

Boletim



IBCCRIM

Publicação
Oficial do
INSTITUTO
BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS

SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Continuam abertas as inscrições para o **VI Seminário Internacional**. Garanta logo sua vaga com preços ainda promocionais. Presenças confirmadas de renomados professores brasileiros e estrangeiros. De 03 a 06 de outubro de 2000
Local: Hotel Maksoud Plaza - Al. Campinas, nº 150 - SP
Horário: das 9:00 às 18:00h
Informações: Depto. Comunicação e Marketing
Rua XI de Agosto, 52 - 5º andar
- Tels.: (0xx11) 3105-4607 e 3105-0109
E-mail: comkt@ibccrim.com.br

CURSO

"A Criminologia e a Justiça Penal" IBCCRIM e Universidade de Ottawa

O IBCCRIM e a Universidade de Ottawa (Canadá), pelo Departamento de Criminologia da Faculdade de Ciências Sociais, estão programando a realização de um Curso de Criminologia no próximo mês de novembro.

O curso destina-se a associados do IBCCRIM e tem como requisito apenas a apresentação de diploma universitário. As tratativas em andamento trazem a perspectiva de se permitir aos participantes a inscrição paralela (sem despesas adicionais) como estudante especial da Universidade de Ottawa. Esta inscrição, se aprovada, dará direito a uma carta de atestação de conclusão de curso e ao reconhecimento de três créditos para aqueles que quiserem conti-

nuar sua formação nesta universidade.

O curso será equivalente a um dos integrantes do programa de pós-graduação regular promovido pela Universidade de Ottawa e consistirá de três blocos com os seguintes temas:

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

Reserve sua vaga!

Mais informações e reservas de vagas (limitadas) no **Departamento de Comunicação e Marketing do IBCCRIM** — Tel.: (0xx11) 3105-4607 ou ainda pelo e-mail: comkt@ibccrim.com.br

Interrogatório à Distância

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

01. Experiência noticiada — A 4 de julho do ano corrente, o jornal *Folha de S. Paulo* estampou reportagem sobre a realização experimental de interrogatórios à distância (p. C3). O juiz de Direito, da causa penal, ficará na **sala de audiência**, de certa Vara Criminal, no Fórum Central, e o acusado preso restará na **carceragem**, de estabelecimento prisional, para os lados da Vila Prudente. Vai utilizar-se "equipamento de vídeo-conferência profissional: um televisor dotado de câmera. As imagens serão transmitidas por meio de cabos de telefonia, que passam embaixo da terra". O motivo, afirma-se, encontra-se na **dificuldade de organizar escolta**, para transporte do acusado. Exigiria quinze dias. Assim, a experiência visa a dar mais rapidez ao processo, economia para o transporte dos presos, e liberação de mais polícias militares, para o patrulhamento das ruas.

No dia seguinte, em editorial, sob o título "Teleinterrogatório", o jornal *Folha de S. Paulo*, concluindo-o, pondera: "O sistema de teleconferência já é usado em outros países, como os EUA e a Espanha. É claro que isso não significa que vá também funcionar no Brasil, mas é um indício de que a tecnologia pode

colaborar para agilizar o Judiciário, de notória morosidade, e de quebra, liberar mais policiais para o trabalho nas ruas. A título de experiência pelo menos, a proposta se justifica. Cercando-se dos cuidados necessários para a preservação dos direitos fundamentais, não há porque temer a tecnologia" (p. A2).

A idéia pode encontrar obstáculos.

02. Devido processo legal — Garantia de direito individual, o devido processo penal — como preferem alguns — ultima-se mediante procedimento que se desenvolva de modo regular (art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República). Tal regularidade nasce, em princípio, nas leis processuais penais. Os atos processuais, integrantes do procedimento, portanto, têm a **forma** que a lei lhes dá — determinada ou indeterminada. O **tempo** dos atos, por igual, ostenta-se na legislação — dia, horário, feriados, prazos e outros elementos —, bem como o **lugar** onde se realizam — sede do juízo ou tribunal.

O acusado preso há de comparecer "perante a autoridade judiciária", seu juiz natural, para verse interrogar (art. 185 do Código de Processo Penal, e art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Agosto/2000 - nº 93

- **Curso: "A Criminologia e a Justiça Penal"**
- IBCCRIM e Univ. de Ottawa 01
- **Interrogatório à Distância**
- Sérgio Marcos de Moraes Pitombo 01
- **Teoria Constitucional do Delito no Limiar do 3º Milênio**
- Luiz Flávio Gomes 03
- **Ação e Informação na Segurança Pública**
- Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Eliana Bordini e Renato Sérgio de Lima 05
- **Plano de Segurança Pública (Ou de Boas Intenções?)**
- Letícia Franco de Araújo 06
- **O Código de Trânsito Merece Vida Longa**
- Cyro Vidal 07
- **Medicina Legal - Aspectos Relevantes da Necropsia Forense**
- Lauren Paoletti Stefanini 08
- **A Apelação nos Juizados Especiais Criminais**
- Marco Aurélio Munhollo 08
- **Substituição da Pena de Suspensão do Direito de Conduzir Veículo Automotor**
- Márcia da Rocha Cruz e Juliana Poggiali G. e Oliveira 09
- **Direito à Velhice... Direito à Vida**
- Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM 10
- **O Indulto Humanitário e a Comutação da Pena Relativamente a Crime Hediondo ou Equiparado**
- Vidal Vanhoni Filho 11
- **A Inconstitucionalidade do Encerramento do Processo Administrativo Fiscal Como Condição de Procedibilidade Para o Exercício da Ação Penal**
- Francisco Bissoli Filho e Gustavo Wiggers 13

Caderno de Jurisprudência

- **O Direito Por Quem o Faz: Apelação. Dosimetria da Pena. Reconhecimento da Continuidade Delitiva. Crime de Competência do Júri. Voto Divergente..** 467
- **O Direito Por Quem o Faz: Embargos Infringentes Visando o Aumento da Pena Para Ensejar Protesto Por Novo Júri....** 468
- **Alteração Legislativa:**
Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000
- 469
- **Supremo Tribunal Federal** 470
- **Superior Tribunal de Justiça** 471
- **Tribunal Regional Federal** 472
- **Tribunal de Justiça** 473
- **Tribunal de Alçada Criminal** 474

Constituição da República). A doutrina e alguns julgados entendem que a **presença do defensor**, ao ato, surge necessária. Embora não deva intervir ou influir, nas perguntas e nas respostas, cumpre-lhe **velar pela legalidade do interrogatório** (art. 187, do Código de Processo Penal). O interrogatório do imputado, se maior de 18 e menor de 21 anos, exige a presença de **defensor**, consoante a maioria dos julgados, salvo, se e quando lhe derem **curador**, que lhe complete a vontade (arts. 194, 262 e 564, inc. III, letra c, do Código de Processo Penal). Grande número de inepados presos não têm defensor constituído. Assim, o juiz nomeia dativo (art. 263, do Código de Processo Penal), ou ele será atendido por procurador do Estado (P.A.J.).

Não se há de esquecer, de outra sorte, do mudo, surdo e do surdo-mudo, facilitando-lhes a comunicação (art. 192, do Código de Processo Penal). Ainda, da eventual necessidade de **intérprete**, ocorrência comum nos grandes centros urbanos (art. 193, do Código de Processo Penal).

Tudo leva a perceber que o interrogatório consiste em **ato do procedimento, subjetivamente complexo**. Dele participam diversas pessoas, em tese.

Além disso, a leitura atenta das perguntas, que o juiz de Direito deve fazer, mostra que o interrogatório, de modo prevalente, é **peça de defesa** (art. 188, incs. I a VIII, do Código de Processo Penal). A tais perguntas podem acrescentar-se outras, pertinentes ao fato, narrado na acusação e sob pesquisa.

Como se irão atender às **formalidades do interrogatório**, se realizado à distância? Onde deverão estar o **defensor** do incriminado e o **curador do menor**? Junto ao juiz de Direito, ou ao lado do acusado? Se o **defensor** achar-se no estabelecimento prisional, não poderá consultar os autos do processo, da ação penal, obstando a que, seria e profissionalmente, oriente o inepado, antes do interrogatório.

Não se pode esquecer, também, da prática desfuncionalizada da pretensa "citação por requisição", que pode ensejar indesejável desdobramento interpretativo (art. 360, do Código de Processo Penal).

03. Lugar dos atos processuais — As audiências, sessões e os atos processuais, em regra, realizam-se na sede do juízo ou no tribunal, prédio público, onde se acha o órgão (art. 792, *caput*, do Código de Processo Penal). Na Comarca da Capital, as Varas Especializadas, no ramo criminal, são as Varas Criminais, Varas do Júri e Varas das Execuções Criminais (art. 27, do Decreto-Lei Complementar nº 03, de 27 de agosto de 1969, e Tabela "B", anexa à Resolução nº 1, de 29 de dezembro de 1971).

A prática de audiências, sessões e de atos processuais, fora dos lugares indicados, pode ocorrer: *"na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada, em caso de necessidade"* (art. 792, § 2º, do Código de Processo Penal). Emerge preciso, pois,

sucedo **grave óbice** à prática de ato processual, na sede do juízo ou tribunal. A lei do processo admite, também, que o interrogatório efetue-se, achando-se o imputado enfermo, no local onde se encontre (art. 403, 2ª parte, do Código de Processo Penal).

Não desponta possível, ao menos por enquanto, aceitar que o mencionado ato do procedimento suceda em dois lugares — Vara Criminal e carceragem —, no mesmo instante processual, sem que ocorra **necessidade imperiosa**; e, do mesmo modo, se reconheça o estabelecimento prisional, como "casa", no sentido da lei.

04. Ao devido processo penal importa a ampla **publicidade dos atos**, exibindo-se a restrição qual excepcionalidade (arts. 5º, inc. LX e 93, inc. IX, da Constituição da República, e, ainda, art. 792, *caput*, do Código de Processo Penal). As exceções, agora apontadas na Lei Maior, são: defesa da intimidade, interesse social e interesse público. O interesse público limita-se ao *"escândalo, inconveniente grave, ou perigo de perturbação da ordem"* (art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal).

A **publicidade** ativa, imediata, externa, ou direta permite que **qualquer do povo** presencie o ato processual, ou dele tome conhecimento. Às pessoas que assistem, a lei do processo denominou **espectadores** (arts. 793, 1ª parte e 795, do Código de Processo Penal). À evidência, não se dará acesso à carceragem, para tais pessoas. Reduz-se a **publicidade** e sem amparo constitucional.

05. Contraditório indisponível ou indispositivo — O interrogatório que, para o acusado, se faz em estabelecimento prisional, não acontece com total liberdade. Ele jamais terá suficiente serenidade e segurança, ao se ver interrogar na carceragem — ou outro lugar, na Cadeia Pública. Estará muito próximo ao carcereiro, ao "chefe de raio", ao "xerife de cela", ao co-imputado preso, que, contingentemente, deseje delatar. O interrogado poderá, também, ser um "amarelo"; ou se ter desentendido com alguma quadrilha interna e, assim, perdido a paz, no cárcere. Em tal passo, o primeiro instante do exercício do direito de defesa, no processo, ou **autodefesa** torna-se reduzida. O inculcado não será, pois, ouvido, de forma plena (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República).

Tais aspectos — que não esgotam o tema — forcem ponderada análise. A existência e reconhecimento de direito individual implica dever de abstenção de quaisquer dos Poderes do Estado, em feri-lo. Cabe, ainda, recordar o que todos sabem: a função específica do Poder Judiciário é solucionar conflitos, tutelando a liberdade jurídica, e não socorrer o Poder Executivo, em suas falhas e omissões.

O autor é professor assistente doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Teoria Constitucional do Delito no Limiar do 3º Milênio

LUIZ FLÁVIO GOMES

Certamente não haveria outra ocasião mais oportuna que o limiar de um novo milênio para se noticiar a profunda transformação, já bastante amadurecida (**César Bitencourt/Muñoz Conde**), na teoria do delito. Avizinha-se o que, no futuro, os historiadores porventura irão reconhecer como *nova era penal*, regida por um *redimensionado* Direito Penal que, doravante, deverá ser reestudado, (re)compreendido e (re)ensinado por todos os dogmáticos, intérpretes, professores e aplicadores. Tudo resulta de uma feliz combinação de várias idéias, teorias e princípios extraídos de um denominador comum: a *Constituição* que, como máxima expressão normativa, constitui o norte de todo o ordenamento jurídico.

"Avizinha-se o que, no futuro, os historiadores porventura irão reconhecer como *nova era penal*, regida por um *redimensionado* Direito Penal que, doravante, deverá ser reestudado, (re)compreendido e (re)ensinado por todos os dogmáticos, intérpretes, professores e aplicadores."

Desde várias perspectivas, mas fundamentalmente (a) da *teoria da imputação objetiva*, que é concebida como (mais um) requisito normativo do tipo e que não tem o escopo de eliminar a clássica relação de causalidade, senão o de limitá-la, e (b) dos princípios constitucionais e político-criminais (**Roxin**) da *exclusiva proteção de bens jurídicos* (o Direito Penal somente pode ter como missão a proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos) e da *ofensividade* (não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido — *nullum crimen sine iniuria*), tornou-se possível *redimensionar* as várias etapas (dogmáticas) de valoração do fato punível (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade).

Nesse sentido, o mais recente trabalho científico de autoria do professor **Damásio E. de Jesus** ("*Imputação objetiva*", São Paulo, Saraiva, 2000) contempla, com efeito, para além de uma abrangente e percuciente visão da teoria da imputação objetiva, uma extraordinária e sugestiva proposta tendente a uma completa *revisão* na teoria do delito (do injusto). Caminha *pari passu* nosso trabalho "*Teoria Constitucional do Delito (?)*", cuja publicação estamos programando para este ano ainda.

Numa espécie de despedida definitiva do positivismo formalista de **Binding**, de **Von Liszt/Beling** e de **Rocco** (tecnicismo-jurídico), que marcou, apesar do neokantismo (teoria dos valores) e paralelamente ao finalismo de **Welzel**, todo o século XX, concebe-se a teoria do delito e, particularmente, a do fato típico, desde uma sólida base *constitucional* (**Palazzo, Sax**, etc.). Para o juízo (positivo) de tipicidade penal, em sentido *material*, já não bastará, destarte, a mera realização formal da conduta descrita na *fattispecie*. O fato concreto para ser *típico* requer: (a) realização da conduta descrita (subsunção formal da conduta ao tipo); (b) necessária produção de um resultado *jurídico* (afetação — lesão ou perigo concreto de lesão — do bem jurídico protegido); (c) que esse resultado seja *desvalioso* e *intolerável* (desvalor do resultado), e (d) que seja *objetivamente imputável* ao risco *proibido* produzido pela conduta do agente.

A *revolução* que esse conjunto de idéias é capaz de provocar começa pela inadmissibilidade da existência do delito sem a presença de um resultado *jurídico* (afetação ao bem jurídico). Com isso vai para o segundo e rebaixado plano a "velha" e formalista classificação dos crimes em materiais, formais e de mera conduta. Parte-se da premissa de que todos os delitos (comissivos ou omissivos, dolosos ou negligentes) possuem resultado jurídico (concepção material do crime). O delito somente se consuma quando acontece esse resultado (não quando ocorre a conduta ou tão-somente o resultado naturalista).

O resultado jurídico, de outro lado, somente será penalmente relevante quando for *desvalioso* (jurídica e socialmente) e *intolerável* (significativamente importante) e somente pode ser imputado ao agente na medida em que guarde exata correspondência com o *risco proibido* que ele criou (**Damásio de Jesus**).

Enquanto do resultado jurídico, desvalioso e intolerável (desvalor do resultado) cuida primordialmente o princípio da ofensividade, da correlação necessária entre o risco proibido e esse resultado jurídico encarrega-se a *teoria da imputação objetiva*.

Não há dúvida que o delito, quando constitucional e materialmente enfocado, não só representa uma visão garantista e nessa perspectiva expressão do aclamado Direito Penal mínimo (**Baratta, Hassemer, Ferrajoli, García-Pablos, Zaffaroni, Cervini, Silva Franco, Cernicchiaro, Dotti, Nilo, Régis Prado, Shecaira, Luisi, Jair Lopes, Ariasvaldo**, etc.), senão também, como sublinha **Gimbernat Ordeig**, a subtração do Direito Penal de "*la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación*".

Por qual motivo o comerciante de armas ou mesmo seu fabricante não responde pelo homicídio cometido com tal instrumento? A doutrina clássica respondia: evita-se o *regressus ad infinitum* por falta de dolo. Na verdade, de tais condutas derivam *riscos*

permitidos (autorizados), logo, eventual resultado jurídico não pode ser-lhes objetivamente imputado. Exclusivamente o risco *proibido* é penalmente relevante.

Uma lesão validamente *consentida* pela vítima tampouco entra no âmbito do risco juridicamente proibido. A mesma coisa cabe ser dita em relação às lesões esportivas, à intervenção cirúrgica, aos ofendículos, às condutas *impostas* pela lei (estricto cumprimento de dever legal), etc. Resultados jurídicos derivados de riscos permitidos, autorizados, não são juridicamente desvaliosos. Consequentemente, não pertencem ao âmbito do proibido pelo tipo penal (teoria conglobante, **Zaffaroni**). Não são diferentes os resultados socialmente adequados (teoria da adequação social — **Welzel**) ou insignificantes (princípio da insignificância — **Roxin**).

A tendência, como se vê, é enriquecer

"Por qual motivo o comerciante de armas ou mesmo seu fabricante não responde pelo homicídio cometido com tal instrumento? A doutrina clássica respondia: evita-se o *regressus ad infinitum* por falta de dolo."

materialmente a teoria do fato típico (**Tavares**). Mas isso não constituiria um certo esvaziamento da antijuridicidade? A resposta é negativa pelo seguinte: o fato típico ofensivo ao bem jurídico tutelado nada mais representa que o *aspecto positivo* do juízo de antijuridicidade (material), do mesmo modo como as causas justificantes (legítima defesa, estado de necessidade) exprimem o seu *aspecto negativo* (**Mir Puig**).

O tipo perde sua neutralidade valorativa, sua concepção formalista (**Gallas**). Como tipo de injusto, já significa uma expressão da antijuridicidade (*ratio essendi*, dizia **Mezger**). É fundamentador do delito (injusto) e delimitador de seu raio de abrangência. A conduta para ser típica precisa ajustar-se à descrição legal e materialmente ofender o bem jurídico protegido (concepção *material* do delito como fato ofensivo típico e antijurídico — **Bricola**). Nesse sentido, o tipo penal nem é mero indício da antijuridicidade (*ratio cognoscendi* — **Mayer, Welzel**), nem tampouco é definitivamente a antijuridicidade (teoria dos elementos negativos do tipo/**Gimbernat, Reale Júnior**): é sua expressão provisória (**Toledo**), que será afastada quando presente uma



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

Diretoria da gestão 1999/2000

Presidente: Carlos Vico Mañas
 Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo
 2º Vice-presidente: Marcio Orlando Bártoli
 1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro
 2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes
 3º Secretário: Silvia Helena Furtado Martins
 Tesoureiro: Adriano Salles Vanni
 Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes
 Diretora da Biblioteca: Alberto Silva Franco
 Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes
 Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira
 Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella
 Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr
 Diretora do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

BOLETIM IBCCRIM

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella
 Jornalista: Gisele Vieira (MTb. 25.414)
 Diagramação, Composição, Montagem
 e Fotolito: Ameruso Artes Gráficas
 Tel. (0xx11) 215-3596
 Impressão: Ativa/M - Tel.: (0xx11) 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.: (0xx11) 3105-4607 (trunco-chave)
 http://www.ibccrim.com.br
 e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

causa concreta justificante (legítima defesa, por exemplo), que demanda sempre um balanceamento dos bens jurídicos em conflito (proporcionalidade).

Para o juízo de tipicidade, em suma, já não bastará a mera antinormatividade (contradição da conduta com a norma isolada) ou a mera desobediência à norma — **Jakobs**, "*Willenstrafrecht*" —, ou infração a um dever (**Welzel**). Mister se faz a denominada antijuridicidade material (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico): conduta delituosa ou resultado desvalioso é tão-somente o que entra em conflito com os interesses tutelados pela norma (**Cobo del Rosal/Vives Antón**, **Rodriguez Mourullo**, etc.). Fundamental, portanto, é sempre perguntar, como premissa básica, qual é o bem jurídico tutelado em cada caso (**Régis Prado**).

Antijuridicidade, de outro lado, não é a mesma coisa que injusto (delito). Este é composto pelo fato típico e antijurídico. Antijuridicidade é uma qualidade do fato típico. O delito (injusto) é o fato típico já valorado como antijurídico.

A *culpabilidade*, por seu turno, está fora do injusto penal (do delito). É puro juízo de reprovação (**Welzel**) ao agente responsável pelo injusto realizado (*teoria da imputação subjetiva*).

Como puro juízo de reprovação *pressupõe* um agente: (a) imputável; (b) que tinha ao menos a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta; (c) que podia, nas circunstâncias, agir de modo diferente (exigibilidade de conduta diversa).

E recai sobre o que essa reprovação? Sobre a atitude interna (*Gesinnung*) revelada (exteriorizada) pelo agente no fato concreto cometido (ninguém pode ser reprovado somente por sua atitude interna, pelo que pensa, pelo modo de vida — não se pode advogar por um Direito Penal de autor ou de intenção — *Gesinnungstrafrecht*). A atitude interna é relevante para a medida da pena exclusivamente quando manifestada num fato criminoso concreto, em um injusto penal efetivo.

Essa atitude interna, por seu turno, exterioriza-se: (a) na atitude de menosprezo ao bem jurídico (dolo direto); ou (b) na indiferença frente ao bem jurídico (dolo eventual); ou (c) na falta de cuidado ou de cautela frente ao bem jurídico (culpa) (**Figueiredo Dias**). Esse objeto do juízo de reprovação (atitude de menosprezo, indiferença ou descuido frente ao bem jurídico) é graduável e, portanto, ao lado de outras circunstâncias (motivação, consequências, personalidade, conduta social, etc.) serve para a dosagem da pena (nos termos do art. 59 do CP). É precisamente

esse o sentido da palavra *culpabilidade* dentro do citado art. 59.

A *punibilidade*, por último, complementa o conceito de *fato punível*, que compreende: (a) o fato típico materialmente ofensivo ao bem jurídico tutelado, (b) antijuridicidade, (c) culpabilidade, e (d) a própria punibilidade (possibilidade jurídica, em tese, da pretensão punitiva estatal). Na ausência de qualquer desses requisitos não há que se falar em fato punível, logo, impossível a persecução penal.

Quando de plano já se comprova que o fato é *atípico* (porque não preenche os requisitos típicos formais ou porque não ofensivo ou porque não causou um resultado desvalor e intolerável ou ainda porque esse resultado não é juridicamente imputável ao risco proibido criado pelo agente), ou não é *antijurídico* (legítima defesa, estado de necessidade), ou o agente não é *culpável* (imimputabilidade, salvo a doença mental que implica medida de segurança, erro de proibição escusável ou inexigibilidade de conduta diversa), ou mesmo quando presente uma causa impeditiva da *punibilidade* (falta de condição objetiva de punibilidade, imunidade parlamentar material, imunidade diplomática ou mesmo quando presente uma escusa

absolutória), não há que se falar em *fato punível*.

Consequência prática de todas essas mudanças na teoria do delito: quem não realizou um fato punível ou, em outras palavras, quem realizou um fato que não é penalmente punível, não deve sequer ser "processado". Resulta clara e inequivocamente ilegítima a persecução penal nesse caso. Com grande felicidade, a recente Reforma do Código de Processo Penal, presidida por **Ada Grinover**, contempla, a propósito, a defesa preliminar em todos os processos. Isso irá permitir que a defesa invoque e que o juiz reconheça, de pronto, a inexistência do fato punível. Mas, se iniciada a ação penal, deve ser trancada, via *habeas corpus* (falta de justa causa), salvo se a prova colhida, *ab initio*, não for exuberante, indiscutível, quando então far-se-á necessária a *persecutio criminis* para a devida comprovação da *impunibilidade* do agente ou do fato.

São esses os novos rumos no novo milênio e sempre recordando: "Não é triste mudar de idéias; triste é não ter idéias para mudar" (**Barão de Itararé**).

O autor é mestre em Direito Penal pela USP e doutorando em Direito Penal na Universidade Complutense de Madri.

Ação e Informação na Segurança Pública

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA, ELIANA BORDINI e RENATO SÉRGIO DE LIMA

O delegado de Polícia diz a um dos seus investigadores: "— Venha ver aqui na tela do computador algumas informações interessantes." O investigador responde: "— Doutor, esse negócio não é para mim. Quero ir para a rua." Irrita-se o delegado e diz: "— Mas para que rua você lá?" Este diálogo aconteceu há pouco mais de um ano em uma delegacia de Polícia da Capital paulista. De lá para cá muita coisa mudou.

Em dezembro de 1999 aproximadamente três toneladas de papel foram retiradas da Coordenadoria de Análise e Planejamento da Secretaria de Segurança Pública - CAP e o espaço liberado foi ocupado por computadores. A mudança levou alguns dias, mas estes dias representaram anos de avanço na produção de estatísticas criminais. A cena era a visualização emblemática de um processo sério e consistente que culminou na interligação, em rede, de todas as delegacias de Polícia da Capital. A cópia, em papel, de cada Boletim de Ocorrência lavrado na capital, remetida há anos para a CAP, foi substituída por sua versão *on-line*. Hoje um moderno sistema de estatística mapeada permite o acompanhamento em tempo real das ocorrências. O investigador do diálogo acima não sai mais para a rua munido apenas de seu "faro" policial. Sabe que a informação é sua melhor aliada. A percepção da importância da aplicação operacional das estatísticas é já compartilhada por muitos policiais. Precisa ser e está sendo potencializada.

Toda mudança é complexa e as mudanças culturais talvez sejam as mais difíceis. Uma nova visão da informação e sua efetiva utilização no planejamento de ações são pontos centrais na construção de políticas de segurança pública mais eficientes. Não é por outro motivo que o Programa de Integração das Polícias de São Paulo tem no compartilhamento de informações entre a Polícia Civil e a Polícia Militar e na sua adequada aplicação um de seus pilares. Nunca, como hoje, levou-se a questão tão a sério.

Números e estatísticas são importantes. Bem por isso, São Paulo é o Estado brasileiro com maior tradição na divulgação de dados na área da segurança pública. Os dados aparecem, segundo o mesmo critério de classificação, no *Anuário Estatístico da Fundação Seade* desde 1983 e a Secretaria de Segurança pública no *Diário Oficial*, desde 1995, números de ocorrências policiais registradas e outros indicadores. Também estão no *Diário Oficial do Estado* o número de pessoas mortas por policiais e o número de policiais mortos. Esta política irreversível de transparência é da essência de um Estado Democrático, mas pode gerar algum ônus. A referência a São Paulo é constante quando o tema criminalidade é abordado. Como exemplo, veja-se o relatório elaborado pela Comissão Especial designada pelo ministro **José Carlos Dias** e presidida pelo professor **Miguel Reale Jr.** para a elaboração do diagnóstico do sistema penal brasileiro. A comissão andou por todo o País, mas o relatório traz quase exclusivamente números e gráficos referentes a São Paulo.

Ao tempo em que autoridades de alguns Estados começam a reconhecer a importância de estatísticas confiáveis, ficou evidente a necessidade de sistematização na produção e divulgação de dados no âmbito nacional. Foi também em data recente que a Secretaria Nacional de Segurança Pública, inspirada pelo mesmo princípio vigente em São Paulo, criou a Gerência de Unificação de Informações e Estatísticas. A finalidade é alavancar as ainda incipientes iniciativas na área. Cabe a esta gerência a capacitação do Estado, em seus diversos níveis, para a produção e disseminação de indicadores e informações. O desafio é grande e o sucesso da iniciativa depende do concreto interesse e cumplicidade dos Estados.

Reconhece-se, portanto, a importância inegável dos números e das estatísticas criminais no planejamento estratégico e operacional de algumas ações na área de segurança pública. Mas a abordagem do problema da violência e da criminalidade não pode e não deve ficar restrita ao número de ocorrências registradas. Afinal, números produzem manchetes fáceis mas não contam toda a história. Diversas pesquisas revelam, por exemplo, que a sensação de insegurança da população não está diretamente ligada à ocorrência de crimes. Ou seja, com frequência, as pessoas que correm menor risco de serem vitimadas têm mais medo e sentem-se mais inseguras que aquelas que sofrem um risco concreto maior. Outro fenômeno também importante, não revelado pelas estatísticas oficiais, diz respeito à subnotificação: aquelas ocorrências que não chegam ao conhecimento da polícia.

Assim, se a análise isolada de estatísticas de registros policiais permite a identificação de algumas tendências, a compreensão ampla do problema está muito além dos números. Reduzir a eles a discussão gera um grande risco de desinformação. Equívocos graves na interpretação de números divulgados sem maior cuidado só servem para tornar mais aguda a sensação de insegurança e em nada contribuem para a solução dos problemas. Dois fatos recentes ilustram bem a questão. Teve alguma repercussão na mídia a comparação de números de homicídios de fontes diferentes, a Secretaria de Segurança Pública e a Fundação Seade. A leitura superficial da diferença encontrada gerou alarmismo e deu origem a interpretações absurdas quando o fenômeno, do ponto de vista metodológico e científico, é absolutamente normal. É que os números da Secretaria de Segurança Pública têm por base o Boletim de Ocorrência, e a Fundação Seade toma como fonte a declaração de óbito, não distinguindo, por exemplo, homicídio de latrocínio. Outro caso: foi também divulgado um equivocado ranqueamento das cidades mais perigosas sem que se levasse em conta a população flutuante e outras características locais. Assim, pontos de grande afluência turística foram indevidamente classificados como locais perigosos.

O rigor metodológico e a seriedade na produção de dados são os primeiros passos na construção de um conhecimento sistemático sobre o problema. Bem por isso, inicia-

tivas como a da Secretaria Nacional de Segurança não podiam mais esperar. Mas, claro, construir uma base de dados confiável é só o começo. Como diz a introdução de qualquer estudo sobre tecnologia de informação, é preciso transformar o dado em informação e a informação em conhecimento. E para tanto, faz-se necessário um outro elemento-chave neste processo, ou seja, a transformação, ou mesmo a adoção de instrumentos modernos de gerenciamento de políticas públicas no País todo, em suas várias esferas e poderes. Um dos problemas mais agudos da administração pública no Brasil é exatamente o planejamento de ações e o anúncio de medidas sem se considerar adequadamente os impactos gerenciais que elas terão na estrutura do Estado, tornando a execução destas ações falha e ineficiente. Assim, de nada adianta direcionar milhões de reais para a segurança pública se a estrutura responsável por garanti-la não sofrer transformações radicais no seu atual modelo de administração e isto significa, inclusive, a revisão da legislação sobre a área, de responsabilidade do Poder Legislativo.

Violência e criminalidade são questões que já há algum tempo transbordaram das páginas policiais dos jornais, atingindo os cadernos de política, de economia e até mesmo de cultura. Paradoxalmente, o conhecimento sobre o tema não cresceu na mesma proporção. Ao contrário do que acontece em outros países, ainda são escassas por aqui as pesquisas sérias e quase que inexistente uma metodologia sistemática de avaliação de programas. Segurança pública é tema que serve a um leque enorme de abordagens — das teorias que pregam o fim do sistema penal ao discurso do "Exército nas ruas" — e atende interesses pessoais e políticos distintos, por vezes desligados do interesse público. Daí a necessidade urgente de uma discussão mais madura e profunda, que considere os números sem ficar restrita a eles, que traga uma maior consciência ao debate público em torno do problema.

Uma política séria de informações na área de segurança e justiça, comprometida com princípios democráticos e transparentes, evita a suscetibilidade aos humores dos dados produzidos isoladamente. Afinal, o tema é sempre presa fácil do discurso passional e das luzes dos holofotes que muitas vezes, ao invés de iluminar o pensamento, desvirtuam o seu foco.

Ana Sofia Schmidt de Oliveira é procuradora do Estado, coordenadora de Análise e Planejamento de Segurança Pública do Estado de São Paulo e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Eliana Bordini é estatística, analista de projetos da Fundação Seade e assessora técnica de gabinete da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Renato Sérgio de Lima é sociólogo, analista de projetos da Fundação Seade e gerente de unificação e informações e estatísticas da Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça.

Plano de Segurança Pública (Ou de Boas Intenções?)

LETÍCIA FRANCO DE ARAÚJO

5º CONGRESSO MUNDIAL DA INTERNACIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS (IAP)

Estão abertas as inscrições para o encontro mais importante de Ministérios Públicos no plano internacional. Promovido pela Associação Internacional de Promotores de Justiça - entidade criada em reunião realizada na ONU, na cidade de Viena, em 1995 — o **5º Congresso Mundial da IAP** realizar-se-á no período de 3 a 8 de setembro na Cidade do Cabo - África do Sul. Trazendo a questão dos **Direitos Humanos e o Promotor de Justiça** como tema central das discussões, o evento contará com a presença do ex-presidente e Prêmio Nobel da Paz **Nelson Mandela**. Já se encontram inscritos cerca de 900 promotores de justiça de mais de 70 países, o que possibilitará o amplo debate e troca de experiências acerca do tema. Mais informações: Fone: 27 11 784 1299 - Fax: 27 11 784 1530 E-mail: gail@barritt.co.za ou bruce@barritt.co.za Período: 3 a 8 de setembro Local: Cape Sun Inter-Continental Hotel (Cidade do Cabo - África do Sul) Inscrições: Associados do IAP - US\$ 500 Não - Associados - US\$ 550

SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ETNOPSQUIATRIA

O evento será promovido pela **ABE - Associação Brasileira de Etnopsiquiatria**, em ação conjunta com a **Editora Brasileira**, o **Centro de Estudos e Pesquisas Aníbal Silveira (CEPAS)** e com o apoio do **IBCCRIM**. Tendo como tema **"Paixão, Violência e o Imaginário"**, o evento contará com a presença de profissionais reconhecidos em diversas áreas: **Décio Pignatari** (*O Imaginário e a Semiótica*), **Nelson Pereira dos Santos** (*O Imaginário e o Cinema*), **Roberto Fazzani Neto** (*Personalidade e Violência*), **Adauto Allonso Suannes** e **Alberto Silva Franco** (*Violência Institucional*), entre outros. A Coordenação Geral do evento é de **João Gilberto Franco**, psiquiatra e representante estadual da ABE. Dias: 15, 16 e 17 de setembro Local: Auditório do Colégio Rio Branco (Av. Higienópolis, nº 996) Taxa de inscrição para associados do **IBCCRIM** e estudantes: R\$ 80,00 até 30 de agosto. Informações: (0xx11) 5579-2316 ou 5575-0459.

Por fim, depois de certo suspense, o governo federal divulgou seu Plano Nacional de Segurança Pública. Contando com quatro capítulos e onze compromissos de boas intenções, o plano pretende *"integrar políticas de segurança, políticas sociais e ações comunitárias a fim de prevenir o crime e reduzir a impunidade, aumentando a segurança e a tranquilidade do cidadão brasileiro"*.

Os principais pontos do plano concentram-se no combate ao narcotráfico e ao roubo de cargas e no controle das armas de fogo. Ainda regulamenta a participação da mídia na divulgação da violência, propõe a expansão do programa de proteção à vítima e testemunha, implementa o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, e propõe medidas que revitalizem as polícias e envolvam a comunidade no combate ao crime.

Algumas questões devem ser discutidas, com relação ao plano. O controle de armas foi previsto desde a Lei nº 9.437/97, que transformou em crime a posse de arma não registrada e o porte de arma por pessoa não habilitada. Várias lojas de comércio de armas foram fechadas, e o problema não foi resolvido. O problema seguramente não está na venda legal de armas, mas no contrabando. A suspensão de venda de armas pode diminuir o número de armas legais em circulação no Brasil, mas também pode resultar num aumento significativo da entrada de armas ilegais no país, cujo controle será extremamente difícil. O combate ao contrabando, que também é previsto pelo plano, mas sem grande ênfase, deve ser urgentemente intensificado, sob pena de não se obter nenhuma eficácia no controle de armamentos. E isto porque a população, diante da criminalidade incontrolada, quer dispor de armas de fogo, e muitas vezes questiona as medidas repressivas de posse/porte ilegais de armas, nas delegacias.

A redução da criminalidade passa a ser requisito para que as verbas federais do Fundo Nacional de Segurança Pública adentrem nos Estados federados. O governo federal quer estatísticas de redução da criminalidade. A impressão que se tem é a de que a solução para a criminalidade está nas mãos do governo estadual e que os índices de violência espelham a ineficácia dos executivos estaduais no seu combate. A verdade não poderia estar mais distante. O crime tem origens mais profundas, na desigualdade social, e passa pela impotência de todas as esferas de governo e do Judiciário no seu combate.

A impunidade parece ser uma das questões mais importantes no combate à violência. O criminoso conta com a certeza da não-punição, especialmente o criminoso dos pequenos delitos, diante de leis extremamente benéficas, da morosidade da justiça e da falta de fiscalização no cumprimento das penas ditas alternativas. Enquanto houver um saldo positivo em favor da criminalidade, na análise entre benefício obtido com o crime e possibilidade de punição, a violência continuará a ter níveis alarmantes e inaceitáveis, e jogará por terra todas as boas intenções de qualquer esfera do governo.

O plano preocupa-se com o devido cumprimento das normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a criação de delegacias especializadas para apuração de atos infracionais. Entretanto, em vários Estados — inclusive em Goiás — tais delegacias já existem, mas sua atuação acaba por ser ineficaz, diante da inaplicabilidade das medidas sócio-educativas, por falta de estrutura parale-

la à atividade policial, encarregada da efetiva aplicação de tais medidas e de sua fiscalização.

Não tem apresentado resultados a confecção de Boletins de Ocorrência Circunstanciada, com a posterior entrega dos menores às suas famílias — onde normalmente eles não encontram estrutura familiar — para então serem aplicadas medidas sócio-educativas. Tampouco têm efetividade as apreensões de menores em atos infracionais praticados com violência ou ameaça à pessoa e a apresentação do infrator ao Ministério Público. Diante da certeza da impunidade, os infratores sentem-se seguros para continuar a praticar delitos. Infelizmente, o plano não tratou de resolver o problema da impunidade dos atos infracionais. A polícia tem feito seu papel com relação à delinqüência infanto-juvenil, mas os resultados esperados, inclusive pelo referido estatuto, ultrapassam em muito as atribuições das polícias.

É certo que o problema da delinqüência dos menores e do crime em geral deriva de problemas sociais, e em grande parte de falhas na educação. O plano abrange o Ministério da Educação no combate à violência, que incluirá as escolas em programas de prevenção contra o crime. Previu-se inclusive a distribuição nas escolas de um kit *"Ética e Cidadania"*, confeccionado pelo Ministério da Educação. Questionável é a aplicação de recursos para a confecção de tais kits. Faltam livros didáticos e merenda nas escolas. Talvez um investimento do governo federal nesses pontos falhos da educação fosse mais conveniente e produzisse resultados — ainda que indiretos — mais efetivos, no combate à violência, do que um material específico que trate da criminalidade.

Finalmente, o plano demonstra preocupação com o desempenho das polícias, pretendendo controlá-las de perto. Contudo, passou ao largo da questão da unificação das polícias, tão discutida e tão esperada nos últimos tempos. Previu-se cooperação nos trabalhos das academias de Polícia Civil e Militar, mas não se tratou de sua unificação, que já é realidade em alguns estados brasileiros (e começa a ser em Goiás, através da criação da Superintendência da Academia Estadual de Segurança, instituída pelo Decreto Estadual de nº 5.244, de 9 de junho de 2000). Dessa forma, o plano praticamente descartou a unificação das polícias nos próximos três anos, atuando portanto na contramão da tendência que parecia inafastável no Brasil, a exemplo do desempenho a contento de várias polícias do mundo.

O que se percebe, numa visão geral do Plano de Segurança, é que ele apresenta excelentes intenções, mas num megacontexto, que talvez o torne inócuo. O grande desafio desse plano é justamente obter o apoio da população, porque se mais esse plano cair em descrédito, talvez se percam de forma irreversível as rédeas da segurança pública. Mas para que o povo apóie o plano, é importante que a ele sejam apresentadas medidas que interfiram na sua vida cotidiana, que lhe dêem a sensação de proteção e segurança. E para tanto, é preciso que o plano reflita no combate da pequena criminalidade, que ele seja efetivo no combate dos pequenos furtos e roubos, das agressões de menor gravidade, mas de grande incidência, das balas perdidas.

Que esse plano seja realmente um plano de **segurança pública**, no mais amplo significado da expressão.

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

O Código de Trânsito Merece Vida Longa

CYRO VIDAL

A cidade de São Paulo, hoje o terceiro aglomerado urbano do mundo, sempre ostentou o cruel título de cidade violenta no trânsito.

Em 1988, por exemplo, a média mensal de vítimas fatais atingia o número preocupante de 270 pessoas (ou 3.240 por ano), o que dava à "terra paulistana" a estatística de 9 mortos por dia.

Aos poucos, graças às campanhas permanentes de conscientização e, sobretudo, ao noticiário alarmante da mídia, a estatística foi diminuindo lentamente até atingir o número de 1.558 eventos letais, em todo o ano de 1998. Isto significou 130 óbitos por mês ou 4,3 por dia. No espaço, pois, de 10 anos, a redução de vítimas fatais na capital de São Paulo foi de 50%.

Com certeza, a exposição permanente do novo Código de Trânsito nos veículos de comunicação motivou o melhor cumprimento da lei, a efetiva aplicação da norma punitiva e o chamamento à responsabilidade do cidadão de bem. Além do mais, o trânsito paulistano "quase parado" em muito contribuiu para a queda da estatística.

O Brasil, foi dito à mão cheia, passou a ter uma lei de primeiro mundo, estudada com surpresa na França e na Inglaterra e elogiada por autoridades da Federação Americana.

De início, o que mais assustou o motorista na lei nova foi a notícia da imediata aplicação do sistema pontual, de infrações, o que possibilitaria a suspensão do direito de dirigir de condutores que atingissem os 20 pontos infracionais. Outrossim, em obediência ao art. 268 do estatuto de trânsito, o infrator compulsoriamente seria submetido ao Curso de Reciclagem com carga de 20 horas, com as disciplinas de Meio Ambiente e Cidadania, Primeiros Socorros, Direção Defensiva e Legislação de Trânsito.

Aqueles que estão envolvidos profissionalmente com o Direito de Trânsito sabem que o sistema pontual já existe desde 1990, criado que foi pelo Decreto Presidencial nº 98.933, de 7 de fevereiro. Por sua vez, o Curso de Reciclagem foi idéia concebida no Detran de São Paulo, em 1983, na minha gestão como corregedor do órgão, sendo normatizado em 1994, já agora quando dirigia o departamento, pela Portaria nº 145, de 14 de março, como forma de reeducação do condutor infrator e reconhecido pela Justiça em freqüentes decisões de mérito em ações de mandado de segurança como meio hábil para correção de conduta. Considerado como verdadeira sanção restritiva de direitos, aos poucos o curso ganhou *status* de medida administrativa e foi definitivamente consagrado no código viário.

O susto inicial dos motoristas, com a edição do CTB de 1997, não deveria merecer, pois, qualquer noticiário especial se não fosse a incapacidade dos órgãos de trânsito em adotar a regra do Decreto nº 98.933/89.

Aos poucos, entretanto, verifica-se a tendência de reforma de vários dispositivos do código. Recente levantamento da Associação Brasileira de Departamentos de Trânsito - Abdetran acusou a existência de 112 projetos modificativos do diploma no Congresso Nacional, sendo que um deles, patrocinado demagogicamente pelo próprio governo, altera o sistema pontual e eleva para 30 pontos o limite permissível para a suspensão do direito de dirigir do condutor infrator. Este projeto foi provocado pela rebeldia ostensiva dos caminhoneiros e é um golpe duro na pretensão legítima de preservação da vida

humana com a diminuição das chamadas infrações comportamentais gravíssimas.

Ao mesmo tempo, encontra-se em andamento projeto que obriga o condutor atuado na zona urbana a assinar sempre o auto de infração, como se fosse possível colocar um agente fiscalizador ao lado de cada veículo estacionado irregularmente, junto a cada sistema semafórico de controle ou dotado de possante veículo para perseguir todo mau motorista por velocidade excessiva...

Com tudo isso, o impacto inicial do código perdeu algo de sua força e, em 1999, na capital paulista, ocorreram 1.683 mortes no trânsito, com média de 140 vítimas por mês ou 4,6 por dia. Segundo a CET — Companhia de Engenharia de Tráfego —, empresa responsável pelo levantamento estatístico, este acréscimo de 8% foi devido à lentidão na aplicação de sanções a condutores infratores e às tentativas noticiadas de alteração da rigorosa legislação viária.

Dados do Denatran — Departamento Nacional de Trânsito — informam que 16 dos 26 Estados da Federação ainda não suspenderam o direito de dirigir de qualquer infrator. De acordo, ainda, com o mesmo órgão, existem no País cerca de 150.000 motoristas que já atingiram os 20 pontos infracionais.

Em São Paulo, obedecendo a todas as cautelas de defesa previstas na própria lei, o Detran vem dando publicidade a listas freqüentes de condutores infratores, suspendendo ou cassando o direito de dirigir conforme a hipótese de enquadramento. As páginas do jornal oficial exibem, toda semana, um grande recheio de portarias sancionadoras.

Mas isto não basta.

Sem dúvida que o número de vítimas fatais diminuiu no período por causa também da lentidão do deslocamento viário. Hoje, a média de velocidade na Capital é de 17km/hora, quando no passado já foi de 30 km/hora.

Outras medidas devem ser adotadas. Há necessidade da presença física do agente fiscalizador em caráter de permanência. Muito mais importante que o talão de multas na mão — embora necessário, às vezes — deve ser o apito na boca, agilizando o trânsito, advertindo o condutor ou orientando o desorientado motorista.

Reconheço, por outro lado, que o código tem diversas falhas e não me furto em apontá-las.

Como exemplo, o art. 42 enuncia o óbvio gritante: "Nenhum condutor deverá frear bruscamente seu veículo, salvo por razões de segurança".

O § 1º, do art. 68, revela uma fécua de redundância: "O ciclista desmontado empurrando a bicicleta equipara-se ao pedestre em direitos e deveres". Alguém tem dúvida?

O art. 150, ao tratar da renovação de exames, refere-se ao art. 149. Ora, o art. 149 foi vetado pela Presidência da República e o art. 150 ficou solto no texto.

O art. 170, por ser de caráter absolutamente subjetivo, permite ao agente atuador interpretações diversas: "Constitui infração de trânsito dirigir ameaçando os pedestres que estejam atravessando a via pública, ou os demais veículos". Ameaçando como? De que forma? Com palavras? Com gestos? Com o veículo?

Para este caso, o legislador considerou a infração como gravíssima (7 pontos), determinou a penalidade de multa e suspensão do direito de dirigir e a medida administrativa de retenção

do veículo e recolhimento da CNH. Ao atuar o infrator, o agente e só ele atingirá o limbo ao definir o que seja tal ameaça...

Ao tratar da embriaguez, o legislador estabeleceu no art. 165, como infração gravíssima, a direção sob influência de álcool em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

De outro lado, o art. 276 diz que "a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor".

Só comprova? E qual a sanção, tendo em vista que o art. 165 pune o condutor flagrado em índice de alcoolemia superior a seis decigramas?

A Resolução Contran nº 81/98 também se refere à necessidade de comprovação do impedimento de dirigir quando houver suspeita de ter excedido os limites de seis decigramas por litro de sangue (art. 1º).

Por derradeiro, os crimes de trânsito não satisfazem pela inobservância do tecnicismo desejável à tipificação de delitos e pela incoerência de parte do texto.

Assim, a lesão culposa (art. 303) na direção de veículo automotor — e só na direção de veículo automotor, excluindo-se as bicicletas, charretes, carroças, cavalos, etc., mesmo em circulação viária — é apenada com detenção de seis meses a dois anos. Já a lesão dolosa leve (art. 129, *caput*, do CP) é sancionada com detenção de três meses a um ano. No caso, pois, de lesão culposa leve no trânsito, sem dúvida é mais conveniente ao infrator assumir o dolo de sua conduta para obter, na espécie, pelo menos metade da pena.

Outro exemplo interessante é a omissão de socorro prevista no art. 304 do CTB. Adotando o princípio da extensão ilimitada, o parágrafo único lança a incidência das penas do *caput* ao condutor do veículo "ainda que sua omissão seja seguida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea..."

Se morrer, o condutor irá socorrer quem? O morto?

São falhas nascidas do longo percurso do processo legislativo, não se conseguindo extirpá-las na redação final da Casa revisora.

Assim, adotando as medidas sancionadoras sem espírito estatístico de punir, fiscalizando a circulação com os olhos da orientação e da ajuda, divulgando as medidas oficiais de cumprimento da legislação e fazendo a população entender os motivos e a certeza da punibilidade, as autoridades sentirão, em breve tempo, que o respeito e a disciplina existem e que todos querem viver em boa ordem.

Com apenas dois anos de aplicação não pode o código ser "desmanchado" e não deve servir de plataforma para acolher pedidos de grupos sindicais, muito mais interessados em seus próprios ganhos financeiros do que em preservar a segurança da via.

O código veio para ficar. Necessita de ligeiros reparos e algumas alterações de forma, principalmente em razão da disputa legislativa ocorrida na Câmara e no Senado Federais.

O seu corpo, porém, como um todo, é saudável e merece vida longa.

O autor é advogado e professor de Direito e de Legislação de Trânsito.

Medicina Legal - Aspectos Relevantes da Necropsia Forense

LAUREN PAOLETTI STEFANINI

DEMOCRACIA



O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, em solidariedade à Comissão Episcopal de Ação Social - CEAS, entidade conveniada, e por sua extensão com o povo peruano, apóia o movimento de repúdio aos últimos acontecimentos políticos eleitorais sucedidos no Peru, que atentam contra a democracia peruana e de toda América Latina. Reafirmando nosso compromisso pela defesa do Estado Democrático de Direito e do exercício da cidadania, somamos nossos esforços para a consolidação da estabilidade política no Peru.

COMISSÃO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O magistrado **Rui Stoco**, sócio-fundador do IBCCRIM, foi designado, pelo senhor ministro da Justiça, por meio de Portaria de 6 de julho p.p., a integrar Comissão de Juristas encarregada da reforma do Código de Processo Penal e presidida pela professora **Ada Pellegrini Grinover**. Bom trabalho ao colega!

DISCUSSÃO SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O IBCCRIM convida a todos para a discussão a respeito da ratificação da jurisdição do "Tribunal Penal Internacional", a realizar-se dia 17 de agosto, às 10h00, em seu Auditório (Rua XI de Agosto, 52 - 2º and.).

Se é fato que a necropsia traz a certeza da morte como realidade objetiva, sendo sua prova científica inquestionável, é bem certo dizer que a acuidade na sua feitura deve ser fator elementar e preponderante para tornar o laudo necroscópico documento portador de informações periciais precisas, seguras e inafastáveis.

E, para tanto, a postura do médico-legista e sua atuação na obtenção e realização de tal prova pericial é posta em debate, não só pelos professores e conhecedores da matéria específica, como também pelos operadores do Direito que, no mais das vezes, se deparam com a necessidade de interpretar os elementos técnicos contidos no laudo de exame do corpo de delito para delinear suas teses junto à apreciação da prova processual.

Sendo um ponto de partida, e essa já era uma preocupação inclusive dos mestres da Medicina Legal, surge como alvo de indagação a importância ou não da presença do médico-legista na realização do exame perinecroscópico, ou seja, do estudo do local dos fatos. Melhor explanando, até que ponto pode o médico-legista fornecer dados ou tirar conclusões confiáveis que irão servir de prova, atendo-se somente ao exame do cadáver propriamente dito, sem conhecer o histórico e a dinâmica dos fatos eventualmente criminosos?

A realidade tem demonstrado, sem nenhum demérito ao conhecimento dos profissionais da área, que a confiança única na experiência médi-

ca sem ter a oportunidade de inteirar-se melhor dos acontecimentos, pode levar a erros ou sérias imprecisões não causados por incompetência técnica, mas simplesmente pelo conhecimento equivocado ou ignorância de fatores concretos atinentes ao caso, que fogem do controle teórico que não pode a tudo prever, trazendo elementos que alteram totalmente a situação fática e que, se desconhecidos, levam a conclusões do perito que contradizem os próprios acontecimentos. Isso sem falar em informações importantes que poderiam ser extraídas de plano pela observação de um especialista e que não são visíveis e passariam despercebidas aos olhos leigos, acabando-se por não preservar o local e perder dados essenciais à solução da causa.

Daí parecer de extrema relevância ponderar acerca da necessidade de uma participação mais efetiva do médico-legista nas investigações primeiras do exame técnico pericial que, sob essa ótica, tem seu início antes mesmo do exame meramente cirúrgico feito no cadáver.

Com efeito, tão-só a precisão na obtenção dessas informações asseguraria o encontro da certeza e segurança exigidas pelo Direito Penal na busca da verdade e da justiça!

A autora é advogada e mestranda em Direito Penal pela Universidade Mackenzie.

A Apelação nos Juizados Especiais Criminais

MARCO AURÉLIO MUNHOLLO

No julgamento do HC nº 79.843-MG, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, proferiu decisão no sentido de que "Revela-se insuscetível de conhecimento o recurso de apelação cujas razões são apresentadas fora do prazo a que se refere o art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099/95, pois, no sistema dos Juizados Especiais Criminais, a legislação estabelece um só prazo — que é de dez (10) dias — para recorrer e arrazoar" (Informativo STF nº 191). Data venia, entendemos que essa decisão contraria os próprios princípios que devem nortear as atividades dos Juizados Especiais Criminais. Referimo-nos ao disposto no art. 2º da Lei nº 9.099/95, segundo o qual "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação". Quer nos pareça que a razão da exigência contida no art. 82, § 1º, da referida Lei Especial — interposição da apelação em dez dias, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente —, não é outra senão o atendimento aos critérios da economia processual e celeridade. Todavia, em pé de igualdade com tais critérios, o legislador colocou dois outros: simplicidade e informalidade. Daí podermos sustentar que, uma vez interposta a apelação, sem a apresentação conjunta das respectivas razões, a consequência

lógica seria a remessa do recurso para a instância superior, com devolução ampla de toda a matéria debatida nos respectivos autos. Jamais o não conhecimento da irrisignação. Se no processo penal comum, em que impera o formalismo, é isso o que ocorre — e o próprio STF já o afirmou (RT 556/428) —, com maior razão deve ocorrer no procedimento previsto para os Juizados Especiais Criminais, orientado pela informalidade. Até porque, critérios como economia processual e celeridade, especialmente em matéria penal, não podem ser utilizados para justificar afronta a garantia maior como o é a ampla defesa, constitucionalmente prevista (CF, art. 5º, LV), com os meios e recursos a ela inerentes, dentre os quais se insere a possibilidade de recorrer da decisão desfavorável, de forma efetiva e não meramente retórica. De modo que, mesmo diante da letra expressa do art. 82, § 1º, da Lei nº 9.099/95, pensamos não ser plausível negar-se conhecimento a recurso tempestivamente interposto perante o Juizado Especial Criminal, apenas e tão somente porque desacompanhado das respectivas razões. A questão deve ser alvo de reflexão, a fim de que as normas processuais penais — de inegável valor — não passem a constituir obstáculo à busca da verdade real, e em última análise, à plena consecução da justiça.

O autor é bacharel em Direito pela PUC/SP e assistente jurídico do TACrim/SP.

Substituição da Pena de Suspensão do Direito de Conduzir Veículo Automotor

MÁRCIA DA ROCHA CRUZ e JULIANA POGGIALI G. E OLIVEIRA

Os arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro prevêem a aplicação da pena de detenção e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Diversamente do que era previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, atualmente o juiz, ao fixar a pena dos crimes de homicídio e lesão corporal no trânsito, deve também aplicar como pena principal a suspensão do direito de dirigir.

No dia-a-dia nos deparamos inúmeras vezes com réus que praticaram este crime no exercício de sua profissão. Ressalte-se que se o réu for motorista de veículo de transporte de passageiro existe uma causa de aumento de pena específica prevista no art. 302, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.503/97.

Assim, temos que a aplicação da pena de suspensão do direito de dirigir, para estes condenados, pode significar demissão do emprego e empecilho para exercer a profissão por tempo que pode variar de dois meses a cinco anos, como estabelece o art. 293 do mesmo *Codex*.

As dificuldades advindas desta pena são enormes, inclusive para o cumprimento da própria pena de detenção que, por previsão legal (art. 44 do Código Penal) e condições especiais do agente (geralmente réus primários), é substituída por prestação de serviço à comunidade ou multa.

Desta forma, pois, esta pena irá afetar mais gravemente aquele que conduz veículo automotor profissionalmente, do que aquele que não o faz como atividade laborativa.

É natural que assim seja, eis que a responsabilidade e os requisitos para o exercício desta profissão exigem cautelas ainda maiores que as do motorista comum. Entretanto, observe-se que muitas vezes o crime é praticado com o mesmo grau de culpabilidade, ou seja, o excesso de velocidade, que acarreta o motorista comum a cometer o delito do art. 302, é o mesmo que o do motorista profissional. Assim, temos inúmeras situações em que a culpa do motorista profissional, condenado pelo crime do art. 302, não exacerba a culpa de qualquer outro motorista, todavia, a aplicação da pena possui reflexo muito mais gravoso para aquele.

Por outro lado, não se quer dizer com isto que todos os motoristas profissionais, ao cometerem estes delitos, estejam impedidos de sofrer tal punição. O que se defende é o fato de ser dada a possibilidade de **no caso concreto** fazer-se também a substituição desta pena de suspensão do direito de dirigir, exigindo-se, para tanto, que as condições pessoais do acusado sejam favoráveis, a caracterização do elemento subjetivo não extrapole a culpa comum e as condições profissionais do condutor assim reclamem.

Outrossim, deve o promotor, desde o oferecimento da denúncia, observar estas questões e, caso entenda cabível a substituição, pedi-la em alegações finais.

Não se quer simplesmente deixar de aplicar tal pena. Objetiva-se substituir a forma de cumprimento desta pena em determinadas situações, adequando-a às condições pessoais do condenado que a recebe. Para tanto deve-se fazer uma interpretação extensiva do instituto da substituição da pena privativa de liberdade. Isto é possível ao observar-

mos que as penas privativas de liberdade são as únicas que, de acordo com a lei, permitem substituição. Tal fato se explica porque, à época da reforma do Código Penal de 1984, somente existiam, como penas principais, a privativa de liberdade e a multa. Pelo caráter estigmatizante da pena privativa de liberdade, previu-se, então, a possibilidade de ser ela substituída por outra reprimenda que pudesse atingir iguais objetivos sem os efeitos nefastos que decorrem da privação da liberdade humana.

Ora, com a recente elevação da pena restritiva de direitos à qualidade de pena principal (ao lado da privativa de liberdade e de multa), as razões sociais e jurídicas que justificaram a referida substituição devem ser estendidas para a nova modalidade de punição.

A propósito do assunto, pertinentes são as considerações de **Christiano José de Andrade**, in *"O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica"*, Ed. RT, pp. 118/119, in verbis:

"A interpretação extensiva é uma ampliação do sentido porque o texto diz menos do que pretendia (lex minus dixit quam voluit; lex minus scripsit, plus voluit). (...)"

O intérprete aumenta a elasticidade da norma, adequando-a ao seu espírito e alterando-a em certa medida.

A interpretação extensiva alarga então o texto, dando-lhe uma extensão conforme o pensamento legislativo, isto é, fazendo corresponder o texto da lei ao espírito da lei (ratio legis). Neste caso, não há lacuna da lei, visto que os casos não diretamente abrangidos pela letra da lei cabem dentro do seu espírito.

A interpretação extensiva assenta-se em considerações teleológicas e axiológicas. A ratio legis conduz a aplicação a casos que não são diretamente abrangidos pela letra da lei, mas são acobertados pela finalidade da mesma" (destacamos).

Dessarte, os princípios norteadores do instituto da substituição da pena privativa de liberdade devem ser aplicados a uma pena restritiva de direitos que pode causar problemas graves para o condenado e para sua família. Note-se que antes da vigência do Código de Trânsito, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo era utilizada somente como pena substitutiva à pena privativa de liberdade ou como efeito da condenação (art. 92 do Código Penal). Nestes casos, sendo o condenado motorista profissional, inúmeros foram os recursos providos em favor da alteração da substituição desta pena, por ser, no caso concreto, exacerbada ao condenado (TACrim SP 279; JTACrim/SP 240/94 e JTACrim/SP 223).

A razão de decidir destes processos é a **necessidade premente de individualizar-se a pena**, adequando a sanção a ser cumprida aos objetivos de repressão e de prevenção almejados pela Justiça e pela sociedade. Com a possibilidade de substituir-se a pena de suspensão do direito de dirigir por outra restritiva de direito, poder-se-á seguramente obter-se um resultado mais educativo e positivo para todos os envolvidos, seja o condenado, seus familiares ou a sociedade.

Como afirmou o i. juiz **Marrey Neto**:

"As penas restritivas de direitos, nem por mais benéficas, perdem o caráter aflitivo, impostas que são por infrações de normas penais, bem por isso devem também ser individualizadas, adequando-as o juiz, ao delito e ao delinqüente. É insustentável, assim, impor a motorista profissional a pena restritiva de direitos de ficar um ano sem dirigir, por obrigá-lo a mudar de profissão, impedindo-o de exercer atividade lícita, o que a lei não admite" (destaque original) – Ap. nº 480.379-6, 9ª Câm., TACrim/SP.

Discorrendo sobre a substituição da pena, semelhante é a posição dos grandes processualistas penais da atualidade **Eugenio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli**, in *"Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral"*, Ed. RT, como se segue:

"(...) A primeira, refere-se a tendência de ampliação do poder do magistrado conferido pela legislação em comento, no tocante ao exame subjetivo dos requisitos que permitem o deferimento das substituições previstas. Exemplos do exercício desse poder discricionário são a análise da 'suficiência' da substituição da pena (art. 44, III, do CPB); a 'possibilidade', a critério do magistrado, de substituição de pena a réu reincidente em crime doloso (art. 44, § 3º); e, a 'decisão' pelo juiz da execução da conversão do benefício no caso de descumprimento 'injustificado' ou condenação posterior. Trata-se, pois, de princípio moderno consagrado no Direito Penal liberal, que confere ao juiz dispor de um poder discricionário na escolha da sanção mais indicada para o caso concreto levando em consideração as circunstâncias relacionadas com o crime e seu autor".

Mais adiante, os autores a respeito dos efeitos da condenação, conforme o disposto no art. 92 do Código Penal, lecionam:

"O inciso III (referindo-se ao art. 92 do Cód. Penal) possui uma característica essencialmente preventiva prevendo 'a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso'. Esta finalidade preventiva também exige a necessidade de valoração judicial, caso a caso, posto que a utilização de veículo é circunstancial, e a inabilitação importa, por exemplo, a perda da fonte de trabalho do agente, o que, pelas suas consequências, atinge a terceiros inocentes, como os membros da sua família, daí que sob qualquer visualização se deva ter por adequada a imposição da inabilitação" (destacamos).

Se já é pacífico entre nós na individualização da pena privativa de liberdade, sua substituição por outra restritiva de direitos, como se negar que os mesmos requisitos sejam observados para a substituição da pena de suspensão do direito de dirigir? Ora, aquele que pode o mais, pode o menos. Se a pena mais grave de todas, que é a privação da liberdade, pode e deve ser substituída, como negar-se a substituição da pena restritiva de direitos em face de sua individualização? Questões para todos os operadores do Direito refletirem e com coragem decidirem em nome dos princípios constitucionais vigentes.

As autoras são promotoras de Justiça do MPDFT.

NÚCLEO DE PESQUISAS DO IBCCRIM

Direito à Velhice... Direito à Vida

REVISTA

"O DIREITO EM MOVIMENTO"

O Instituto Capixaba de Estudos (ICE) lançou recentemente a revista "O Direito em Movimento".

Trata-se de periódico (quadrimestral), com distribuição nacional (tiragem de 2.000 exemplares), que visa discutir temas polêmicos, colhendo-se opiniões de operadores do Direito de todas as classes e regiões do País. Artigos para a revista podem ser enviados através do e-mail ice.vix@terra.com.br. Informações adicionais podem ser conseguidas através do site www.ice-vix.com.br

BIBLIOTECA

A Biblioteca do IBCCRIM está indexando revistas espanholas, italianas e francesas. Entre em contato conosco, e participe do nosso trabalho. Tel.: (0xx11) 3105-4607, ramais 225 e 228.

III JORNADAS BRASILEIRAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e o Ministério da Justiça estarão promovendo em Brasília (DF), de 23 a 26 de agosto, as

III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, com o tema geral *A Reforma do Processo Penal*. Entre outros temas, constarão:

"O Processo Penal Norte-Americano e Sua Influência", "Investigação Policial e Interrogatório", "Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade", "Recursos", "Júri", "Por um Processo Penal Mínimo", etc. Informações podem ser obtidas junto ao Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa - IBEP (SEPN - Av. W3 Norte, Quadra 511 Bloco "B", 5º andar, Brasília, DF - CEP 70750-542) - Tel.: (0xx61) 347-4748 e Fax 349-8393. E-mail: jornadas@ibep.com.br

O Direito "é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições nascerão novas conquistas" (Roberto Lyra Filho).

Mundialmente, o prolongamento da vida transformou a velhice em objeto de preocupação e de estudo. No Brasil, os censos demográficos apontam o crescimento acentuado da população com mais de 60 anos. Mas, afinal, quem vive mais neste país onde a vida, bem se sabe, torna-se quase impossível para crescentes parcelas da população? Ou, quem morre mais cedo? Mais uma lacuna nos levantamentos estatísticos. Todavia, é fato que o aumento da longevidade não se faz acompanhar de políticas públicas que garantam dignidade na velhice. O fim da vida evidencia a ampliação das desigualdades sociais, a deterioração dos sistemas de previdência e de saúde públicos, a predominância dos processos de exclusão sobre os de inclusão social, isto é, a existência de uma sociabilidade fascista⁽¹⁾.

O Movimento de Aposentados e Pensionistas, cujo fortalecimento ocorreu com a criação da Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas/COBAP, em 1985⁽²⁾, segundo "lobby" durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, ganhou visibilidade política, tendo exercido grande influência na elaboração das disposições da Constituição de 1988, referentes à conquista de direitos dos aposentados e pensionistas.

Entretanto, no Brasil, marcado por uma "história lenta"⁽³⁾, as conquistas sociais sempre foram postergadas ao longo da história. Assim, a seguridade social, prevista no art. 194 da Constituição (compreendendo "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social"), não conseguiu se firmar no âmbito dos direitos sociais. É o que demonstra a triste realidade vivida pelo amplo contingente de "desassistidos". Os compromissos assumidos com o grande capital financeiro internacional, impediram que o Estado brasileiro destinasse recursos para sua execução.

Como se sabe, dentre outras atividades, o IBCCRIM, através do Núcleo de Pesquisas, vem desenvolvendo estudos e pesquisas voltados à defesa de políticas públicas que contemplem os idosos, participou da criação do "Fórum Permanente Contra Abusos e Maus-Tratos aos Idosos"⁽⁴⁾, cujas reuniões acontecem sistematicamente em sua sede e, coerente com o objetivo previsto em seu estatuto — "a defesa do Estado Social e Democrático de Direito, o compromisso de assegurar as garantias fundamentais escritas na Constituição Federal e a busca incessante dos valores imprescindíveis à tutela e preservação da dignidade humana, respeitada a postura pluralista da sociedade" —, em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil/OAB - Seção São Paulo, estará lançando em 11 de setembro próximo, na sede da OAB, a publicação "Direito à Velhice... Direito à Vida"^(*),

numa tiragem inicial de 20.000 exemplares.

Partindo do pressuposto de que a dignidade no fim da vida só ocorrerá se (ou quando) a vida se tornar a razão de ser da sociedade, pretende-se que esses exemplares cheguem às mãos de diferentes segmentos etários da cidade de São Paulo, a fim de que conheçam as conquistas dos idosos, atentem para o fato de que o aviltamento das condições de vida na velhice é produto de nossa organização social fundada na desigualdade, de que é preciso cobrar do governo responsabilidade no uso do dinheiro público e criação de mecanismos de distribuição da riqueza, denunciar os maus-tratos, agressões e desrespeito de que os idosos são vítimas, insistir que lutar pelo direito à velhice é lutar pelo direito à vida, enfim, radicalizar o movimento pela dignidade humana.

*A publicação está disponível aos associados na sede do IBCCRIM.

BIBLIOGRAFIA

"Constituição da República Federativa do Brasil", 15ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

LYRA, Roberto Filho. "O Que é Direito", São Paulo, Brasiliense, 1986.

MARTINS, José de Souza. "O Poder do Atraso. Ensaio de Sociologia da História Lenta", São Paulo, Hucitec, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. "Os Fascismos Sociais", Folha de S. Paulo, 1998, p. 3 (Tendências e Debates).

NOTAS

(1) Boaventura de Sousa Santos (1998), referindo-se à crise da contratualização moderna, caracterizada pela predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os de inclusão, explica: "As exclusões produzidas são radicais e inelutáveis, a tal ponto que os que as sofrem, apesar de formalmente cidadãos, são de fato excluídos da sociedade civil e lançados em Estado de natureza. Na sociedade do fim do século, o Estado de natureza é desestabilização total das expectativas das classes populares, ansiedade permanente da grande maioria em relação a presente e futuro, caos permanente nos atos mais simples de sobrevivência ou convivência. A ampliação de 'Estados de natureza', dos quais não se tem a opção individual ou coletiva de sair, configura uma crise paradigmática, epocal. É, pois, situação de muitos riscos. Julgo que todos se podem resumir num só: a emergência do fascismo social. Não se trata do regresso ao fascismo dos anos 30 e 40. Ao contrário deste, não é um regime político, mas social e civilizacional. Em vez de sacrificar a democracia às exigências do capitalismo, promove-a até não ser necessário nem conveniente sacrificá-la para promover o capitalismo."

(2) Na primeira metade de 80, as instituições de aposentados e pensionistas existentes em vários Estados do País uniram-se em federações e, em 13 de outubro de 1985, durante as atividades do IX Congresso Nacional de Aposentados e Pensionistas, ocorrido em Curitiba, foi criada a COBAP.

(3) "Na verdade, a história da sociedade brasileira tem sido uma história inacabada, uma história que não se conclui, uma história que não chega ao fim de períodos definidos, de transformações concluídas. Não é uma história que se faz. É uma história sempre por fazer" (Martins, 1992:11).

(4) O Fórum teve origem a partir de um workshop, organizado em 19 de agosto de 1998 pelo Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM para a discussão da violência, negligência e maus-tratos de que são vítimas os idosos. Na segunda reunião (11 de setembro do mesmo ano), as entidades presentes pronunciaram-se a favor da criação do Fórum Permanente Contra Abusos e Maus-Tratos aos Idosos.

O Indulto Humanitário e a Comutação da Pena Relativamente a Crime Hediondo ou Equiparado

VIDAL VANHONI FILHO

Quando não vedou, como o Decreto nº 2.838, de 6 de novembro de 1998, fizera, de modo expresse a comutação de pena para os condenados por crimes hediondos, de racismo, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o Decreto nº 3.226, de 29 de outubro de 1999, ensejou, por via reflexa, a quem cometeu quaisquer desses crimes, a obtenção do aludido benefício. Além de não mais vedar a comutação de pena àquele que praticou tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos, o Decreto nº 3.226, de 29 de outubro de 1999, concedeu o indulto para quem, tendo praticado algum desses crimes, seja tetraplégico ou doente em estágio avançado de moléstia grave e irreversível, independentemente do prognóstico negativo de perigosidade, do comportamento isento de falta grave nos últimos doze meses e de processo em andamento por crime de especial gravidade ou por crime hediondo ou equiparado (art. 1º, inc. VI, c/c o art. 7º, parágrafo único).

"O decreto que fica abaixo da lei é aquele que, a título de regulamentação, a detalha e a complementa. Se o ato normativo do Poder Executivo (rectius: decreto concessivo de indulto e de comutação de penas), assim como o ato normativo do Poder Legislativo (rectius: lei) promanam diretamente da Constituição, que é a fonte de inspiração primária de um e de outro, aquele não fica abaixo desse na escala hierárquica; mas situa-se, sim, em igual patamar."

A Presidência da República, ao editar o Decreto nº 3.226, partiu do pressuposto de que a prerrogativa constitucional de conceder indulto e comutar penas (art. 84, inc. XII), que lhe é afeta, à medida que não conflitaria com os ditames do artigo 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, de acordo com o qual *a lei conside-*

rará crimes insuscetíveis de graça a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, podia ser exercida de maneira livre e desembaraçada.

Antes de mais nada, é preciso abrir-se um parêntese, para destacar-se que o decreto concessivo de indulto e comutação de penas não se situa, na escada da hierarquia dos atos normativos, em degrau inferior ao da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. O decreto que fica abaixo da lei é aquele que, a título de regulamentação, a detalha e a complementa. Se o ato normativo do Poder Executivo (*rectius*: decreto concessivo de indulto e de comutação de penas), assim como o ato normativo do Poder Legislativo (*rectius*: lei) promanam diretamente da Constituição, que é a fonte de inspiração primária de um e de outro, aquele não fica abaixo desse na escala hierárquica; mas situa-se, sim, em igual patamar. Segue-se daí que, se a própria Constituição não colocou embaraço algum ao exercício da prerrogativa da Presidência da República, descabe à lei infraconstitucional colocá-lo, até porque, conforme se advertiu, ela não está acima do decreto, nesse caso.

Logo, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, cujo art. 2º, inc. I, tencionou obstar a concessão de indulto relativamente aos crimes hediondos e equiparados, pouco ou nada interessa, se não houver colisão manifesta do art. 84, inc. XII, com o art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República.

Significativa corrente doutrinária, a exemplo de **Júlio Fabbrini Mirabete**, sustenta que a expressão *graça* foi empregada no artigo 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, no sentido lato, abrangendo a graça propriamente dita e o indulto, daí por que a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, somente no afã de coibir eventual dissenso pretoriano, referiu-se de modo explícito e cumulativo à graça e ao indulto ("*Execução Penal, Comentários à Lei nº 7.210*", de 11.07.84, 8ª ed., p. 417).

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo, isto é, do Decreto nº 3.226, de 29 de outubro de 1999, no que pertine à concessão do indulto por razões humanitárias e da comutação de pena de maneira geral a condenado por crime hediondo ou equiparado, depende do sentido com que o art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, utilizou o vocábulo *graça*. Se usou no sentido lato, o decreto, nos mencionados pontos, é inconstitucional. Se usou no sentido estrito, é constitucional.

A Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, dispôs, no art. 101, inc. VIII, que competia ao Imperador perdoar e moderar

as penas. A Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, estatuiu, no art. 48, item 6º, que era atribuição do Presidente indultar e comutar penas. A Constituição, de 16 de julho de 1934, cometeu, no art. 56, item 3º, a incumbência, ao Presidente, de perdoar e comutar penas. A Constituição, de 10 de novembro de 1937, no art. 75, letra f, disse que cabia ao Presidente exercer o direito de graça. A Constituição, de 18 de setembro de 1946, a Constituição, de 24 de janeiro de 1967, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, e a Constituição, de 5 de outubro de 1988, a exemplo da primeira Constituição Republicana, estabeleceram que é prerrogativa do Presidente conceder indulto e comutar penas.

"Em verdade, a graça pode, em sentido amplíssimo, abranger tanto a anistia quanto o indulto e, em sentido amplo, apenas o indulto. Já, em sentido estrito, se reduz a ato de clemência individual praticado pelo Presidente da República a favor de determinado condenado."

As Constituições, a partir da de 1946, quando usaram a locução *conceder indulto e comutar penas*, não desconheciam que o Código Penal, no art. 107, inc. II, ao arrolar as causas extintivas de punibilidade, distinguia graça e indulto, e que o Código de Processo Penal, no Livro IV, Título IV, Capítulo I (Da graça, do indulto e da anistia), também diferenciava a graça do indulto. E a Constituição, de 5 de outubro de 1988, muito provavelmente sabia que a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, prestara observância à orientação doutrinária, de acordo com a qual o instituto do indulto devia absorver o instituto da graça, que nada mais era senão um indulto individual (Exposição de Motivos, item 172).

Em verdade, a graça pode, em sentido amplíssimo, abranger tanto a anistia quanto o indulto e, em sentido amplo, apenas o indulto. Já em sentido estrito, reduz-se a ato de clemência individual praticado pelo Presidente da República a favor de determinado condenado. No sentido amplíssimo, o art. 5º, inc. XLIII, da Constitui-

SEMINÁRIOS REGIONAIS DO IBCCRIM:

30 e 31 de agosto

I Seminário de Direito Penal em São José do Rio Preto - SP

- "Direito Penal Mínimo" - Carlos Vico Mañas
- "Provas Ilícitas" - Adauto Suannes

Local: Sede da OAB de São José do Rio Preto

Horário: a partir das 19 horas

Informações: (0xx17) 234-4721

31 de agosto e 01 de setembro

III Seminário Sul-Matogrossense de Direito Penal

- "Dez Anos da Lei dos Crimes Hediondos" - Alice Bianchini
- "Tribunal do Júri" - Ana Paula Zomer
- "Penas Alternativas" - Cezar Roberto Bitencourt
- "Direito Ambiental" - Gilberto de Passos
- "Justiça Criminal Consensual: Garantias Penais e Processuais Mínimas - Visão Crítica" - Luiz Flávio Gomes
- "Individualização da Pena: Conceito Moderno" - Luiz Vicente Cernicchiaro

Local: Palácio da Cultura - Campo Grande - MS

Informações: (0xx67) 782-8656

14 e 15 de setembro

II Seminário de Direito Penal e Processual Penal de Manaus

- "Crimes Contra a Ordem Tributária" - Rogério Marcolini
- "Tóxicos e Crime Organizado - Perda de Bens" - Maurício Antonio Ribeiro Lopes
- "Reflexões nos Cinco Anos da Lei nº 9.099/95" - Geraldo Prado
- "Direito Penal Mínimo" - Carlos Vico Mañas
- "Aplicação e Dosimetria da Pena" - Carmem Barros
- (Tema a ser definido) - Denise Frossard

Local: Hotel Tropical Manaus

Informações: (0xx92)

234-3630, 633-3369

e 622-14089

ção vigente, não a empregou, até porque a própria norma fala separadamente na anistia. Na incerteza, se foi usada na acepção ampla ou restrita, deve-se preferir a última, à minguada de limitação na prerrogativa presidencial de conceder indulto e comutar penas. A primeira Constituição Republicana amputou a prerrogativa presidencial, vindo a transferi-la ao Congresso Nacional, em caso de crime de responsabilidade praticado por funcionário federal. E, além disso, afastou do seu campo de incidência o crime comum ou de responsabilidade praticado por ministro de Estado. Se a Constituição vigente tivesse querido limitar a prerrogativa presidencial de conceder indulto e comutar penas, faria remissão ao art. 5º, inc. XLIII, a exemplo da remissão que a Constituição de 1891 fez aos arts. 34, item nº 28, e 52, § 2º. Se assim não procedeu, é porque se utilizou da expressão *graça* na sua acepção estrita. Caso houvesse confundido o instituto da graça com o do indulto, olvidando o Código Penal e o Código de Processo Penal e rumando em sentido oposto ao da Lei de Execução Penal, isto é, fazendo com que aquele englobasse este, a própria Constituição necessitava efetuar uma ressalva limitadora na prerrogativa presidencial.

Ao externar ponto de vista nesse diapasão, **Alberto Silva Franco** assinala que "o Presidente da República não ficará, assim, obstado de conceder indulto, ou, até mesmo de comutar pena, no que tange aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo". E finaliza, "se, no decreto presidencial, não houver explícita exclusão dos referidos fatos delituosos, a causa extintiva de punibilidade do indulto e a causa de abrandamento de pena por comutação poderão ter tranqüila incidência" ("Crimes Hediondos", 73).

Nos usos correntes, o indulto engloba a graça e não essa aquela. E, convém reiterar-se, a Lei de Execução Penal, consagrando os usos correntes, antes da Constituição, de 5 de outubro de 1988, não mais empregou a expressão *graça*, cuidando de substituí-la por *indulto individual*. Vai daí que não é possível considerar-se a graça como *indulto coletivo* e render ensejo a uma operação mutiladora no campo de incidência desse instituto jurídico e no da comutação de penas, a pretexto de que o art. 5º, inc. XLIII, da Constituição vigente, disse menos do que desejava dizer.

Afora o descabimento da presunção de

que o legislador constituinte desconhecia a conceituação técnico-jurídica dos institutos da graça e do indulto e por isso confundiu um com outro, impõe-se dar o devido realce à índole odiosa do art. 5º, inc. XLIII, da Constituição, a qual torna intolerável um alargamento no seu espectro de ação.

Enfim, se a Constituição disse menos do que pretendia e acabou por outorgar ao Presidente da República um direito potestativo geral e irrestrito para conceder indulto e comutar penas, é defeso ao Poder Judiciário, pela via interpretativa, amputar-lhe a prerrogativa, sob pena de malferir o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Só e só o Poder Legislativo, mediante emenda, pode redefinir as dimensões da

prerrogativa presidencial. À lei ordinária, isto é, à Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nunca se facultou tal redefinição.

Por outro aspecto, não custa proceder-se a uma análise comparativa entre o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 2.838, de 6 de novembro de 1998, e o art. 2º, do Decreto nº 3.226, de 29 de outubro de 1999. Enquanto o primeiro diploma legal estende de maneira expressa e clara os óbices do indulto à comutação, o segundo, dizendo respeito unicamente ao indulto, deixa evidente que os óbices não se

transmitem à comutação.

A concessão do indulto humanitário sem restrição alguma relativamente a todo e qualquer crime se erige num passo histórico do Direito Penitenciário nacional. Se a comutação de pena devia, ou não, fazer companhia ao indulto humanitário, em se cuidando de crimes hediondos e equiparados, isso é matéria, cuja discussão no plano das exigências axiológicas, de um lado, e das exigências práticas, de outro, não interessa, aqui e agora, realizar-se.

Em conclusão, o Decreto nº 3.226, de 29 de outubro de 1999, bem concedeu o indulto, apenas sob a modalidade humanitária, a quem cometeu crime hediondo ou equiparado e, mal ou bem, concedeu a comutação da pena a quem praticou crime hediondo ou equiparado, desde que satisfaça os requisitos de índole temporal e subjetiva.

O autor é advogado e presidente do Conselho Penitenciário do Estado de Santa Catarina.

A Inconstitucionalidade do Encerramento do Processo Administrativo Fiscal Como Condição de Procedibilidade Para o Exercício da Ação Penal

FRANCISCO BISSOLI FILHO e GUSTAVO WIGGERS

N o momento, tramitam perante o Congresso Nacional várias propostas que objetivam reformular os preceitos constitucionais presentes no Capítulo I, Título VI, que trata do Sistema Tributário Nacional. É a chamada Reforma Tributária, que constantemente é abordada pela mídia nacional.

Dentre estas propostas, uma nos causa imensa perplexidade. Relatada pelo deputado **Mussa Demes**, a Proposta de Emenda à Constituição nº 175-A, de 1995, sugere a inclusão de um quarto parágrafo no texto do art. 145 da Constituição, assim dispondo:

"Art. 145.

§ 4º **Ninguém será processado penalmente antes de encerrado o processo administrativo tributário que aprecie a matéria da denúncia**".

Segundo o texto proposto, ocorrido o fato criminoso previsto na norma penal, somente será possível processar penalmente o autor deste fato, após decidida, na instância administrativa, leia-se Conselho de Contribuintes, a legalidade e legitimidade da notificação aplicada pela autoridade fiscal, mesmo que configurado o crime. Em outras palavras, está se criando uma condição de procedibilidade à ação penal, que até então inexistia.

Além da flagrante inconstitucionalidade, o texto a ser submetido ao Congresso fere o princípio da moralidade, porque propõe a impunidade generalizada aos sonegadores de tributos, não correspondendo às verdadeiras aspirações da sociedade brasileira.

Inicialmente, é necessário deixar claro que uma norma inserida no texto de uma constituição pode ser considerada inconstitucional. Esta inconstitucionalidade pode ser formal, quando o rito de criação da norma não atende àqueles estabelecidos na própria lei maior, ou material, quando o conteúdo da norma se choca contra outra norma de caráter imutável (cláusulas pétreas) ou contra os princípios consagrados no texto, mesmo que não expressos⁽¹⁾. Estes princípios, por sua vez, possuem uma função ordenadora, dando coerência geral ao sistema. Prevalecendo inclusive sobre os próprios textos legais, sua contrariedade acarreta a inconstitucionalidade da norma inserida no texto da Lei Maior.

Partindo destes pressupostos, pode-se afirmar que o texto do § 4º, antes mencionado, viola os princípios da igualdade, da separação dos poderes e independência das instâncias, da inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça ao direito, e da moralidade administrativa, como a seguir explicitamos:

Princípio da Igualdade (art. 5º, caput, da CF)

Também chamado de princípio da isonomia, a igualdade constitui peça basilar para um regime que se diz democrático, como o brasileiro. Consiste em tratar igualmente situações de fato iguais. Cuida-se, pois, de uma "igualdade real e não nominal, igualdade integral e não incidental ou particular"⁽²⁾.

No Direito Penal, essa igualdade não significa a aplicação da mesma pena para o mesmo delito. "Deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime. Sabe-se por experiência, contudo, que os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da Justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais. As condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurada a todos pela Constituição (art. 5º)⁽³⁾."

"Além da flagrante inconstitucionalidade, o texto a ser submetido ao Congresso fere o princípio da moralidade, porque propõe a impunidade generalizada aos sonegadores de tributos, não correspondendo às verdadeiras aspirações da sociedade brasileira."

Sem embargos, pode-se afirmar que, tanto quem viola uma regra prevista no Código Penal, como quem viola uma regra penal prevista na legislação esparsa (caso da Lei nº 8.137/90) é sujeito ativo de um crime, estando sujeito à pena a ele cominada. A pessoa que reduz ou suprime o pagamento do tributo devido não é mais nem menos criminosa que aquele que furta, rouba, estupra, seqüestra, coage testemunha, ameaça, lesiona, omite socorro, comercializa entorpecentes, invade propriedades, etc.

Contudo, ao infrator destas normas penais, como de qualquer outra não citada, não é dado o privilégio de ter seu ato julgado em uma prévia instância administrativa, como condição essencial à instauração da ação penal pelo Ministério Público, como quer a

proposta de emenda para os crimes que lesionam o fisco.

Conceder este privilégio tão-somente àquele que suprime ou reduz o pagamento do tributo devido, além de contemplá-lo com a impunidade, é uma grave afronta ao princípio da igualdade, pois o mesmo benefício não será oferecido expressamente aos demais acusados de qualquer dos outros crimes previstos na legislação brasileira.

Por outro lado, a inserção deste dispositivo na Constituição Federal traria enorme desordem ao sistema processual penal em vigor no Brasil. Pode-se antever a postulação da aplicação da referida norma mesmo àqueles que cometerem crimes de outra espécie que não os tributários, fundamentando tal pedido justamente no princípio da isonomia. Assim, o sujeito ativo de um delito de trânsito exigirá que eventual ação penal fique condicionada ao julgamento de sua infração na instância administrativa. O sujeito ativo de um crime contra a administração pública postulará que se aguarde o fim do processo administrativo como condição para o exercício da ação penal pelo Ministério Público, isto se a conclusão daquele lhe for desfavorável, pois, caso contrário, extinta estará a sua punibilidade.

Destaca-se, para concluir, que a inserção desta norma na Constituição Federal torná-la uma garantia fundamental dos sonegadores de tributos, com o gabarito de cláusula pétrea, o que impossibilitaria a sua revisão posterior por meio de Emenda Constitucional. Além disso, permitiria a sua extensão a todos os autores de crimes, mesmo aos diversos daqueles que a norma pretende beneficiar, pela via legislativa ou judicial, em face da possibilidade da aplicação analógica *in bonam partem* do dispositivo constitucional mencionado.

Princípio da Inafastabilidade da Apreciação de Ameaça ou Lesão a Direito pelo Poder Judiciário (Art. 5º, XXXV)

A emenda proposta vai de encontro ao princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, previsto expressamente no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988:

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Com tal dispositivo, buscou o legislador constituinte garantir o livre acesso das pessoas (físicas ou jurídicas, mesmo de direito público) ao Poder Judiciário, ➔

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

Assoc. dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE AMAZONAS

- Assoc. dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

CEARÁ

- Assoc. Cearense de Magistrados
- Assoc. Cearense do Ministério Público

DISTRITO FEDERAL

- Assoc. dos Magistrados do Distrito Federal
- Assoc. do Ministério Público do Distrito Federal

GOIÁS

- Assoc. Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

- Fund. Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

MATO GROSSO DO SUL

- Assoc. dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Assoc. Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Prætorium - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - Belo Horizonte

PARÁ

- Assoc. do Ministério Público do Estado do Pará

RIO DE JANEIRO

- Fund. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ)

RIO GRANDE DO SUL

- Inst. Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

SANTA CATARINA

- Assoc. Catarinense do Ministério Público
- Assoc. dos Magistrados Catarinenses
- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Assoc. Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Assoc. Paulista do Ministério Público
- Assoc. dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Educacional Cidade São Paulo S/C Ltda. (CSECID)
- Fund. de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - Marília
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

PERU

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

sem a necessidade de se aguardar que uma prévia instância administrativa imponha sua vontade perante a lei, como antes previa a Constituição Federal de 1967. "A Constituição excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7, à Constituição anterior estabeleceria, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas"⁽⁴⁾.

E é exatamente isso que preceitua a proposta de Emenda nº 175-A, de 1995, ao sugerir a inclusão deste obstáculo à apreciação pelo Judiciário das lesões causadas aos cofres públicos pelos sonegadores de tributos, exigindo o prévio esgotamento da via administrativa para possibilitar o processo judicial contra o autor do delito. E o que é ainda pior, condiciona o processo penal à decisão desfavorável ao acusado.

Com efeito, é da função do Poder Judiciário a jurisdição, ou seja, dizer o direito. Retirar-lhe esta função e entregá-la a qualquer outro órgão da administração pública fere mortalmente o princípio supra mencionado. Pode o Poder Executivo dizer que uma determinada conduta é crime ou não? Não pode, pois esta é função exclusiva do Judiciário.

Citado princípio ganha destaque quando conjugado com outra norma constitucional, na qual se atribui ao Ministério Público, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, inc. I).

Sabe-se que os crimes contra a ordem tributária são de ação penal pública incondicionada, para a qual somente se exige a prova da materialidade e indícios da autoria para a sua deflagração pelo promotor de Justiça, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: "É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal" (Súmula nº 609). Sabe-se, também, que, por causa disto, muito mais que um direito, é dever do Ministério Público postular junto ao Poder Judiciário, via ação penal pública, a punição de quem comete tais crimes. Nenhum obstáculo deve impedi-lo de requerer, junto ao Poder Judiciário, a punição daqueles que cometeram um crime de ação pública incondicionada, ainda mais quando este obstáculo é futuro e incerto, como o processo administrativo. Nada há que possa impedir que os agentes públicos incumbidos da persecução penal deflagrem as medidas necessárias à viabilização da apreciação, pelo Poder Judiciário, da lesão ou ameaça de direito, para cuja defesa está legitimado. É isso que afirma o dispositivo constitucional de que a lei não excluirá da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Separação dos Poderes (art. 2º) e Separação das Instâncias

A organização do Estado de Direito, segundo a clássica tripartição dos poderes formulada por Montesquieu, consiste na divisão das atribuições precípua do Estado, pelo qual o Poder deve limitar seu próprio poder para o respeito e a garantia das liberdades.

A nossa atual Constituição Federal, logo no seu art. 2º, encampou essa estrutura, esculpindo-o expressamente:

"Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Segundo assinala José Afonso da Silva, "A independência dos poderes significa: (a) ...; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; ..."⁽⁵⁾.

Destarte, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo, o Estado exerce sua parcela de soberania através do Poder Judiciário, pelo qual assume exclusivamente para si o papel de dirimir as controvérsias decorrentes da

aplicação das normas aos seus jurisdicionados, substituindo as partes no dizer o Direito.

Condicionar a atuação do Poder Judiciário à decisão administrativo-tributária emanada do Executivo, do qual fazem parte órgãos fiscais incumbidos da apreciação dos procedimentos administrativos vinculados à constituição do crédito tributário, significa quebrar a independência daquele Poder, pois,

diantes de uma denúncia do Ministério Público o Magistrado não poderá instaurar o processo penal se a matéria estiver sob análise em processo administrativo.

Logo, conclui-se que a indigitada proposta de emenda constitucional em comento, ao sugerir a inclusão do § 4º no art. 145 da Carta Magna, colide frontalmente com o princípio da separação dos poderes.

Intimamente relacionada à separação dos poderes, vige no Brasil, assim como em vários outros países, o princípio da soberania das instâncias.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o Brasil adotou o sistema judiciário ou sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês, no qual "todos os litígios — de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados — são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário"⁽⁶⁾.

Concretizando o sistema adotado pelo Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou amiúde acerca da matéria, sempre afirmando que a instância ju-

"A organização do Estado de Direito, segundo a clássica tripartição dos poderes formulada por Montesquieu, consiste na divisão das atribuições precípua do Estado, pelo qual o Poder deve limitar seu próprio poder para o respeito e a garantia das liberdades."

➔ dicial não está vinculada à instância administrativa:

"Tributário. Sonegação. Denúncia e ação penal antes do exaurimento da via administrativa. Habeas corpus. Recurso.

A instauração da ação penal por sonegação fiscal não está vinculada à conclusão do processo administrativo" (STJ/RO em HC nº 940.003.872).

Para citar como exemplo, na Itália, onde ocorreu a Operação Mãos Limpas, passou-se a tratar a criminalidade tributária com os rigores que ela merece. Com as reformas na legislação, aboliu-se o que se chamava "prejudicial tributária", matéria cuja apreciação na instância judiciária dependia da administrativa, pois considerada causa de retardamento da justiça penal em matéria tributária, assim como redefiniram-se os crimes, facilitando a atuação do Judiciário contra os sonegadores.

No Brasil, no entanto, pretende-se com esta emenda trilhar o caminho inverso, dando-se margem para uma impunidade ainda mais flagrante.

Princípio da Moralidade Administrativa (art. 37, CF)

A questão não se exime de passar pela abordagem da moralidade administrativa, prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que deve ser obedecido pela administração pública e seus agentes.

Seguindo o princípio da moralidade administrativa, todo agente público deve buscar com seus atos o bem comum. O mesmo ocorre com o legislador. As normas por ele criadas devem procurar no princípio da moralidade administrativa a legitimidade outorgada ao seu cargo pelo povo que o elegeu. Assim, fica o legislador impedido de criar dispositivos que impeçam o exercício da moralidade administrativa por qualquer dos órgãos da Administração Pública.

Assim entende **Ives Gandra da Silva Martins**⁽⁷⁾, em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*:

"... entendo que o princípio da moralidade pública aplica-se integralmente não só aos atos administrativos, como às disposições legislativas. (...) Mas, a meu ver, macula a ética e a moralidade toda a produção legislativa que fira a Constituição e os princípios gerais de Direito, com a possibilidade, mesmo que o parlamentar não tenha agido em benefício próprio, de ser responsabilizado".

Com efeito, ao condicionar a apreciação da denúncia pelo Poder Judiciário à decisão tomada na instância administrativa o legislador contraria os interesses do Estado e de toda a sociedade.

O tributo é a principal fonte arrecadadora do Estado. Este montante arrecadado, quando não se perde nos meandros da burocracia e da ilicitude, deve reverter em favor da sociedade em forma de obras e melhorias nos serviços públicos. Por não conseguir cobrar os tributos de forma satisfatória, é que o governo a cada dia impõe uma carga tributária maior sobre aqueles que cumprem com suas obrigações. Isto para compensar a falta

daqueles que não contribuem com sua parcela devida. E o que pretende a proposta de Emenda nº 175-A? Pretende afastar o principal meio coercitivo de que dispõe o Estado para reprimir e prevenir a sonegação dos tributos, qual seja, a aplicação de uma sanção penal sobre o autor do fato criminoso, condicionando o processo que pode levar até este meio à prévia conclusão do Conselho de Contribuintes. Em desfavor da sociedade e do Estado, legisla-se em favor de uma única classe: a dos sonegadores de tributos. Não há nada mais imoral que isso.

Além disso, a impunidade que permeia o campo da sonegação fiscal será ampliada consideravelmente, pois, se o encerramento do processo administrativo for efetivamente condição para a instauração do processo penal, será este fatalmente alcançado pela prescrição penal.

"O tributo é a principal fonte arrecadadora do Estado. Este montante arrecadado, quando não se perde nos meandros da burocracia e da ilicitude, deve reverter em favor da sociedade em forma de obras e melhorias nos serviços públicos. Por não conseguir cobrar os tributos de forma satisfatória, é que o governo a cada dia impõe uma carga tributária maior sobre aqueles que cumprem com suas obrigações."

Outro assunto correlacionado à moralidade administrativa é a burocratização dos serviços públicos. A Justiça, como monopólio do Estado, não pode ficar aguardando eternamente pelo fim dos processos administrativo-tributários. Até porque, como já referido acima, a prescrição não se interrompe neste período de espera, trazendo inimaginável prejuízo à imagem já desgastada do Poder Judiciário, em face da impunidade generalizada que o parágrafo proposto produzirá.

O Direito Comparado

É importante que se diga que o combate aos crimes contra a ordem tributária não é peculiaridade brasileira. Assim, o que se constata é que nos países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América e os países da Europa Ocidental, há leis penais severas contra os sonegadores de tributos. Quando comparadas a legislação brasileira e a estrangeira, verifica-se que a nacional ain-

da é branda com o sonegador de tributos.

O que se percebe é que, ao invés de corrigir as falhas existentes, o legislador constituinte derivado propõe alterações constitucionais que tornam ainda mais ineficaz o combate a este tipo de criminalidade especializada, que atenta não somente contra a existência do próprio Estado, mas principalmente contra toda a sociedade, que se vê desprovida de recursos para custear os serviços públicos essenciais.

Como já se mencionou, a Itália, cansada da criminalidade especializada, fechou o cerco contra os sonegadores de tributos, inclusive com substanciais alterações legislativas, as quais possibilitaram a aplicação da prestação jurisdicional de forma mais rápida e eficaz. Uma dessas alterações consistiu na exclusão da chamada "prejudicial tributária", que consistia em matéria de cuja prévia apreciação dependia a instauração da ação penal.

No Direito alemão e no Direito português igual rigor pode ser encontrado na apuração das condutas criminosas que lesam o fisco⁽⁸⁾.

Por sua vez, nos Estados Unidos o trato com a matéria fiscal não é menos rigoroso. Pelo contrário. A *Criminal Investigation Division*, órgão investigativo do *Internal Revenue Service* (IRS), dispõe de importantes recursos administrativos e judiciais, os quais causam tamanha intimidação aos sonegadores de tributos, a ponto de reduzirem-se os índices estatísticos a números irrisórios para a magnitude daquela economia.

Por fim, vale mais uma vez lembrar da importância da arrecadação tributária na participação da receita do Estado. É com ela que poderá o Estado alcançar seus objetivos de fornecer boas condições de vida a toda sua população. Sonegar o tributo devido ao Estado é na verdade negar a si mesmo a possibilidade de viver num país melhor.

NOTAS

- (1) **SILVA, José Afonso da.** "Curso de Direito Constitucional Positivo", 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 70.
- (2) **FERREIRA, Pinto.** "Comentários à Constituição Brasileira", São Paulo, Saraiva, 1989, p. 62.
- (3) **SILVA, Ob. Cit.**, p. 217.
- (4) **FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.** "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Vl. 1, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 55.
- (5) **SILVA, Ob. Cit.**, p. 111.
- (6) **MEIRELLES, Hely Lopes.** "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, Malheiros, 1998, p. 56.
- (7) **MARTINS, Ives Gandra da Silva.** "Revista de Direito Administrativo", Vol 204, p. 363.
- (8) **DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa.** "O Crime de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 13, pp. 54-78, jan./mar. 1996.

Francisco Bissoli Filho é mestre em Direito, promotor de justiça, coordenador criminal do Centro das Promotorias da Coletividade do Ministério Público de Santa Catarina, professor de Direito Penal da Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL e professor licenciado da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. **Gustavo Wiggers** é advogado e assessor de coordenador no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

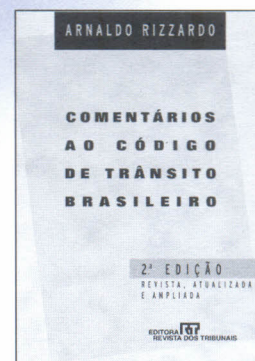
Lançamentos RT

Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 2.^a ed.

Arnaldo Rizzardo

902 páginas • R\$ 90,00 • encadernado

Passado o primeiro impacto do surgimento do Código de Trânsito Brasileiro e depois de um período de prática e amadurecimento, apresenta-se um estudo aprofundado deste, abrangendo a regulamentação emanada do Conselho Nacional de Trânsito – Contran até a Resolução 102, de 31.08.1999. Considerou-se importante a integração de seus dispositivos com as resoluções, resultando em uma visão global da nova ordem. Nesta obra, busca-se um completo entendimento das novas regras do trânsito, em sua totalidade, por meio de comentários minuciosos de cada artigo.



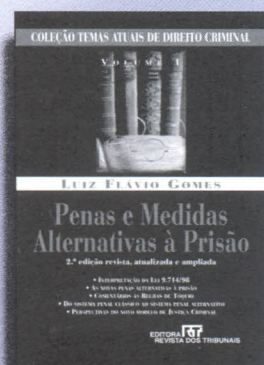
cód. 001921

Penas e Medidas Alternativas à Prisão, 2.^a ed.

Luiz Flávio Gomes

200 páginas • R\$ 25,00 • brochura

Dividido em duas partes, o livro inicia-se com uma exposição sobre a importância das penas e medidas alternativas, visando a melhores e mais adequados tratamentos para a recuperação do delinquente, de modo a reduzir a reincidência. Neste ponto, analisa-se e comenta-se a Resolução 45/110 da ONU (Regras de Tóquio), que apresenta regras mínimas sobre medidas não privativas de liberdade e garantias mínimas para pessoas a elas submetidas. Na sequência, trata especificamente das dez penas substitutivas da prisão. Esta nova edição vem enriquecida com numerosas posições doutrinárias e jurisprudenciais.



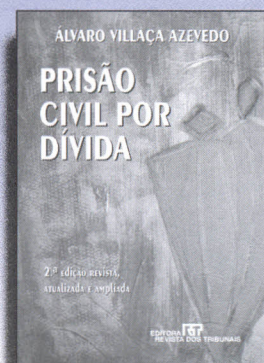
cód. 001919

Prisão Civil por Dívida, 2.^a ed.

Álvaro Villaça Azevedo

200 páginas • R\$ 25,00 • brochura

O objetivo central deste trabalho é o de evidenciar a tendência do Direito de abolir, completamente, a execução pessoal por dívida. No estudo da evolução histórica do conceito de obrigação enfatiza-se essa propensão do Direito de ir eliminando a prisão por dívida, substituindo-a nos sistemas mais adiantados pela execução patrimonial. Apesar de todas as transformações que aprimoraram o caráter de humanidade nas ciências jurídicas, permanece ainda essa mácula, como se víssemos na época em que se confundia Direito Civil com Penal.



cód. 001911

Da Tentativa, 6.^a ed.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli

214 páginas • R\$ 26,00 • brochura

A obra alcança sua sexta edição figurando entre os mais renomados títulos escritos a respeito deste difícil tema do Direito Penal. Em seu conteúdo, de destacado rigor científico, explanam-se o *iter criminis*, o fundamento da punição da tentativa, bem como sua tipicidade, sempre dentro de uma visão global do delito. Temas como a tentativa inidônea, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz e a pena da tentativa são também examinados, além da respectiva jurisprudência.



cód. 001927

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Atendimento ao consumidor:
0800 11 2433

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Tel.: (11) 3107-2433
• Fax: (11) 3107-5802
• livraria@rt.com.br

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

Avenida Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Tel.: (11) 7824-2388
• rtitu@rt.com.br

Rua Barão de Jaguará, 1.155
Campinas • SP • CEP 13015-002
• Tel.: (19) 232-1280
• Fax: (19) 232-3554
• rtcampinas@rt.com.br

Rua da Assembléia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 533-7037/7038
• Fax: (21) 533-4660
• rtrio@rt.com.br

**Adquira essas e outras
obras também em
www.rt.com.br/livraria**