



CURSO

Tendo em vista as alterações legislativas do momento, o IBCCRIM preparou o Curso:

**ATUALIDADES
EM DIREITO PENAL
ECONÔMICO**

Inscrições já estão abertas.
Vagas Limitadas
Participe!

20, 21 e 22 de fevereiro de 2001
Local: Auditório da Editora
Revista dos Tribunais
Rua Tabatinguera, 140 - 1º and.
Horário: Das 18h30 às 22h00

dia 20 - SIGILO BANCÁRIO
Palestrante: des. Adauto Suannes
Debatedor: dr. Mohamad Ale
Hasan Mahmoud

Dia 21 - LAVAGEM DE DINHEIRO
Palestrante: dr. Antonio Sérgio
A. Moraes Pitombo
Debatedor: dr. Roberto Podval

Dia 22 - CRIMES
PREVIDENCIÁRIOS
Palestrante: dra. Heloisa
Estellita Salomão
Debatedora: des. Sylvia Steiner

Valores

Profissional não-associado .. R\$ 70,00
Estudante não-associado R\$ 30,00
Profissional-associado R\$ 50,00
Estudante-associado R\$ 20,00

Para outras informações:
Depto. de Comunicação
e Marketing —
Tel.: (11) 3105-4607
E-mail:
comkt@ibccrim.com.br

EDITORIAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais torna pública sua preocupação com o futuro da probidade administrativa no País, em face da tentativa do Executivo Federal de cercear a atividade dos representantes de instituições às quais a lei atribuiu poderes para instaurar inquérito civil e promover ações civil e penal.

Repudia, assim, a Medida Provisória n.º 2.088-35, de 27.12.2000.

Coloca em dúvida a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo quando, como no caso, não se fazem presentes os requisitos da relevância e urgência.

Ademais, em se tratando de matéria de natureza penal, a regulação, por meio de medida provisória, ofende o princípio da legalidade, tido como da reserva absoluta da lei (Alberto Silva Franco, "A Medida Provisória e o Princípio da Legalidade", RT 648/366).

Entende que considerar "ato de improbidade administrativa" a instauração temerária de inquérito policial ou procedimento administrativo ou a propositura de ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente (art. 11, VIII, da Lei n.º 8.429/92, com a redação dada pela MP n.º 2.088-35/2000), enfraquece as instituições às quais o Estado atribuiu aquelas funções.

Reputa grave a tentativa de converter o órgão do Ministério Público de titular da ação em réu, por meio de "fogo de encontro", dando àquele que foi objeto da ação a possibilidade de reconvir ou ajuizar ação autônoma para suscitar a improbidade do referido agente do Estado.

Se o Ministério Público, ao exercer o *munus* que lhe foi conferido pelo Estado, não exerce atividade administrativa, não pode ser considerado improbo nesse plano. Ao propor a ação de que se cuida, ele não age em nome próprio, mas de um interesse público, que representa.

Responsabilizá-lo pessoalmente, exceto se o móvel de sua conduta for outro que não o interesse público, afigura-se previsão absurda. O propósito manifesto da medida provisória comentada é, pois, aviltar a convicção íntima do membro do Ministério Público, coartar o exercício da sua função e insinuar objetivo de acuar e impingir temor.

Note-se que já existe e se encontra em pleno vigor instrumento prevendo imposição de pena ao agente do Estado que, intencionalmente, deixa de atuar com adequado comedimento e exa-

ção ou propõe ação judicial temerária. Tais práticas, que já eram definidas como delito pelo art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa, são, agora, enquadráveis no art. 339, *caput*, do Código Penal, que, com a nova redação, dada pela Lei n.º 10.028/2000, se tornou mais abrangente que a primeira.

Não se justifica, pois, o abuso legiferante do governo federal, a pretexto de coibir abusos de certos

procuradores da República. Aliás, para pôr limites à ação destes, quando impertinentes, já há o Poder Judiciário, ao qual cabe receber ou rejeitar peças persecutórias, deferir ou indeferir diligências.

A um Ministério Público pouco criterioso nas acusações, só há, na democracia, uma resposta: um Judiciário independente, que assegure os direitos das pessoas e ponha os limites que tenham que ser postos.

O Estado Democrático de Direito pressupõe liberdade e garantias para que os agentes do Estado possam cumprir suas tarefas, assegurando a correta aplicação da lei. Impõe, também, que o processo legislativo não seja usado como instrumento de perseguição ou retorsão. Expõe e revela, enfim, a necessidade de equilíbrio e harmonia entre os poderes da Nação e entre as instituições públicas que os compõem.

É grave que o governo federal, por suas autoridades mais elevadas, insistam em práticas contrárias à convivência democrática.

**"É grave que o
governo federal,
por suas autoridades
mais elevadas,
insistam em
práticas contrárias
à convivência
democrática."**

LEGISLAÇÃO

Veja na pág. 15 deste *Boletim* a Lei n.º 10.149, de 21.12.00, que altera e acrescenta dispositivos à Lei n.º 8.884, de 11.06.94, transformando em autarquia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e dá outras providências; e veja também na página 514 do *Caderno de Jurisprudência* a Lei Complementar n.º 105, de 10.01.01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Improbabilidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade Fiscal

RUISTOCO

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Fevereiro/2001 - nº 99

• Editorial	01
• Improbabilidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade Fiscal - Rui Stoco	02
• Nelson Hungria e o Concurso de Pessoa no Crime de Infanticídio - Damásio de Jesus	05
• Maioridade Penal - Roberto Delmanto	06
• O Princípio do Ne Bis In Idem e o Excesso do Ato Deprecado - Alberto Zacharias Toron e Rosier Batista Custódio	07
• As Medidas de Segurança Criminais e Sua Progressão Executória: Desinternação Progressiva - Eduardo Reale Ferrari	09
• O Lado Anacrônico na Reforma do Artigo 28 do CPP - José Ademir Campos Borges	11
• Violência Contra a Mulher: Problema de Segurança Pública e Justiça, Causa Social - Leticia Franco de Araújo	12
• Identificação Criminal Compulsória: Inconstitucionalidade do Inc. I do Art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00 - Rogério Marcolini	13
• Com a Palavra, o Estudante: A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal - Gisele Mendes de Carvalho	15
• Alteração Legislativa: Lei nº 10.149, de 21 de Dezembro de 2000	15

Caderno de Jurisprudência

• O Direito Por Quem o Faz: Admissão em Concurso Público de Condenado Cumprindo Pena em Regime Semi-Aberto e Aprovado em 1º Lugar na Lista de Classificação	513
• Legislação: Lei Complementar nº 105, de 10 de Janeiro de 2001	514
• Supremo Tribunal Federal	516
• Superior Tribunal de Justiça	517
• Tribunal Regional Federal	518
• Tribunal de Justiça	519
• Tribunal de Alçada Criminal	520

1. Improbabilidade do agente público e suas consequências penais, civis e administrativas

O art. 37 da Constituição Federal determina que *"a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*.

Também a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que se convencionou chamar de *"Lei de Improbabilidade Administrativa"*, reproduz esse enunciado, reafirmando, no art. 4º, os princípios que informam a administração pública.

Como se verifica, o legislador constituinte teve a preocupação de incluir esses princípios básicos na Constituição Federal.

Como afirma **Celso Antônio**, o princípio da legalidade é vetor do ordenamento jurídico (*"Curso de Direito Administrativo"*, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 44).

Jesuz Gonzalez Perez, citado por **Régis Fernandes de Oliveira** (*"Responsabilidade Fiscal"*, 1ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2001, p. 6) afirma que, *"esteja ou não em texto escrito, a boa-fé permeia as relações jurídicas, independentemente de se encontrar albergada no texto legal"* (*"El Principio General de la buena fe en el derecho Administrativo"*, 2ª ed., Civitas, 1989).

E acrescenta **Régis de Oliveira** que isso se aplica à probidade do homem público, indagando: *"Seria admissível que o agente público, antes da vigência de norma que o vedasse, pudesse comportar-se de maneira ímproba? Evidentemente que não. Pressuposto, pois, da conduta do agente público que aja ele de acordo com os ditames da consciência e no sentido de evitar qualquer dano ao Poder Público. Vê-se, pois que ter comportamento ético independe de qualquer norma que assim determine. É conduta que deve ser ínsita no agir do homem público"* (ob. cit., p. 6).

Por essa razão é que, a rigor, era até escusado e desnecessário reafirmar na lei o que sempre pareceu óbvio e verdadeiro truismo.

Na Seção que disciplina os orçamentos o art. 165 da CF/88 dispôs que leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, estatuidos no art. 167 as vedações e proibições relativas à gestão pública das receitas e despesas.

O art. 165, § 9º preceitua caber à lei complementar: a) dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual e b) estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Dando concreção a esses dispositivos veio à lume a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Tornou-se efetivo o que jazia como disposição programática, dependente de implementação e regulamentação.

A partir de agora a administração das finanças públicas e a gestão fiscal só podem ser exercidas segundo aqueles princípios da Lei Maior e as regras da referida lei complementar.

No que pertine à gestão fiscal, as atividades exercidas pelos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) nos três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo, nele abrangidos os Tribunais de Contas e Judiciário), Ministério Público, entidades da administração direta, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes e empresas controladas, passam a ser regradas, não se concedendo margem de discricionariedade ao administrador público, aos chefes ou titulares do Poder Executivo, membros do Poder Legislativo, aos presidentes de tribunais, inclusive dos Tribunais de Contas ou aos chefes do Ministério Público.

Significa que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar (art. 1º, § 1º da LC nº 101/00).

Essas as diretrizes, balizas e objetivos a alcançar, de modo a dar eficiência, precisão, transparência e equilíbrio à administração, permitir o planejamento da receita e despesa e a boa gestão do dinheiro público.

E, por fim, resgatar a legalidade, a moralidade e a probidade, até então combalidas, posto que desrespeitadas sistematicamente.

Portanto, a novidade da Lei de Responsabilidade Fiscal reside no fato de responsabilizar os agentes responsáveis pela gestão financeira, a partir de um acompanhamento sistemático do desempenho mensal, trimestral, anual e plurianual (**Flávio da Cruz** — coordenador — e Outros, *"Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada"*, 1ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2000, p. 14).

Sem a preocupação específica em punir pessoalmente o administrador público, tarefa entregue a outras leis em vigor, tanto no plano civil-administrativo como no âmbito penal, a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe o ajuste das finanças públicas e de notável rigor no seu controle, proibindo terminantemente que se gaste mais do que se arrecada e que a receita corrente líquida não se esvaia e não se perca no ralo da corrupção ou da má e inconsequente administração.

Portanto, objetiva corrigir o rumo da Administração Pública em todas as esferas de poder, ou seja, no âmbito dos três Poderes da União e com relação aos entes que formam a República Federativa (Estados,

Distrito Federal e Municípios) e das entidades que gravitam em torno do Estado.

A partir do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, em harmonia com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e com a Lei nº 10.028/00, que criou novas figuras penais, caracterizadas como crimes contra as finanças públicas, a materialização e efetivação daqueles princípios constitucionais da Administração Pública ficam asseguradas.

Cabe lembrar que a moralidade é definida como um dos princípios da Administração Pública.

Lembra **José Afonso da Silva** que *"a idéia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica"*. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse **Hauriou** (citado por **Hely Lopes Meirelles**, *"Direito Administrativo Brasileiro"*, p. 79), que a moralidade administrativa consiste no *"conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração"* (*"Curso de Direito Constitucional Positivo"*, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo, p. 570).

A Constituição Federal quer que a imoralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato viciado, razão pela qual a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) estabeleceu ser nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda às suas exigências e o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo (art. 21) e também nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal, expedido nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 (art. 21, parágrafo único).

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Carta Magna e das leis infraconstitucionais que a sucederam, que punem o ímprobo com sanções de natureza política, como a suspensão dos direitos políticos (CF/88, art. 37, § 4º e art. 12, I da Lei de Improbidade Administrativa — Lei nº 8.429/92); de natureza administrativa (perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, nos termos do art. 12, I da Lei nº 8.429/92 e multa pecuniária, a ser imposta pelo Tribunal de Contas aos chefes de Poder e ocupantes de cargos de direção, nos termos do art. 5º da Lei nº 10.028/00); de natureza civil (ressarcimento do dano e multa civil, conforme art. 12, I da Lei nº 8.429/92) e penal, com imposição de pena privativa de liberdade e multa (arts. 359-A a 359-H do Código Penal; art. 10, números 5 a 12 e arts. 39-A, 40-A e 41-A, da Lei nº 1.079, de 10.04.50 e art. 1º, incs. XVI e XXIII do DL nº 201, de 27.02.67, com a redação que lhes atribuiu a Lei nº 10.028, de 19.10.00, sem prejuízo das demais sanções acima especificadas).

Poder-se-ia dizer que a improbidade administrativa é o descaso, o descumprimento e a negação dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública, tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O comportamento, no exercício do *munus público*, que ofenda um desses princí-

pios, será considerado ato de improbidade.

Afirma **Waldo Fazzio Júnior** que *"a improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé"* (*"Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos"*, 1ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2000, pp. 50-51).

O comportamento ímprobo poderá: a) importar em enriquecimento ilícito para o agente; b) causar prejuízo ao erário ou c) atentar contra os princípios da administração.

Portanto, não é apenas o ato intencional de obter vantagem indevida ou de praticar ato danoso à Administração que cause prejuízo ao erário que caracteriza improbidade.

Segundo a dicção da Lei de Improbidade também o comportamento que atente contra os princípios acima especificados caracteriza improbidade administrativa, ainda que o agente tenha agido culposamente, sem intenção deliberada de causar o resultado nocivo. Portanto, também o ato culposos pode empenhar a sua responsabilidade.

Ocorre que algumas dessas condutas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), como outras estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) e, ainda, as novas infrações administrativas contra as leis de finanças públicas, criadas pelo art. 5º, da Lei nº 10.028/00, praticadas pelos agentes públicos em geral, que apenas caracterizavam infrações administrativas por ato de improbidade, foram alçadas à condição de crimes contra as finanças públicas pela lei sob comentário (Lei nº 10.028/00), atingindo os chefes de Poder no âmbito dos três Poderes e ao nível da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, abarcando, ainda, membros de instituições, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e tantas outras que gravitam em torno do Estado.

Criou-se um arsenal poderoso contra os maus administradores e gestores perdulários do dinheiro público, muitos deles tratando do bem público como se lhes pertencesse.

O avanço na lei foi notável.

As armas postas à disposição do Poder Judiciário, de grosso calibre e de grande eficácia, poderão erradicar da Administração Pública e converter em delinquentes comuns os dirigentes irresponsáveis, incompetentes ou corruptos.

Mas também há de se convir e inferir que as alterações e acréscimos implementados em leis extravagantes e estatutos de naturezas distintas tornam o seu estudo complexo e difícil a sua harmonização, com possibilidade de *bis in idem* na aplicação das sanções previstas em diversas normas versando sobre o mesmo tema.

Ademais os comportamentos que caracterizam infrações administrativas, mas que foram alçados à categoria de infrações penais pela Lei nº 20.028/00, que acrescentou os arts. 359-A a 359-H no Código Penal, só podem ser punidos se praticados dolosamente, ou seja, com intenção deliberada de descumprir as normas que disciplinam as finanças públicas e a gestão fiscal, pois ali não se previu o delito em sua modalidade culposa e a ninguém poderá ocorrer que nossa legislação tenha regredido ao ponto de admitir a volta da responsabilidade objetiva, desde há muito banida das leis penais.

2. Responsabilidade penal, civil e administrativa: cumulação de penas e penas alternativas

Os arts. 359-A e 359-H, acrescentados ao Código Penal pela Lei nº 10.028, de 19.10.00, abrigam novas figuras penais, visando proteger a Administração e as finanças públicas, mediante a imposição de pena privativa de liberdade e multa pecuniária.

Tais comportamentos têm como antecedente uma conduta que caracteriza improbidade do agente, sob o aspecto funcional, na consideração de que a improbidade administrativa é um dos pressupostos e antecedente do delito.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que especifica os atos de improbidade administrativa, dispõe:

"Art. 4º. Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos."

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

VIII - instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente". (NR - redação dada pela Medida Provisória nº 2.088-35, de 27.02.00).

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

Como se verifica, as sanções de caráter penal estabelecidas nos arts. 359-A a 359-H e as de caráter político, civil e administrativo previstas na Lei de Improbidade



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 e Cecília Souza Santos

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

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

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

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

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

Administrativa, bem como as multas pecuniárias, decorrentes de infrações administrativas praticadas pelos chefes de Poder e ocupantes de cargos de direção (cuja imposição compete aos Tribunais de Contas), previstas no art. 5º, incs. I a IV da Lei nº 10.028, de 19.10.00, são independentes e não se excluem.

Assim, pelo mesmo fato, o sujeito ativo tanto poderá receber pena privativa de liberdade e multa, se condenado no juízo criminal, como, ainda, perder o cargo, dele ficar suspenso, ter que restituir o valor do prejuízo causado e pagar multa, caso também tenha sido condenado no juízo cível, pela prática de improbidade administrativa.

Além do mais estabeleceram-se sistemas punitivos nos diversos âmbitos de atuação do Direito.

Assim é que, além das previsões genéricas dos Estatutos dos Servidores, a Lei de Improbidade Administrativa prevê, como antes observado, sanções de natureza política, administrativa e civil.

O art. 5º da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 criou novas infrações administrativas cometidas contra a lei de finanças públicas, punidas com multa de 30% dos vencimentos anuais do agente, a ser aplicada pelo Tribunal de Contas respectivo, como acima observado.

Mas uma questão importante se apresenta: se o agente for condenado no âmbito criminal por sentença transitada em julgado, essa condenação faz coisa julgada no cível, de modo a formar o título executivo e então ao condenado se imporia automaticamente as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa?

A nós parece que não, pois a dicção do art. 63 do Código de Processo Penal não conduz a essa ilação e a esse resultado quando faculta ao ofendido a execução do título executivo formado pela sentença penal condenatória no juízo cível, para efeito de reparação do dano.

Isto porque o legislador, no âmbito administrativo e civil, estabeleceu mecanismo especial para averiguar a prática de improbidade administrativa por parte do agente público.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê sanções de natureza política, administrativa, civil e, ainda, a reparação do prejuízo causado ao Estado, de modo que somente através de ação própria, no juízo cível é que se poderá empenhar a obrigação do agente público de responder pelo seu ato na extensão prevista na lei de regência.

A disposição constante do art. 63 do CPP não autoriza que se imponha a perda do cargo ou sua suspensão, ou a imposição de multa pecuniária.

O título executivo que se constitui visa apenas a reparação do dano sofrido pelo ofendido, de modo que, conjugando-se o art. 63 do CPP com o art. 91 do Código Penal, a sentença criminal tornará certa apenas a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

A perda do cargo, função ou mandato eletivo somente poderá ser determinada, independentemente da ação civil por improbidade, como efeito da condenação, quando ocorrer a hipótese do art. 92, inc. I, letra "a" do CP, se caracterizado o abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública.

Não há possibilidade de perda do cargo ou função com base no art. 92, inc. I, letra "b" do CP pois nenhuma das novas figuras prevê pena *in abstracto* superior a quatro anos.

Por fim, se preenchidas as condições estabelecidas no art. 44, incs. I a III do CP, nenhum óbice existe para a aplicação de qualquer das penas restritivas de direitos previstas no art. 43, como penas autônomas, em substituição às privativas de liberdade e independentemente do que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa, quando cabíveis e pertinentes.

Também poderá ser feita a substituição da pena privativa de liberdade por multa, quando a condenação for igual ou inferior a um ano (CP, art. 44, § 2º).

Como se verifica, não será tarefa fácil harmonizar as sanções quando, pelo mesmo fato, o agente for condenado tanto no juízo criminal como no juízo cível, tendo em vista a independência das instâncias, mas se exigindo coerência entre as decisões, de modo que não conflitem entre si e que uma não exclua a outra.

Em análise ainda perfunctória quer parecer que a absolvição no crime não impede o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa no cível e que a absolvição neste âmbito também não interfere no juízo criminal, nem impede a condenação do acusado.

Em resumo, o legislador excedeu-se, pois, em decorrência do mesmo fato, o agente público poderá ser condenado criminalmente pela prática de crime de responsabilidade fiscal e receber pena privativa de liberdade ou multa, perder o cargo como pena acessória ou proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, como interdição temporária de direito.

Poderá, também, com base na Lei de Improbidade Administrativa, ser sancionado com a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Poderá, ainda, ser punido pelo Tribunal de Contas com multa de 30% dos seus vencimentos anuais, por força do art. 5º, da Lei nº 10.028/00.

Caberá ao Poder Judiciário a difícil tarefa de decidir cada caso, de acordo com as circunstâncias e aplicar as sanções levando em consideração o princípio da proporcionalidade, impondo as penas segundo a gravidade do fato e cuidando para que não ocorra o odioso *bis in idem*.

NOTA

* Extraído dos comentários aos arts. 359-A a 359-H do Código Penal, que tratam da responsabilidade fiscal dos agentes públicos, constantes da obra "*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*", coordenada por **Alberto da Silva Franco** e **Rui Stoco**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, no prelo.

O autor é juiz substituto em 2º grau em São Paulo, membro do Conselho Consultivo do IBCCRIM, responsável pela seção de Direito Penal Econômico da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* e vice-presidente do Instituto de Ciências Jurídicas de Joinville/SC (Incijur).

Nelson Hungria e o Concurso de Pessoas no Crime de Infanticídio

DAMÁSIO DE JESUS

O crime de infanticídio encontra-se descrito no art. 123 do CP: "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após."

Pode ocorrer que terceiro realize o verbo típico ou concorra para a prática do crime. Surge a questão: o terceiro é autor ou partícipe de homicídio ou infanticídio?

Trata-se de crime próprio, uma vez que somente a mãe pode ser sujeito ativo principal. Essa qualificação doutrinária, porém, não afasta a possibilidade da concorrência delituosa.

A norma de extensão do art. 29, *caput*, 1ª parte, do CP, reza: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas". Dessa forma, quem concorre para a prática do infanticídio deve submeter-se à sanção imposta.

A solução, entretanto, nunca foi pacífica. O centro da discussão situa-se na questão da comunicabilidade da elementar "influência do estado puerperal", nos termos do art. 30 (antigo art. 26 do CP): "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime". Transmitindo-se o elemento típico ao terceiro, responde por infanticídio; caso contrário, por homicídio.

Na doutrina brasileira, adotavam o ponto de vista da comunicabilidade (infanticídio): Roberto Lyra, Olavo Oliveira, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Basileu Garcia, Euclides Custódio da Silveira e Bento de Faria. Ensinavam que o partícipe deve responder por crime de homicídio: Nelson Hungria, Galdino Siqueira, Costa e Silva, Heleno Cláudio Fragoso, Salgado Martins e Aníbal Bruno.

Atualmente, defendem a tese do infanticídio: Paulo José da Costa Júnior, Delmanto & Delmanto, Luiz Regis Prado & Cesar Roberto Bitencourt, Mirabete e Damásio.

Nelson Hungria, durante quarenta anos, foi o maior defensor da incomunicabilidade. Já em 1937, apreciando a legislação penal então vigente e o Projeto Sá Pereira, dizia: "É bem de ver ainda que não pode invocar a honoris causa" (...) "o co-partícipe no crime da parturiente, seja ele quem for".⁽¹⁾ Analisando o CP de 1940, de quem foi seu principal autor, afirmava: "Não diz com o infanticídio a regra do art. 25 ('Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas'). Trata-se de um crime *personalíssimo*. A condição 'sob a influência do estado puerperal' é *incomunicável*. Não tem aplicação, aqui, a norma do art. 26, sobre as *circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime*. As causas que diminuem (ou excluem) a responsabilidade não podem, na linguagem técnico-penal, ser chamadas *circunstâncias*, pois estas só dizem com o maior ou menor grau de criminalidade do fato, ou seja, com a maior ou menor intensidade do elemento subjetivo ou gravidade objetiva do crime. O partícipe (instigador, auxiliar ou co-executor material) do infanticídio res-

ponderá por *homicídio*. Como diz *Gautier*, 'tous participants autres que la mère sont régis par le droit commun'. O *privilegium legal* é *inextensível*. A quebra da regra geral sobre a *unidade de crime* no *concurso delinquentium* é, na espécie, justificada pela *necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado 'sob a influência do estado puerperal'*".⁽²⁾

Dotado de fascinante cultura jurídica e conhecedor profundo da doutrina e da legislação estrangeira, especialmente a italiana e a suíça, Hungria era um brilhante expositor, notável crítico e argumentador insuperável. Na palavra de Roberto Lira, "uma *culminância*".⁽³⁾ "Um homem em dia com a ciência de seu tempo", como lembrava Heleno Cláudio Fragoso.⁽⁴⁾ Tornaram-se célebres os intermináveis debates doutrinários, principalmente com Magalhães Noronha, de quem costumava discordar em longas e acaloradas correspondências, algumas transcritas em seus "Comentários".

Nelson Hungria dificilmente mudava de opinião, sendo conhecido pela firmeza de suas posições. Mas, por volta de 1960, como nos confiou Heleno Cláudio Fragoso num encontro que tivemos no Rio de Janeiro, Hungria, já beirando a aposentadoria, passou a "ouvir mais", alterando orientações apaixonadamente preservadas ao longo dos anos. Tanto que, membro da Comissão elaboradora do Anteprojeto de Código Penal de 1963, várias vezes surpreendeu seus pares aceitando teses contrárias ao seu pensamento ardorosamente exposto em suas obras. Foi o que aconteceu em relação ao tema do concurso de pessoas no infanticídio, em que modificou sua posição na última edição de sua obra, fato que passou despercebido da maioria da doutrina brasileira. Reconhecendo humildemente o engano e dando a mão à palmatória, adotou a tese da comunicabilidade na 5ª edição dos "Comentários": "Comentando o art. 116 do Código suíço, em que se inspirou o art. 123 do nosso, Logoz (op. cit., p. 26) e Hafter (op. cit., p. 22), repetindo o entendimento de Gautier, quando da revisão do Projeto Stoos, acentuam que um terceiro não pode ser co-partícipe de um infanticídio, desde que o *privilegium concedido em razão da 'influência do estado puerperal'* é *incomunicável*. Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a *incomunicabilidade das qualidades e circunstâncias pessoais*, seguindo o Código helvético (art. 26), é *irrestrita* ('Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l'effet est d'augmenter, de diminuer ou d'exclure la peine, n'auront cet effet qu'à l'égard de l'auteur, instigateur ou complice qu'elles concernent'), ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) é feita uma ressalva: 'Salvo quando elementares do crime.' Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros

que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio".⁽⁵⁾

Poucos notaram a mudança de posição de Hungria.⁽⁶⁾ Prova é que até hoje, mais de 20 anos depois, ele continua erroneamente sendo citado por quase todos os autores, inclusive por nós,⁽⁷⁾ como partidário da tese da incomunicabilidade. Nem o próprio Fragoso deu conta desse fato, pois em 1979, no mesmo volume da edição em que Hungria passou a aceitar a tese da responsabilidade do terceiro a título de infanticídio, ele, Heleno Cláudio, co-autor dos comentários, dizia: "Hungria inaugurou entre nós a corrente dos que entendem que o terceiro que coopera no delito comete o crime de homicídio. Sempre entendemos correta a lição de Hungria. Em consequência, o estranho que participa do infanticídio pratica o crime de homicídio".⁽⁸⁾ E nas edições posteriores da Parte Geral dos "Comentários", o escrito firme de Hungria, ainda inalterado, continua expressando a abandonada orientação do mestre, ao apreciar o antigo art. 26 do CP: "Assim, a 'influência do estado puerperal' no infanticídio e a honoris causa no crime do art. 134: embora elementares, não se comunicam aos cooperadores, que responderão pelo tipo comum do crime, isto é, sem o *privilegium*".⁽⁹⁾

Pena que Hungria não viveu mais tempo. Teríamos a oportunidade de colher outras lições de quem, considerado o maior penalista brasileiro e inquebrantável defensor de suas próprias idéias, fortaleceu com os anos a virtude da humildade de aceitar a opinião alheia, reconhecendo, como poucos fariam, um erro de quatro décadas. Deu-nos, como afirmou Heleno Cláudio Fragoso, um exemplo "magnífico de fidelidade à ciência e à cultura jurídica".⁽¹⁰⁾

NOTAS

- (1) "Direito Penal", Parte Especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937, p. 266.
- (2) "Comentários ao Código Penal", 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, V:259, nº 58, verbete "infanticídio e concurso de agentes".
- (3) "Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria", Rio de Janeiro: Forense, 1962, nota introdutória de Heleno Cláudio Fragoso, p. 7.
- (4) "Estudos de Direito e Processo...", cit., p. 8.
- (5) 1979. Vol. V, p. 266, nº 58.
- (6) Mirabete notou ("Manual de Direito Penal - Parte Especial", São Paulo, Atlas, 2000, 2:90, nº 4.3.3).
- (7) JESUS, Damásio E. de. "Direito Penal, Parte Geral", 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, I:443; "Parte Especial", 23ª ed., 2000, 2:111.
- (8) Op. cit., Parte Especial, Hungria & Heleno, 5ª ed., 1979, V:541, nº 28.
- (9) Op. cit., 5ª ed., 1979, vol. I, tomo II, p. 433, nº 121.
- (10) "Estudos...", cit., p.8.

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

Maioridade Penal

ROBERTO DELMANTO

O Brasil da minha juventude, há quarenta anos atrás, era muito diferente do atual. Um País predominantemente agrícola, onde em nossas casas, dos eletrodomésticos ao carro, tudo vinha do exterior. Mas havia uma classe média forte, com alguns milionários, muitos pobres, é verdade, mas poucos miseráveis. Na cidade de São Paulo não existiam favelas e a criminalidade violenta não era frequente. Viam-se poucas crianças abandonadas nas ruas.

Hoje estamos entre as nações mais industrializadas do mundo, mas, paradoxalmente, temos um dos piores índices de distribuição de renda, só superado, segundo a ONU, por Burundi, um país da África. A classe média empobreceu, os menores pedintes ou infratores proliferam nas esquinas e os miseráveis aumentaram muito. Há uma grande diferença entre pobreza e miséria: na primeira pode haver dignidade; na segunda, não.

As elites da minha geração fracassaram e, como resultado, temos um País desequilibrado socialmente e com assustador aumento da criminalidade violenta, principalmente infanto-juvenil.

O *Globo Repórter*, conhecido programa de televisão, há algum tempo mostrou o que de maravilhoso tem feito a vizinha Colômbia, esse país do qual só ouvimos falar sobre drogas, com os jovens infratores. Alojamentos limpos e dignos, atividade educacional, física e de lazer, com a presença constante do juiz de menores, o que, mais tarde, me viria a ser confirmado por minha amiga, a ilustre professora **Silvia Pimentel**, que lá esteve. E, em vergonhosa comparação, o mesmo programa exibiu as nossas malfadadas Febem's, com os menores amontoados em celas e dependurados em suas grades...

Nos Estados Unidos, há sete anos a ministra da Justiça **Janet Reno** implementou um plano nacional rápido, barato e exequível mesmo para um país como o nosso. Construíram-se, nas periferias das grandes e médias cidades, pequenas quadras de esportes, um local para os jovens se reunirem. O resultado foi surpreendente: os índices de criminalidade na faixa etária de 12 a 17 anos chegaram a cair até 7%, caso de San Diego, na Califórnia.

No Brasil, além do aumento das penas e do maior rigor no seu cumprimento, que a Lei dos Crimes Hediondos já mostrou não ser solução, fala-se, mais do que nunca, em diminuir a maioridade penal dos atuais dezoito anos. Alguns propõem dezesseis, outros quatorze e, recentemente, um deputado federal apresentou projeto de lei estabele-

cendo a maioridade penal em apenas onze anos...

Certamente não é esse o caminho para salvar nossa infância e juventude, que deveria ser a prioridade das prioridades, e, em consequência, restabelecer a tranquilidade social.

Acredito que a inimizabilidade dos menores de dezoito anos, prevista no art. 27 do Código Penal, não deva ser alterada. Trata-se de critério puramente biológico, que ainda hoje se justifica porque, queira-se ou não, o menor de dezoito anos não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter.

As atuais regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem que o período máximo de internação do menor não poderá exceder a três anos (art. 121, § 3º) e que a liberação será compulsória aos 21 anos de idade (art. 121, § 5º), não são, por outro lado, justas. Com efeito, o menor que mata para roubar na véspera de completar dezoito anos, só poderá ficar internado até a véspera de atingir 21 anos; e, se o faz com quinze anos, deverá ser liberado no máximo aos dezoito.

Como solução mais equilibrada, já tive oportunidade de, no "*Código Penal Comentado*" do qual sou co-autor juntamente

com **Celso, Roberto Junior** e **Fabio Delmanto** (5ª ed., Renovar, p. 53), propor que, nos atos infracionais praticados dolosamente por menor dos quais resultasse morte ou lesão gravíssima, o limite máximo de internação e o prazo para a liberação compulsória pudessem ser razoável e proporcionalmente dilatados. Mas sendo sempre inferiores aos prazos de prisão previstos na legislação penal para os maiores de dezoito anos, em situações semelhantes.

E, logicamente, em estabelecimentos nada parecidos com as atuais Febem's.

A proposta por nós lançada chegou a ser endossada por meu amigo **José Carlos Dias**, em sua curta porém marcante gestão à frente do Ministério da Justiça, mas, com sua saída, acabou esquecida...

Não seria o caso de se voltar a debatê-la, ao invés de, absurdamente, propor a redução da maioridade penal para onze anos, ou, daqui algum tempo, para dez, nove, e assim por diante?

O autor é advogado criminalista, ex-vice-presidente da Associação dos Advogados de São Paulo e ex-membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária.



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

BOLETIM IBCCRIM

EDITOR DO BOLETIM: Janaína C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO: Ameruso Artes Gráficas - Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 591-3999

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

O Princípio do *Ne Bis In Idem* e o Excesso do Ato Deprecado

ALBERTO ZACHARIAS TORON e ROSIER BATISTA CUSTÓDIO

Cumprida a carta precatória expedida para ouvir pessoa que era investigada por, entre outros delitos, evasão de divisas e sonegação fiscal, a autoridade policial deprecada, antes de devolve-la à origem, extraiu cópia integral e, em verdadeiro *bis in idem*, instaurou outro inquérito policial para apurar os mesmos fatos que estavam sendo apurados pela autoridade policial deprecante.

A portaria do novo procedimento investigatório não deixava dúvidas; os fatos apurados eram os mesmos, aliás, a *noticia criminis* que levou a autoridade policial deprecada a instaurar o inquérito foi justamente a precatória que havia cumprido.

Do primeiro inquérito policial instaurado originou-se uma ação penal que acabou sendo trancada por falta de justa causa, pela Eg. 1ª Turma do TRF da 4ª Região.

O segundo inquérito policial que já não se justificava desde o início, pois afrontava o princípio do *non bis in idem*, com maior razão não se justificava diante deste novo fato.

Patente o constrangimento ilegal a que se submetia o investigado em face do excesso praticado pela autoridade deprecada que em absoluta inobservância ao princípio do *non bis in idem* determinou a realização de investigação idêntica àquela que existia na comarca deprecante — remarque-se, já com o andamento interrompido pela via de *habeas corpus* —, conduzia à única conclusão de que o novo inquérito era evidentemente carente de justa causa.

Assim outro *habeas corpus* foi impetrado para que o flagrante constrangimento fosse imediatamente coarctado. Deferida a liminar, o andamento do feito foi sobrestado, pois é lição corrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a reiteração de investigações criminais configura evidente afronta ao princípio do *ne bis in idem*.

Sobre o tema, a doutrina nacional e estrangeira salientam que a investigação repetitiva invade o *status dignitatis* do investigado afrontando a segurança jurídica que o cidadão possui perante os atos estatais.

Por isso o grande processualista argentino, **Julio B. J. Maier**, ao ressaltar a importância do princípio do *bis in idem*, destaca: "*Su significado como garantía individual ha sido reconocido internacionalmente. Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217 A (III), 10/12/1948), la misma Asamblea General concluyó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966, resolución 2200 A [XXI], entró en vigor el 23 de marzo de 1976),*

según cuyo art. 14, n° 7: 'Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.' (...)"...impede la 'múltiple persecución penal; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esa razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando há fenecido una anterior o aún está en trámite. En general, todas las reglas que establecen el principio en la legislación argentina tienen este alcance: ... ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho...' (C.P.P. Córdoba, Entre ríos, Corrientes, Chaco; ver supra). El principal efecto de la regla, así concebida, es empedir, absolutamente, toda posibilidad de establecer el recurso

"... fácil perceber que o inquérito policial instaurado perante a delegacia deprecada com a cópia reprográfica da carta precatória cumprida, é mera repetição daquele anteriormente instaurado perante a Delegacia deprecante pois há identidade do investigado e do objeto da persecução."

de revisión en disfavor del imputado absuelto del condenado por un delito más leve. Por lo demás, es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibile tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo 'res iudicata pro veritate habetur' — vigente también para otros procedimientos, aunque con otro alcance y fundamento —, cuanto la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan sólo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia. (...) 'La idea fundamental ... es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos

para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimiento y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad'". ("Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple", in "Doctrina Penal - Teoría y Práctica en las Ciencias Penales", ano 9, 1986, Ediciones Depalma Buenos Aires).

E a doutrina nacional, na voz autorizada do eminente promotor de justiça e professor **Fauzi Hassan Choukr**, já advertiu: "*O direito brasileiro impossibilita a dupla persecução pelo mesmo fato criminoso. Tal previsão não está expressamente prevista na Constituição Federal, mas pode ser dela extraída tanto de seu artigo 5º, § 1º, como da Convenção Interamericana (Pacto de San Jose da Costa Rica)...*" ("*Proceso Penal à Luz da Constituição*", 1ª ed., Bauru/SP, Edipro, 1999).

Os nossos tribunais não dissentem do entendimento doutrinário acima exposto, já que têm reiteradamente determinado o trancamento do procedimento policial que repete investigação por manifesta ofensa ao basilar princípio do *ne bis in idem*.

Neste sentido o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão relatado pela insigne magistrada e estudiosa das ciências penais **Sylvia Steiner**, já decidiu: "*1. A apuração, em sede federal, de responsabilidade penal sobre o mesmo fato investigado na Justiça Estadual, configura 'bis in idem', a ensejar o trancamento do inquérito policial. 2. (...) 3. Ausente justa causa para a instauração de inquérito policial, resta configurado o constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de habeas corpus. 4. Manutenção da r. sentença remetida que determinou o trancamento do inquérito policial no qual figura o paciente. Improvimento do recurso"* (RHC n.º 96.03.48242-0/MS, 3ª Região, 2ª Turma, j. 11.03.97, v.u., DJU 02.04.97, pp. 19.544/19.545).

Destaque-se, ainda, valioso julgado proferido nos autos de *habeas corpus* impetrado perante o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que analisando a matéria, assim se manifestou: "*Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de R.D.M., objetivando o trancamento do Inquérito Policial n.º 107/97, instaurado com vistas à apuração de crime ... praticado, em tese, pelo ora paciente e outros. Segundo se infere dos documentos acostados à inicial do writ, os autos do Procedimento Investigatório n.º 107/97, cujo trancamento se pretende, foi formado, inteiramente, com cópias extraídas do Inquérito n.º 106/97 (...) Assim, estando o delito investigado neste procedimen-*

ATENÇÃO ESTUDANTES

Com o início de mais um ano letivo, o IBCCRIM solicita a todos os associados na categoria de **estudante**, o envio até 28/02 do comprovante de escolaridade na graduação do ano de 2001. Após essa data, serão automaticamente transferidos desta categoria para a de profissional.

Não deixe de apresentar sua comprovação escolar, e continue usufruindo de todos os benefícios de ser associado do IBCCRIM.

O comprovante poderá ser enviado através do fax (11) 3105-4607 - ramal 35 ou por correio - Depto. Administrativo e Financeiro - Setor de Cadastro - Rua Onze de Agosto, 52 5º andar São Paulo - SP CEP 01018-010

Em caso de dúvidas:
Tel. (11) 3105-4607 ou
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

NOVA MENSALIDADE

Procurando dar o melhor atendimento aos associados, o IBCCRIM informa que está em vigor a nova mensalidade. Profissionais: R\$ 25,00
Estudantes: R\$ 15,00

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Aos estudantes da graduação, o Boletim dedica uma seção exclusiva. Participe enviando seus artigos ao nosso informativo pelo e-mail: publicacoes@ibccrim.com.br.
Aguardamos sua participação!

ARTIGOS PARA O BOLETIM

Os interessados em escrever para o Boletim, podem enviar artigos, desde que inéditos em quaisquer veículos, Internet inclusive.

Estes devem ser enviados por e-mail (publicacoes@ibccrim.com.br) ou por correio, com disquete.

Favor atentar aos limites de 60, 98 ou 152 linhas, em espaço duplo e corpo 12.

Participe!

A sua colaboração é fundamental!

➔ to, absorvido pela conduta questionada naquele processo crime, pelo menos em relação a R.D.M., resta evidente a ausência de justa causa ao prosseguimento da atividade informativa, principalmente, em face do trancamento daquela ação penal, no tocante ao paciente deste mandamus. De outra parte, estando evidenciada a figura da absorção penal, não há razão para a instauração de inquérito policial para apurar conduta que, embora em tese e individualmente possa ser considerada ilícita, está, contudo, compreendida em outro delito" (HC, Proc. n.º 1.638-2, classe 1ª, Acórdão n.º 133.970., rel. juíza Anna Maria Pimentel, j. 27.04.99, v.u., DOE/SP 04.05.99, p. 26, in *Boletim IBCCRIM* n.º 79/360, junho de 1999).

O tema também já foi objeto de estudo no Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, onde se asseverou: "*Inquérito Policial - Abertura para esclarecer facetas de caso que se encontra sub judice - Constrangimento ilegal caracterizado. Não se justifica a abertura de inquérito policial contra quem quer que seja, para esclarecer facetas de um caso que se encontra sub judice, o que constitui evidente constrangimento ilegal, subvertendo a ordem processual e fugindo ao objetivo do inquérito, como "preliminar ou preparatório da ação penal"*" (Recurso de Ofício n.º 334.379, rel. juiz Albano Nogueira, 4ª Câ., v.u., JTACrSP 76/88).

Se assim é, fácil perceber que o inquérito policial instaurado perante a delegacia deprecada com a cópia reprográfica da carta precatória cumprida, é mera repetição daquele anteriormente instaurado perante a Delegacia deprecada pois há identidade do investigado e do objeto da persecução.

Configurada a inadmissível afronta ao princípio do *non bis in idem*, é estreme de dúvida a manifesta falta de justa causa para o prosseguimento das novas investigações policiais.

E nem se argumente, como fez a d. autoridade policial que então era apontada como coatora, que o domicílio fiscal do investigado era o da unidade da federação deprecada e portanto era de competência da delegacia desta unidade proceder às investigações quanto ao delito de natureza fiscal.

Ocorre que o primeiro procedimento instaurado já havia apurado também a eventual prática de sonegação fiscal tendo o Eg. TRF da 4ª Região entendido que sequer em tese este delito havia ocorrido. Assim, a discussão do domicílio fiscal do investigado se mostra secundária na medida em que aquele delito já havia sido investigado e sua ocorrência foi inteiramente afastada.

Ademais, na esteira da doutrina e dos julgados acima citados sequer há a possibilidade de se cogitar a instauração de um novo inquérito para a verificação de eventuais "facetas" de fatos já apurados; **a uma** porque presume-se que a investigação anterior já tenha apurado todas as suas faces e, **a duas** porque estaríamos admitindo a permanente insegurança de que as persecuções penais sejam reiteradas.

"... é importante salientar que a reiteração de investigações policiais pode conduzir a inaceitáveis arbitrariedades pois não é difícil imaginar que o arquivamento ou trancamento de uma persecução penal possa contrariar interesses, hipótese na qual as investigações poderiam ser repetidas sempre sob o argumento de que restaram circunstâncias, dados ou fatos ainda não apurados."

Neste ponto é importante salientar que a reiteração de investigações policiais podem conduzir a inaceitáveis arbitrariedades pois não é difícil imaginar que o arquivamento ou trancamento de uma persecução penal possa contrariar interesses, hipótese na qual as investigações poderiam ser repetidas sempre sob o argumento de que restaram circunstâncias, dados ou fatos ainda não apurados.

Um inquérito assim instaurado, ou seja, extraído de outro inquérito de idêntico teor, afronta, à toda evidência, o princípio do *ne bis in idem*, em manifesta dessintonia com o que ensina a doutrina, decidem os tribunais e prescreve a lei, de maneira que

não pode, como efetivamente não pôde, ter prosseguimento.

Neste contexto, com parecer ministerial favorável, o segundo *habeas corpus* impetrado também foi concedido pela ilustre juíza federal dra. **Adriana Soveral Pilleggi** determinando-se o trancamento do inquérito policial instaurado pela autoridade deprecada exatamente em face do reconhecimento da manifesta ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Os autores são advogados criminalistas em São Paulo, o primeiro foi presidente do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** e do Conselho Estadual de Entorpecentes e é professor de Direito Penal da PUC/SP.

As Medidas de Segurança Criminais e Sua Progressão Executória: Desinternação Progressiva

EDUARDO REALE FERRARI

Partindo da concepção de que a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º, exige que todos sejam iguais perante a lei, bem como de que, analogicamente, necessária será a individualização de qualquer sanção (art. 5º, inc. LVI), indubitável constitui a afirmação no sentido de que todos os direitos existentes ao imputável estendam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis, existindo regras obrigatórias, tanto no instante da enunciação, da aplicação, como principalmente no âmbito da execução da medida de segurança criminal.

O processo da execução da medida de segurança criminal constituirá o objeto de investigação do presente artigo, analisando a compatibilidade quanto à progressão da execução da medida terapêutico-penal, discorrendo especialmente, sobre a experiência da desinternação progressiva, em Franco da Rocha, no final da década de 1980.

Com o intuito de conferir efetividade às sentenças ou decisões criminais, a execução de qualquer sanção-penal possui, dentre suas finalidades, a de proporcionar condições de integração social aos suscetíveis de punição, sendo nesse contexto, importantíssima a expressão reintegração comunitária.

Reintegração comunitária significa possibilidade de integração social, exteriorizada pela progressividade na execução de qualquer espécie de sanção-penal, não se restringindo à pena, estendendo-se também às medidas de tratamento criminal.

Permitida a progressão em relação a inimputáveis e semi-imputáveis, possíveis serão as transferências de um regime de tratamento mais rigoroso a um menos rigoroso, resgatando a autodeterminação e dignidade do cidadão-delinquente doente, auxiliando na efetiva, gradativa e futura convivência sócio-familiar.

Embora inexistente em nossa atual legislação penal, o sistema progressivo aplicável aos delinquentes-doentes mentais já constitui uma realidade pragmática nacional, concretizada em vários Estados da Federação⁽¹⁾, apesar da lacuna legal.

Experimentada pela primeira vez no Brasil, em 1966, no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, de Porto Alegre, a progressividade das medidas de segurança possuía como característica essencial, a oportunidade de o paciente⁽²⁾ dirigir-se à casa de familiares, inicialmente, nos fins-de-semana, ampliando-se, de forma paulatina, sua estada com a família por uma semana, quinze dias, um mês, permanecendo em casa definitivamente, tão logo demonstradas as condições de reintegração familiar.

No período de 1981 a 1984, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico de Franco da Rocha iniciou visitas experimentais, admitindo que os pacientes-delinquentes pas-sassem os fins-de-semana junto a seus familiares, resultando em concretos e excepcio-

nais ganhos terapêuticos. Tal ensaio, todavia, foi suspenso judicialmente sob a alegação de ausência de amparo legal.

O direito de execução penal, em lugar de evoluir com as novidades psíquico-terapêuticas — que indicavam, inclusive constituir o meio aberto o grande rumo para a recuperação do inimputável — transformou-se em um muro à custódia.

O apego ao formalismo jurídico, contudo, não venceu a imaginação e a resistência dos bens intencionados operadores jurídicos, inaugurando-se em 1989, em Franco da Rocha, um pavilhão exclusivo, destinado ao implemento de uma progressividade na execução da medida de segurança criminal de internamento, constituindo-se num modelo transitório entre a situação de hospitalização em regime fechado e o retorno ao meio social mais amplo.

"O inimputável ou o semi-imputável internado têm o direito à progressividade ao tratamento ambulatorial sob pena de afrontar-se à individualização na execução da sanção criminal, prevista constitucionalmente no art. 5º, inc. XLVI."

Instituiu-se, assim, a progressividade à medida de segurança criminal de internamento, proporcionando aos indivíduos, que aos poucos melhorassem, um momento de liberdade, com o intuito de alcançar o retorno ao convívio social.

Segundo brilhante trabalho realizado pelos técnicos de Franco da Rocha, a desinternação progressiva constituiu-se em várias etapas. Inicialmente, elaboraram-se critérios médicos seletivos para o encaminhamento dos internos, optando-se por aqueles que apresentassem evolução no tratamento.

Secundariamente, ajustaram-se as dependências do hospital, instalando quatro leitos por sala, sempre abertas diuturnamente, permitido, a qualquer momento, o acesso ao refeitório, à sala de atividades de lazer e pátio. Para as refeições, liberavam-se os pratos, bem como os copos de vidros e os talheres de alumínio, havendo ainda geladeira, fogão industrial e comum, além de pias, mesas, bancos e armários para uso geral. Permitia-se assim, o contato com instrumentos cotidianos da vida sócio-familiar.

Paralelamente a tais características internas, que conferiam dignidade ao doente mental, ampliaram-se os espaços de locomoção externa, permitindo que os pacientes-delinquentes andassem pelas imediações da Instituição.

Estimulando a socialização, o restabelecimento da cidadania, o resgate da autonomia e o controle dos impulsos, fomentaram o trabalho a todos os doentes-delinquentes que apresentassem melhora em seu tratamento, inaugurando a denominada colônia de desinternação progressiva, conferindo acesso a diversas atividades ligadas à horticultura, aos serviços gerais, à marcenaria, à datilografia, aos serviços de escritório, atividades desenvolvidas ainda dentro do estabelecimento penal.

Aumentando progressivamente a ressocialização social e constatando a melhora no tratamento, admitiam que alguns pacientes que obtiveram melhora diante do tratamento, trabalhassem externamente, permitindo atividades como a venda de cachorro-quente, sorvetes e doces, até a prestação de serviços técnicos e operários da construção civil, com o fito de criar vínculos de coleguismo, amizade e, por que não dizer, de intimidade no trabalho.

Mesmo sem amparo legal, o diretor do hospital de custódia de Franco da Rocha, com autorização judicial da Vara de Execuções Criminais de São Paulo, instalou o regime de hospital-noite, no qual o paciente-delinquente permanece, diuturnamente, fora das dependências da colônia de desinternação progressiva, pernando na instituição, com o efetivo controle e acompanhamento no tratamento, cabendo aos funcionários públicos da administração analisar as reações dos pacientes, inseridos socialmente.

O objetivo do hospital-noite consiste em propiciar o hábito ao paciente de se acostumar, gradualmente, ao meio social-familiar — do qual está afastado há anos — utilizando-se de variadas e dinâmicas condutas e regras existentes na Colônia de Desinternação progressiva, existindo contínuo contato com os técnicos⁽³⁾ e funcionários da administração, com reuniões semanais, nas quais todos em conjunto deliberam sobre as decisões relativas às normas de funcionamento da colônia.

A desinternação progressiva constitui um método terapêutico que agiliza e aprimora a compreensão, o manejo e a efetivação do tratamento, restando claro que o regime de contenção se aplica a poucos internos. Consiste numa revolução terapêutica aplicável aos pacientes-delinquentes "condenados" a internação, opondo-se ao regime fechado.

Enquanto no internamento fechado, o paciente adquire hábitos condutores ao hospitalismo, ao mimetismo, agravando a patologia, cronificando a doença, originando um estado de dependên-

CONGRATULAÇÕES

• O IBCCRIM congratula o governo do Estado pela iniciativa de desativar as carceragens das delegacias de Polícia, incluindo-se a do Depatri; consignando que referida medida evidencia o objetivo contínuo de observar e materializar os direitos individuais assegurados pela Constituição Federal, bem como o de cumprir a disposição número 168 do Programa Estadual de Direitos Humanos.

• O IBCCRIM parabeniza os excelentíssimos senhores juízes drs. Alceu Penteado Navarro e José Renato Nalini que, em 18 de dezembro de 2000, assumiram, respectivamente, a presidência e a vice-presidência do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

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.

Nas matrículas efetuadas no mês de fevereiro, os associados do IBCCRIM terão 15% de desconto. E, para os associados inscritos a partir de março será concedido abatimento de 10%. Maiores informações poderão ser obtidas através dos telefones: (011) 255-0005 / 255-4014 / 255-5738 / 259-0784; e do site: www.escolapaulistadejuri.com.br

CANCELAMENTO DE EVENTO

O IBCCRIM comunica que por motivos alheios a nossa vontade, o Simpósio Internacional Sobre Políticas Criminais do Mercosul foi cancelado, não tendo até o momento nova data de realização. Pedimos desculpas pelo ocorrido.

➡ cia contínua do ambiente hospitalar, intensificando o distanciamento do meio sócio-familiar, na desinternação progressiva, visa-se à integração gradativa entre o paciente e o meio social, oferecendo-lhe formas terapêuticas alternativas, que variam, desde saídas extra-institucionais para o trabalho, visitas familiares, passeios pela região, compras na cidade, até o recebimento de aposentadoria, sempre com o devido acompanhamento dos funcionários da instituição pública.

Na desinternação progressiva, adota-se não um mero tratamento psicofarmacológico, mas psico e sócio-terapêutico, tendo razão os técnicos⁽⁴⁾ de Franco da Rocha, ao afirmarem que, do ponto de vista de saúde, ineficaz será o método psicofarmacológico, já que a simples prescrição de medicamentos, apenas, controlará o quadro psicopatológico, sem, contudo, interferir no processo de reintegração sócio-familiar.

Como bem destaca a equipe de técnicos do hospital de Franco da Rocha, composta por Carlos Eduardo Garcia, Dalva Adomatis, Luiz Antonio Pedrosa, Odete Maria Vieira Lanzotti e Thelma Pascucci Ferrão, com o advento dos psicofármacos, o modelo hospitalocêntrico cedeu espaço às comunidades terapêuticas, aos hospitais-dia, aos centros de convivência e de atendimento ambulatorial, vindo ao encontro da moderna reforma psiquiátrica, que possui como intuito preservar, ao máximo, a manutenção do paciente em seu meio social.

Paralelamente à desinternação progressiva, destaque também deve ser conferido às medidas ambulatoriais, previstas em nossa legislação penal, no art. 96, inc. II do Código Penal, sendo unânime o posicionamento da Psiquiatria moderna, quanto à necessidade em priorizá-las.

Assim como se deve fomentar penas restritivas de direitos aos imputáveis, imperioso será o estímulo pelo tratamento ambulatorial aos delinquentes-doentes mentais que praticarem ilícitos típicos não acentuadamente gravosos. O tratamento ambulatorial consiste em uma espécie de medida de segurança criminal, a ser cumprida em estabelecimentos abertos, devendo o portador da doença mental, ou da perturbação da saúde mental, completa ou incompleta, comparecer aos hospitais nos dias em que lhe forem determinados pelos médicos, a fim de ser submetido às modalidades terapêuticas.

O tratamento ambulatorial caracteriza-se como uma autêntica medida não privativa de liberdade, normalmente cumprida em ambulatorios, ou outros locais com dependência médica adequada ao tratamento ambulatorial (art. 101 da Lei de Execução Penal), podendo tais estabelecimentos serem públicos, ou privados, desde que devidamente credenciados junto ao Poder Judiciário, cabendo à administração controlá-los eficientemente, facultando ao juiz regredir o paciente submetido a tratamento ambulatorial ao internamento, caso necessário para não afrontar os fins das medidas de segurança⁽⁵⁾ (art. 97 § 4 da Lei de Execução Penal).

O imputável ou o semi-imputável internado têm o direito à progressividade ao tratamento ambulatorial sob pena de afron-

tar-se à individualização na execução da sanção criminal, prevista constitucionalmente no art. 5º, inc. XLVI.

A progressividade do internamento ao tratamento ambulatorial consiste numa garantia constitucional, inerente a qualquer cidadão, configurando-se sua inadmissibilidade, um contra-senso às finalidades do tratamento.

Ora, se o juiz de conhecimento pode, no instante da sentença, submeter o imputável e o semi-imputável ao tratamento ambulatorial, contraditória será a vedação à conversão posterior, por parte do juiz da execução, quando presente a evolução positiva do tratamento.

Como bem destaca **Júlio Fabbrini Mirabete**⁽⁶⁾, a possibilidade da progressividade é patente, pois, se o juiz que impôs a medida de segurança de internação teve como elemento para a decisão, o laudo de exame psiquiátrico, o juiz da execução, contando com dados colhidos durante a internação (exames, informações sobre o tratamento e seus resultados), terá maior possibilidade para verificar a desnecessidade de continuar o internamento, convertendo-se a medida de segurança em tratamento ambulatorial.

Urgente, portanto, ao nosso ver, constitui a reforma legislativo-penal, enunciando dispositivos, quer para a desinternação progressiva, quer à progressão da medida de segurança — em especial do internamento para o tratamento ambulatorial — não podendo o atual Código Penal e a Lei de Execução Penal permanecerem estagnados diante da tendência de desinstitucionalização do tratamento, preconizada pela Psiquiatria moderna, figurando imprescindível uma imediata adequação legal às novas e salutares modalidades terapêuticas.

Durante os trabalhos da Comissão Revisora à Parte Geral do Código Penal de 1984 — de que honrosamente participamos — sugerimos a inclusão, no futuro Código Penal, de dispositivo prevendo a desinternação progressiva e a progressão do internamento para o tratamento ambulatorial tendo os membros da comissão aceito ambas as sugestões, enunciando as seguintes redações de *lege ferenda*, figurando o projeto, ora em tramitação no Congresso Nacional, os seguintes dispositivos:

"Artigo 97 - O juiz determinará a espécie de medida de segurança adequada, observada a perícia médica.

§ 3º - O juiz, após perícia médica, poderá conceder ao paciente que apresentar melhora em seu tratamento, a desinternação progressiva, facultando-lhe saída temporária para visita à família ou participação em atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social, com a indispensável supervisão da instituição em que estiver internado.

§ 4º - Observados os resultados positivos da desinternação progressiva e realizada a perícia, com a melhora do quadro clínico do internado, poderá o juiz autorizar a transferência para o tratamento ambulatorial, ouvido o Ministério Público."

A proposta da revisão da Reforma do Código Penal de 1984, caso efetiva-

da, impedirá que os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, tornem-se verdadeiros depósitos de seres humanos confinados, não dependendo mais de sopros de esperança⁽⁷⁾ decorrentes de improvisações e arremedos judiciais, vez que expressa será a autorização legal para a desinternação progressiva, bem como possível será a passagem do internamento ao tratamento ambulatorial, conferindo à medida de segurança criminal verdadeiro conteúdo de sanção contextualizada em um Estado Democrático de Direito.

NOTAS

(1) Dentre os Estados que atualmente aplicam a progressividade da execução da medida de segurança criminal importante constitui a referência ao Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre no Rio Grande do Sul, o Manicômio Judiciário de Recife-Pernambuco, seguindo os moldes do de Porto Alegre, e do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Professor André Teixeira Lima, de Franco da Rocha. A progressividade, em Porto Alegre, denomina-se de alta progressiva, enquanto em Franco da Rocha, desinternação progressiva. As diferenças essenciais entre a alta e a desinternação progressiva estão relacionadas às formas de tratamento aplicáveis aos delinquentes-doentes. Enquanto na desinternação há um acompanhamento contínuo dos funcionários, analisando a evolução dos pacientes, a alta restringe-se a meras visitas experimentais dos pacientes às casas dos familiares, ressaltando haver também na desinternação progressiva uma série de atividades dentro

da própria unidade, facultando ao imputável ou ao semi-imputável, o trabalho externo durante o dia, com o repouso noturno na instituição, configurando-se num paralelo ao regime semi-aberto aplicado aos imputáveis.

(2) Segundo o estudo intitulado "Proposta de Adequação ao Código Penal e da Lei de Execução Penal ao Tratamento em Saúde Mental do Inimputável", Franco da Rocha, 2000, p. 12, de autoria de Carlos Eduardo Garcia, Dalva Adomat, Luiz Antonio Pedroso, Odete Maria Vieira Lanzotti e Thelma Pascucci Ferrão, o paciente da alta progressiva, existente no Rio Grande do Sul, somente podia ir para a casa, após certo tempo de tratamento, quando considerado tecnicamente capaz.

(3) Em conformidade com o trabalho intitulado "Proposta de Adequação ao Código Penal e da Lei de Execução Penal ao Tratamento em Saúde Mental do Inimputável", Franco da Rocha, 2000, p. 13, a equipe técnica da Colônia de Desinternação Progressiva é composta por um médico, uma assistente social, uma psicóloga, um chefe de segurança penitenciária, reunindo-se semanalmente, para discutir e deliberar sobre as condutas, analisar e estudar os casos dos pacientes e suas respectivas famílias, os trabalhos que os pacientes exercerão, além de decidir sobre as visitas familiares que poderão realizar nos finais de semana. Há, assim, um pleno acompanhamento psicológico, social e médico, anotando-se todos os dados nos prontuários, servindo, posteriormente, para a realização do parecer médico que opinará ao juiz sobre a cessação da periculosidade, a continuidade da desinternação progressiva, ou mesmo sobre a regressão ao internamento exclusivamente fechado.

(4) "Proposta de Adequação ao Código Penal e da Lei de Execução Penal ao Tratamento em Saúde Mental do Inimputável", p. 16.

(5) Nesse sentido ver MIRABETE, Júlio Fabbrini, "Execução Penal, Comentários à Lei n° 7.210, de 11.07.84", São Paulo, Atlas, 1987, p. 265.

(6) Nesse sentido ver MIRABETE, Júlio Fabbrini, "Execução Penal, Comentários à Lei n° 7.210, de 11.07.84", São Paulo, Atlas, 1987, p. 427.

(7) A desinternação progressiva constitui a maior prova de que o bom senso supera o direito positivo, já que pragmaticamente aplicada há mais de dez anos, em Franco da Rocha — inclusive com presença de homens e mulheres — sem contudo, qualquer previsão legal. Sua autorização originou-se graças à boa vontade e ao bom senso do juiz Francisco José Galvão Bruno, carinhosamente apelidado de *padrinho da desinternação progressiva*, tendo havido enormes avanços provenientes da continuidade de outros juízes que atuaram e atuam na Vara de Execuções Criminais de São Paulo, existindo, atualmente, cinquenta e seis inimputáveis, na Colônia de Desinternação Progressiva, de Franco da Rocha, com lista de espera de setenta, já devidamente autorizados pelos juízes, faltando espaço e pessoal para o necessário acompanhamento.

O autor é doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP, mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, professor assistente-mestre da PUC/SP e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Membro da AIDP.

O Lado Anacrônico na Reforma do Artigo 28 do CPP

JOSÉ ADEMIR CAMPOS BORGES

O Ministério Público, titular da ação penal, tem legítimo e manifesto interesse nas inovações da legislação processual penal.

A propósito, no anteprojeto sobre a investigação policial, chama a atenção a redação proposta ao art. 28 do CPP, na parte em que determina a remessa obrigatória de todo e qualquer arquivamento de inquérito policial ou peça de informação à apreciação do órgão superior do Ministério Público.

Tal dispositivo nada mais é do que uma versão piorada do arcaico reexame necessário das decisões judiciais desfavoráveis ao Estado, cuja supressão integra a pauta de reforma do Judiciário.

Paradoxalmente, a excrecência que se pretende afastar da área processual civil querem introduzir no âmbito do processo penal, mais especificamente no tocante à investigação policial.

O legislador precisará distanciar-se milhas e milhas da realidade para admitir em nosso ordenamento jurídico processual penal tamanho disparate, e nesse seu distanciamento inconsequente e insensato, fruto de idéias paranóicas, saídas provavelmente do próprio Ministério Público, transfor-

mará o órgão superior do *Parquet* num agigantado cartório de delegacia de polícia, que para sobreviver exigirá a contratação de número incalculável de servidores, tudo para fazer com que a conhecida e eficiente burocracia possa ir adiante, no seu interminável bater de carimbos, elevando os gastos da instituição num tempo em que se busca enxugar a máquina estatal.

O art. 28 do CPP, na forma (e não na reforma) prevista, é instrumento procedimental que não abala a autonomia do promotor de Justiça, muito pelo contrário, afirmando-se autêntico recurso do magistrado diante do órgão ministerial, que no exercício exclusivo da ação penal optou pelo arquivamento do inquérito.

Se o propósito da aludida remessa obrigatória é fiscalizar a ação do promotor de Justiça de primeiro grau, que se faça por mecanismos já existentes (exemplo: fiscalização frequente de integrantes dos órgãos superiores às promotorias), que não venham proporcionar o inchaço do Ministério Público; se, no entanto, o propósito da modificação do famigerado art. 28 é banir de vez a figura da autoridade judiciária de qualquer interferência no inquérito policial,

como se ao Judiciário não interessassem as mentiras e verdades que pulsam no inquérito, a questão, nesse caso, toma forma de odioso corporativismo, que benefício algum trará ao ordenamento jurídico ou ao Ministério Público, que, certamente, não sairá engrandecido pela pretensa inovação legislativa, porquanto estará impregnada de tola e perdulária vaidade.

Será que os idealizadores da aludida remessa obrigatória, verdadeira contra-revolução processual, imaginaram o tamanho do rombo que tal medida geraria às burras do Estado?

O fato é que a redação proposta ao art. 28, no tocante à remessa obrigatória do inquérito policial ao órgão superior do Ministério Público, representa evidente retrocesso (de custo social nenhum pouco desprezível) à persecução penal em sua fase inquisitiva, e, por isso, espera-se do legislador um não mastodôntico a esse luxo perdulário, que na essência de novo nada traz para aprimorar ou atender as necessidades prementes da moderna investigação policial.

O autor é promotor de Justiça em Barretos (SP).

CONHEÇA MAIS SOBRE A BIBLIOTECA DO IBCCRIM

ATUALIZAÇÃO EM DOUTRINA
NACIONAL E ESTRANGEIRA

A Biblioteca do IBCCRIM possui um acervo de livros e revistas, nacionais e estrangeiras, permitindo ao associado o acesso à doutrina especializada e atual em Direito Penal, Processo Penal, Política Criminal, Criminologia, Medicina Legal, Direitos Humanos, Psiquiatria Forense e Sociologia Criminal.

Temos uma base de dados com mais de 1.600 livros catalogados, cerca de 10.000 artigos de revistas, além de 220 fitas de vídeo com cursos e palestras. Esta base de dados está disponibilizada no site: <<http://www.ibccrim.com.br/>>, a fim de que os associados de todo o Brasil possam fazer pesquisas.

SERVIÇOS DISPONÍVEIS:

A Biblioteca do IBCCRIM não é circulante (não faz empréstimo de livros). As reproduções serão feitas nos termos do inc. II do art. 46 da Lei nº 9.610/98.

Enviamos aos associados, por e-mail ou fax, referências bibliográficas sobre os assuntos solicitados, mas o associado pode fazer a mesma pesquisa livremente através da biblioteca on-line na internet.

As xerocópias podem ser remetidas pelo correio para todo o Brasil.

Os associados do IBCCRIM também têm livre acesso aos vídeos, sem qualquer custo de locação.

Todos os eventos (cursos, palestras e seminários) organizados pelo IBCCRIM são filmados. As fitas são emprestadas por um prazo de sete dias, com direito à renovação.

O empréstimo de fitas também pode ser feito pelo correio, via sedex. Para locação, entre em contato com a Biblioteca: (11) 3105-4607, e-mail: biblioteca@ibccrim.com.br

FORMAS DE ATENDIMENTO
Os associados de todo o Brasil podem solicitar suas pesquisas por telefone, fax, e-mail ou pessoalmente. O horário de atendimento é das 9:00 às 18:00h, de segunda a sexta-feira.
Tel/Fax: (11) 3105-4607, e-mail: biblioteca@ibccrim.com.br
POR DETERMINAÇÃO DA NOVA DIRETORIA O VALOR DAS FOTOCOPIAS FOI REDUZIDO DE R\$ 0,20 PARA R\$ 0,10 POR FOLHA.

Violência Contra a Mulher: Problema de Segurança Pública e Justiça, Causa Social

LETÍCIA FRANCO DE ARAÚJO

O fim da violência contra a mulher consiste num desafio constante: contra as limitações legais, contra a ainda deficiente estrutura dos Juizados Especiais Criminais, contra o isolamento das entidades governamentais que se dedicam à causa, contra uma cultura arraigada de violência doméstica.

A limitação legal se faz notar especialmente na violência configurada por crimes de menor potencial ofensivo, especialmente lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal, dos quais as mulheres mais são vítimas. De acordo com o estatuto legal que regula tais crimes — a Lei nº 9.099/95 —, ao autor do fato que se compromete a comparecer ao Juizado Especial Criminal não se impõe prisão em flagrante. No entanto, a lei não previu sequer a condução coercitiva de autor de fato, fora de situação de flagrância, para que compareça à Delegacia de Polícia e ali se comprometa a comparecer ao juizado, através da assinatura do Termo de Compromisso de Comparecimento. A falta de previsão legal a respeito faz com que o ato da autoridade policial tendente a exigir o comparecimento de pessoa nessa situação na delegacia esbarre no abuso de autoridade.

Entre o comparecimento da vítima na delegacia e a audiência no Juizado Especial existe na prática um espaço temporal de dias, durante os quais a vítima fica a descoberto, sem proteção — que a polícia não lhe pode garantir por absoluta impossibilidade estrutural e legal — e sem um termo de compromisso firmado com o autor do fato, no sentido de que não repetirá a violência, atribuição do Ministério Público, não extensiva à Polícia, segundo entendimento majoritário. Nesse período, o socorro das vítimas fica a cargo dos abrigos de entidades não governamentais, como o do Cevam, em Goiânia, que as acolhem e as mantêm até que seja emitida alguma manifestação pelo Judiciário. Ocorre que tais abrigos raramente contam com apoio governamental, sobrevivendo tão somente pela brava luta de voluntárias e defensoras da causa feminina.

Os Juizados Especiais Criminais também tentam driblar as vicissitudes da falta de estrutura especializada para o combate aos crimes de menor potencial ofensivo. Sua atuação choca-se com a falta de uma equipe destinada à **fiscalização do cumprimento das penas alternativas** resultantes do acordo de transação penal ou de

condenação. A execução de tais penas, especialmente as restritivas de direitos, acaba por se tornar letra morta. Resulta a **impunidade**.

Finalmente, a violência contra a mulher é resultado de uma cultura machista típica da sociedade brasileira. Seu fim passa por uma mudança de mentalidade, pela qual os homens passem a enxergar nas mulheres seres dotados de direitos e obrigações semelhantes aos seus, o que garante às mulheres o direito à instrução, ao trabalho, à constituição de família de forma programada.

Talvez esse seja o maior desafio a ser enfrentado, vez que a formação de uma cultura leva tempo, forma-se pelo hábito, pelo costume. Há que se ter iniciativas para a mudança. E começa a haver. É possível a realização de alianças entre as Delegacias de Defesa da Mulher e o empresariado, como se começa a esboçar em Anápolis, através de convênio em andamento entre a Delegacia de Defesa da Mulher e a ACIA

(Associação Comercial e Industrial de Anápolis), de forma a viabilizar que a mulher vítima de violência tenha acesso à instrução, à qualificação profissional e a um emprego digno, que a livra por consequência da dependência financeira, que muitas vezes a obriga a manter uma situação con-

jugual de violência que atinge a ela e aos filhos. No âmbito estatal, estamos tentando viabilizar parceria, visando-se a destinar a essas mulheres: renda cidadã, banco do povo, etc. Contribuir para que a mulher possa prover a própria subsistência e a de seus filhos torna-a mais independente, mais respeitada, mais "imune" à violência.

Como se observa, é fundamental que a sociedade adote como meta o fim da violência contra a mulher. É imperioso que haja movimentação social no sentido de se discutir a lei, de modificá-la ou de se fazê-la cumprir, de apoiar as entidades que se dedicam ao amparo das vítimas de violência, de se unirem, homens e mulheres, na modificação dessa cultura de banalização da violência doméstica.

A violência contra a mulher é questão de segurança pública e justiça, e estas são deveres do Estado, mas também são **direito e responsabilidade de todos**. Mãos à obra!

A autora é delegada de Polícia de Defesa da Mulher de Anápolis e mestranda em Ciências Penais pela Universidade Federal de Goiás.

**"... a violência
contra a mulher
é resultado de
uma cultura
machista típica
da sociedade
brasileira."**

Identificação Criminal Compulsória: Inconstitucionalidade do Inc. I do Art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00

ROGÉRIO MARCOLINI

Raras são as leis em matéria penal recebidas sem ressalvas pela comunidade jurídica. A reclamada ausência de política criminal clara e sistematizada tem resultado com frequência no desenvolvimento trôpego do Direito Penal pátrio, alternando conquistas libertárias e discriminizantes com retrocessos hediondos e mecanismos rigorosos de controle social muitas das vezes com nítido propósito estigmatizante.

Assim, não é surpresa que a indispensável regulamentação do art. 5º, inc. LVIII, da Constituição Federal — iniciativa merecedora de encômios, dada a necessidade de estabelecer claramente as hipóteses legais de exceção à garantia constitucional da não submissão do civilmente identificado aos meios e formalidades da identificação criminal, dentre eles a identificação datiloscópica e a identificação fotográfica — já nascesse turvada por dispositivo de nebulosa constitucionalidade.

É que a Lei nº 10.054, de 07.12.00, que "dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências", estabelece em seu art. 3º, inc. I, que "o civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando (...) estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público".

A norma, de conteúdo genérico, evidentemente subtrai plena eficácia à garantia constitucional inscrita dentre os direitos fundamentais de que "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal", elencando determinados tipos penais em que — sem outra razão que não a suposta gravidade da infração penal — a identificação criminal será compulsória, mesmo quando certa e indubitosa a identificação civil.

A rigor, esta espécie de identificação criminal compulsória, independentemente da certeza da identificação civil, não constitui inovação recente, sendo instituída pela primeira vez com a edição da Lei nº 9.034, de 03.05.95, que em seu art. 5º determina que "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil".

Não obstante parte substancial dos autores guarde reservas quanto ao dispositivo da chamada Lei de Combate ao Crime Organizado, é forçoso dizer que a doutrina não vislumbrou flagrante incompatibilidade da norma com o texto constitucional, apegando-se à ressalva contida na parte final do art. 5º, inc. LVIII, da Constituição Federal: "salvo nas hipóteses previstas em lei". Assim, para **Rodolfo Tigre Maia**, o art. 5º da Lei nº 9.034/95 "encontra arrimo no (...) dispositivo constitucional"⁽¹⁾. **Luiz Flávio Gomes**, por sua vez, não vislumbra "nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo", alegando que há expressa autorização constitucional à restrição do direito fundamental pela lei ordinária e que a norma em questão respeita o conteúdo essencial do direito⁽²⁾, enquanto **Antônio Scarance Fernandes** sustenta

que "não há inconstitucionalidade, uma vez que a própria Constituição Federal admite a identificação criminal em casos expressos em lei", chegando mesmo a afirmar que "a lei atende a um reclamo social, tendo razão de ser porque se dirige a pessoas envolvidas com organizações criminosas"⁽³⁾. Por fim, **William Douglas** e **Geraldo Prado**, embora reconheçam que "o espírito da Constituição" não foi preservado, apontam que "a dúvida sobre a inconstitucionalidade da norma", segundo as regras de hermenêutica, "resolve-se pela constitucionalidade"⁽⁴⁾.

Embora tais opiniões mereçam elevada consideração dada a excelência de referidos autores, não parece seja esse o melhor entendimento.

Ora, mesmo os autores que advogam a constitucionalidade das hipóteses legais de identificação criminal compulsória do civilmente identificado reconhecem que a garantia fundamental inserta no art. 5º, inc. LVIII, da Constituição Federal "veio para impedir vexames e constrangimentos a que eram submetidas as pessoas investigadas", conforme pontifica — por exemplo — **Antônio Scarance Fernandes**⁽⁵⁾.

Afinal, como lembra **Luiz Flávio Gomes**, "antes da promulgação do texto constitucional, muitos indiciados, já identificados civilmente, entendiam haver constrangimento ilegal no ato da identificação criminal. Entravam com habeas corpus na Justiça visando evitá-la; todavia, em geral, não atingiam esse objetivo porque o entendimento pacífico do Colendo Supremo Tribunal Federal, espelhado na Súmula 568, era no sentido de que 'a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente'"⁽⁶⁾. Nesse sentido a regra contida no art. 6º, inc. VIII, do Código de Processo Penal, que determinava à autoridade policial, logo que tivesse conhecimento da prática da infração penal, "ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico".

Na verdade, menos de três meses após a edição da Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal em 15.12.76, afinal publicada em 03.01.77, o juiz de Direito do Estado de São Paulo **Benedito Silvério Ribeiro** já indagava, em artigo veiculado na edição de maio de 1977 da *Revista dos Tribunais*: "Identificação datiloscópica. É obrigatória ou facultativa, para quem já é identificado civilmente?"⁽⁷⁾ Naquele arrazoado, em suporte à questão levantada, Sua Excelência invocava a dissidência dos ministros **Bilac Pinto**, **Aliomar Baleeiro**, **Cunha Peixoto** e **Rodrigues Alckmin**, destacando-se aresto da lavra desse último:

"Se o indiciado exhibe prova de regular identificação, por meio de carteira de identidade expedida por órgão competente; e se não há dúvida sobre ser, o indiciado, a pessoa a que se refere a carteira de identidade, não se justifica a intimação para identificação criminal. Tal intimação para identificação desnecessária constitui constrangimento ilegal"⁽⁸⁾.

Ao final, em inteligente tese conciliatória, propunha o magistrado paulista que a identificação criminal — àquela época compulsória — fosse realizada "apenas tomado os dados constantes da cédula de identidade apresenta-

da pela pessoa sob investigação, no lugar de uma série de atos trabalhosos e dependentes de auxílio de outros funcionários" — tais como "a colheita de impressões dos dedos das mãos".

Indiscutivelmente, a repulsa e a resistência aos atos de identificação criminal, que sempre marcaram o período anterior à Constituição Federal de 1988, resultam do caráter estigmatizante do "tocar piano", do ser "fichado" pela polícia, hipótese em que, como acertadamente destaca **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo** "fez-se a cerimônia de identificação prevalecer sobre a finalidade de só identificar, exacerbando a função simbólica do processo penal", tendo como resultado "os protestos da doutrina e as correções da jurisprudência", até "a repulsa social, estampada no texto da Lei Básica"⁽⁹⁾ promulgada em 1988.

Ou seja, "atendendo aos numerosos reclamos, a Assembléia Constituinte de 1988 inseriu dentre os Direitos e Garantias Fundamentais a seguinte regra constitucional: 'o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei' (Constituição Federal, art. 5º, LVIII)"⁽¹⁰⁾.

Evidentemente, portanto, pretendeu o legislador constituinte resguardar o indivíduo civilmente identificado, preso em flagrante, indiciado ou mesmo denunciado, do constrangimento de se submeter às formalidades de identificação criminal — fotográfica e datiloscópica — consideradas por muitas vexatórias (até porque induz ao leigo, ao incauto, a idéia de autoria delitiva), principalmente quando documentadas pelos órgãos da imprensa.

Daí decorre que a interpretação do dispositivo constitucional — especialmente no que diz respeito à ressalva constante de sua parte final, que, no dizer de **Paula Kahan Mandel**, se presta à "demarcação das hipóteses em que caberá identificação criminal"⁽¹¹⁾ — deve integrar-se à sistemática das garantias fundamentais asseguradas na mesma Constituição Federal. Afinal, conforme pondera **Flávia de Almeida Viveiros de Castro**, "as normas são interpretadas com relação ao contexto no qual se inserem"⁽¹²⁾.

Ocorre que o art. 1º da Constituição Federal inscreve, em seu inc. III, como fundamento da própria República Federativa do Brasil, "a dignidade da pessoa humana", enquanto o art. 3º, no inc. IV, estabelece como objetivo fundamental a promoção do bem comum, vedando expressamente quaisquer "formas de discriminação". O art. 5º, por sua vez, já consagra no próprio caput o princípio da isonomia, estabelecendo que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", sendo vedado o tratamento degradante (inc. III) e assegurada a proteção à "honra e a imagem" (inc. X), bem como a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inc. LVII). Ora, não se concebe a interpretação do disposto no inc. LVIII do art. 5º da Constituição Federal em antagonismo a quaisquer desses princípios fundamentais igualmente consagrados na Lei Maior, especialmente no que diz respeito à constitucionalidade de legislação infraconstitucional que se pretenda regulamentar a limitadora da

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - **AJUE AMAZONAS**
- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas
- CEARÁ**
- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público
- DISTRITO FEDERAL**
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal
- GOIÁS**
- Associação Goiana do Ministério Público
- 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**
- Inst. 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 - Rq. SP - ADPF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forensis - 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
- PERU**
- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)

➡ abrangência de garantia assegurada ao cidadão.

No caso específico do art. 3º, inc. I, da Lei nº 10.054, de 07.12.00, ao determinar a identificação criminal compulsória do *"indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público"*, independentemente da certeza da identificação civil, o legislador infraconstitucional vulnera claramente o princípio da isonomia, estabelecendo regra aleatória claramente discriminatória, na medida em que impõe o procedimento reconhecidamente vexatório apenas aos indiciados ou acusados da prática de determinados ilícitos, sem qualquer fundamento ou justificativa razoável. Afinal, não se diga que a iniciativa se destina aos criminosos de maior periculosidade, ou crime de maior gravidade, na medida em que escapam da incidência da norma outros ilícitos a que cominada idêntica escala penal — especialmente aqueles que têm como agente indivíduos normalmente bem aceitos no convívio social, tais como os crimes contra a administração pública, os crimes de colarinho branco, a sonegação fiscal, etc.

Trata-se, portanto, de norma discriminatória e estigmatizante, dirigida especialmente ao agente que atua à margem do convívio social, à grande massa de marginalizados, isentando o empresário, o executivo, o criminoso do colarinho branco do constrangimento de ser chamado à delegacia para "tocar piano". Como tal, evidentemente vulnera o ordenamento constitucional.

Do mesmo modo, da interpretação teleológica do art. 5º, inc. LVIII, da Constituição Federal se infere, como já visto, que o espírito da norma é justamente o de resguardar o cidadão já civilmente identificado de constrangimentos desnecessários, protegendo sua imagem e reputação, especialmente quando, no dizer de **Luiz Flávio Gomes**, *"identificar-se criminalmente ('tocar piano') é um dos maiores vexames"* a que pode ser submetida a pessoa, *"sobretudo o inocente"*. Fazer isso *"antes da formação da culpa e desnecessariamente (i.e., quando a pessoa já é civilmente identificada) é ofender sua dignidade, hoje elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil"*⁽¹³⁾. Assim, a ressalva inscrita na parte final do dispositivo constitucional não pode ser compreendida e interpretada como autorização para que o legislador infraconstitucional possa estabelecer casuisticamente qualquer exceção ao conteúdo essencial do direito de o civilmente identificado não ser identificado criminalmente.

Como bem assevera **Sérgio Marco de Moraes Pitombo**, *"a identificação datiloscópica, no processo penal, só guarda, então cabência quando exigível, posto que necessária e útil à individuação, sem ou com lei ordinária arriante"*. Isto posto, *"hão de ser identificados os que nunca o foram e mais aqueles cujo documento identificador mostrar-se objetivamente duvidoso"*⁽¹⁴⁾. Dessas hipóteses tratam os demais incs. II a VI do art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00: quando *"houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração de documento de identidade"* (inc. II); quando *"o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais"* (inc. III); quando *"constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações"* (inc. IV); quando *"houver registro de extravio do documento de identidade"* (inc. V);

e quando *"o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil"* (inc. VI). Essa a matéria que a ressalva constitucional remete a legislador ordinário, até porque, como ressalva **Sérgio Pitombo**, *"as limitações ao preceito constitucional vão ou devem aflorar para reafirmá-lo, resguardá-lo, impedindo o flaqueamento arbitrário"*⁽¹⁵⁾. Nesse sentido, por exemplo, o art. 109 da Lei nº 8.906 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13.07.90, que, após reafirmar o preceito constitucional (*"o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória"*), estabelece ressalva *"para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada"*.

No caso específico do inc. I do art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00, o legislador ordinário exorbitou a delegação que lhe foi outorgada pelo legislador constituinte, atentando contra o próprio direito fundamental assegurado pelo preceito inscrito no art. 5º, inc. LVIII, da Constituição Federal, negando eficácia à norma em determinados casos aleatoriamente considerados. A julgar-se esse procedimento regular, seria o caso de admitir que o legislador infraconstitucional possa estabelecer tantos e quantos casos não são alcançados pela proteção constitucional, de maneira a que o que fora instituído como garantia genérica do cidadão se veja reduzida a privilégio excepcional de poucos beneficiados. A exceção tornar-se-ia regra; e a regra, exceção.

Evidentemente não se pode por legislação ordinária regulamentadora esvaziar de tal modo o preceito constitucional regulamentado de forma a subtrair-lhe significativo alcance social e desnaturar-lhe o propósito, incompatibilizando-o com outras normas e garantias inscritas na mesma Constituição Federal.

NOTAS

- (1) **MAIA, Rodolfo Tigre**, *"O Estado Desorganizado Contra o Crime Organizado"*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, p. 108.
- (2) **GOMES, Luiz Flávio**, *"Crime Organizado"*, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 163.
- (3) **FERNANDES, Antônio Scarance**, *"Crime Organizado e a Legislação Brasileira"*, in *"O Crime Organizado (Itália e Brasil). A Modernização da Lei Penal"*, coord. **Jaques de Camargo Penteado**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995 (op. cit., p. 50).
- (4) **SANTOS, Willian Douglas Resinente dos & PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas**, *"Comentários à Lei Contra o Crime Organizado"*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 75.
- (5) **FERNANDES, Antônio Scarance**, *"Processo Penal Constitucional"*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 243.
- (6) **GOMES, Luiz Flávio**, op. cit., p. 159.
- (7) RT 499/269.
- (8) RHC nº 52.995/PR, 1ª Turma do STF, rel. min. **Rodrigues de Alckmin**, RTJ 72/360.
- (9) *"A Identificação Processual Penal e a Constituição de 1988"*, in RT 635/172.
- (10) **GOMES, Luiz Flávio**, ob. cit., p. 158.
- (11) *"Identificação Datiloscópica: Da Inconstitucionalidade da Portaria 6/09"*, in **Boletim IBCCRIM** nº 71, p. 9.
- (12) **CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de**, *"Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional"*, Ed. Lumen Juris, 2000, Rio de Janeiro, p. 46.
- (13) **GOMES, Luiz Flávio**, ob. cit., p. 160.
- (14) RT 635/178-9.
- (15) Op. cit., p. cit.

O autor é advogado criminalista no Rio de Janeiro

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal

GISELE MENDES DE CARVALHO

A complexidade do tratamento jurídico-penal da eutanásia e os inúmeros questionamentos de ordem humana, social, ideológica e ética que implica o seu debate são fatores que atestam a impropriedade da regulamentação do instituto em face do atual Código Penal, como homicídio perpetrado por motivo de relevante valor moral (art. 121, § 1º). É de notar, primeiramente, que a eutanásia requer, ademais do móvel piedoso, o estado de invalidez irreversível ou de enfermidade incurável do titular do bem jurídico, além de seu inequívoco consentimento ou petição. Ainda nessa trilha, impõe que se distingam eutanásia ativa e passiva: a primeira consiste na realização de atos positivos com o escopo de dar a morte a um enfermo terminal, ao passo que a segunda se consubstancia na não-iniciação ou na interrupção de um tratamento determinado por meio da abstenção de métodos e aparelhos que constituem um prolongamento da atividade médica.

O Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial (Portaria nº 232, de 24.03.98) prevê a eutanásia ativa como figura privilegiada (art. 121, § 3º), e exclui a ilicitude da eutanásia passiva (art. 121, § 4º), desde que presentes, em ambos os casos, alguns requisitos essenciais. Cumpre reconhecer que o tratamento reservado à eutanásia ativa afigura-se, por sem dúvida, como correto, visto que o motivo de agir (elemento subjetivo especial do tipo) importa menor reprovabilidade pessoal pela realização da

conduta típica e ilícita, e o consentimento diminui o desvalor da ação. Esses elementos não têm, todavia, o condão de autorizar a descriminalização da conduta, porque a liberdade individual não é valor que possa ser considerado isoladamente, a ponto de cancelar a disposição da própria vida. Frise-se, porém, que a conduta do médico que tenha por objetivo tão-somente aliviar o sofrimento do paciente, ministrando-lhe terapêutica paliativa, deverá ser considerada penalmente atípica, desde que atue com observância do cuidado objetivamente devido e de acordo com as regras da *lex artis*, uma vez que não assume como possível a superveniência do resultado morte nem o quer diretamente⁽¹⁾.

Calha advertir, de outro lado, que a eutanásia passiva não constitui causa de exclusão da ilicitude do delito de homicídio, mas sim de atipicidade da conduta em razão da ausência de omissão relevante. Isso porque, ante a comprovada inexistência de qualquer possibilidade de recuperação do paciente, não subsiste o dever de assistência do médico que, como todo dever de agir, encontra-se condicionado à presença de perspectivas objetivas e racionais de atuação. Não basta, nos delitos omissivos impróprios, que o autor esteja na posição de garante, faz-se mister que tenha possibilidade material de evitar o resultado (capacidade concreta de ação)⁽²⁾. Na hipótese em apreço, não havendo expectativas reais de devolver sequer a consciência ao paciente, toda terapêutica converte-

se num processo de prolongamento da vida, que em tudo atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana e contra a proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes (arts. 1º, III e 5º, CF). Convém que se substitua aqui o princípio da sacralidade da vida humana, segundo o qual esse bem jurídico se apresenta como uma magnitude absoluta e intangível, pelo da qualidade de vida, que considera a capacidade do indivíduo de relacionamento e comunicação, e não sua simples existência biológica. Assim, se a vida está sendo mantida através de instrumentos, deixa de ser um dado da realidade e transforma-se num mero artifício. Nesse aspecto, "não há cogitar de sua manteça, e a omissão ou interrupção da terapia não pode acarretar a criminalização do médico"⁽³⁾.

NOTAS

(1) Cf. CASABONA, Carlos M. Romeo, "El Derecho y la Bioética Ante los Límites de la Vida Humana", Madrid, Cera, 1994, p. 429.

(2) Cf. PRADO, Luiz Régis, "Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral", 2ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 210.

(3) SILVA FRANCO, Alberto, "A Eutanásia Passiva no Novo Código Penal", *Boletim IBCCRIM*, nº 5, p. 4, jun/93.

A autora é quintanista de Direito na Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR).

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000

Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.

O Presidente da República. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os arts. 2º, 26, 30, 35, 53 e 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autores de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º - O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à

frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º - O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data da propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento."

(...)

"Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente

a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo."

(...)

Art. 3º A partir de 1º de janeiro de 2001, a taxa processual de que trata o inciso I do art. 5º da Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, será devida no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), repartindo-se o produto de sua arrecadação na base de um terço para cada um dos seguintes órgãos:

I - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade;

II - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

III - Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda;

Art. 4º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.055-4, de 7 de dezembro de 2000.

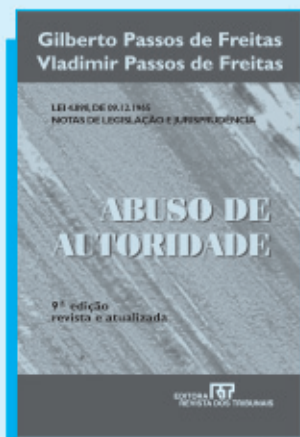
Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de dezembro de 2000;
179º da Independência e 112º da República.

Fernando Henrique Cardoso
José Gregori
Pedro Malan

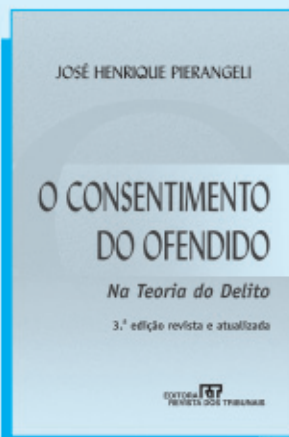
Este texto não substitui o publicado no DOU de 22.12.00

Editora Revista dos Tribunais



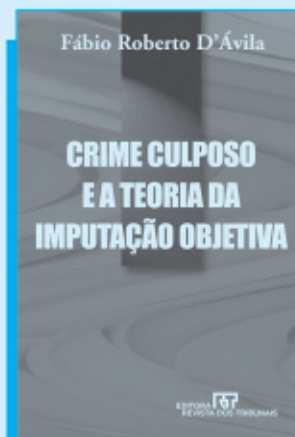
cód. 002090
200 páginas
R\$ 31,00

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.



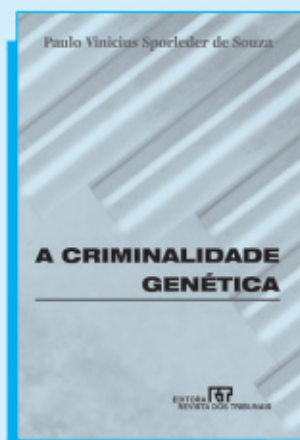
cód. 002056
284 páginas
R\$ 42,00

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.



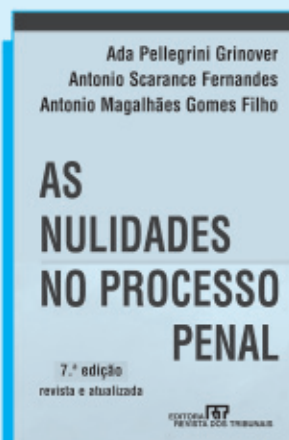
cód. 002087
148 páginas
R\$ 23,00

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.



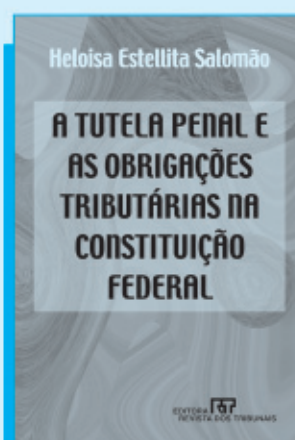
cód. 002078
156 páginas
R\$ 24,00

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 genetecnologias. Por fim, analisa, sob um enfoque predominantemente biológico, os diversos estudos relacionados à influência biológica na conduta desviante, as bases genéticas no transtorno antisocial de personalidade e o impacto do Projeto Genoma Humano sobre a culpabilidade penal.



cód. 002072
318 páginas
R\$ 43,00

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



cód. 002098
236 páginas
R\$ 36,00

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

EDITORIA RT
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 Assembléia, 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
• rtcitib@livrariart.com.br