só tempo dos incs. X e XII, do art. 5º, da Constituição. A essa evidência, como que para nos sossegar, o governo, para provar sua "boa intenção", inseriu no art. 11 da Lei n° 9.311 um § 3º que visava assegurar de maneira expressa o completo sigilo sobre essas informações das movimentações financeiras. Foi inserido esse dito § 3º e nós acreditamos mais uma vez que nenhum mal nos acometeria. Fomos mais uma vez enganados. Isto porque foi proposta pelo Executivo e aprovada pelo Congresso Nacional em 13 de dezembro de 2000 uma alteração naquele § 3º do citado art. 11 — aliás, isso nada mais é do que o descortino de sua morte anunciada.⁽⁴⁾ Desnecessário dizer que essa alteração acaba com aquela proteção inicialmente posta para preservação de nossas garantias constitucionais.

O mais recente "canto de sereia"

Muitas foram as tentativas governamentais (executivas e legislativas) em tornar acessível ao Fisco ou aos órgãos persecutórios o acesso aos dados (pessoais, fiscais, bancários, financeiros, etc.) de qualquer cidadão. Porém, todas essas tentativas, uma a uma, foram sendo repelidas.

Contudo, o governo, acreditando talvez

naquela máxima de que *"água mole em pedra dura tanto bate até que fura"*, aliada àquela frase machista de que *"não há mulher difícil, o que há é cantada mal dada"*, retomou agora sua sanha com novas vestes: a possibilidade da Receita Federal ter acesso aos dados (fiscais, bancários e/ou financeiros) dos cidadãos sem autorização do Poder Judiciário é a única forma de garantir: i) o aumento do valor do salário mínimo, e ii) dar um incremento na arrecadação para custear as *"emendas parlamentares de 2001"*⁽⁵⁾.

Claro que o primeiro objetivo — aumento do mínimo — é o que estava⁽⁶⁾ sendo dito à mídia como causa nobre para a mais nova violência contra os direitos fundamentais,

e o segundo objetivo — garantir as emendas parlamentares de 2001 — é o que estava sendo dito nas coxias do Parlamento para convencer os ditos "representantes do povo". Aliás, emendas parlamentares das quais muitos políticos disseram, com todo o alarde e pompa televisivos, que estariam abrindo mão em prol do "aumento do mínimo", que esta seria a contribuição parlamentar. Ora, se estavam realmente abrindo mão dessas emendas, então não precisávamos do aumento de receita por via tão inconstitucional para garantir o aumento do salário mínimo!!! Ou

será que estamos sendo enganados de novo e de maneira tão tola??

Críticas técnicas à Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001

Como já se tornou hábito em nossas Casas Legislativas, essa lei complementar está mal redigida. Muito menos por falta de capacidade ou apuro técnico dos assessores parlamentares e muito mais para dificultar uma interpretação clara e direta, permitindo as confusões e as violações indiretas às garantias dos cidadãos. Um claro exemplo disso pode ser visto pelas redações de seus arts. 1º, 3º e 5º.

O art. 1º, em seu *caput*, define que o sigilo das operações financeiras é a regra, elencando em seus §§ 3º e 4º algumas exceções. Porém, a exceção prevista no § 3º já ocorre em nossos dias sem qualquer questionamento de sua ilegalidade, isto porque são *"as trocas de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil"*.

O § 4º, por sua vez, poderia parecer aos mais desavisados que descon-

➡ daria a permissão de quebra de sigilo pelas autoridades fazendárias ou persecutórias. Ledo engano. Esse parágrafo, em verdade, submetido a uma leitura jurídica estrita, reafirma a necessidade de autorização judicial para qualquer ataque ao direito constitucional do sigilo. Isto porque, preceitua que *"a quebra de sigilo poderá ser decretada ... em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial"* especialmente nos crimes ali elencados. Ora, qualquer violação a direito material no curso do inquérito ou processo judicial é medida que somente pode ser autorizada pelo juiz constitucionalmente competente, uma vez que ele é o responsável e garantidor do respeito aos direitos dos investigados ou acusados em qualquer fase da persecução (penal ou administrativa).

O art. 3º da citada lei complementar é ainda mais claro em manter a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo com a finalidade de uso limitado e restrito a processo administrativo ou judicial. Isto porque determina que o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras prestarão as informações *"ordenadas pelo Poder Judiciário"*.

Por esses artigos, portanto, imaginariam os incautos que nada houve de mudança. Contudo, ao se analisar, de forma combinada, os §§ 2º e 4º do art. 5º dessa lei complementar, evidenciam-se as ilegalidades.

O § 2º reafirma que é *"vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar"* a origem ou a natureza dos gastos dos titulares das movimentações financeiras informadas à *"administração tributária da União"*. Porém — e há sempre um "porém" —, o § 4º citado determina: *"Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios ou falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para adequada apuração dos fatos"* — grifamos.

Portanto, pretende-se por esse dispositivo retirar do crivo jurisdicional a decisão de se quebrar ou não o sigilo de dados de qualquer pessoa física ou jurídica. Por esse dispositivo fica ao arbítrio do Fisco investigar um cidadão ou uma empresa se, ao seu alvedrio, houver *"falhas ou incorreções"* em informações que sequer são prestadas pelo contribuinte, mas devem ser repassadas pelas instituições financeiras que controlam sua movimentação. Ou seja, erro de outrem poderá provocar violação de um dos mais importantes direitos do cidadão: a garantia a não ter sua intimidade ou vida privada devassadas pelo Estado-fiscalizador.

Seguramente o critério do agente fiscal não será aquele utilizado por um juiz de Direito afeito à ponderação de provas e argumentos em confronto com todo o ordenamento jurídico do qual é guardião. Até mesmo porque, nunca se esqueça, o Fisco é parte interessada em eventual processo futuro e seu critério é naturalmente bem di-

verso⁽⁷⁾ daquele exercido pelo juiz de Direito isento e eqüidistante das partes.

É totalmente desnecessário reafirmar nesse aspecto o que tantos estudiosos, juristas e o próprio Supremo Tribunal Federal já assentaram quanto ao sigilo bancário ser espécie do gênero sigilo de dados e que por esse aspecto da personalidade individual do cidadão estar preservado nos incs. X e XII, ambos do art. 5º, da CF, torna-se garantia individual, cláusula pétrea de primeira geração e somente vulnerável em situação concreta que justifique sua quebra por decisão fundamentada de um juiz competente segundo os preceitos do devido processo legal.

Há, todavia, alguns outros aspectos a serem destacados quanto às pessoas que: *i)* não podem ter seu sigilo violado de forma alguma e *ii)* que terão acesso àquelas informações financeiras.

"Todas as críticas feitas a essa lei complementar não têm o intuito de afirmar que a sonegação fiscal não é um mal que precisa ser extirpado. Muito ao contrário. Buscou-se com essa crítica determinar que não é por meios ilegais e completamente aéticos que se chegará a um fim lícito ou legítimo (máxima maquiavélica)."

Quanto às pessoas que terão acesso irrestrito, direto e sem necessidade de autorização judicial estão as Comissões Parlamentares de Inquérito Federal⁽⁸⁾, conforme previsto no art. 4º, e as autoridades e agentes fiscais da "administração tributária" da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 5º, combinado com o art. 6º). De forma indireta, ainda terão acesso àquelas informações o Ministério Público, uma vez que por influxo do art. 9º, da lei complementar, quando houver indícios de cometimento de crime todos os documentos necessários para a sua verificação deverão ser enviados pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários.

As pessoas acima tratadas não merecem qualquer reparo como instituições. O erro em lhes conceder tamanho poder de violação da vida privada do cidadão não repousa nas qualidades ou defeitos ínsitos a essas instituições fiscalizadoras ou investigativas, mas sim na falta de um limite sério, isento e criterioso quanto à análise da legalidade e das peculiaridades do caso concreto e que tornariam ética, justa e legal a quebra do sigilo de dados de qualquer pessoa. Ou seja, o erro está em se retirar do

Poder Judiciário esta verificação da legalidade da medida em cada caso.

Quanto às pessoas que não poderão ter seus sigilos financeiros violados, em nenhuma hipótese, o art. 5º, § 3º, dessa lei, escolhe os órgãos da *"administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"*. Ora, essa norma viola qualquer princípio de moralidade e legalidade, ambos impostos à Administração Pública em preceito constitucional (art. 37, *caput*). Portanto, exatamente aquelas pessoas públicas que mais teriam o dever — constitucional, reafirme-se — de demonstrar transparência e lisura fiscal e contábil, são exatamente aquelas não sujeitas às mesmas verificações que os demais cidadãos que, aliás, são os que pagam os impostos.

A imoralidade que desponta desse dispositivo, contudo, não está órfã no texto de lei. Ainda se faz acompanhar do § 1º do art. 3º que determina: *"Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido"*. A clareza do protecionismo expressa nesse dispositivo torna desnecessário qualquer comentário quanto à imoralidade dessa lei que a imprensa quer nos fazer crer serem "medidas fiscais moralizadoras" ou "medidas anti-sonegação".

Como a imoralidade evidente e chocante de uma lei complementar pode ser meio para se pretender moralizar algo?

Conclusão

Todas as críticas feitas a essa lei complementar não têm o intuito de afirmar que a sonegação fiscal não é um mal que precisa ser extirpado. Muito ao contrário. Buscou-se com essa crítica determinar que não é por meios ilegais e completamente aéticos que se chegará a um fim lícito ou legítimo (máxima maquiavélica). Não é através de argumentos primários e *ad terrorem* — como por exemplo, *"quem não deve não teme"* — que nosso Pretório Excelso ou as pessoas mais informadas aceitarão tamanhas ilegalidades e imoralidades representadas por essa lei complementar. Até mesmo porque, poderíamos propor ao governo o mesmo argumento: se os seus atos para determinação da quebra serão criteriosos, estudados e voltados apenas contra aqueles que possuam evidências de sonegação fiscal, por que não requerer a quebra do sigilo fiscal e/ou financeiro ao Poder Judiciário através de um procedimento cautelar mais célere e específico; afinal, *"quem não deve não teme"*.

A única solução possível para se determinar quando é correta a quebra ou não do sigilo de alguém é a intervenção do Poder Judiciário. Caso contrário não se trata de saber quem tem culpa ou não, quem deve ou não algo ao governo, mas passa-se a uma concessão de poder e de força desmedidos aos órgãos governamen-



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: Sérgio 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

tais (fiscais, inspetores, e toda uma sorte de "funcionários dos órgãos tributários") em detrimento do cidadão. A questão não será mais do que é correto ou justo, mas da força policial e política que os órgãos governamentais passam a ter sobre o indivíduo, e sem qualquer controle jurisdicional. Essa força sem limites — não se iludam — poderá ser tomada não apenas contra sonegadores, como é alardeado pelos defensores dessa lei complementar, mas, sem o controle judicial e a publicidade que acompanha seus atos, poderá ser tida, nos escaninhos administrativos e políticos do governo, contra os seus opositores ou contra aquelas pessoas das quais o governo, ou qualquer um dos seus membros, possa precisar dos préstimos.

Por isso, e também descontente com a situação existente, acreditamos — e nossa crença encontra respaldo em muitos membros do IBCCRIM — que a melhor solução seria a criação de um procedimento cautelar específico e célere para a requisição, o contraditório e a determinação da quebra do sigilo financeiro "quando" e "se" imprescindível às investigações (administrativas ou criminais), sempre por decisão fundamentada de autoridade judicial competente.

NOTAS

(1) Sobre a análise da perversa lógica inquisitorial ver item 4 dos comentários de **Leonardo Boff** no seu prefácio à obra *"Directorium Inquisitorium - Manual dos Inquisidores"*, de **Nicolau Eymerich** e atualizado em 1578 por **Francisco de La Peña**, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1993.

(2) "Os bons contribuintes não precisam jamais se preocupar, mas os maus terão que se explicar", frase dita pelo secretário-adjunto da Receita Federal, **Jorge Rachid**, ao tratar do atual projeto de lei que autoriza a quebra do sigilo fiscal por qualquer membro da "administração fiscal da União" sem autorização judicial e publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, de 8 de dezembro de 2000, seção A, p. 4.

(3) Aliás, além de ser permanente ainda previram que o percentual inicialmente proposto sofreria um aumento em meados de 2001. Dizemos "sofreria" porque os jornais já anunciaram que tal aumento da alíquota foi antecipado para março não só para garantir o aumento de arrecadação do Fisco, como também, e principalmente, para suportar "as emendas parlamentares de 2001" das quais falaremos mais adiante.

(4) O Projeto de Lei nº 3.756/00 foi enviado à Câmara dos Deputados pelo governo em 16 de novembro de 2000 e previa não só a alteração do citado § 3º como também instituiu o § 3ºA com as seguintes redações: "Art. 11... § 3º - A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. § 3ºA - Os procedimentos administrativos previstos no parágrafo anterior serão realizados mediante critérios homogêneos e automáticos, de acordo com regulamento próprio, ficando sua instauração e conclusão inteiramente vinculados a este".

(5) Novamente saiu publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* a seguinte tática do governo para

ver aprovar sua proposta de quebra do sigilo sem autorização judicial: "O governo usará outros mecanismos para convencer os deputados a votar os três projetos que permitirão aumentar a arrecadação federal — para R\$ 6 bilhões, nos cálculos do relator do Orçamento, senador **Amir Lando** (PMDB-RO). 'Esses recursos não só vão financiar o salário mínimo como vão garantir o pagamento das emendas parlamentares de 2001', observou **Aécio**, repetindo o argumento que será levado à base aliada", publicado dia 02.12.2000, seção A, p. 4.

(6) Digo "estava", porque depois que foi aprovada e sancionada pelo Presidente a Lei Complementar nº 105/2001, ora em comento, estranhamente os órgãos governamentais e a mídia não citam mais o "aumento do mínimo" mas apenas os milhares de sigilos dos mais variados "sonegadores" já "descobertos". Onde está aquela sedutora justificativa do "aumento do mínimo" meus senhores??? Talvez no mesmo lugar do "aumento de receita para a saúde pública" utilizada para a aprovação e aceitação do CPMF?!!! É, talvez.

(7) Sobre a consciência popular sobre muitos "agentes fiscais de rua", vale lembrar as palavras sempre autorizadas de **Yves Gandra Martins**. Diz o jurista após tecer merecidos elogios à boa facção dos agentes fiscais dos três níveis de governo: "A crítica, que se faz, todavia, ao nível moral da fiscalização, não é contra estes agentes fiscais, que respeito, mesmo nas divergências que, muitas vezes, são profundas. A crítica que se faz recai sobre aqueles que são encarregados de fiscalizar diretamente empresas e pessoas físicas e, quanto a eles — falo por terceiros e não por mim — tenho ouvido dos órgãos de classe críticas contundentes. Não é, pois, conveniente que se outorgue exatamente a estes servidores públicos o direito de quebrar o sigilo bancário, visto que, se têm indícios fortes de ilícitos tributários, podem obter a quebra mediante autorização judicial, e, se não têm, não há porque permitir vasculhem a intimidade de pessoas cuja privacidade é assegurada pela Constituição em verdadeiras "fishing exploitations" (in "Direitos Fundamentais do Contribuinte - Pesquisas Tributárias - Nova Série nº 6", Revista dos Tribunais, p. 73) — destacamos. Não se trata de justificar as eventuais mazelas privadas pelos descabros públicos. Trata-se, sim, de afirmar que se há defeitos e vícios em ambos os lados apenas um Judiciário preparado e eficiente poderá dizer, em caso concreto, quando é legal e justo a violação do direito de todos nós ao sigilo de dados.

(8) Aliás, desse modo assistimos mais uma vez o Congresso Nacional utilizar-se da elaboração de uma lei para se livrar dos limites que lhe são impostos pelo Supremo Tribunal Federal. Haja vista as muitas decisões de nosso Pretório Excelso quanto aos limites e critérios para que as Comissões Parlamentares de Inquéritos das duas casas Legislativas Federais pudessem, sem fundamentação factível e expressa, determinar quebras de sigilos de dados de qualquer natureza e telefônicos. Por algumas decisões de nossa Corte Constitucional, v. os Mandados de Segurança nºs 23.599/DF e 23.602/DF e nos quais foram concedidas liminares pelo ministro **Carlos Mário Velloso** suspendendo, por falta de critério e legalidade, determinações de Comissões Parlamentares quanto a quebras de sigilos de dados e telefônicos.

O autor é advogado criminal, doutor em Direito Processual Penal pela USP e diretor do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

Uma Pequena Análise das Penalidades e Penas do Código de Trânsito Brasileiro

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

O art. 160 do vigente Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) determina que o condenado por delito de trânsito seja submetido a novos exames, para que possa voltar a dirigir, independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

A imposição já fora colocada no Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108/66), pois o art. 77 determinava que o condutor condenado por acidente que tivesse ocasionado fosse submetido a novos exames, para poder voltar a dirigir. Na época, a aplicação do art. 77 deu margem a divergências jurisprudenciais para sua efetivação na execução da sentença, como se poderá pesquisar nos julgados de então (*"O Artigo 77 do Código Nacional de Trânsito"*, Revista dos Tribunais, pp. 554/27 - *"Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito"*, 3ª ed., Saraiva, 1987, pp. 588/589 - *"Código Nacional de Trânsito Anotado"*, Saraiva, 1996, pp. 477/479).

O legislador do Código, no art. 160 referiu-se a delito de trânsito, o que compreende, por certo, também as contravenções como se depreende do ensinamento de **Waldyr de Abreu**, ao cuidar dos arts. 263, III e 268, IV do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, escreveu o mestre do direito de trânsito: *"O item III (do artigo 263) impõe a cassação da Carteira Nacional de Habilitação ou da Permissão para Dirigir, como consequência da condenação judicial por delito de trânsito, seja crime ou contravenção, observado o artigo 160 do CTB. Isto é, qualquer ilícito penal lesivo à segurança do trânsito (crime ou contravenção), praticado por usuários da via pública. Os ilícitos penais podem ser previstos neste Código ou em qualquer outra lei penal"* (*"Código de Trânsito Brasileiro"*, Saraiva, 1998, p. 113).

Se o legislador desejasse apenas referendar os crimes previstos no Capítulo XIX (arts. 302 a 312), não teria adotado a expressão delitos de trânsito. O preceito é imperativo por força do verbo, ou seja, o condenado ficará impedido de dirigir, uma vez transitada em julgado a sentença de primeiro ou segundo grau.

O art. 160 invoca as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Trânsito - Contran. É de se presumir que tais normas, à falta de especificação ou regulamentação, sejam aquelas previstas na Resolução nº 50/98, do Contran, que estabeleceu os procedimentos necessários para o processo de habilitação dos condutores de veículos automotores. O final desse artigo estabelece que os novos exames são obrigatórios, *"independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença"*.

Parece-nos que tal dispositivo, mesmo considerando a preocupação de manter o nível dos condutores habilitados, é passível de contestação, pois a prescrição extingue a punibilidade, não se podendo considerar

como condenado o agente da infração penal.

A respeito ensina **Júlio Fabbrini Mirabete**: *"Julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, não se pode mais discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo (RSTJ 25/293, RT 689/332, 700/321, RJDTACRIM 19/230, JTAERGS 80/17, 80/82 e 88/198). Isto porque tem ela amplos efeitos, eliminando toda a carta jurídica da sentença e 'extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado' (grifo nosso), de modo que o condenado adquire o status de inocente, para todos os efeitos legais. Prepondera, aliás, o interesse social, de ordem pública, sobre a pretensão de inocência expressa procurada pelo acusado"* (*"Manual de Direito Penal"*, 11ª ed., Atlas, 1996, p. 415).

Enquanto a aplicação do art. 77 do CNT foi mais fácil, não obstante a divergência jurisprudencial referida, o art. 160 da atual legislação oferece dificuldades para exato cumprimento.

Em primeiro lugar ressaltamos que o impedimento para dirigir pode ocorrer por decisão administrativa, tanto por força das infrações previstas no Capítulo XV (Das Infrações) como da cassação do documento de habilitação, conforme relaciona o art. 263 do CTB.

Com referência às decisões do Poder Judiciário, a exigência de novos exames abrange qualquer condenação decorrente da prática de delito de trânsito, e em especial das penas de suspensão de habilitação previstas nos arts. 302, 303, 306 e 308, mesmo que estas tenham sido apenas de dois meses, como estabelece o art. 293, com o máximo de cinco anos.

Além disso, os arts. 292 e 296 do CTB permitem a aplicação facultativa da suspensão (no segundo artigo, se o réu for reincidente na prática de crime previsto no Código), sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.

Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação (art. 293, § 1º), configurando novo crime, sob as penas do art. 307, se o condenado não entregar o documento.

Embora seja estranha a guarda desse documento, expedido por repartição executiva de trânsito, pensamos que ele deve ficar anexado aos autos da ação penal, embora sem qualquer valor para o futuro, pois o novo documento será expedido, se o condenado for aprovado nos exames e tiver cumprido o curso de reciclagem.

A suspensão para dirigir veículo automotor será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Conselho Nacional de Trânsito - Contran, e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente (art. 295). Melhor seria que a co-

municação fosse dirigida ao órgão expedidor do documento (pois nele é que está arquivado o prontuário do condutor), bem como ao órgão executivo de trânsito da União (Denatran), incumbido de organizar e manter o Registro Nacional de Carteiras de Habilitação (Renach), conforme arts. 19, VIII, 159, §§ 6º e 7º, e 290, parágrafo único do CTB. Aliás, tal providência está prevista no § 3º do art. 256: *"A imposição da penalidade será comunicada aos órgãos ou entidades executivas de trânsito responsáveis pelo licenciamento do veículo e habilitação do condutor"*.

As providências para os novos exames, elencados na Resolução nº 50/98 do Contran, cabem ao órgão expedidor da habilitação ou da permissão, sendo certo ainda que o condenado deve submeter-se ao curso de reciclagem, por força do art. 268, IV, já que a condenação gera a cassação do documento, na forma do art. 263, III, do CTB.

Devemos distinguir entre suspensão do direito de dirigir, cassação do documento de habilitação e condenação criminal.

Embora o legislador, ao elencar os crimes de trânsito, se refira à pena de suspensão da habilitação, que pode também ser medida administrativa (art. 261 e Resolução nº 54/98), é certo que a condenação criminal leva à aplicação necessária do art. 160, isto é, o condutor deve submeter-se a novos exames. Neste caso não caberá mais defesa, a não ser por algum defeito processual que anule a condenação. A ampla defesa a que se refere o § 1º do art. 160 ocorrerá tão-só quando o ato for da autoridade executiva estadual de trânsito, por envolvimento do condutor em acidente grave.

A cassação do documento de habilitação está previsto no art. 263, e na maioria dos incisos é de providência administrativa, embora o inc. I diga respeito a um crime de trânsito (art. 309), dando margem à incidência do art. 160. O mesmo ocorre com o inc. III.

Enquanto a cassação, por infração administrativa, estabelece uma carência de dois anos para a reabilitação do condutor (arts. 263, § 2º do CTB e 33 da Resolução nº 50/98) o condenado por crime de trânsito só poderá solicitar novos exames decorrido o tempo previsto no art. 293 do CTB, ou seja, após o cumprimento da pena de dois meses a cinco anos.

No entanto, se assim o desejar, pode desde logo submeter-se ao curso de reciclagem cujas normas estão na Resolução nº 58/98 do Contran.

O Certificado de Conclusão terá validade em âmbito nacional e o curso poderá ser ministrado por instituições, estabelecimentos ou empresas legalmente instalados e cujo funcionamento tenha sido autorizado pelo órgão executivo competente.

Ao proferir a sentença condenatória o juiz, quando tratar da pena corporal, respeitará as recomendações do art. 59 do CP, além de ter sempre em conta a

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, Janaína C. Paschoal, 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 Silva, 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

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181**TIRAGEM:** 20.000 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 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

➡ advertência do legislador de que o trânsito em condições seguras é um direito de todos (art. 1º, § 2º do CTB).

Não é necessário, todavia, que a pena de suspensão do direito de dirigir (prevista a duração de 2 meses a 5 anos no art. 293), seja igual à pena corporal estipulada nos arts. 302 a 312. Nelas as mínimas serão de seis meses, enquanto no caso do art. 302 de 2 anos, com aumento de um terço até metade, se ocorrerem os casos dos inc. I a IV.

Não cabe aqui discutir as injustiças que possam ocorrer, já que se trata de aplicação da lei, lembrando entretanto a afirmação de **Maurício A. Ribeiro Lopes**: *"O legislador uma vez mais redigiu mal, muito mal, pessimamente mesmo o Código de Trânsito no que se refere às penas, despertando idéias equivocadas que levaram muitos intérpretes a erros essenciais numa primeira visão da lei"* (*"Crimes de Trânsito"*, RT, 1998, p. 99).

O desembargador **Arnaldo Rizzardo** entende que a suspensão ou a cassação não ocorrem automaticamente da sentença. Diz o comentarista: *"Presume-se que será o condutor notificado para submeter-se a novos exames, dando-lhe um prazo para tanto. Não atendendo, restará suspensa ou cassada a Carteira"* (*"Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro"*, 2ª ed., RT, 2000, p. 472). Não acolhemos tal entendimento.

O jurista **Ribeiro Lopes**, já citado, apresenta ter uma visão diferente daquela por nós adotada quanto à aplicação das penas previstas nos arts. 302, 306, 307 e 308 do CTB, pois afirma: *"É completo equívoco interpretar que o juiz diante da condenação do agente por crime de homicídio culposo de trânsito, além da pena privativa de liberdade deva, obrigatoriamente, impor a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Está o magistrado subordinado na aplicação da pena à regra geral do artigo 292 e não dos artigos 302, 303, 306, 307 e 308 do CTB. E o artigo 292 estabelece que essas medidas poderão ser impostas como penalidade principal isolada ou cumulativamente com outras penalidades"*. *"Vale dizer"* — continua o ilustre professor — *"que daí três consequências básicas são extraíveis com facilidade diante da sentença penal condenatória de agente que tenha praticado delito previsto nesses artigos mencionados: a) o juiz poderá aplicar somente a pena privativa de liberdade, uma vez que a imposição da pena de suspensão ou proibição para obter permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor é 'facultativa' (grifamos); b) o juiz poderá aplicar a pena de suspensão ou proibição para obter permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor, uma vez que o artigo 292 faculta sua aplicação isolada, abandonando-se a aplicação da pena restritiva de liberdade ou mesmo multa. Também, como penalidade isolada, possível a aplicação como medida restritiva de direito (artigo 43, II, do CP), proposta pelo Ministério Público nas hipóteses previstas no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; c) o juiz poderá aplicar a pena de suspensão ou proibição para obter permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor cumulativamente com outras*

penalidades previstas naqueles tipos penais, seja a privação de liberdade, seja a sanção pecuniária" (obra citada, pp. 111/112).

A nosso ver, *data venia* do eminente professor da USP, os arts. 302 e 303 do CTB estabelecem como penas a privação da liberdade (detenção) e a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, enquanto os arts. 306, 307 e parágrafo único e 308 estabelecem como penas a detenção, a multa e a suspensão ou proibição.

Note-se que o legislador não adotou a conjunção alternativa ou mas sim a conjunção aditiva e. Portanto, tais penas são as estabelecidas pela lei.

Há que considerar ainda a pena de multa reparatória (art. 247 do CTB), que é cumulativa e obrigatória no entender de **Ribeiro Lopes** (obra citada, p. 132), e que segundo **Luis Otávio de Oliveira Rocha** representa o movimento mundial em prol da facilitação do acesso à Justiça, desejando o legislador abreviar o longo percurso que em geral as vítimas de acidentes de trânsito necessitam percorrer, utilizando-se dos meios tradicionais de composição dos litígios civis, para obter ressarcimento pelos prejuízos sofridos (**Boletim IBCCRIM** nº 61, p. 7, dez. 1997).

Igual entendimento tem **Fernando Y. Fukassawa**, afirmando que a pena poderá ser imposta até de ofício pelo juiz (*"Crimes de Trânsito"*, Oliveira Mendes, 1998, p. 20), bem como **Arnaldo Rizzardo**, que leciona: *"Além das punições comuns, consignados em cada dispositivo, e nelas incluída a multa puramente penal, há a pena reparatória, que não consta assinalada em tais dispositivos, mas de aplicação obrigatória desde que se manifeste o dano material..."* (*"Comentários"*, 2ª ed., 2000, p. 764).

Damásio E. de Jesus afirma que *"a possibilidade de o juiz impor uma pena civil de reparação de dano, na ausência de pedido do Ministério Público ou da vítima, fere o princípio constitucional do direito de ação"* (*"Crimes de Trânsito"*, Saraiva, 1998, p. 62).

Traçando a história da multa reparatória **Ariosvaldo de Campos Pires** aponta os precedentes da multa reparatória, ao mencionar o projeto de lei sobre crimes de trânsito elaborado pelo Conselho Federal da OAB, ultimado em 1972, que não se referia a multa reparatória, mas concedia ao juiz competência para decidir sobre a indenização pelos danos causados ao réu (*"Crimes de Trânsito"*, Del Rey, 1998, pp. 109/110).

William Terra de Oliveira, com muito pessimismo encerra artigo publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 61, de dezembro de 1997, escrevendo *"É muito provável que o Código de Trânsito Brasileiro ou Código Nacional de Trânsito, nunca alcance seus objetivos, porque foi demasiado ambicioso, sendo uma resposta simbólica que compromete ainda mais o sistema penal brasileiro"*.

A propósito do assunto, confirmam-se ainda os trabalhos de **Damásio E. de Jesus** e **Luis Otávio de Oliveira Rocha**, publicados no **Boletim IBCCRIM**, nº 61, dez. de 1997.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Oferecimento da Proposta de Transação Penal na Lei nº 9.099/95: A Atuação do Ministério Público, do Juiz e do Advogado

LEONARDO DA SILVA VILHENA

I - Introdução

Com a Lei nº 9.099/95 inúmeras questões controvertidas advieram em relação ao instituto da transação penal (art. 76), e até hoje representam séria controvérsia na jurisprudência e doutrinas pátrias. O que se pretende neste trabalho, como já se expôs no título, é a análise da proposta de transação, ou seja, do **momento do oferecimento da transação penal**, analisando a atuação do órgão do Ministério Público, do advogado e do juiz em relação a tal ato, mas sem discutir os posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica do instituto.

II - A análise prévia do agente do Ministério Público e o papel do advogado

Preceitua o art. 76 da Lei nº 9.099/95 que: *"Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta"*.

Perceba-se que o artigo é claro em mencionar que *"não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá..."*. Assim sendo, necessário que se estabeleça exame acerca do caso ser ou não de **arquivamento**.

Interessa-nos, neste momento, a questão do **arquivamento**, ou, na letra da lei *"caso de arquivamento"*.

Tem-se percebido que, no dia-a-dia forense, muitos advogados têm se insurgido diante da inexistência de uma análise prévia de alguns agentes ministeriais acerca de eventual possibilidade de arquivamento do feito, ofertando-se, de imediato, sem análise do caso e das provas indicadas ou colhidas, a proposta de transação.

A existência de um mínimo de prova, ou, ao menos, a indicação de tais provas no Termo Circunstanciado é essencial para que se possa ter análise dos fatos. Nesse sentido, o disposto na parte final do art. 77 da Lei nº 9.099/95 deve ser levado em consideração não apenas no momento em que se oferta a denúncia, mas previamente, no momento em que se analisa a questão da proposta de transação.

Diz o mencionado art. 77, *in fine* que: *"O Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis"* (grifamos).

Mas, tal disposição legal, ao que nos parece, deveria ter sido inserida já no *caput* do art. 76, uma vez que, havendo ne-

cessidade de diligências imprescindíveis o Ministério Público não poderia, sequer, propor transação penal ou requerer o arquivamento.

Em conformidade com a Constituição, todos os atos do agente ministerial devem ser fundamentados, ainda que se entenda existir discricionariedade⁽¹⁾. Não há possibilidade de fundamentação para o arquivamento ou oferecimento da proposta de transação, em caso de ausência de elementos *imprescindíveis* (produto das *diligências imprescindíveis* mencionadas no texto legal).

Perceba-se que a afirmação acima **não** guarda relação com a natureza jurídica do instituto da transação ser direito público subjetivo do infrator ou faculdade ministerial, pois, o que se propõe é que, para o oferecimento de proposta, devem estar presentes elementos suficientes para a denúncia, mas não se afirmou que, presentes tais elementos, necessariamente deve-se dar a proposta.

Assim, caso o promotor, ao interpretar o Termo Circunstanciado, entenda que, em caso de recusa de aceitação da proposta de transação, não haveria elementos suficientes para o oferecimento de uma denúncia em face do infrator, deverá requisitar novas diligências antes de propor a transação ou requerer o arquivamento (se for o caso), mas nunca ofertar proposta de transação penal⁽²⁾.

Por outro lado, entendemos que a análise da existência ou não destes elementos probatórios essenciais cumpre apenas ao Ministério Público, órgão encarregado da oferta da proposta de transação penal⁽³⁾.

Em caso da defesa entender que não há provas essenciais no Termo Circunstanciado e que tal ausência de provas não levaria sequer ao oferecimento de proposta de transação penal, deverá recusá-la (a proposta) e exigir o oferecimento da denúncia no ato. Se não aceita a proposta de transação penal, o promotor de Justiça deverá propor denúncia e não requisitar diligências.

Se o promotor de Justiça, diante da recusa da defesa em aceitar a proposta de transação, requisitar novas diligências, entendemos que o infrator tem direito a **nova audiência preliminar**, na qual **poderá** ser proposta transação, assim que forem cumpridas as diligências requisitadas.

Nesta segunda audiência preliminar não é fundamental que seja efetuada a proposta: para aqueles que entendem ser a proposta de transação penal direito público subjetivo do réu, o órgão ministerial deverá fundamentar o não oferecimento de proposta analisando a inexistência do direito, e para os que entendem tratar-se de faculdade mi-

nisterial, deverá haver fundamentação com base em critérios de oportunidade e conveniência. Na prática tudo se dá como se fosse a primeira audiência preliminar do Termo Circunstanciado em questão.

Em resumo, não se pode admitir o oferecimento da proposta de transação penal sem se examinar, anteriormente, se é caso de arquivamento ou de denúncia. Caso isso seja feito, e não houver elementos suficientes para a denúncia, requisitando o órgão ministerial novas diligências, o Termo Circunstanciado deverá, novamente, ser colocado em pauta para audiência preliminar, mas nunca ir diretamente ao Gabinete do Promotor de Justiça para oferecimento de denúncia.

III - O controle judicial

Observe-se que o controle judicial acerca da obediência a princípios constitucionais fundamentais, como, por exemplo, o do estado de inocência, será feito no recebimento da denúncia, principalmente através de conceito adotado pela doutrina e que se tem consolidado em nossa Jurisprudência de **justa causa**⁽⁴⁾.

Em outras palavras, entendemos que o magistrado, em caso de não aceitação da proposta de transação pela defesa (que pressupõe seu oferecimento pelo agente do Ministério Público) deverá examinar o andamento que dará ao feito o promotor. Caso seja oferecida a denúncia, após a defesa se pronunciar (já em outra audiência) a denúncia será ou não recebida. Entendendo o juiz que a denúncia deve ser aceita significa que há **fundada razão** para que se dê início à persecução penal *in judicio*. Entendendo que a denúncia não deve ser recebida (no caso em questão, por ausência de elementos probatórios mínimos), estará exercendo o controle judicial sobre o princípio do estado de inocência, impedindo que alguém seja processado sem justa causa.

Por outro lado, se o promotor requisitar outras diligências que entenda imprescindíveis, o juiz deverá encaminhar o processo para outra audiência preliminar, mesmo que o Ministério Público já tenha efetuado a proposta de transação penal (observe-se que, para que isso aconteça, há necessidade de que a defesa rejeite a proposta). Isso porque, como dissemos, se não estão presentes elementos essenciais, como se poderia o Ministério Público ter um juízo de convicção acerca da autoria e materialidade?

É importante notar-se que aqui não se cogita acerca do § 3º do art. 76⁽⁵⁾, uma vez que tal dispositivo legal, apesar

VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

O programa para VII Seminário Internacional do IBCCRIM, está sendo finalizado. O evento acontecerá entre os dias 2 e 5 de outubro próximo, no Maksoud Plaza Hotel, em São Paulo - SP.

Dentre os temas que serão abordados teremos:

- Painéis
- Mídia
- Meio Ambiente
- O Direito Penal e a Mulher
- ECA - Medidas Sócio Educativas - Um Balanço
- Lavagem de Dinheiro
- Crimes Previdenciários
- Prisão Cautelar
- Reforma do Código Penal
- Lei de Responsabilidade Fiscal
- Reforma do Sistema de Justiça
- Execução Penal
- Novo Projeto do Júri
- Genoma Humano
- Eutanásia
- Sigilo Bancário
- Análise Crítica da Prevenção no Sistema Penal
- Imputação Objetiva e Direitos Fundamentais, entre outros.

Para as palestras internacionais no período da manhã, temos confirmadas as presenças de Jesús María Silva Sanchez (Espanha) e Adolfo Ceretti (Itália).

Diversos palestrantes estão sendo convidados, estamos aguardando as confirmações.

Leia no próximo Boletim a programação completa.

As inscrições estarão abertas a partir do dia 02 de abril e as vagas são limitadas.

Não fique de fora deste grande evento, reserve logo sua vaga!

Informações:
Departamento de Comunicação e Marketing
Rua XI de agosto, 52 - 5º andar
Centro - São Paulo - SP
CEP 01018-010
Tel.: (11) 3105-4607
Fax.: (11) 3105-0109
E-mail: marketing@ibccrim.com.br

de constituir forma de controle judicial, tem razão de ser após o oferecimento da proposta de transação e, ainda, após a aceitação da proposta pelo autor da infração penal.

Assim sendo, tem-se que o controle judicial em relação ao oferecimento da proposta de transação penal, sem elementos imprescindíveis no Termo Circunstanciado, é diferido, ou seja, é exercido *a posteriori*, quando do oferecimento da denúncia, no caso de inexistência de justa causa, ou no momento do § 3º do art. 76, no caso de aceitação da proposta de transação penal pelo autor do fato.

IV - Hipótese do art. 77, § 2º

Diversa é a hipótese prevista no § 2º do art. 77 da Lei nº 9.099/95, com a seguinte redação: "*Se a complexidade ou circunstância do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do artigo 66 desta lei*".

Esse dispositivo legal aplica-se tão-somente em caso de complexidade (a expressão *circunstância do caso* expressa no mencionado dispositivo legal indica uma complexidade ou maior complicação no caso, portanto está abrangida pela primeira expressão)⁽⁶⁾.

Na prática, porém, é muito comum encontrar-se Termos Circunstanciados que não contêm complexidade alguma, mas que estão incompletos pelas mais diversas razões, quer seja porque quem lavrou o termo (Polícia Civil ou Militar) esqueceu de ouvir alguma testemunha importante, ou realizar diligência simples, mas imprescindível, ou porque algum depoimento estava incompleto, faltou a juntada de um laudo, etc.

E é exatamente nestes Termos Circunstanciados que deve haver uma atuação ministerial da forma acima narrada pois não se pode esquecer que muitas pessoas buscam, com a transação, evitar o *strepitus iudice*, ou seja, o constrangimento decorrente do simples fato de se ver processado criminalmente. E não se pode sujeitar alguém a este constrangimento sem um mínimo de prova.

Justamente por esse motivo não podemos concordar com o posicionamento dos renomados professores Ada P. Grinover e outros, exposto em "*Juizado Especial Criminal*", ao comentarem o *caput* do art. 77, em sua parte final, que: "*É claro o dispositivo comentado sobre a incompatibilidade entre o procedimento sumaríssimo e a necessidade de obtenção de outros elementos para a formulação da denúncia, mesmo que se trate de infração incluída na competência dos Juizados. Se o promotor não dispõe de todos os dados para oferecer desde logo a denúncia oral, deverá requerer a devolução à polícia para a realização de inquérito, ou mesmo pedir diretamente a peça faltante, mas, em qualquer caso, o rito procedimental passará a ser o comum, perante o juízo competente*"⁽⁷⁾.

Isso porque, como explanamos logo acima, a questão das diligências impres-

cindíveis não guarda qualquer relação com a complexidade do caso, referindo-se a situações totalmente diversas.

Assim sendo, e baseando-se no texto legal, mais precisamente no dispositivo em comentário (§ 2º ao art. 77), apenas será remetido ao Juízo Comum se o caso for "complexo", mas não somente porque haveria necessidade de diligências imprescindíveis (já se comentou quais seriam tais diligências).

Pensar de modo diverso é ir de encontro ao espírito da lei, que entende que casos de menor complexidade devem ser apurados no Juizado Especial e não no Juízo Comum, ainda que necessitem de alguma diligência imprescindível que não tenha sido realizada.

NOTAS

- (1) Trata-se tal posicionamento de tendência moderna, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "*Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado*" — DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, "*Direito Administrativo*", 6ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1996, p. 175.
- (2) É nesse sentido a conclusão de GRINOVER, Ada Pellegrini e outros, *Op. cit.*, p. 123.
- (3) Admite, em parte, esse raciocínio boa parte da doutrina, colocando, porém, como solução para o não oferecimento de proposta pelo agente ministerial, com a discordância do magistrado, a aplicação, por analogia, do art. 28 do CPP. Figueira Júnior e Ribeiro Lopes assim escrevem ao se referirem a essa situação: "*Não tenho dúvidas de que o juiz está autorizado a assim proceder. Não pode, contudo, aplicar ex officio pena não privativa de liberdade, devendo submeter sua desconformidade, por analogia ao disposto no artigo 28 do CPP, ao procurador-geral de Justiça*" — FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, "*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*", 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 499.
- (4) Tal conceito, aliás, é estudado com ênfase em matéria de Teoria Geral do Processo, como se pode notar de trecho extraído do livro de Araújo Cintra e outros: "*No processo penal, o exemplo da falta de interesse de agir, na doutrina predominantemente brasileira, é dado pela ausência de 'justa causa', ou seja, de aparência do direito legado (fumus boni iuris)*" — CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, "*Teoria Geral do Processo*", Editora Malheiros, São Paulo, 1993, p. 218.
- (5) Art. 76, § 3º: "*Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz*".
- (6) Como exemplos de casos dos quais se poderia extrair complexidade, vide FISCHER, Felix e outros, *Op. cit.*, p. 55.
- (7) GRINOVER, Ada Pellegrini e outros, *op. cit.*, p. 141.

O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná e mestrando no curso de Direito Processual Penal e Cidadania na Unipar - Universidade Paranaense

A Nova Regulamentação da Identificação Criminal

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Recentemente, uma grave lacuna foi suprida no ordenamento jurídico nacional. A Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000, regulamentou o inc. LVIII do art. 5º da Constituição Federal⁽¹⁾. Embora o legislador constituinte tenha tido a louvável preocupação de impedir o constrangimento da identificação criminal em casos absolutamente desnecessários, principalmente para as pessoas civilmente identificadas, como a matéria dependida de regulamentação legal, a garantia constitucional acabou causando distorções. De um lado, trazendo dificuldades para a persecução penal, impedindo a real identificação dos investigados; de outro, ocorreram vários casos de pessoas inocentes que acabavam tendo expedido mandado de prisão contra si, porque perderam seus documentos de identidade que acabaram sendo utilizados por criminosos.

O Código de Processo Penal estabelece, entre as providências a serem adotadas pela autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência de um delito, "ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico" (art. 6º, inc. VIII). De se destacar que, a Súmula nº 568, do STF, estabelecia que "a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente".

A Constituição de 1988 veio a mudar este panorama. O art. 5º, inc. LVIII, estabelece, entre as garantias individuais, que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei". Trata-se de garantia não absoluta, vez que admitia exceções, a serem estabelecidas em lei própria, determinando os casos em que a identificação criminal ainda seria admitida. Em consequência, a parte do preceito com conteúdo determinado, no sentido de que o civilmente identificado não poderia ser submetido a identificação criminal, passou a ser imediatamente aplicada. Contudo, a outra parte do dispositivo, era de eficácia contida, dependendo de lei que disciplinasse as hipóteses em que continuaria a ser possível a identificação criminal, permaneceu sem aplicação.

Em consequência, antes da regulamentação das exceções, o art. 6º, inc. VIII, do CPP, passou a ter um campo de aplicação bastante restrito. É bom que se diga, porém, que o dispositivo não é incompatível com a nova ordem constitucional. A identificação pelo processo datiloscópico somente seria realizada "se possível". Antes da presente lei, realizada a identificação civil, passou a haver uma impossibilidade absoluta, por falta de regulamentação legal⁽²⁾. De outro lado, se o indiciado ou investigado não tivesse identificação civil ou se recusasse a apresentá-la à autoridade policial, seria possível a sua identificação datiloscópica.

A primeira regulamentação de tal dispositivo adveio com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu art. 109, estabelece que "o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada". Portanto, mesmo que o adolescente apresentasse sua identificação civil, havendo dúvida sobre a autenticidade de seu documento de identidade, seria possível a realização da identificação datiloscópica, para fins de confrontação. Nova regulamentação veio a ocorrer com a edição da Lei dos Crimes Organizados. O art. 5º determina que "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil". Tratava-se, contudo, de previsões aplicáveis apenas a situações específicas, de adolescentes e criminalidade organizada. Com o advento da Lei nº 10.054/2000, o ordenamento jurídico passa a ter uma disciplina para a identificação criminal aplicável à generalidade dos crimes.

"Desnecessário ressaltar, que as restrições aos direitos e garantias constitucionais devem ser interpretadas de forma restritiva. Não se pode concluir, pois, que o legislador tenha dado à autoridade policial uma faculdade ou poder discricionário."

A nova lei estabelece que a identificação civil será feita pela apresentação de documento de identidade reconhecido pela legislação (art. 2º). Não há necessidade que seja apenas a "Carteira de Identidade", vulgarmente conhecida como "RG". Outros documentos de identidade reconhecidos em lei, como "Cartão de Identidade do Advogado" e a cédula de identidade funcional dos membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário também serão aptos a tal finalidade. É necessário que seja apresentado o documento original (art. 3º, *caput*, *contrario sensu*). Não sendo apresentado o documento de identidade original, será realizada a identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico (art. 1º, *caput*).

Fica claro, portanto, que a identificação criminal não é sinônimo de identificação

datiloscópica. Esta é apenas uma das formas de identificação criminal. De se destacar que, embora o art. 6º, inc. VIII, do CPP, refira-se apenas à identificação pelo processo datiloscópico, a jurisprudência vinha interpretando o dispositivo como sendo uma previsão que abrangia a identificação criminal em sua acepção mais ampla, incluindo a identificação fotográfica, considerada inclusive como elemento útil para a instrução criminal⁽³⁾.

As exceções que permitem a identificação criminal, mesmo nos casos em que o indiciado ou investigado tenha sido identificado civilmente, são estabelecidas segundo dois critérios: a) a gravidade do delito que imputado, b) dúvida quanto à identidade civil.

Com relação ao primeiro, a autoridade policial sempre deverá realizar a identificação criminal, quando o civilmente identificado estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticado mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada ou crimes contra a liberdade sexual (art. 3º, inc. I).

Neste ponto divergimos de **Luiz Flávio Gomes**, que entende tratar-se de dispositivo inconstitucional, por violar o princípio da proporcionalidade, visto que em tais casos a identificação criminal não seria necessária, nem idônea e muito menos razoável⁽⁴⁾. O dispositivo teria caráter preconceituoso, porque somente foram previstos casos de criminalidade "violenta", praticados por pessoas que pertencem às classes baixas, enquanto a criminalidade astuta (fraude), praticada por criminosos das classes favorecidas (criminosos do colarinho branco, crimes tributários, crimes contra a administração pública — corrupção, concussão, etc.) teriam sido devidamente protegidos na Lei nº 10.054/00⁽⁵⁾.

O legislador, ao estabelecer um regime diferenciado para a criminalidade violenta, valeu-se de critério muito utilizado para diversas situações. Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a concessão de liberdade condicional fica condicionada ao exame de cessação de periculosidade, não é possível a liberdade provisória mediante fiança, entre tantas outras. Nunca se apontou a inconstitucionalidade destes dispositivos por serem discriminatórios ou não razoáveis.

Já as hipóteses que geram dúvidas sobre a identidade civil e que justificam a identificação criminal são as seguintes: a) "houver fundadas suspeitas de falsificação ou adulteração do documento de identidade" (art. 3º, inc. II); b) "o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais" (art. 3º, inc. III);

O BOLETIM MAIS PRÓXIMO DO LEITOR

A partir de agora você poderá enviar suas sugestões, críticas e até elogios, diretamente, à Diretoria do Boletim do IBCCRIM, através do e-mail: janainapaschoal@uol.com.br. Os artigos para publicação deverão continuar sendo remetidos ao IBCCRIM.

CURSO

O IBCCRIM comunica que seus associados gozarão de descontos no 15º Curso Tribunal do Júri - Teoria e Prática: Do Inquérito Policial ao Plenário, promovido pela Escola Paulista de Júri, sob a coordenação dos Drs. Romualdo Sanches Calvo Filho e Paulo Fernando Soubihe Sawaya, com a participação do dr. Luiz Toloza Neto, juiz presidente do 3º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo; dra. Rita Gava, médica legista; capitão PM Washington Pestana, especialista em Balística Forense e da dra. Viviane Barrichelo, fonoaudióloga com aprimoramento em voz profissional - AIVER EUA.

Aos associados do IBCCRIM, será concedido abatimento de 10%.

Maiores informações poderão ser obtidas através dos telefones: (11) 255-0005 / 255-4014 / 255-5738 / 259-0784; e do site: www.escolapaulistadejuri.com.br

➡ "constar dos registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações" (art. 3º, inc. IV); ou, "houver registro do extravio do documento de identidade" (art. 3º, inc. V). Em todos estes casos, peculiaridades do documento apresentado não permitem, com segurança, a identificação do seu portador. Antes mesmo da edição da lei, a doutrina já se manifesta neste sentido, afirmando que deveriam ser previstas hipóteses de rasuras no documento de identidade ou indícios de que o mesmo fosse falsificado⁽⁶⁾, e ainda nos casos de utilização pelo indiciado de duas ou mais identidades ou documentos divergentes⁽⁷⁾.

Outra situação que também permite que se coloque em dúvida a autenticidade do documento de identificação civil não diz respeito ao documento em si, mas ao seu portador. Caberá a identificação criminal sempre que o indivíduo seja indiciado ou acusado por crime de falsificação de documento público (art. 3º, inc. I, parte final). Não é necessário que o indiciamento ou a acusação seja de falsificação do próprio documento de identificação civil. Basta que seja qualquer documento público, de identificação civil ou não. Advirta-se que, não há neste ponto, qualquer violação do princípio da presunção de inocência. A lei não presume que aquele que esteja sendo processado por falsificação de documento público, também tenha falsificado seu documento de identidade. Da mesma forma, também não presume que o portador de documento de identidade antigo ou em mau estado de conservação o tenha falsificado. Trata-se, apenas de juízo de conveniência do legislador, perfeitamente compatível com o critério de razoabilidade que se deve exigir de toda lei.

Por fim, a última hipótese de identificação criminal é aquela na qual "o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil" (art. 3º, inc. VI). Para bem compreender este dispositivo, é necessário uma interpretação sistemática dos demais incisos. No caso do inc. I, havendo ou não apresentação do documento de identificação civil, será necessária a identificação criminal. Já nas hipóteses dos incs. II a V, o documento de identidade civil foi apresentado para a autoridade policial, mas há dúvidas quanto à sua autenticidade; seu estado de conservação ou sua antiguidade não permitam uma identificação segura; ou, por último, houver nos registros policiais anotações de que o investigado já usou nomes diversos ou qualificações diferentes daquela que consta do documento apresentado, bem como que este já tenha sido extraviado.

É notório que muitas pessoas não costumam portar o documento original de identificação civil, mas apenas cópias reprográficas do mesmo. Outras sequer trazem consigo o documento de identificação civil. Diante de tais situações, o legislador conferiu ao indivíduo um prazo de 48 horas, para comprovar sua identificação civil. Somente após o transcurso do prazo, sem que tenha havido a comprovação, é que será possível a identificação criminal. Portanto, excetuando-se as hipóteses do inc. I, a

não apresentação do documento de identificação civil não poderá trazer como consequência, a imediata identificação criminal, mas sim, a concessão do prazo legal para que se comprove a identificação civil. Desnecessário ressaltar, que as restrições aos direitos e garantias constitucionais devem ser interpretadas de forma restritiva. Não se pode concluir, pois, que o legislador tenha dado à autoridade policial uma faculdade ou poder discricionário. Nem se argumente que, em tal caso, sem a apresentação do documento, não houve a identificação civil, que é o pressuposto da regra constitucional para que se não realize a identificação criminal. O legislador ordinário ampliou a garantia constitucional, o que é perfeitamente possível. A regulamentação legal do dispositivo constitucional prevê, como regra geral, que a identificação criminal fica vedada, tanto quando o indivíduo imediatamente apresente sua identificação civil, quanto nos casos em que se comprometa a comprova-la no prazo legal.

A nova lei melhorará a qualidade do processo penal brasileiro, tanto do ponto de vista de eficácia da persecução penal, quanto da preservação das garantias do indivíduo.

NOTAS

⁽¹⁾ Já tivemos a oportunidade de tratar do assunto em artigo denominado "Lei nº 10.054/2000 - A Regulamentação Legal da Identificação Criminal", in www.direitocriminal.com.br

Voltamos ao assunto para analisar alguns pontos controvertidos e que merecem uma análise mais profunda.

⁽²⁾ Cf. STF, RHC nº 66.624-8/ES, 2ª Turma, rel. min. Célso Borja, j. 21.04.98, in RT 647/350; STJ, RHC nº 67/DF, 6ª Turma, rel. min. William Patterson, j. 29.08.89, in DJ 18.09.89, p. 14.667.

⁽³⁾ Cf. STF, RExt nº 94.491, 1ª Turma, rel. min. Néri da Silveira, j. 24.04.83, in DJ 24.04.83, p. 5.001, com ampla citação jurisprudencial. No STJ a questão não estava definida. No RHC nº 4.798/SP (6ª Turma, rel. min. Anselmo Santiago, j. 17.09.96, in RT 738/572), decidiu-se que "fotografias de frente e perfil tiradas para instruir inquérito policial não incidem no inc. LVIII do art. 5º da CF". Em sentido contrário, no REsp. nº 16.994-0/DF (5ª Turma, rel. min. Fláquer Scarcezini, j. 13.05.92, in RT 685/381), o STJ entendeu que "a Constituição de 1988, no seu art. 5º, LVIII, veda a identificação criminal do civilmente identificado, salvo nas hipóteses previstas em lei, assim entendidas, também, a fotográfica, à ausência de comando legal que a autoriza".

⁽⁴⁾ Cf. "Identificação Criminal (Lei nº 10.054, de 07.12.00): Inconstitucionalidade Parcial e Como Lombroso Ainda Não Começou a Perder Atualidade", in www.direitocriminal.com.br

⁽⁵⁾ Cf. GOMES, Luiz Flávio, cit.

⁽⁶⁾ JESUS, Damásio E. de, "Código de Processo Penal Anotado", 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 9.

⁽⁷⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini, "Código de Processo Penal Interpretado", 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 103.

O autor é assessor do ministro da Justiça, advogado, mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela USP e professor de Teoria Geral do Processo da Unitaui.

Norma Penal em Branco: Retroatividade Benéfica

VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

A origem da noção de leis penais em branco (*blankettstrafgesetze*) nasceu na Alemanha, no início do século passado, para explicar os casos em que a lei do Império (Código Penal do *Reich*) deixava a determinação do suposto de fato da norma penal nas mãos dos Estados Federais (*Länder*) ou dos Municípios. Tratava-se, assim, de uma autorização ou delegação por parte de um órgão legislativo superior a órgãos de hierarquia inferior, sendo esta a concepção original de **Binding** (*"Die Normen und Ihre Übertretung"*, I, 3ª ed., 1916)⁽¹⁾.

Tal concepção, agora entendida como lei penal em branco em sentido estrito, foi ampliada por **Mezger** que lhe adicionou dois novos casos, quais sejam, que o complemento esteja contido no mesmo código ou lei que contenha o preceito penal em branco ou que o complemento esteja previsto em outra lei, mas emanada da mesma instância legislativa. Para ele os três casos são apenas modalidades particulares de técnica legislativa externa, sendo que o complemento é sempre parte integrante do tipo⁽²⁾.

"... pode-se definir a norma penal em branco como aquela que deixa a determinação de alguma parte específica do suposto de fato do tipo penal a cargo de outras leis, regulamentos ou atos da administração."

A ampla concepção de **Mezger** foi rechaçada pela maioria da doutrina estrangeira, principalmente quando a norma complementar estivesse contida no mesmo corpo legal — especificamente a Lei Penal —, pois a *"excesiva amplitud al concepto de norma penal en blanco y hace casi imposible distinguirla de las normas penales incompletas o de aquellas normas penales completas en las que supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen consignadas en distintos artículos del Código Penal. Como ya se ha dicho, se trata en estos casos de un simple procedimiento de técnica legislativa, sin mayores razones substanciales"*⁽³⁻⁴⁾. No Brasil, o conceito amplo foi acolhido por **Aníbal Bruno**⁽⁵⁾, que confundiu, portanto, mera técnica legislativa de nor-

mas completas e lei penal em branco. Em sentido contrário entendia **José Frederico Marques**⁽⁶⁾.

Outra importante discussão doutrinária é se no conceito deve estar abarcada a hipótese da norma complementar ser criada, ou não, por autoridade legislativa da mesma categoria hierárquica, ocorrendo que a maioria dos penalistas concorda com essa possibilidade. Os que são contra essa concepção dilatada, entre eles **Paoli**⁽⁷⁾, alegam que a problemática das normas penais em branco é apenas uma questão de competência, e não de técnica legislativa, pois *"...sólo lo dictado por una autoridad administrativa en virtud de una concesión o autorización del legislador podría constituir el supuesto de hecho de una norma penal en blanco. El legislador no tiene necesidad de pedir o autoconcederse autorización para legislar. En los casos en los que el legislador mismo rellene el supuesto de hecho, bien por una ley penal o extrapenal, no existiría norma penal en blanco"*⁽⁸⁾. Existe, assim, um retorno à definição original de **Binding**⁽⁹⁾, qual seja, a existência, apenas, da norma penal em branco em sentido estrito⁽¹⁰⁾.

Contra esses argumentos, observou **Muñoz Conde**⁽¹¹⁾ que a conduta que constitui o suposto de fato da norma penal em branco está estreitamente relacionada com outros ramos do ordenamento jurídico de finalidades e alcances diferentes aos da norma penal, pois a regulação de determinadas atividades sociais perigosas está fortemente condicionada por circunstâncias histórico-sociais concretas, fazendo com que a atividade legislativa nestes setores seja incessante. Assim, se tais condutas estivessem na redação da norma penal, esta teria que ser reformada continuamente, sob pena de ficar sem aplicação prática. Portanto, para evitar esta deterioração legislativa da lei penal, surge a norma penal em branco. Ocorre que esta existe independentemente de que o ato, através do qual se consigna o suposto de fato, tenha origem legislativa ou administrativa, pois isto é acessório, sendo algumas vezes acidental.

Outro argumento, que defende a noção ampla, é enfatizado por **Mir Puig**⁽¹²⁾, qual seja, que a problemática do erro e da retroatividade da lei benéfica é colocada independentemente da hierarquia das normas complementares, sendo que este último é o que nos interessa no presente trabalho.

Assim colocadas as questões doutrinárias, pode-se definir a norma penal em branco como aquela que deixa a determinação de alguma parte específica do suposto de fato do tipo penal a cargo de outras leis, regulamentos ou atos da administração.

Com relação à problemática da retroatividade benéfica da legislação complementar da norma penal em branco, a doutrina não é pacífica quanto à sua possibilidade.

No Brasil, **José Frederico Marques**⁽¹³⁾ e **Nelson Hungia**⁽¹⁴⁾, foram contra a retroatividade, enquanto esta foi defendida por **Basileu Garcia**⁽¹⁵⁾. No exterior admitiam a possibilidade **Grispigni**, **Mezger**, **Jiménez de Asúa** e **Fontán Balestra**⁽¹⁶⁾. Na atualidade, aceita-a de maneira categórica **Mir Puig**⁽¹⁷⁾ e **Jescheck**⁽¹⁸⁾.

"Apenas em uma situação a retroatividade deve ser negada, qual seja, quando o complemento da norma tenha natureza temporária ou excepcional, e seja de natureza legiferante inferior (fonte formal heterogênea)."

Ao meu ver, razão assiste aos que admitem a retroatividade benéfica.

Principalmente no Brasil, esta deve ser entendida como regra geral⁽¹⁹⁾, já que trata de uma determinação constitucional (art. 5º, XL, da CF), portanto, não havendo restrições no referido dispositivo, a retroatividade não pode ter a sua aplicação afastada em relação à norma penal em branco. Apenas em uma situação a retroatividade deve ser negada, qual seja, quando o complemento da norma tenha natureza temporária ou excepcional, e seja de natureza legiferante inferior (fonte formal heterogênea).

As normas temporárias e excepcionais que pela sua própria natureza têm eficácia temporal limitada, mas que possuem ultratividade (art. 3º do CP), não podem retroagir benéficamente, sob pena de se tornarem inócuas no momento de sua efetiva aplicação⁽²⁰⁾, trata-se, portanto, de uma característica essencial à própria natureza dessa técnica legislativa, que não pode ser modificada pela Constituição, eis que essa não tem o poder de modificar a natureza essencial das coisas. Portanto, as normas temporárias e excepcionais continuam a ter ultratividade, inclusive quando o complemento das normas penais em branco tenham essas características.

Por outro lado, isso só pode ocorrer em relação ao complemento de

DIREITO PENAL EMPRESARIAL

30 de março de 2001

- Auditório do Hotel Crowne
Plaza - Rua Frei Caneca, 1360
- Horário - das 08h30 às 17h30.

A Editora Dialética, sob a coordenação da dra. Heloisa Estellita Salomão, e com o apoio do IBCCRIM, promovem este curso que contará com a presença de importantes professores.

O evento abordará os temas a seguir:

- **Responsabilidade dos sócios, gerentes, diretores e pessoa jurídica nos crimes ambientais** - dr. Sérgio Salomão Shecaira
- **Crimes contra as relações de Consumo (Leis nº 8.078/90 e nº 8.137/90)** - dr. Maurício Antônio Ribeiro Lopes
- **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) - gestão fraudulenta** - dr. Felipe Amodeo
- **Crimes de Lavagem de Dinheiro** - dr. Roberto Podval
- **Novos Crimes Previdenciários** - dr. Vicente Greco Filho e dr. Rodrigo Sánchez Rios
- **As causas de extinção da punibilidade após o advento da Lei nº 9.986/00** - des. Sylvia Helena Steiner
- **Os Crimes Contra a Ordem Tributária e a Quebra de Sigilo** - dr. Luiz Flávio Gomes

Informações e Inscrições podem ser obtidas através do telefone: (11) 5084-4544.

Descontos especiais para associados do IBCCRIM, grupos e inscrições antecipadas.

TÍTULO DE DOUTOR

O primeiro presidente do IBCCRIM (gestão 1993/1994) - dr. Luiz Flávio Gomes obteve título de Doutor pela Universidade Complutense de Madri, defendendo tese sobre *Princípio da Ofensividade*. Receba nossos parabéns pelo merecido título!

natureza excepcional ou temporária, quando este tenha emanado de autoridade legiferante inferior à da norma em branco, pois se assim não for, como abaixo mencionado, a própria *ratio legis* dessa legislação perde a sua razão de ser, qual seja, a sua mobilidade e fluidez, como acima descrito.

Quando, por sua vez, o complemento é resultante de uma lei — sentido formal —, elaborada pela mesma autoridade legiferante (fonte formal homogênea) não há qualquer problema quanto à sua retroatividade benéfica, pois esta deve obedecer o rito estatuído pela Constituição Federal, que pressupõe um procedimento longo e complicado, que desnaturaria qualquer natureza excepcional ou temporária, ante as características dessas. Por tal razão, salvo engano, não há notícias na legislação brasileira de um complemento de mesma natureza legislativa de uma norma penal em branco, complemento esse de natureza temporária ou excepcional, sendo que, na quase totalidade dos casos, tais complementos são sempre de natureza hierárquica inferior (fonte formal heterogênea), como no caso dos tabelamentos de preços.

Finalmente, maior problema não há se o complemento vier fonte formal heterogênea, mas não tenha natureza excepcional ou temporária, pois, dessa forma, estaria abarcada pela norma constitucional da obrigatoriedade da retroatividade benéfica.

Assim sendo, ante os argumentos desenvolvidos, pode-se tentar extrair uma regra geral quanto à retroatividade benéfica do complemento de uma norma penal em branco: a regra é que todos os complementos benéficos devem retroagir, por disposição constitucional, salvo os complementos de natureza temporária ou excepcional que resultarem de fonte formal heterogênea (norma legal de hierarquia inferior)⁽²¹⁾.

NOTAS

- (1) Vide MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal - Parte General", 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 33. Também em relação à origem do conceito: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "La Ley y el Delito", 2ª ed., Ed. Hermes, 1954, p. 107.
- (2) MIR PUIG, Op. cit.
- (3) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal - Parte General", 3ª ed., Ed. Tir ant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 41. No mesmo sentido: MIR PUIG, Op. cit., p. 34, nota 21.
- (4) Para MAURACH: "...es igual (regla general) que la amenaza de pena formule el tipo ('quien

hurte será castigado') o que se remita a una norma contenida en la misma fuente, creando del tal modo un tipo de gran complejidad externa (Y: 'quien infrinja la prohibición contenida en el § X, será castigado')" (in "Derecho Penal - Parte General", 7ª ed., Ed. Astrea, t. 1, p. 134).

- (5) Vide "Direito Penal", 3ª ed., Ed. Forense, 1978, p. 205.
- (6) Vide "Tratado de Direito Penal", 2ª ed., Ed. Saraiva, 1964, pp. 147/149.
- (7) Vide "Il Diritto Penale Italiano", 1936, v. 1, p. 29.
- (8) MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes, Op. cit., p. 41.
- (9) A concepção de Binding tem um significado político, pois o fundamento deste conceito estava vinculado ao princípio da legalidade, eis que era a única via que permitia definir delitos à administração pública ou a outros órgãos de inferior hierarquia, pois era reservado ao Parlamento alemão a aprovação de normas penais, colocando-se, assim, a questão da constitucionalidade das leis penais em branco em sentido estrito, ao contrário da definição de Mezger que era, apenas, uma problemática de técnica legislativa. Vide MIR PUIG, Santiago, Op. cit., p. 34.

"... maior problema não há se o complemento vier fonte formal heterogênea, mas não tenha natureza excepcional ou temporária, pois, dessa forma, estaria abarcada pela norma constitucional da obrigatoriedade da retroatividade benéfica."

(10) Nesse sentido: STAMPA BRAUN, J.M., "Introducción a la Ciencia del Derecho Penal", Miñón SA, Valladolid, 1953.

(11) Op. cit.

(12) Op. cit.

(13) Op. cit., pp. 223/228.

(14) Vide "Comentários ao Código Penal", Ed. Forense, v. I, p. 111.

(15) Vide "Instituições de Direito Penal", v. 1, p. 155.

(16) Citados em FREDERICO MARQUES, José, Op. cit., p. 224.

(17) Op. cit., p. 35.

(18) "Tratado de Derecho Penal - Parte General", 4ª ed., 1993, Ed. Comares, trad. José Luis Manzanares Samaniego, p. 125.

(19) ZAFFARONI entende a retroatividade benéfica como regra geral, não admitindo, entretanto, qualquer exceção à regra em relação às leis temporárias e excepcionais (vide "Manual de Direito Penal Brasileiro", Ed. RT, 1997, p. 232).

(20) Sobre a problemática da ultratividade das leis penais excepcionais e temporárias: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes, "Derecho Penal - Parte General", 3ª ed., Ed. Tir ant lo Blanch, Valencia, 1998; JESCHECK, H.J., "Tratado de Derecho Penal - Parte General", 4ª ed., 1993, Ed. Comares, trad. José Luis Manzanares Samaniego; BRUNO, Aníbal, "Direito Penal", 3ª ed., Ed. Forense, 1978, entre outros.

(21) Chegando à essa mesma conclusão, levando em conta a origem legislativa: PIERANGELLI, José Henrique, "A Norma Penal em Branco e Sua Validade Temporal", in RJTJESP 85/28.

O autor é juiz em São Paulo e membro da Associação Internacional de Direito Penal.

A Determinação do Regime Prisional Fechado Para o Delito de Roubo Face à Gravidade Abstrata do Delito Importa em Violação ao Princípio da Individualização da Pena e de *Ne Bis In Idem*

PAULO SERGIO XAVIER DE SOUZA

Atualmente, para os crimes de roubo (art. 157 do CP), principalmente para as formas qualificadas do delito, tem sido muito comum a imposição do regime prisional fechado para o início do cumprimento de pena, sob os argumentos de que o crime de roubo é considerado grave afronta à sociedade, tem provado constante repúdio por parte da população e gerando intranquilidade social, razões pelas quais o regime prisional inicial deve ser o fechado, pouco importando a quantidade da pena imposta, a primariedade, menoridade e inexistência de antecedentes criminais do agente⁽¹⁾.

Entretanto, o referido posicionamento jurisprudencial, tem se revelado não muito coerente, aparentemente baseado em uma falsa idéia de repressão penal, e que, apesar de sua ressonância, não tem surtido os efeitos desejados, principalmente no que se refere ao aspecto de prevenção geral do delito de roubo, mormente porque, nas grandes capitais, o delito tem persistido como um problema social crônico e preocupante, derivando muitas vezes de graves fatores sócio-econômicos que grande parte da população brasileira vem atravessando.

Pensamos, dessa maneira, que a determinação compulsória do regime prisional inicial fechado, com fundamento na gravidade abstrata do delito, além de revelar-se como uma prática penal estéril, tem se revelado como uma grave violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVII da CF/88) e ao princípio do *ne bis in idem*.

Historicamente, pode ser facilmente constatado que a rigidez na aplicação da lei penal não foi o melhor método para erradicar as mazelas e os desajustes sociais, ao contrário, o que se observou foi a revolta, a apatia e o descrédito por parte do corpo social e dos próprios destinatários da norma penal. A exemplo disto, conforme relata **Tomás y Valiente**, durante o período de Monarquia absoluta (séculos XVI-XVIII), no afã de reprimir os delitos mais frequentes — como os delitos de roubo e furto, quando chegavam a uma espécie de "praga social" —, esta situação desembocava quase sempre na aplicação abusiva e arbitrária da pena de morte⁽²⁾, contudo o efeito intimidativo das execuções públicas acabavam se tornando cada vez menores, pois a sensibilidade coletiva acabava se endurecendo diante dos espetáculos lastimosos e quase cotidianos.

Já num primeiro momento, o citado relato histórico nos conduz às seguintes indagações: Até que ponto a rigidez na aplicação da lei penal é suficiente para garantir obediência à norma pelos seus destinatários? A aplicação compulsória do regime mais severo, seria para que outros indivíduos não se aventurem na prática do delito de roubo? Obviamente, a experiência tem revelado que não, a não ser sob o aspecto simbólico da punição, sem contar que em muitos casos, o beneficiado com regime semi-aberto acaba ficando meses à espera de remoção no regime fechado.

"... a determinação compulsória do regime prisional inicial fechado, com fundamento na gravidade abstrata do delito, além de revelar-se como uma prática penal estéril, tem se revelado como uma grave violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVII da CF/88) e ao princípio do *ne bis in idem*."

Enfocando a legislação brasileira, com clareza meridiana determina o art. 59, inc. III, do Código Penal e o art. 110 da Lei de Execução Penal, que, sob pena de nulidade tópica — nulidade esta pela qual o tribunal ou mesmo o Juízo de Primeiro Grau, deverá sanar a omissão⁽³⁾, ou mesmo permitindo-se a decretação de nulidade de todo decisório⁽⁴⁾ —, o magistrado, na sentença condenatória, deverá explicitar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em correlação com essa importante regra, a imposição do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, deverá sempre atender critérios objetivos e subjetivos, isto é, a quantidade da pena imposta, a qualificação subjetiva do condenado e a estrita observância às regras norteadoras do art. 59, *caput*, do Código

Penal, conforme determinação expressa no art. 33, § 3º do Código Penal, devendo o regime prisional inicial ser adequado em função da culpabilidade, antecedentes, da personalidade, dos motivos, etc., não podendo o juiz sentenciante furtar-se desta situação, pois isto faz parte das exigências necessárias à individualização da pena, regra de natureza cogente⁽⁵⁾.

De outra parte, o magistrado, face o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88), deverá sempre fundamentar a escolha do regime prisional mais severo, não bastando a referência genérica às circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, posicionamento este que vem sendo comumente adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁽⁶⁾.

Afora isto, e principalmente, a opção pelo regime prisional mais severo não pode estar atrelada ou alicerçada na gravidade hipotética do tipo penal, sob pena de violação da regra *ne bis in idem*.

Este entendimento, aliás, foi acolhido de maneira unânime pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no pedido de *HC* nº 11.908/SP⁽⁷⁾, impetrado pelo subscritor, no qual foi deferido em favor do paciente a possibilidade do regime prisional inicial semi-aberto, ficando assentado na declaração de voto do ministro **José Arnaldo da Fonseca** — baseando-se em vários precedentes do Supremo Tribunal Federal (*HC* nº 70.481, *DJU* de 09.09.94, p. 23.442; *HC* nº 73.532-1/SP, rel. min. **Moreira Alves**, *DJ* de 09.08.96, p. 27.101; *HC* nº 75.503-8/SP, rel. min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 17.04.98; *HC* nº 75.119/GO, 1ª Turma, rel. min. **Celso de Mello**, *DJU* de 06.03.98) e do próprio Superior Tribunal de Justiça (*HC* nº 12.345/SP, *DJ* de 22.05.00; *HC* nº 10.057/SP, rel. min. **Gilson Dipp**, *DJ* de 08.11.99, p. 84)⁽⁸⁾ — que os decisórios não podem estabelecer, apenas tendo em conta a gravidade do delito, o regime inicial de cumprimento de pena, e a alegação de que determinado tipo de crime deve ser reprimido com maior gravidade, por ser comum à determinada região, não pode ser admitida como fundamentação, notadamente porque a gravidade do crime já foi analisada pelo legislador quando cominou as penas em abstrato para cada tipo penal.

Nessa linha de raciocínio, embora a legislação brasileira não tenha regra expressa sobre o princípio de *ne bis in idem* em matéria de fixação da pena, podemos

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL

O IBCCRIM esteve presente, através de seu presidente dr. Roberto Podval e do diretor de cursos dr. Marco Antonio Rodrigues Nahum e da diretora adjunta de cursos dra. Flávia D'Urso Rocha Soares, no FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, ocorrido em Porto Alegre entre os dias 25 e 31 de janeiro último.

I ENCONTRO NACIONAL DE CHEFES DE POLÍCIA E PRESIDENTES DE ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS DE POLÍCIA

O IBCCRIM também esteve presente no I Encontro Nacional de Chefes de Polícia e Presidentes de Associações e Sindicatos de Polícia, realizado em 1º de fevereiro, na cidade de Goiânia.

Nesta ocasião o Instituto foi representado pelo seu vice-presidente Adriano Salles Vanni. No encontro, discutiu-se o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, e foram feitas sugestões sobre a questão da Investigação Criminal.

Desta visita à cidade de Goiânia, foi fechado um acordo de parceria com a OAB local, já sendo organizado um curso sobre as Atualidades de Direito Penal Econômico. O curso acontecerá entre os dias 8 e 9 de março, e contará com a presença da dra. Heloisa Estellita Salomão e des. Sylvia Steiner falando sobre Crimes Previdenciários; dr. Adauto Suannes e dra. Maria Thereza Rocha Assis Moura discorrendo sobre Sigilo Bancário e para a abordagem sobre Lavagem de Dinheiro o dr. Antonio Sérgio A. Pitombo e dr. Roberto Podval.

tomar como paralelo a disposição contida no inc. III, do § 46 do StGB, que em matéria de determinação da pena prescreve: *"Não devem ser tomadas em conta as circunstâncias que já constituem elementos do tipo legal"*. Semelhante regra pode ser encontrada no art. 71º-2, do Código Penal português, no seguinte sentido: *"Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele"*. Logicamente, os citados dispositivos referem-se à quantificação penal, mas no sistema penal brasileiro, esta quantificação possui estreita relação com a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, principalmente sob o enfoque do princípio da individualização.

Há tempos já observava Welzel⁽⁹⁾, referindo-se a fatores gerais "objetivos" na aplicação da pena, que a valoração ético-social média da infração a uma norma encontra expressão nas cominações punitivas legais, e a elas se encontra ligado o mínimo e o máximo da pena por concepções pessoais diferentes (por exemplo: os delitos contra a moral, o aborto, etc.), por esta razão não é possível utilizar-se novamente de um elemento legal do tipo, para agravar ou atenuar a pena, se já foi levado em consideração no marco penal.

Com a advertência dos autores alemães que sustentam que injusto e culpabilidade são conceitos que admitem graus, podendo suceder assim que exista no tipo circunstâncias que o legislador tenha levado em conta para determinar uma escala maior de pena porque indicam injusto maior, e a necessidade de particularização do grau de desvalor de uma conduta, coloca Zaffaroni⁽¹⁰⁾ que o referido princípio da doutrina como proibição da dupla valoração de fatos e quantificação de penas, responde ao fundamento de que não se pode valorar duplamente a mesma circunstância, o que se depreenderia de uma forma de garantia material de *ne bis in idem*, colocando o autor que o referido princípio vige também no Direito positivo argentino, ainda que não haja nenhuma disposição especialmente consignada na lei penal, tratando-se de uma questão lógica, devendo existir uma coerência interna da sentença, princípio este cuja valoração permite a utilização de remédios processuais.

Em ressonância, Figueiredo Dias⁽¹¹⁾ formula o princípio de que não devem ser utilizadas pelo juiz para averiguar a responsabilidade do agente, as circunstâncias que o legislador já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal e, portanto,

não apenas os elementos do tipo-de-ilícito em sentido estrito, mas todos os elementos que tenham sido relevantes para a determinação legal da pena, estendendo o autor ainda o alcance do princípio relativamente a circunstâncias que também devem ser tomadas em conta nas outras operações de determinação da pena, isto é, as de determinação legal e de escolha da pena, sendo que o alcance do princípio é definido pelo citado autor, no sentido de que a concreta circunstância que deva servir para determinar a moldura penal aplicável, não deve ser de novo valorada para quantificação da culpa e da preservação relevantes para a medida da pena, e que para além deste acordo de princípios, a questão deve ser objeto de uma análise mais aprofundada, a que a doutrina não se tem poupado.

Maurach/Zipf⁽¹²⁾, o primeiro deles, um dos últimos representantes da Escola Clássica retributiva, reconhecem que a proibição da dupla valoração, compreendida na disposição do inc. III do § 46 do StGB, tem revelado um papel decisivo na evolução de

"... a opção pelo regime prisional mais severo não pode estar atrelada ou alicerçada na gravidade hipotética do tipo penal, sob pena de violação da regra ne bis in idem."

uma teoria racional de medição judicial da pena e, especialmente, o controle da medida da pena por via de cassação, concebendo que a função da proibição da dupla valoração diz respeito principalmente à relação entre marco punitivo e o marco de culpabilidade, deduzindo-se o fundamento da proibição da dupla valoração a partir da colaboração

baseada na divisão de trabalho e na divisão de responsabilidade, entre a pena prevista pelo legislador e a pena aplicada pelo juiz, e mais precisamente, a dupla valoração pode ser descrita como uma infração à necessidade de valoração individual da culpabilidade do ato praticado.

Com efeito, advertem os autores que, por um lado, parece totalmente adequado que o juiz tenha em mira também para a determinação da pena, as idéias fundamentais da norma penal infringida, ou seja, que considere por exemplo, ao julgar um roubo, o fato de que a segurança pública e a paz jurídica reclamam um castigo eficaz dos delitos violentos, sem embargo, isto pode supor um perigo de que o julgador recorre a ponderações que o próprio legislador tenha levado em conta ao criar a cominação punitiva, de qualquer modo, o limite entre admitida procura das intenções legislativas na criação do tipo penal e da inadmissível confluência da formação legislativa de determinação da pena de acordo com o fato concreto, sua medida judicial somente pode ser traçada com muita dificuldade, sendo que a proibição da dupla valoração abaixo basicamente na relação entre a

medida judicial da pena em sentido amplo e em sentido estrito, devendo-se, neste ponto, partir-se de uma valoração ampla e possível de todos os fatores de determinação aplicáveis, debaixo de diversos ângulos⁽¹³⁾.

Destarte, seja qual for a amplitude da aplicação do princípio, a possibilidade de graduação do injusto e da culpabilidade, ou mesmo a licitude da divisão de tarefas entre o legislador e o juiz, tendo em conta especificamente a figura típica do roubo, no qual a "violência e a grave ameaça" posicionam-se como elementares típicos, a consideração puramente objetiva do julgado à gravidade abstrata do delito para a determinação compulsória do regime inicial de cumprimento de pena, não somente viola o princípio constitucional da individualização da pena, mas também o princípio *ne bis in idem*, fazendo necessário cons-

"... devem ser utilizadas pelo juiz para averiguar a responsabilidade do agente, as circunstâncias que o legislador já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal e, portanto, não apenas os elementos do tipo-de-ílicito em sentido estrito, mas todos os elementos que tenham sido relevantes para a determinação legal da pena ..."

tar que, de forma razoável, a mesma argumentação exposta serve também para as hipóteses de concurso material entre os crimes de roubo e quadrilha ou bando qualificados, cujo posicionamento jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal também tem sido divergente.

Por outro lado, há que se levar em consideração também que, tomando por base uma política criminal séria e responsável, comprometida com princípios constitucionais claros, transparentes e que se encontrem em harmonia com o Estado de Direito Democrático, não é mais tolerável qualquer posicionamento no sentido de uma "quase obrigatoriedade" na aplicação do regime prisional fechado para o delito de roubo, notadamente porque isso importa diretamente em se "tarifar" o método de determinação do regime prisional inicial previsto no art. 33 e seguintes do Código Penal, em semelhança ao que infelizmente aconteceu na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, § 1º

da Lei nº 8.072/90). Logicamente, se a pena possui caráter pessoal e intransferível (art. 5º, inc. XLV da CF/88), nenhum indivíduo poderá ser duplamente punido pelo mesmo fato, não se admitindo portanto que a liberdade individual seja duplamente agravada em função da mesma circunstância legal, ainda que por necessidades de retribuição ou prevenção.

NOTAS

(1) Nesse sentido, várias foram as decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: Rev. nº 236.494/3, 2ª Câmara, rel. juiz **Sérgio Carvalho**, j. 30.11.93; Ap. nº 873.867/1, 12ª Câmara, rel. juiz **Afonso Faro**, j. 13.06.94; Ap. nº 865.617/4, 2ª Câmara, rel. juiz **Rulli Júnior**, j. 07.04.94; Ap. nº 788.653/6, 3ª Câmara, rel. juiz **Ferreira Rodrigues**, j. 05.04.94.

(2) **TOMÁS Y VALIENTE, Francisco**, "El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta", 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 359-360. Contudo, numa posição interpretativa contrária, conforme **HESPANHA, Antonio Manuel**, "De Iustitia a Disciplina", in "Antonio Manuel Hespánha, La Gracia del Derecho", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 203 e segs.; sustentando o citado autor, que a função político-social determinante do Direito Penal real não parece ser, na sociedade "sem Estado" dos séculos XVI e XVII, a de efetivar por si mesmo, uma disciplina social, para **Hespánha**, pelo menos até cerca do ano de 1750, a morte natural foi uma pena muito pouco aplicada, concluindo o autor assim que, ao contrário do que muitas vezes se pensa, a punição no sistema penal definitivamente praticado pela justiça real no antigo regime — pelo menos até o advento do despotismo iluminado —, não era nem muito efetiva, nem sequer muito aparente ou teatral, pois os malefícios, ou se pagavam com dinheiro, ou com um degredo de duvidosa efetividade e, muitas vezes, não excessivamente prejudicial para o condenado, ou eventualmente com um longo e duro encarceramento "preventivo", sustentando ademais que, somente a partir do iluminismo jurídico é que surge a preocupação pelo desenvolvimento de um controle penal massivo, no sentido de que, se antes a punição real possuía um papel quase que exclusivamente simbólico, no iluminismo a punição passou a desempenhar um papel normativo prático, pois com a punição pretendia-se de fato, controlar os comportamentos, dirigir, instruir a ordem social e castigar as violações a esta ordem. Na mesma linha de raciocínio, conforme **SABADELL, Ana Lúcia**, "Tormenta Juris Permissio", Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel (16-18 Jh), Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

(3) Este entendimento tem predominado nos Tribunais Superiores, conforme: STF, *HC* nº 70.086/1, rel. **Francisco Rezek**, *DJU* de 25.06.93, p. 12.640; *HC*, rel. **Celso de Mello**, *RT* 659/358; *HC/SP*, rel. **Célio Borja**, *RT* 650/356; *HC* nº 73.487/1, rel. **Octávio Gallotti**, *DJU* de 07.02.97, p. 1.338; STJ, Resp. nº 29.554-7, rel. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, *DJU* de 30.09.96, p. 36.655.

(4) STF, *HC* nº 72.423-0, rel. **Marco Aurélio**, *DJU* de 04.10.96, p. 37.100.

(5) Assim, **FRANCO, Alberto Silva**, "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Parte Geral", 6ª ed., v. 1, t. I, São Paulo, RT, 1999, pp. 920-921.

(6) A propósito, confira os julgados a seguir: STF,

HC nº 69.118-8, rel. **Celso de Mello**, *DJU* de 10.04.92, p. 4.799; *HC* nº 69.793-3, *DJU* de 24.09.93, p. 19.575; *HC* nº 73.685-8, rel. **Marco Aurélio**, *DJU* de 20.09.96, p. 34.535; *HC* nº 70.998-2, rel. **Sepúlveda Pertence**, *DJU* de 15.04.94, p. 8.048 e *RT* 713/432; *HC* nº 73.174-1/RJ, 2ª Turma, j. 27.02.96, rel. **Francisco Rezek**, *DJU* de 17.05.96, p. 16.325.

(7) O acórdão respectivo encontra-se disponível, na íntegra, na Internet: <http://www.stj.gov/cgi-bin/justica/query?what=ptcplo&key=hc+11.908&mrdesc=ON>.

(8) Adotando idêntico entendimento, confira ainda: STF, *HC* nº 77.637-3/SP, 2ª Turma, rel. min. **Marco Aurélio**, j. 24.11.98, v.u., *DJU* de 26.02.99, pp. 2-3; STJ, *HC* nº 12.373/SP, 5ª Turma, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, *DJU* de 07.08.00, p. 123.

(9) "Derecho Penal Aleman. Parte General", 11ª ed., trad. **J. B. Ramírez y S. Y. Pérez**, Chile, Editorial Jurídica, 1997, p. 305.

(10) **ZAFFARONI, Eugenio Raul**, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", v. V, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 333-334.

"... se a pena possui caráter pessoal e intransferível (art. 5º, inc. XLV da CF/88), nenhum indivíduo poderá ser duplamente punido pelo mesmo fato, não se admitindo portanto que a liberdade individual seja duplamente agravada em função da mesma circunstância legal, ainda que por necessidades de retribuição ou prevenção."

(11) Citando **Jorge de Figueiredo Dias**, conforme **RODRIGUES, Anabela Miranda**, "A Determinação da Pena Privativa de Liberdade", Coimbra Editora, 1995, pp. 594-595. Para a citada autora, o princípio da dupla valoração, assenta-se na divisão de tarefas entre o legislador e o juiz, mas em qualquer caso o conteúdo assim definido do princípio da proibição da dupla valoração assegura atualmente, numa parte decisiva, a racionalidade do processo de determinação da medida da pena, sendo que o âmbito de aplicação do princípio não é fácil de definir, o seu núcleo duro e inquestionável condensando-se na idéia fundamental contida na formulação legal, cf. p. 606.

(12) Por várias vezes, fazendo referência a **Bruns**, conforme: "Derecho Penal. Parte General", 7ª ed., trad. **J. B. Genzsch**, v. 2, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 741-742.

(13) *Ibidem*, pp. 743-745.

O autor é advogado da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel (Funap), mestrando em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba (SP) e professor da Unoeste Presidente Prudente (SP).

Justiça Penal e Globalização

FERNANDO MOREIRA GONÇALVES

ENCONTRO

A Associação de Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) promovem o Encontro sobre Cooperação Judiciária Internacional, no Caesar Park Hotel - Rua Augusta, 1.508, entre 5 e 6 de abril de 2001. Serão realizadas diversas palestras, confira a programação:

- **Globalização e Cooperação Judiciária Internacional** - dr. Francisco Rezek, Juiz da Corte Intenacional de Justiça da Haia
- **Tratados Internacionais sobre Cooperação Judiciária** - dr. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, consultor jurídico do Itamaraty, dr. Luiz Paulo Teles Barreto, chefe do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça e juiz Manoel Volkmer de Castilho, vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
- **Cooperação Judiciária por Via Diplomática** - conselheira Susan Kleebank, chefe da Divisão Jurídica do Itamaraty e dr. Arthur Gueiros, procurador da República no Rio de Janeiro
- **Localização e Repatriamento de bens no Exterior** - des. Fábio Prieto de Souza, do TRF da 3ª Região e dr. Antenor Pereira Madruga Filho, coordenador-geral de Recomposição do Patrimônio da União
- **O Papel do Supremo Tribunal Federal na Cooperação Judiciária Internacional** - ministro José Celso de Mello Filho, Supremo Tribunal Federal

Inscrições e Informações: Cerimonial da Presidência do Tribunal Regional Federal - 3ª Região, pelo telefone (11) 3311-4489

Associados do IBCCRIM terão desconto na inscrição:

R\$ 190,00

(associado IBCCRIM) e

R\$ 380,00

(Não associado IBCCRIM)

A falência do sistema de planejamento estatal da economia, simbolizada pela queda do Muro de Berlim, abriu caminho para uma movimentação transnacional de bens e capitais sem precedentes na história da humanidade. A redução de restrições alfandegárias à movimentação de mercadorias e capitais, realizada com o objetivo de estimular o comércio entre as nações, no entanto, facilitou também a prática de atividades criminosas internacionais, como a lavagem de dinheiro, o contrabando de armas e o tráfico de drogas.

Os pedidos de cooperação judiciária por via diplomática, opção arcaica e burocrática ainda seguida pela imensa maioria dos juízes brasileiros, não fornecem respostas com a rapidez necessária à investigação de graves delitos praticados por organizações criminosas instaladas em mais de um país, utilizando modernos meios de comunicação.

Essa realidade exige a implementação de novos mecanismos jurídicos que permitam a cooperação direta entre autoridades centrais ou judiciárias de diferentes países, para a investigação de fatos que não mais se limitam ao âmbito das fronteiras nacionais. Nesse sentido, merecem destaque os grandes avanços contidos no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Protocolo de São Luiz/Argentina), celebrado entre os países membros do Mercosul, em vigor no Brasil desde o dia 17 de maio 2000, mas ainda desconhecido da maior parte dos operadores do direito pátrio.

Por força desse tratado, que prevê, inclusive, a comunicação de atos processuais por meio de correio eletrônico, o Ministério da Justiça do Brasil, na condição de autoridade central, encaminha diretamente à Chancelaria Argentina, designada pelo acordo como autoridade central daquele país, pedidos de cooperação em matéria penal, com substancial ganho de tempo em relação aos pedidos formulados por via diplomática.

Da mesma forma, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal com os Estados Unidos da América (MLAT) também representará importante avanço no combate ao crime organizado transnacional. Esse tratado, que até setembro passado já havia sido assinado pelos Estados Unidos da América com 41 países, dos quais 21 estavam em vigor, deverá ingressar no ordenamento jurídico pátrio em breve, mediante a troca das respectivas cartas de ratificação.

Por esse acordo, Brasil e Estados Unidos reconhecem a especial importância de combater em conjunto graves atividades criminosas, incluindo lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos, e se comprometem a prestar assistência mútua no combate a esses delitos, nos termos do acordo, que prevê inclusive a execução de pedidos de busca e apreensão, a transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento, além de qualquer outra forma de cooperação não proibida pelas leis do Estado requerido.

Dentre os benefícios que a eventual im-

plementação desse acordo trará ao País, destaca-se a possibilidade de rápida tramitação direta de pedidos de cooperação em matéria penal entre o Ministério da Justiça do Brasil e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, pedidos esses que passarão a ser elaborados de acordo com requisitos próprios, em modelos padronizados, estabelecidos com o objetivo de facilitar o seu atendimento.

No âmbito da legislação interna, adequações se fazem necessárias a essa nova realidade. A exigência de concessão de *exequatur* pelo Supremo Tribunal Federal para o cumprimento de toda e qualquer carta rogatória enviada por autoridade estrangeira ao Brasil, por exemplo, mostra-se anacrônica e geradora de atrasos no cumprimento das solicitações formuladas.

A proposta de emenda constitucional de reforma do Poder Judiciário, aprovada na Câmara dos Deputados e atualmente em tramitação no Senado da República, sob a relatoria do eminente senador **Bernardo Cabral** (PFL/AM), transfere do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a competência para concessão de *exequatur* a cartas rogatórias. Melhor faria o constituinte reformador se permitisse que a concessão do *exequatur* ficasse sob a responsabilidade do próprio juiz federal executor da medida, o que verdadeiramente permitiria a agilização do atendimento de pedidos formulados por autoridades estrangeiras e modernizaria nossa legislação a respeito do assunto.

Além da aprovação de leis e tratados internacionais, é imprescindível a realização de investimentos na formação de magistrados e integrantes das funções essenciais à Justiça, em especial a realização de cursos de formação e especialização em cooperação internacional, para que esses novos mecanismos jurídicos tenham correta aplicação. Sem o conhecimento dos novos instrumentos jurídicos de cooperação internacional, autoridades judiciárias brasileiras continuarão a insistir na utilização da ultrapassada via diplomática.

As objeções que se fazem ao aprofundamento da cooperação judiciária com autoridades estrangeiras decorrem do receio de se arranhar a soberania nacional, especialmente em decorrência da fragilidade das garantias de reciprocidade na relação entre Estados soberanos, que se limitam, via de regra, à aplicação de sanções morais ou à negativa de cooperação em casos futuros.

Nesse ponto, merece registro que os verdadeiros riscos à soberania nacional atualmente não se encontram na cooperação com autoridades estrangeiras, mas sim na atuação de organizações criminosas nas regiões de fronteira e nas grandes cidades do país, que contam com a ausência de uma ação coordenada entre autoridades nacionais e estrangeiras para dominar territórios e colocar em risco o Estado Democrático de Direito.

O autor é juiz federal em São Paulo.

Prefeito Que Contrata Advogado Sem Concurso Público

PAULA KAHAN MANDEL e ROBERTO PODVAL

O Decreto-Lei nº 201/67, que versa sobre crimes de prefeitos, em seu art. 1º, XIII, prevê a conduta de nomear, admitir ou designar servidor contra expressa disposição de lei.

Visa o legislador tutelar o bem jurídico Administração Pública, através do princípio moralidade administrativa, com seu consectário igualdade entre os licitantes.

O objetivo colimado é o asseguramento de que qualquer atividade pública esteja ao alcance de todos os interessados, que para desempenhá-la deverão preencher determinados requisitos ou ganhar eventual disputa, impedindo-se a presença de profissionais desqualificados ou protegidos por interesses escusos.

O Ministério Público tem subsumido no dispositivo legal supra mencionado a conduta do alcaide que contrata advogado sem concurso público, fundamentando suas denúncias no art. 37, II, da Constituição Federal, que determina sua realização. Tem embasado também a exordial acusatória no sentido de que o tipo penal em comento (art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67), ao mencionar: “*contra expressa disposição de lei*”, reporta-se à Lei de Licitações, de nº 8.666/93.

Indubitável que a municipalidade, para celebrar qualquer contrato ou providenciar a efetuação de qualquer serviço, diferentemente do cidadão ordinário, deve abraçar mais cautelas, respeitar mais regras, e caminhar de acordo com princípios específicos, tendo, pois, prerrogativas e deveres que ao particular não são conferidos, haja vista a função pública do prefeito e como medida de proteção e resguardo da própria população.

Realmente, qualquer decisão assumida pelo agente público refletirá na totalidade dos munícipes, e caso demonstre ser um passo errado, ocasionará danos de dimensões maiores do que os atos de particulares.

Diante disto, procurou o legislador evitar a contratação de amigos pessoais, de parentes, para que não haja o privilégio de poucos em detrimento de muitos interessados no cargo, e, mais especificamente, para que o administrador não aufera vantagens espúrias realizando o (tão atualmente criticado) nepotismo ou propiciando uma chance a pessoas de seu relacionamento pessoal.

Entretanto, este contexto não pode, por via falaciosa de consequência, significar que toda e qualquer contratação de advogado pela prefeitura, sem concurso público, seja criminosa e passível de punição, e isto por um série de razões.

Em primeiro lugar, a Lei de Licitações traz em seu art. 25, inc. nº II, como hipótese de **inexigibilidade** de licitação, a contratação de serviço técnico especializado, definindo, o art. 13 da mesma lei, como especializados, **os serviços de advocacia**.⁽¹⁾

Assim, percebe-se que a lei rotulou como serviço especializado a atividade jurídica, fazendo menção à notória especialização, mas não definindo no que consiste a mesma.

Isto é, o fato de o causídico guardar renome e reconhecimento público, patrocinando reiteradamente causas de uma determinada área jurídica, já enseja o rótulo de especializado.

Ademais, dispondo o operador do Direito, no mínimo, do renome, os demais critérios para a conclusão da “especialização” são subjetivos, cabendo à própria administração sua análise.⁽²⁾

Nesta espécie de contratação, em vista da natureza dos trabalhos jurídicos, há que se levar em conta o critério da confiança, de sorte que a escolha de um profissional em detrimento de outro, não representa uma proteção descabida, um privilégio, desde que não quede nítido o protecionismo e o empreguismo.⁽³⁾

O advogado escolhido deve ser de confiança do alcaide, ainda que sua função seja a de representar a municipalidade e não a pessoa física do prefeito, pois deve haver um vínculo entre as duas partes, ensejando-se, muitas vezes, uma **nomeação em cargo de confiança**, forma permitida pela Constituição Federal no já mencionado art. 37.⁽⁴⁾

Ademais, caso eleita a forma de nomeação em cargo de comissão, não se pode olvidar que através da mesma não é conferida ao profissional a estabilidade que pertence aos demais servidores públicos, podendo, na realidade, ser destituído de seu cargo a qualquer tempo pelo agente contratante.

Destarte, ao contrário de um prejuízo, passa a ser de extrema valia, utilidade e praticidade ao Poder Público, que se não estiver satisfeito com os trabalhos prestados pode prover o cargo com outro advogado.

Outro elemento que deve ser sobejamente averiguado, para que se possa cogitar da tipicidade da conduta de prefeito que contrata advogado sem licitação, é o eventual prejuízo sofrido pela administração, uma vez que o delito em tela não caracteriza-se por ser de mera conduta, sendo imprescindível o resultado.⁽⁵⁾

Ora, cabe ao próprio prefeito a escolha do profissional que desempenhará a função de defesa dos interesses da municipalidade, uma vez que frua o alcaide desta prerrogativa a partir da confiança que depositou no causídico, e, não maculando o Erário, através do pagamento de salários exorbitantes ao contratado, como falar em crime?

Entretanto, ainda que parte da doutrina entenda que referido delito não é de resultado, mas sim de mera conduta, é sabido que estes crimes demandam, no mínimo, a potencialidade de lesão ao bem jurídico tutelado.

Desta forma, para que haja a configuração do crime em estudo, faz-se necessária uma conduta dirigida a um fim específico: lesar o Erário. Mas também, prescinde a subsunção da conduta ao tipo penal, que efetivamente tenha havido ao menos alguma “potencial” lesividade aos cofres públicos e à moralidade administrativa.

Finalmente, para que possa ser subsumida no delito em questão, a contratação há de ter sido feita com dolo específico em

contrariar a Lei de Licitações, na parte que exige a contratação de advogado especializado, sendo este o elemento subjetivo do injusto, bem como o dolo genérico de lesar os cofres da municipalidade, em ofender o bem jurídico tutelado pelo Decreto-Lei nº 201/67, a saber, Administração Pública.⁽⁶⁾

Com efeito, todos os delitos insculpidos no decreto-lei em tela necessitam dolo para sua configuração, não admitindo a modalidade culposa, de sorte que se o desiderato do administrador é a consecução do bem comum, contratando, na sua opinião (embasada em elementos convincentes), o melhor profissional que encontrou, não está sua conduta eivada de dolo.

Diante dos argumentos expendidos, seja pela especialização do causídico contratado, ou pela confiança depositada no profissional, às vezes nomeado para cargo em comissão, que acarretam a ausência do elemento objetivo do tipo, posto que coincidentes com a Constituição Federal e com as disposições legais, inclusive da Lei nº 8.666/93; seja pela ausência de prejuízo ao Erário; ou em função da falta do elemento subjetivo, entendemos atípica a contratação de advogado por prefeito, sem abertura de concurso público.

NOTAS

(1) “Para os fins desta lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.”

(2) “Serviços de natureza singular são aqueles que, embora não sendo únicos, revestem-se de singularidade, cuja execução só pode ser atribuída a um determinado profissional ou empresa especializada. A Administração escolhe discricionariamente um deles, pois pode haver vários. (...) A escolha desse profissional ou dessa empresa, o qual ou a qual será contratada sem licitação — pois o caso é de inexigibilidade de licitação — incumbe à Administração. (...) Ora, quem deliberar, concluindo que determinado serviço profissional ou determinada empresa singularizará o serviço, em última instância pela confiança que inspira na Administração é a própria Administração” (Vera Lúcia Machado D’Ávila, in Maria Sylvia Zanella de Pietro, “Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos”, Ed. Malheiros, 1994, p. 68).

(3) “(...) Notória especialização, numa análise mais simplista seria a capacidade profissional de todos conhecida e reconhecida por todos. Será pouco. O critério para o aferimento da notória especialização acaba por ser, às vezes, mais subjetivo do que objetivo. Tudo dependerá de circunstâncias que rodeiam o caso concreto. Numa cidade, ou numa região, um profissional poderá ser considerado como detentor de conhecimentos especializados e, por isso, respeitado e consagrado em seu meio. Mas fora do círculo de sua atuação poderá ser desconhecido, ou não muito conhecido. Seu trabalho pode, perfeitamente, ser enquadrado no conceito de notória especialização sem que, com isto, se desnature a colocação legal, nem se desmereça ou supervalorize o desempenho profissional em questão. Diferente é a notoriedade, que envolve uma aura de fama abrangente e que vai além dos limites da cidade, da região, e, às vezes, do país. Existem profissionais fa-

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

• Associação dos Juízes Federais do Brasil - **AJUBE**

— 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

— 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

— 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 - ASDEP/RS
• 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 Aguiar de Lara Cordeiro
• 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

mos na sua especialização, assim como os há bastante conhecidos, respeitados, conceituados em razão de sua atuação permanente, ou mesmo esporádica, sem que sejam propriamente famosos. A estes, dentro de determinadas circunstâncias, não se poderá negar a condição de especialista notório, para os fins da lei. Entendemos que exigir-se 'fama consagrada' para efeito de enquadramento do profissional (ou de empresa) no permitido legal poderá constituir-se em exagero, dada a indispensável subjetividade que há de informar, necessariamente, o critério de aferição. As comissões em geral encarregadas dos processos licitatórios deverão ter presentes considerações da ordem das aqui alinhadas a fim de poderem bem desempenhar suas funções com vistas ao melhor para a administração" (Tito Costa, "Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores", 3ª ed., Ed. RT, 1998, p. 86).

(3) "Contratação de advogado de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público. Concessão de habeas corpus de ofício para o fim de ser trancada a ação penal" (STF, RHC nº 72.830, 2ª Turma, rel. min. Carlos Velloso, j. 24.10.95, DJ 16.02.96).

(4) "Caracterizam-se os cargos em comissão por serem de confiança e por poderem seus titulares ser demissíveis ad nutum, não devendo, de modo algum, ser confundidos com os de exercício temporário, cujo poder legal é conferido para certo tempo, como acontece com os deputados ao Parlamento. O funcionário em comissão não é efetivo, não adquire estabilidade pelo decurso do tempo. É ao exercício que se refere o vocábulo 'efetivo', na expressão 'efetivo exercício' e não ao funcionário" (José Cretella Júnior, "Curso de Direito Administrativo", 16ª ed., edição Revista Forense, 1999, p. 450).

(5) "Julgados há que vão mais longe ao entender que a aquisição de bens e a realização de serviços e obras sem licitação adequada constituem meras irregularidades administrativas, e que o prefeito acusado, assim agindo, não objetiva interesses ou

sentimentos pessoais. (...) Acentua o tribunal, a não observância dos preceitos do Decreto-Lei nº 201, no tocante à concorrência pública, não constitui, por si só, crime de mera conduta, cuja tipificação independa da existência de intenção dolosa ou culpa, bem como de seu resultado, indispensável a tal configuração a existência de antijuridicidade, cuja verificação deve ser objeto de um juízo de valor, eis que a conduta típica não passa de um elemento material do delito" (Tito Costa, ob. cit., p. 90).

"(...) Destituída, no caso concreto do apelado, de propósito lesivo ao Erário Público ou de satisfação a interesse pessoal ou alheio. (...) A inobservância dos preceitos do Decreto-Lei nº 201/67 no tocante às concorrências públicas não constitui, por si só, crime de mera conduta, que se tipificaria independentemente de qualquer resultado" (TJ/SP, Ap. nº 8.395-3, 1ª Câmara, rel. des. Marino Falcão, in José Nilo de Castro, "A Defesa dos Prefeitos e Vereadores", ed. Del. Rey, 1999, p. 165 e RT 555/321, grifo nosso).

(6) "(...) Além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem (...). Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Municipal Brasileiro", 10ª ed., Ed. Malheiros, 1998, p. 599).

"Prefeito municipal que nomeia funcionário com ofensa aos arts. 99, IV e § 2º, da CF e 171, IV, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado - Ausência, porém, de dolo na sua conduta, bem como de prejuízo para o Erário Público - Nomeado que, ciente da irregularidade pelo próprio acusado, solicitou exoneração do cargo, restituindo os vencimentos recebidos - Absolvção mantida - Inteligência do art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67" (TJ/SP, Ap. nº 138.272, 2ª Câmara, rel. des. Camargo Sampaio, in RT 524/342).

Os autores são advogados criminalistas em São Paulo; o segundo é mestrando em Direito Penal em Coimbra e presidente do IBCCRIM.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

A Remição de Pena à Luz da Ressocialização do Condenado

MARCELO POLACHINI PEREIRA

"Eis aí, pois, o que é justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção."

Aristóteles

De mínima abordagem na doutrina pátria é a questão do cálculo da remição de pena pelo trabalho do condenado. Vislumbram-se, dentre os poucos comentários sobre o assunto, duas interpretações do art. 126 da Lei de Execução Penal. A primeira exegese salienta que o tempo da pena remida deverá ser somado à pena privativa de liberdade cumprida, para fins de benefícios, tais como a progressão de regime, livramento condicional, indulto, etc. O segundo entendimento, mais gravoso e amplamente adotado, diz respeito ao abatimento do lapso remido no total da condenação imposta, sendo que dessa "nova pena" calcular-se-ão os prazos para os benefícios assegurados pela legislação.

Numa visão superficial do assunto, pelos mais afoitos poderia ser dito, erroneamente,

que se trata de discussão estéril, meramente acadêmica, sem reflexos práticos.

Todavia, é importantíssima a correta exegese da remição de pena pelo trabalho, interpretação essa que nunca deveria ser relegada a segundo plano, como vem sendo tratada pela doutrina e jurisprudência. Relembra destacar que a lei de regência silencia completamente sobre o assunto.

A guisa de exemplificação, considere-se um condenado à reclusão por 5 anos e 6 meses, ou sejam, 66 meses, a serem cumpridos, inicialmente no regime semi-aberto. Assim, para que fosse atingido o prazo necessário para a progressão ao regime aberto de cumprimento de pena, deveria o sentenciado cumprir 1/6 da reprimenda que lhe foi imposta, isto é, **11 meses de reclusão**, consoante lhe garante o art. 112 da Lei de Execução Penal.

Considere-se, ainda, que o mesmo tenha conseguido remir 60 dias de sua pena, através de 180 dias trabalhados, visto

que o § 1.º do art. 126 da LEP assevera que será remido um dia de pena à razão de três dias trabalhados.

1 - Partindo dessas premissas e adotando o entendimento de que o **tempo remido será somado à pena efetivamente cumprida**, o reeducando atingiria o tempo necessário à progressão de regime após cumpridos **9 meses de reclusão**, visto que possui dois meses de pena remida pelo trabalho.

2 - Adotando o entender contrário, mais severo, de que o **tempo remido será descontado do total da sanção imposta**, para que esta pena resultante seja tomada como base para eventuais benefícios, infere-se, na hipótese em pauta, que a pena restante passará a ser de 5 anos e 4 meses de reclusão, ou 64 meses, haja vista terem sido descontados os dois meses remidos; desse total a sexta parte necessária para a progressão ao regime aberto de cumprimento de pena seria atingida quando se completassem, tão-somente, **10 meses e 20 dias de reclusão**. Destaque-se, por pertinente, que a grande maioria dos nossos Pretórios adota tal posição, possivelmente por desconhecimento dos benefícios que podem trazer o entender mais benéfico (posição nº 1).

Nesse exemplo, tão comum nos presídios, a diferença entre os entendimentos obrigaria o sentenciado a permanecer 50 dias a mais no regime semi-aberto.

Forçoso convir, então, que, adotando-se o segundo entendimento, o condenado que desempenhou seu trabalho em jornada integral teria em benefício pelos seus 180 dias trabalhados, apenas 10 dias a menos no regime semi-aberto, pois, sem a remição de pena, necessitaria tal penitente cumprir 11 meses para alcançar o prazo exigido para a progressão de regime. Dessa forma, **a cada 18 dias de árduas atividades, conseguiu abreviar um único dia apenas no regime mais rigoroso**.

Registre-se, ainda, que a jornada de trabalho do preso, apta a lhe permitir a remição, não poderá ser inferior a 6 horas diárias, consoante a exigência do art. 33 da Lei de Execução Penal.

E mais. Aos sábados e domingos, via de regra, não é permitido o trabalho aos detentos. Assim, tais dias não são considerados, pois, além de determinar a lei descanso semanal, nesses dias há deficiência de vigilância, visto que não há expediente normal nos presídios. Consequentemente, resta ao sentenciado o trabalho apenas nos dias-úteis, ou seja, aproximadamente 20 dias em cada mês.

Conclui-se, destarte, que o apenado deverá trabalhar por quase um mês (18 dias-úteis) para abater apenas um singelo dia no tempo necessário à progressão de seu regime de cumprimento de pena.

Dessa forma, 180 dias trabalhados não se equivalem a 6 meses, pois, como já discurrido, descontam-se os dias não-úteis. Havendo, em média, 20 dias-úteis em cada mês, **necessitaria o condenado trabalhar por 9 meses seguidos para conseguir abreviar apenas 10 dias no prazo para a progressão de regime**.

Desestimula-se, por completo, o desem-

penho de qualquer labor no cárcere, gerando a pernicioso e indigna ociosidade. Não se pode negar o fundo de verdade do chavão: *"cabeça vazia, oficina do diabo"*.

Levando-se em conta o entender de que o lapso remido deverá ser somado à pena cumprida, interpretação mais adequada e em consonância com os fins da condenação, o reeducando abaterá realmente um dia a cada três trabalhados, conforme lhe é garantido pela Lei de Execução Penal, vindo diminuir efetivamente o tempo que deverá permanecer recluso.

Poder-se-ia alegar que tal interpretação é muito liberal, beneficiando, sobremaneira, alguns condenados que não fazem jus à benesse, entretanto, inúmeros motivos afiançam essa exegese:

1) Se porventura algum recluso, já tendo conquistado alguns dias remidos, mostrar-se não condizente com a oportunidade, vindo a cometer falta grave, poderia o magistrado, simplesmente, lançar mão do recurso facultado pelo art. 127 da LEP, determinando a perda dos dias já remidos.

"...é importantíssima a correta exegese da remição de pena pelo trabalho, interpretação essa que nunca deveria ser relegada a segundo plano, como vem sendo tratada pela doutrina e jurisprudência."

2) Nas prisões, de modo geral, o trabalho não é proporcionado a todos os reclusos, desempenhando-o, tão somente, aqueles que fazem por merecer tal benefício; assim, só os que possuem méritos suficientes são autorizados a laborar. Dessa maneira, auxilia-se a direção do presídio a manter a ordem e disciplina tanto dos que trabalham, como dos que não laboram, pois, os primeiros, receiam perder a oportunidade que lhes foi confiada, visto haver inúmeros interessados em assumir seu posto, enquanto os segundos, vendo que o benefício é efetivo, podendo diminuir sua permanência no cárcere, desejam trabalhar, demonstrando terem méritos para tanto.

3) Muito embora, nos dias de hoje, falar em ressocialização nas nossas prisões possa soar como discurso utópico, alheio ao cenário atual de nosso sistema carcerário, não se pode perder de vista que ela é uma das funções do encarceramento — senão a mais importante — permitindo ao recluso que se readapte à vida em sociedade, onde o trabalho é tido como fundamental, engrandecendo e dignificando o homem. Tamaña a importância do trabalho, que, paradoxalmente, em liberdade, o ato de entregar-se habitualmente ao ócio, sendo válido

para o labor, e sem meios para garantir sua subsistência, é considerado uma figura delitiva penal, tipificado no art. 59 da Lei das Contravenções Penais!

4) Digno de transcrição o brilhante magistério de **Arminda Bergamini Miotto** que demonstra a relevância do trabalho na prisão: *"Se o condenado, antes da condenação, já tinha o hábito do trabalho, depois de condenado, recolhido a estabelecimento penal, o trabalho que ele exercer manter-lhe-á aquele hábito, impedindo que degenere; se não o tinha, o exercício regular do trabalho, conforme às suas aptidões contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta, instalando-se na sua personalidade o hábito da atividade disciplinada"*.

E vai além a preclara autora: *"Se o condenado não trabalhar na prisão, ou, pelo menos, não o fizer regularmente, ao recuperar a liberdade não será capaz de fazer o esforço, que às vezes é verdadeira luta, para obter um trabalho e manter-se nele; ainda que o serviço social lhe consiga trabalho, ele talvez não saiba ou não queira fazer o esforço para manter-se na atividade. Não será de admirar-se que, nessas condições, ele venha a reincidir no delito"*.

5) Permitimo-nos acrescentar que, além do hábito da atividade disciplinada que o labor na prisão pode criar, pode também permitir ao recluso, principalmente ao jovem, o desenvolvimento de uma qualificação profissional — ou manter e desenvolver a que já possui — possibilitando-lhe adquirir uma formação que lhe será útil quando deixar a prisão.

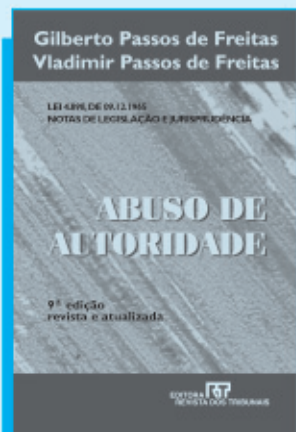
6) Também é oportuno o pensamento de **Rui Medeiros**, o qual ora é trazido a colação, pois demonstra, de forma clara e inequívoca, os benefícios inerentes ao trabalho no cárcere: *"A laborterapia é a pedra de toque de toda a moderna Penologia. O trabalho acaba com a promiscuidade carcerária, com os malefícios da contaminação dos primários pelos veteranos delinquentes, e dá ao condenado a sensação de que a vida não parou e ele continua a ser um ser útil e produtivo, além de evitar a solidão, que gera neuroses, estas, por sua vez, fator de perturbação nos estabelecimentos penais e fermentos de novos atos delituosos."*

7) Ademais, como já salientado, a LEP é omissa sobre o assunto, e, dentro de toda a sistemática adotada por nossa legislação, cabendo duas interpretações, inconcebível seria adotar o entender que prejudique notoriamente o condenado.

O trabalho, não se pode negar, gera o sentimento de responsabilidade, não sendo exagero conceituá-lo como o pilar do processo reeducativo do apenado, objetivo maior da reclusão, devendo, portanto, ser estimulado. E a forma mais simples e sensata de estimulá-lo é premiar adequadamente o trabalhador por suas atividades, de acordo, obviamente, com os ditames do Direito e da Justiça, gerando no sentenciado a sensação de que o trabalho realmente compensa.

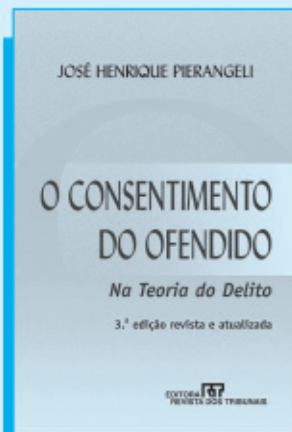
O autor é terceiranista da PUC/Campinas.

Editora Revista dos Tribunais



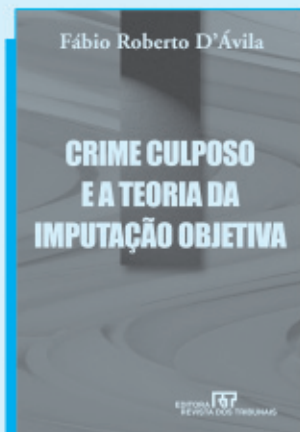
cód. 002090
200 páginas
R\$ 31,00

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.



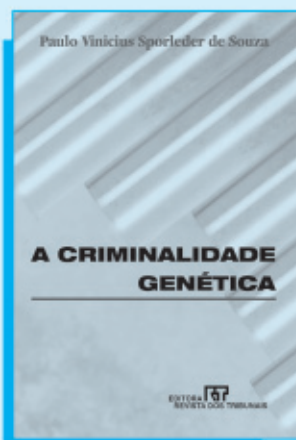
cód. 002056
284 páginas
R\$ 42,00

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 consentiente, o consentimento putativo e a questão do consentimento nos tratamentos médicos e médico-cirúrgicos.



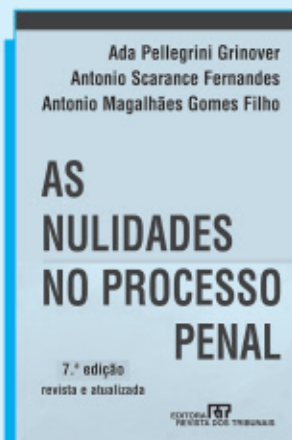
cód. 002087
148 páginas
R\$ 23,00

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.



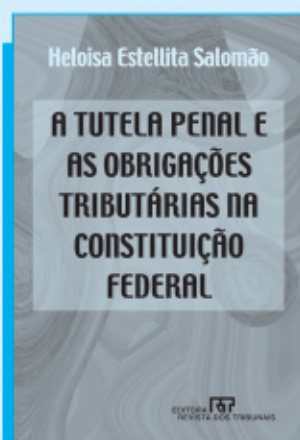
cód. 002078
156 páginas
R\$ 24,00

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 genotecnologias. 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.

EDITORIA
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

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

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