



IV CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS DO IBCCRIM

Todos os associados podem participar, sendo que os trabalhos deverão ser inéditos e versar sobre Direito Penal, Processual Penal ou Criminologia.

O vencedor do concurso receberá como premiação R\$ 3.000,00 (três mil reais), uma coleção completa de monografias editadas pelo Instituto e uma inscrição para o VI Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

O regulamento encontra-se à disposição no Departamento de Comunicação e Marketing do IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52
- 5º andar - Centro
- São Paulo - SP
- Tel.: (0xx11) 3105-4607
- e-mail:

comkt@ibccrim.com.br
ou no site:
www.ibccrim.com.br

As inscrições encerram-se em 15 de julho de 2000.

Carta Aberta

Defesa da Criança e do Adolescente

Dez anos do ECA - Dez Anos Lutando Para Ser Implementado

A Constituição Federal de 1988 marca o início do Estado Social e Democrático de Direito no Brasil. Consagram-se valores cujo fundamento é, acima de tudo, o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais da pessoa humana. É dever do Estado e da sociedade civil a garantia e observância desses direitos. Seguindo as idéias democráticas expressas na Constituição, mostrou-se urgente a ampliação, o aprofundamento e a garantia dos direitos dos cidadãos do País.

Nesse contexto, emergiu o debate sobre a inclusão da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Como resultado de longa luta e pressão dos movimentos de defesa dos direitos da criança e do adolescente, acompanhando a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança de 1989, a sociedade brasileira assume a responsabilidade legal de garantir um futuro digno à sua juventude.

Em 13 de julho de 1990 é promulgada a Lei Complementar à Constituição Federal nº 8.069/90 — o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) —, que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado na garantia da qualidade de vida à infância e à adolescência. Mais do que isso, a nova legislação incorpora a Doutrina da Proteção Integral, uma forma de olhar jovens e crianças, colocando-os como prioridade absoluta e propondo um novo modelo de estruturação e gerenciamento das políticas públicas a eles destinadas.

Muito se avançou desde então. Entretanto, um balanço nos dez anos de engajamento em favor da infância e adolescência no Brasil deixa claro que ainda há muito caminho pela

frente. O ano 2000 é marco na luta pela observância e respeito aos direitos da criança e do adolescente por intermédio do ECA, que completa sua primeira década. Ainda é vergonhosa a situação da infância e adolescência no Estado de São Paulo.

Há 306.368 crianças de 10 a 14 anos trabalhando, segundo dados de PNAD de 1997. Faz-se urgente a criação de uma instituição

que substitua a FEBEM e que garanta a efetiva implementação das medidas socio-educativas. A criança e o adolescente paulistas exigem mudanças.

Comemorar os dez anos do ECA significa garantir a presença da criança e do adolescente no centro do debate público. É necessário garantir escola pública de qualidade para todas as

crianças; combater a violência contra a criança e o adolescente; dar um basta à exploração de mão-de-obra infantil e dizer não à redução da idade para responsabilização penal, porque reintegrar não é aprisionar. É urgente priorizar políticas públicas com orçamento direcionado à criança e ao adolescente.

Os direitos expressos no Estatuto devem continuar sendo postos em prática; seu texto precisa de vez sair do papel. O Comitê Paulista em Defesa do Estatuto da Criança e do Adolescente lança sua campanha. É preciso o comprometimento de todos nós, traduzido em ações concretas.

O Comitê convida a participação de artistas, jornalistas, parlamentares, poder público, entidades, todas as categorias de trabalhadores, a sociedade civil em geral. Participar é construir o presente e ver o País com outros olhos.



COMITÊ PAULISTA
EM DEFESA DO
ESTATUTO DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Julho/2000 - n° 92

- Carta Aberta - Defesa da Criança e do Adolescente - Dez anos do ECA 01
- Biblioteca On-Line 02
- Orientação Jurisprudencial do TACRIM/SP Sobre o Art. 32 da Lei das Contravenções Penais em Face do Art. 309 do CTB 02
- A Questão Carcerária em Números - Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM 03
- A Reforma Processual e o Direito Comparado - Luiz Otavio de Oliveira Rocha 04
- Lei n° 9.714/98 - Inaplicabilidade aos Crimes Militares - Nilton João de Macedo Machado 07
- Revogação do Art. 17 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) - Paulo Tadeu Rodrigues Rosa 08
- Busca e Apreensão Pessoal e Prova Ilícita - Giovana Polo 09
- Para Uma Configuração Monista-Funcional da Teoria do Delito - Paulo Queiroz 10
- Ofício n° 548/III/2000 da Delegacia de Polícia do 3° Distrito Policial de Taubaté - SP - José Luiz Miglioli 13
- A Vara Especializada de Execução de Penas Alternativas - Grecianny Carvalho Cordeiro 15
- Alteração Legislativa: Lei n° 9.975, de 23 de junho de 2000 15

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz: Ação Penal Originária e Duplo Grau de Jurisdição 459
- Supremo Tribunal Federal 462
- Superior Tribunal de Justiça 463
- Tribunal Regional Federal 464
- Tribunal de Justiça 465
- Tribunal de Alçada Criminal 466

Biblioteca On-Line

Informamos aos associados que já está disponível no site do IBCCRIM (www.ibccrim.com.br) a Base de Dados com referências bibliográficas de livros, artigos de revistas e vídeos.

Para o serviço de indexação dos materiais da Biblioteca, foi desenvolvido o Vocabulário Básico Controlado, que representa um dos mais modernos métodos de pesquisa por assunto. O VBC é um instrumento inédito na área jurídica, que abrange praticamente todos os temas de Direito Penal e Processo Penal, proporcionando ao usuário tanto a ampliação quanto a especificação nas pesquisas, por meio de termos interligados, relacionados, gerais e específicos.

Os associados podem fazer as pesquisas por assunto, autor, título, etc., havendo a possibilidade da solicitação de materiais por e-mail, fax, telefone ou pessoalmente.

Para os não-associados, a consulta na Base de Dados pode ser feita apenas pela Internet, utilizando-se do acervo existente, que permanecerá à disposição até 1° de setembro de 2000. Após essa data o acesso será restrito aos associados.

E-mail: biblioteca@ibccrim.com.br — Tel./fax: (0xx11) 3105-4607

Orientação Jurisprudencial do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo Sobre o Art. 32 da Lei das Contravenções Penais em Face do Art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro

Levantamento feito pela Seção Técnica de Pesquisas do TACRIM/SP

EMENTÁRIO N° 5 - MAIO DE 2000

Hipótese I — Derrogação — Jurisprudência:

Angélica de Almeida ... Ap. n° 1.149.119/0	Junqueira Sangirardi RSE n° 1.146.569/4
Ary Casagrande Ap. n° 1.172.993/4	Lagrasta Neto Ap. n° 1.179.037/4
Breno Guimarães RSE n° 1.172.087/6	Márcio Bártoli Ap. n° 1.170.265/5
Carlos Bueno RSE n° 1.160.325/2	Marco Nahum Ap. n° 1.181.933/9
Ciro Campos RSE n° 1.156.469/6	Osni de Souza CPar n° 1.179.043/0
Claudio Caldeira Ap. n° 1.177.971/8	Péricles Piza RSE n° 1.178.297/3
Devienne Ferraz v.v. Ap. n° 1.127.665/4	Pires Neto Ap. n° 1.111.921/4
Eduardo Goulart RSE n° 1.153.209/9	Renato Nalini v.v. Ap. n° 1.152.979/9
Eduardo Pereira Ap. n° 1.156.929/3	Ricardo Dip Ap. n° 1.155.277/3
Érix Ferreira Ap. n° 1.176.015/1	Ricardo Feitosa Ap. n° 1.144.457/5
Fábio Gouvea RSE n° 1.182.357/4	Roberto Mortari v.v. Ap. n° 1.153.183/6
Fernandes de Oliveira .. Ap. n° 1.173.467/0	Rulli Júnior Ap. n° 1.154.033/3
Fernando Miranda v.v. RSE n° 1.178.221/3	Samuel Júnior v.v. Ap. n° 1.174.371/2
João Morengi Ap. n° 1.161.743/3	Vico Mañas RSE n° 1.156.701/6
José Habice Ap. n° 1.177.297/9	Wilson Barreira Ap. n° 1.181.197/3
José Urban Ap. n° 1.165.025/4	

Hipótese II — Não Derrogação — Jurisprudência:

A. C. Mathias Coltro Ap. n° 1.180.181/5	Luiz Ambra Ap. n° 1.171.237/5
Abreu Oliveira RSE n° 1.155.767/9	Melo Rosa Ap. n° 1.159.329/5
Almeida Braga RSE n° 1.180.925/5	Mesquita de Paula Ap. n° 1.156.027/7
Amador Pedroso Ap. n° 1.170.843/8	Moacir Peres Ap. n° 1.121.201/9
Aroldo Viotti RSE n° 1.172.423/7	Nicolino Del Sasso RSE n° 1.157.983/3
Cardoso Perpétuo Ap. n° 1.170.679/0	Nogueira Filho v.v. RHC n° 1.128.701/9
Carlos Biasotti RSE n° 1.150.037/2	Oldemar Azevedo RHC n° 1.142.263/4
Carlos Bonchristiano Ap. n° 1.173.449/8	Pedro de Alcântara RSE n° 1.171.999/1
Corrêa de Moraes Ap. n° 1.176.881/2	Poças Leitão v.v. RSE n° 1.142.201/4
Damião Cogan Ap. n° 1.090.279/0	René Nunes Ap. n° 1.153.175/7
Décio Barretti Ap. n° 1.168.149/4	Renê Ricupero RSE n° 1.152.759/6
Di Rissio Barbosa Ap. n° 1.175.815/6	Roberto Midolla Ap. n° 1.152.641/5
Ericson Maranhão RSE n° 1.143.543/4	S. C. Garcia Ap. n° 1.144.477/1
Evaristo dos Santos Ap. n° 1.174.371/2	Salvador D'Andréa RSE n° 1.153.593/3
Fernando Matallo Ap. n° 1.161.565/5	San Juan França Ap. n° 1.137.381/7
Ferreira Rodrigues ROF n° 1.131.533/7	Silveira Lima Ap. n° 1.149.861/4
Figueiredo Gonçalves RSE n° 1.178.299/7	Silvério Ribeiro Ap. n° 1.133.255/4
França Carvalho Ap. n° 1.157.175/5	Souza Nery Ap. n° 1.159.521/8
Geraldo Lucena Ap. n° 1.107.985/0	Teixeira de Freitas Ap. n° 1.153.183/6
Ivan Marques RSE n° 1.138.079/2	Teodomiro Méndez RSE n° 1.134.827/5
Lopes da Silva HC n° 352.604/5	Ubiratan de Arruda CPar n° 1.145.339/4
Lopes de Oliveira RSE n° 1.178.221/3	Vidal de Castro Ap. n° 1.176.445/4

NÚCLEO DE PESQUISAS DO IBCCRIM

A Questão Carcerária em Números⁽¹⁾

Parte fundamental da problemática da segurança e da violência é o funcionamento do sistema de Justiça. No Estado de São Paulo, sucessivas análises de dados apontam para uma série de afunilamentos que prejudicam a distribuição da Justiça. Um dos aspectos desse afunilamento é a situação carcerária, sobre a qual faremos algumas observações.

No Estado de São Paulo, ao final de setembro de 1999, havia 82.585 presos em penitenciárias, cadeias públicas e xadrezes de distritos policiais. Isso representa um crescimento de 12,18% em relação a dezembro de 1998. Comparando os percentuais anuais de crescimento da população carcerária, nota-se que o encarceramento cresceu acima da média no período de 1998 a 1999. Observa-se ainda o crescimento contínuo da população carcerária na segunda metade dos anos 90: de 1994 a 1999 houve um crescimento de 50,1% de encarcerados (neste mesmo período a população paulista cresceu 8,29%).

População Carcerária do Estado de São Paulo

Período	Total	% de crescimento em relação ao ano anterior
dez/94	55.021	—
dez/95	59.026	7,27
dez/96	62.278	5,5
dez/97	67.748	8,78
dez/98	73.615	8,66
set/99	82.585	12,18

Fonte: Coespe

O pico de 12,2% atingido no final da década pode estar associado, de um lado, ao aumento das prisões efetuadas pela polícia e, de outro, à criação de vagas carcerárias. No último ano foram construídos 21 novos estabelecimentos prisionais, criando-se 17.000 vagas. Entretanto, a abertura das vagas não acompanhou o crescimento da população detida.

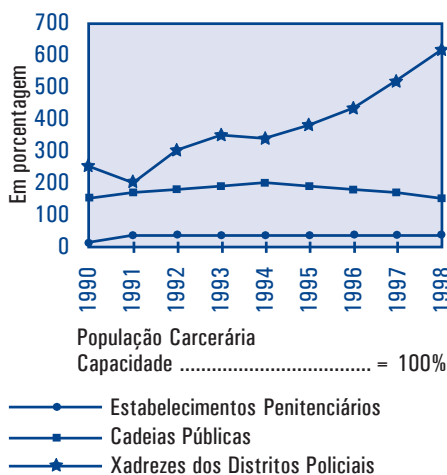
De janeiro a setembro de 1999 foram efetuadas 87.317 prisões pelas Polícias Civil e Militar (note-se que esse número é superior ao total da população carcerária — 82.585 presos). Na hipótese em que todas as pessoas presas pelas polícias tivessem permanecido na prisão, a população carcerária teria praticamente dobrado, num intervalo de dez meses. O que provavelmente não ocorreu, ou porque não se conseguiu provar no curso das investigações a autoria do delito, ou a prisão foi indevida, ou ocorreram fugas, ou ainda presos saíram do sistema por terem cumprido sua pena. Assim, observa-se que a ação das polícias no sentido do encarceramento responde muito mais a uma demanda difusa da sociedade por maior rigor punitivo do que a um

aumento real dos índices de criminalidade.

Em relação ao mesmo período de 1998 houve um crescimento de 12,8% do número de prisões efetuadas pelas polícias, o que significa que o sistema penitenciário apenas absorveu tal crescimento: as novas vagas criadas não serviram para diminuir a superpopulação nos presídios, não resolvendo a demanda por vagas acumulada em anos anteriores.

A superpopulação dos presídios mantém-se a despeito dos esforços na criação de novas vagas. Ao longo da década de 90, a população carcerária em penitenciárias cresceu, mas, devido à criação de novas vagas, a superpopulação manteve-se praticamente estável. Nas cadeias públicas a superlotação foi reduzida nos dois últimos anos, uma vez que a população não aumentou e novas vagas foram disponibilizadas. Já nos xadrezes de distritos policiais verifica-se um profundo agravamento da situação prisional: no ano de 1998 constatou-se a existência de 7 presos para cada vaga (aumento de 28% em relação a 1997), refletindo diretamente o crescimento do número de prisões efetuadas.

Relação Percentual Entre a População e a Capacidade Carcerária São Paulo - 1990/98



Fonte: Secretaria da Segurança Pública - SSP/Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários - Coespe; Departamento de Polícia Judiciária da Macro São Paulo - Demacro; Departamento de Polícia Judiciária da Capital - Decap; Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados - Seade.

Os dados sobre a população prisional em regime de semi-aberto demonstram uma defasagem de vagas em relação àquelas do regime fechado, contrariando o dispositivo da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de julho de 1984) que preconiza a progressão de regime no cumprimento das penas. Essa lei determina que, tendo cumprido 1/6 da pena em regime fechado e apresentando bom comportamento, o apenado tem direito à progres-

são para o regime semi-aberto e, na sequência, para o regime aberto. As 6.578 vagas em regime semi-aberto não são suficientes para garantir a possibilidade dessa progressão, elevando a superpopulação carcerária. Além disso, vagas de regime semi-aberto são demandadas por pessoas que já iniciam o cumprimento de sua pena nesse regime.

População Prisional em Regime Semi-Aberto, Segundo o Sexo Estado de São Paulo Posição em 22 de novembro de 1999

Sexo	Capacidade	População	Saldo
Total	6.578	7.098	-520
Masculino	6.328	6.874	-546
Feminino	250	224	26

Fonte: Secretaria de Administração Penitenciária/Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo - Coespe

Os dados sobre o sistema penitenciário são indicativos da existência de pontos críticos no funcionamento do sistema de Justiça Penal, como a dificuldade em manter um fluxo contínuo de pessoas no sistema carcerário. A exigüidade de vagas para o regime semi-aberto e a dificuldade de manter programas em meio aberto inviabilizam a progressão da pena prevista na lei. Dois tipos de distorções resultam dessa situação: ou alguns indivíduos permanecem presos no regime fechado quando deveriam estar no semi-aberto, ou alguns são postos em liberdade sem completar o ciclo da progressão. Essa falha na operacionalidade do sistema aparece ao senso comum como impunidade, e ao mesmo tempo entrava o fluxo de presos.

As pesquisas de vitimização demonstram que, em relação a vários delitos, apenas uma pequena parte dos eventos criminalizáveis ocorridos é efetivamente comunicada e se torna objeto de investigação de responsabilidades. Um dos fatores apontados pela população para a não comunicação é a pouca confiança nos serviços de segurança e justiça. As pessoas declaram que não procuram a polícia pois perdem muito tempo em ir às delegacias, esperar o atendimento, lavrar o boletim de ocorrência, e ainda não têm garantia de que o autor seja identificado e os danos sejam ressarcidos.

Diante de todos os eventos ilícitos que ocorrem cotidianamente no Estado de São Paulo, somando-se os notificados e as cifras negras, fica claro que o sistema penitenciário não pode absorver todas as pessoas que cometem infrações à lei, desde as mais brandas até as de grave poder ofensivo.

NOTA

⁽¹⁾ Este texto é em parte reproduzido de uma publicação da Fundação Seade, para a qual o IBCCRIM prestou consultoria.

A Reforma Processual e o Direito Comparado

LUIZ OTAVIO DE OLIVEIRA ROCHA



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: Sílvia Helena Furtado Martins
Tesoureiro: Adriano Salles Vanni
Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes
Diretor 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 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

Alguns dos mais renomados juristas brasileiros vêm de ser convidados para levar a cabo ampla reforma do sistema processual penal vigente. O movimento reformador iniciado em fins dos anos 80 e princípios dos 90, que se desenrolou inicialmente de forma paulatina (com as chamadas "reformas pontuais"), dando ensejo a severas críticas tanto dos doutrinadores como dos aplicadores da lei, assume agora uma feição distinta, que autoriza um misto de esperança e expectativa.

Desde logo, a oportunidade de revisar um texto legislativo de tamanha significância como o Código de Processo Penal deveria exaltar a comunidade jurídica.

Porém, a ciência processual atravessa momento bastante difícil, movimentando-se em um cenário no qual se vislumbram dois matizes principais: 1) o notável crescimento das atividades ilícitas praticadas por organizações criminosas — nacionais e transnacionais — nas últimas três décadas⁽¹⁾, que entre outras características revelou modos de delinquir que o sistema clássico de repressão até então desconhecia⁽²⁾ (como exemplificam as ações típicas de "lavagem de dinheiro"...) e gerou um grau maior de exigência enquanto eficácia do sistema repressivo⁽³⁾; e 2) a determinação do legislador de responder a essa exigência, que se manifesta mais visivelmente com o enriquecimento do perfil do Direito Penal e Processual Penal, que se exterioriza com a adoção cada vez mais intensa de alternativas ao processo regular, com destaque para as variadas formas de "justiça penal consensual" que, gradativamente, vêm sendo introduzidas nas legislações ocidentais, bem assim das novas técnicas de investigação ("arrependimento", "agentes infiltrados" e "entrega vigiada ou controlada"...), que afetam direta ou indiretamente direitos fundamentais contemplados nas constituições e nos textos internacionais.

De um lado está uma parte da doutrina, que pugna pela contenção dessa marcha "expansionista"⁽⁴⁾, pelo risco que encerra de debilitar o processo de reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, incrementado a partir de 1948 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas distante ainda de consagrar-se em prol de toda a humanidade; de outro, registram-se posturas mais centradas nos efeitos que os processos empíricos produzem sobre o binômio aumento da criminalidade/expansão da legislação repressiva⁽⁵⁾, como, por exemplo, a de **Silva Sánchez**⁽⁶⁾, que, reconhecendo a existência de uma demanda social por um Direito Penal mais intervencionista, afirma que esse "ponto de partida real" não deve levar a opção de

"rechaço ingênuo" a tal demanda, senão justificar uma resposta "também real", que condicione o labor em prol de modelos de Direito a um critério flexível, situado entre a ótica limitadora dos direitos fundamentais e a decisão de refrear os mais graves ataques que produz a criminalidade organizada a determinados bens jurídicos de relevo.

Tudo isto agrega à tarefa de reformulação da legislação o dever indeclinável de sopesamento dos resultados obtidos pelo sistema processual atualmente vigente no País e, mediante uma atividade de comparação com outros sistemas legais — especialmente daqueles países que tradicionalmente influenciavam o Direito brasileiro —, buscar o balanceamento entre as expectativas de progresso científico, desde bases ontológicas, e o compromisso social de contribuir à solvência das questões que afloram das diversas opções adotadas pelos ordenamentos alienígenas.

De efeito, se se busca o equilíbrio entre a melhoria da eficácia da Ciência Criminal (aqui vista em sentido amplo, abrangendo os fins do Direito Penal e o caráter de instrumentalidade do Direito Processual Penal) e a necessária afirmação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos, não será despendendo o critério da conveniência da adoção de novos institutos processuais segundo um exame do contexto político mundial (com as importantes transformações verificadas com o fim da "guerra-fria"), em que se opera a interação daqueles direitos, a nível interno, com o Direito Constitucional, expressando as bases definidoras dos Estados Democráticos de Direito, e a nível externo, com as transformações que se operam nas relações internacionais, afetando o *status* através do qual se inserem os países na comunidade internacional⁽⁷⁾.

A idéia de que é impossível encontrar o ponto de equilíbrio neste cenário dicotômico, onde digladiam a eficácia *versus* garantismo, **Gimeno Sendra**⁽⁸⁾ contrapõe que a resposta a tal desafio será exatamente a que resultar do critério de limitação mínima dos direitos fundamentais, segundo um juízo de estrita necessidade: *"o objeto do processo penal é também precisar esses limites, fazer com que sejam efetivamente excepcionais"*⁽⁹⁾.

Dá que se pode afirmar, em princípio, que somente se justifica a vulneração pelo Estado do âmbito da vida privada dos cidadãos, por meio de institutos processuais mais agressivos, quando presentes os critérios da necessidade (que implica na reserva das hipóteses de cabimento aos casos de maior gravidade, como, por exemplo, os delitos praticados por organizações criminosas) e de proporcionalidade (que im-

→ aplica em um controle estreito da aplicação — preferencialmente pelo órgão jurisdicional — das medidas investigatórias, segundo um critério de coerência e intensidade da intervenção que consubstanciam nas liberdades individuais em relação com a finalidade da investigação⁽¹⁰⁾.

A dificuldade reside em que, mesmo nas democracias europeias verifica-se que a compreensão dos aludidos critérios na aplicação das medidas restritivas dos direitos fundamentais apresenta-se com matizes bastante diferenciados. Exemplo claro se extrai dos prazos máximos de duração da prisão preventiva, que de um período máximo de 8 dias na Inglaterra (s. 128 (6), *Magistrates' Court Act 1980*)⁽¹¹⁾ pode atingir 1 ano na Alemanha (§ 122.a. *Strafprozessordnung*, o Código de Processo Penal Alemão) ou 2 anos na Espanha (art. 504 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). De qualquer modo, não se deve esquecer que a comunidade jurídica internacional vem propugnando (especialmente através dos foros promovidos pela ONU)⁽¹²⁾, como pressuposto para a uniformização do respeito a tais direitos na prática, uma maior aproximação do conteúdo das diversas legislações internas⁽¹³⁾.

Por outro lado, ainda que se queira evitar o termo "globalização"⁽¹⁴⁾, há que se levar em conta a influência que exerce, também na cultura jurídica, o dinamismo cultural da sociedade contemporânea, que é favorecido pelo caráter de supranacionalidade dos meios de comunicação⁽¹⁵⁾.

O isolacionismo jurídico que pode resultar de posturas antiecumênicas ou adversas às novas tecnologias traz o risco de transformar um país que possua um sistema jurídico *sui generis* em paraíso para as grandes corporações criminosas, com gravíssimos prejuízos para as gerações futuras. Não estaríamos nós, brasileiros, pagando o preço do anacronismo do Código que vige hoje? Não nos esqueçamos do que afirmou o professor **José Frederico Marques** (in *"Elementos de Direito Processual Penal"*, 1ª ed., Forense, 1961, p. 126) sobre esse diploma já sexagenário (Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.41): *"A promulgação do Código de Processo Penal foi uma decepção. Esperava-se, depois de sancionados o Cód. De Proc. (...) Eis senão quando vem à luz um código ronceiro, atrasado, sem nenhuma sistematização, e que não passava de nova edição de obsoletos códigos locais até então em vigor. Verificava-se, melancolicamente, que em muitos institutos retrogradávamos, ao invés de progredir, pois que o novo Código, além de sua ancianidade cultural coeva do Direito intermédio, vinha reformar para pior muito do que existia nas legislações estaduais (A lei paulista sobre 'crimes policiais', por exemplo, continha procedimento muito mais rápido, simples e eficaz que o 'soi disant' processo sumário do Cód. de Proc. Penal)".*

Nesse sentido, bom é o exemplo de Portugal, que vem de alterar em profundidade o

sistema processual. O grau de influência do Direito Comparado no texto elaborado pelo Poder Legislativo lusitano, vem claramente declarado no item I.3 do "relatório" que antecede a Lei nº 59/98, de 25 de agosto: *"No que aos factores exógenos respeita, ponderou-se atentamente a lição de Direito Comparado. Procurou-se, em particular, tirar vantagem dos ensinamentos oferecidos pela experiência dos países comunitários (Espanha, França, Itália, República Federal da Alemanha), com os quais Portugal mantém um mais extenso patrimônio jurídico e cultural comum; países de resto, todos eles, empenhados num processo de profunda renovação das instituições processuais penais. (...) Sem se advogar nem pretender uma transposição mecânica de tais resultados, verdade é que não devem desatender-se as consistentes injunções político-criminais que deles emanam".*

"O isolacionismo jurídico que pode resultar de posturas antiecumênicas ou adversas às novas tecnologias traz o risco de transformar um país que possua um sistema jurídico sui generis em paraíso para as grandes corporações criminosas, com gravíssimos prejuízos para as gerações futuras."

Com relação às reformas processuais que se engendram nos países mencionados, podem ser citadas a ambiciosa (e bastante criticada) reforma italiana de 1988 (que entrou em vigor em 1989) — e as sucessivas alterações provocadas, sobretudo, por recomendações do Tribunal Constitucional Italiano e pela legislação "de urgência" —, a não tão ampla reforma alemã de 1975, as reformas belgas de 1994, a francesa (leis de 1984, 1985, 1987, 1989, 1993, 1994 e 1995 — sem contar o projeto de lei, apresentado em 16.09.98, ainda em discussão no Parlamento, que propõe alterar o sistema da prisão preventiva com vistas à sua melhor adequação às exigências da presunção de inocência, e também a melhoria do tratamento que se dispensa às vítimas de delitos) e, ainda (por quê não?), as várias reformas experimentadas pelo Direito inglês (com as leis de 1984, 1985, 1987, 1988, 1991 e 1994), todas elas contendo um rol apreciável de fórmulas e experiências capazes de orientar o trabalho de renovação da legislação brasileira.

Ainda, poderiam servir de guia os dez princípios fundamentais elaborados em 1991 pela Comissão de Justiça Penal e Direitos Humanos⁽¹⁶⁾ com o propósito de nor-

tear a tão almejada uniformização dos sistemas jurídico-processuais no âmbito da União Européia, e cujos traços aparecem de modo pontual no conteúdo das diversas leis reformadoras posteriores, assim divididos: *"Três princípios que garantem o império da lei (legalidade, igualdade entre os destinatários da lei e devido processo legal), três princípios relativos a proteção das pessoas (dignidade da pessoa, proteção da vítima e presunção de inocência do acusado) e quatro princípios que concernem a 'qualidade do processo' (o respeito aos direitos de defesa, o equilíbrio entre as partes, a proporcionalidade e a celeridade do procedimento)".*

Importa ressaltar, por fim, que nada disso significa que se deva tomar o Direito Comparado às cegas. Diferenças estruturais entre os sistemas jurídicos dos diversos países, o papel que exerce a Polícia, o Ministério Público e a Magistratura na atividade de repressão penal, bem assim as relações dessas instituições entre si, e ainda a quantidade de meios empenhados nessa atividade (que se reflete na qualidade das provas coletadas, na celeridade dos procedimentos e nas condições de cumprimento das penas e fiscalização das medidas alternativas), aconselham um exame cuidadoso da perspectiva de sucesso consubstanciada em cada instituto jurídico, dada a surpreendente distância às vezes detectada entre o sentido objetivo das normas e os efeitos que produzem no mundo dos fatos.

Tratar-se-ia, apenas, de não olvidar o objeto do Direito Comparado definido no longínquo 1900 por **Saleilles**⁽¹⁷⁾, como o afã de *"extrair do conjunto de instituições particulares uma base comum ou, pelo menos, pontos de conexão susceptíveis de provocar, sob a diversidade aparente de formas, o afloramento da unidade essencial da vida jurídica universal"*.

É o que esperamos, com votos de sucesso aos nossos juristas.

NOTAS

(1) Em parte devido ao estrepitoso desenvolvimento dos meios de comunicação (que **Carla Del Ponte** adjectiva de "fulminante" — *"Crimen Organizado y Lavado de Dinero"*, in *"Narcotráfico, Política y Corrupción"*, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá, Colômbia, 1997, p. 166), em parte ao processo um pouco mais longínquo do incremento dos meios de transporte.

(2) Ver, a respeito, **Maya y Martín, Ricardo M.**, *"Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro"*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 2-3.

(3) **Herzog, F.** (*"Límites del Derecho Penal Para Controlar los Riesgos Sociales"*, *"Poder Judicial"*, nº 32, diciembre/1993, pp. 80 e segs.) critica o expansionismo afirmando que o emprego maciço dos institutos penais implica na instrumentalização do Direito Penal, causando a deterioração dos princípios fundamentais que lhe são inerentes (no mesmo sentido: **Welzel, H.**, *"Derecho Penal Alemán"*, pp. 6-7).

(4) Vide, entre tantos, **Moccia, Sergio**, *"La Perenne Emergenza. Tendenze Autoritarie nel Sistema Penale"*, 2ª ed., Nápoli, 1997, que

CURSO SOBRE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Promovido pelo Instituto Internacional de Direito, tem como objetivo propor um estudo das teorias modernas sobre relação de causalidade e a imputação objetiva, como solução à análise da criminalidade moderna, voltando-se a professores, advogados, magistrados, delegados, promotores de justiça, procuradores e estudantes. Dr. Antonio Luis Chaves Camargo, coordenador científico e palestrante do curso, é professor associado de Direito Penal da USP.

Serviço:

Local: Av. Vereador José Diniz, 2.088 - Brooklin - São Paulo

Dias: 19 e 26 de agosto e 02 de setembro de 2000

Horário: 08:00 às 13:00h

Inscrições: R\$ 200,00 (profissionais)
R\$ 120,00 (estudantes)

Informações: (0xx11) 5561-3473
542-1303

VIDEOTECA

Já estão disponíveis as fitas de vídeo das palestras do I Seminário IBCCRIM/ABDT de Direito Penal Tributário, realizado entre os dias 29 e 31 de março e também do I Seminário de Direito Penal e Processo Penal de Franca/SP, ocorrido nos dias 29 e 30 de março de 2000.

Para a locação, basta entrar em contato com a Biblioteca no tel. (0XX11) 3105-4607 ou pelo e-mail: biblioteca@ibccrim.com.br

contém ampla análise da recente legislação italiana "de emergência" (sobre o endurecimento da legislação criminal italiana a partir de 1974 insurgiram-se também **Ettore Palmiere, Mario Chiavario, Giorgio Marinucci, Giovanni Fian-daca, Enzo Musco e Luigi Ferrajoli**).

(5) Cf. **Gimeno Sendra, Vicente**, na introdução à obra *"Procesos Penales de Europa"*, Ed. Edijus, Madri, 2000, p. 21.

(6) **Silva Sánchez, Jesús-María**, *"La Expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Posindustriales"*, Ed. Civitas, Madri, 1988, p. 20.

(7) Vide a respeito, **Ferrajoli, Luigi**, *"Derechos y Garantías - La Ley del Más Débil"*, Ed. Trotta, Madri, 1999, p. 141; **Mir Puig, Santiago**, *"Derecho Penal, Parte General"*, 5ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 65.

(8) Cf. **Gimeno Sendra**, *"Procesos Penales..."*, p. 21, op. cit. De fato, o conflito aparece quando se idealizam novas técnicas de investigação que tendem a afetar o direito de liberdade ou de intimidade, como ocorre, por exemplo, com a violação do sigilo de correspondência e das conversações telefônicas.

(9) A citação foi extraída de *"La Mise en État des Affaires Pénales"*, in Anais da Comissão de Justiça Penal e Direitos Humanos, Paris, 1991, p. 12 (essa comissão, adstrita ao Conselho Europeu, foi aglutinada em 1998 ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos pelo Protocolo 11 ao Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950).

(10) O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*"La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, *"Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial"*, Madri, 1993, pp. 322 e segs.), aclarando o conteúdo do art. 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos, em diversas oportunidades manifestou-se no sentido de que a ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos somente pode justificar-se ante a presença de três requisitos: 1) a existência de lei autorizando tal ingerência (legalidade); 2) a legitimidade de sua finalidade (que deve ser aceita em um Estado de Direito); 3) a necessidade dessa ingerência para alcançar determinada finalidade (que equivale ao balanceamento entre as alternativas possíveis e a relação entre custos e vantagens do meio empregado para uma sociedade democrática).

(11) O *Criminal Justice Act 1998*, em vigor desde 1991, autoriza a prorrogação até um período máximo de 28 dias em determinadas situações.

(12) V. a Convenção da ONU contra o tráfico ilícito de estupefacientes e psicotrópicos, aprovada em 20.12.88, em Viena, à qual seguiram-se outros documentos multinacionais, como o Convênio nº 141 do Conselho Europeu sobre *"blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito"*, assim como a diretiva de 10.05.90, que em seu conjunto definem as linhas básicas de atuação que devem orientar a adaptação dos distintos ordenamentos jurídicos nacionais com o propósito de homogeneizar e, tanto quanto seja possível, unificar a persecução nos aspectos relativos à tipificação dos delitos de "lavagem de dinheiro", apreensão e confisco dos produtos desses delitos, e o incremento da cooperação judicial internacional. No mesmo sentido, a Res. do Parlamento Europeu de 16.11.93, bem como o Plano de Ação

contra a delinquência organizada aprovado em 28.04.97, e as atas e recomendações resultantes da Conferência Mundial da ONU sobre drogas realizada em Nova York (08 a 10.06.98).

(13) Em seu 42º Período de Sessões (Viena, 16 a 25 de março de 1999), o Conselho de Segurança da ONU decidiu dar prioridade à luta contra *"lavagem de dinheiro"* e o tráfico de drogas (vide Documentos E/CN.7/1996/6, de 26 de janeiro de 1999, tema 6 do programa provisório, e E/CN.7/1999/8 - E/CN.7/1999/1, V.99-80124, de 11 de janeiro de 1999, Comissão de Estupefacientes, tema 7-b do pg. prov., ambos distribuídos durante o encontro).

(14) Por si já bastante desgastado e contra o qual, não somente pelos efeitos que pretensamente produz como pela própria amplitude do conceito, se lançam críticas bastante severas por parte daqueles que sentem-se excluídos dos processos econômicos (refiro-me especialmente aos protestos realizados em novembro do ano passado durante a 3ª Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio-OMC, em Seattle, EUA, e em janeiro último, durante o

Fórum Econômico Mundial, em Davos, Suíça, ocasião em que destacou-se nos meios de comunicação uma frase cunhada pelas organizações não-governamentais-ONGs, que organizaram tais manifestações, destinadas a expressar o caráter hegemônico dos países e empresas que protagonizavam esses dois eventos, que espelha com bastante clarividência a questão: *"todos que estão aqui, são..., mas nem todos que são, estão..."*).

(15) A ONU já capta indícios de utilização da Internet pelos traficantes de droga, que resultaria facilitado pelo *"caráter desregulado do setor"*. No Doc. E/CN.7.1999/9, de 17.12.98, p. 17, do 42º Período de Sessões do Cons. Seg., intitulado *"A oferta e o tráfico ilícito de drogas... e os efeitos das redes de comunicação, como Internet, sobre o problema..."*, p. 17, se menciona que *"em algumas páginas da Internet existem detalhes sobre as fontes de material químico e equipamentos de laboratório para a fabricação ilícita de drogas, com indicação dos fabricantes, os quais se prestariam a aceitar encomendas de delinquentes localizados em países cujas leis ou normas administrativas de controle não oferecem o grau de proteção contra tais atividades de acordo com o que recomendam as normas internacionais. Em outras páginas se dão amplos detalhes dos preços atuais de todas as drogas vendidas nas ruas, especificados por países e até por cidades. O acesso a tais dados pode ajudar as organizações delitivas a selecionar determinados mercados locais, diversificando sua gama de produtos e estendendo suas redes delitivas"*.

(16) E mencionados por **Delmas-Marty, Mireille**, in *"Procesos Penales de Europa"*, pp. 733-4, op. cit.

(17) A definição foi proposta durante o Congresso Internacional de Direito Comparado que teve lugar em Paris no mencionado ano (v. *"Bull. de la Société de Législation Comparée"*, Paris, 1990, p. 383).

O autor é promotor de justiça em São Paulo e doutorando em Direito Penal na Universidade Complutense de Madrid.

Lei nº 9.714/98 - Inaplicabilidade aos Crimes Militares

NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO

Com o advento da Lei nº 9.714/98, ampliando as espécies e possibilidades de sanções substitutivas previstas no art. 44 do Código Penal (em prosseguimento à reforma penal com introdução de novas medidas sancionatórias benéficas previstas na já longínqua Exposição de Motivos à Lei nº 7.209/84), agitou-se a possibilidade de sua aplicação aos crimes militares assim definidos no Código Penal Militar.

Sabe-se que na atividade de aplicação da lei penal o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando à realização do Direito e a prática da Justiça.

De início, deve ser afastado qualquer cotejo entre a Lei nº 9.099/95 — que introduziu os institutos despenalizadores conhecidos —, e a examinada (Lei nº 9.714/98), porquanto esta contempla novas redações e ampliação das possibilidades de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (introduzindo também o denominado *sursis* humanitário), com a finalidade de descaracterizar (para utilizar expressão do grande **Cezar Roberto Bitencourt**⁽¹⁾), cujas espécies já estavam inseridas no Código Penal, antes mesmo da edição da Lei nº 9.714/98.

O Direito Penal Militar, mesmo servindo como complemento do Direito comum, é especial porque apresenta um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias.

A doutrina bem diferencia o Direito Penal comum do Direito Penal especial porque, enquanto o primeiro se aplica a todos os cidadãos, o segundo tem o seu campo de incidência adstrito a uma classe restrita de cidadãos, conforme sua particular qualidade, lembrando **Damásio E. de Jesus** que "o critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o Direito objetivo. Como escreve **José Frederico Marques**, 'Direito comum e Direito especial dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao Direito Penal; se a norma penal objetiva somente se aplica através de órgãos especiais, constitucionalmente previstos, tal norma agendi tem caráter especial, se a sua aplicação não demanda jurisdição própria, mas se realiza através da Justiça comum, sua qualificação será a de norma comum. Atendendo a esse critério, teremos um Direito Penal comum e um Direito Penal Militar'.

No Brasil, o Direito Penal Militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois a sua aplicação se realiza por meio da Justiça Penal Militar⁽²⁾.

A propósito vale também lembrar a lição de **Jorge Alberto Romeiro**:

"Como esclarece **Pietro Vico**, a lei penal militar 'seria excepcional se tomasse para seu fundamento jurídico exclusivamente a qualidade militar da pessoa do culpado, ou se a lesão de deveres perfeitamente idênticos e comum aos militares e a todos os outros cidadãos cominasse uma sanção diversa, ou também se estendesse sua eficácia além do quanto pudessem exigir a exata observância dos deveres militares. A lei penal militar, ao contrário, mira diretamente a incriminação

de ofensas a especiais deveres, e tem em consideração a qualidade da pessoa enquanto ela se torna culpada da violação de tais deveres; nem se afasta do Direito comum senão somente quando as disposições deste são incompatíveis com a índole dos crimes militares. Assim, a lei penal militar, embora formando o Direito próprio e particular dos militares, é sempre, por outro lado, uma lei especial em confronto com a lei penal geral'.

O Direito Penal Militar é uma 'especialização, um complemento do Direito comum, apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias'⁽³⁾.

Além disso, o Código Penal Militar tutela outros bens e interesses juridicamente relevantes que não são abrangidos pela lei penal comum, pois nesta não se constituem em fatos típicos e antijurídicos, como por exemplo os crimes de cobardia (arts. 363 a 365), abandono de posto (art. 390), deserção e falta de apresentação (art. 391), automutilação (art. 403), dentre outros; isto porque, quando se fala no ordenamento jurídico militar, a lei penal militar visa primeiramente aos interesses do Estado e das instituições militares.

Nesse passo, repita-se com a ensinância de **Jorge Alberto Romeiro**, o Direito Penal Militar é especial porque suas normas, ao contrário daquelas do Direito Penal comum — destinadas a todos os cidadãos brasileiros —, aplicam-se exclusivamente às pessoas sujeitas ao regramento militar, com deveres especiais para com o Estado, cujo sistema disciplinar deve ser mais rígido, com maiores exigências de observância das leis, dos regulamentos, das ordens, da disciplina e da hierarquia, indispensáveis à defesa armada e à existência das instituições do mesmo Estado.

Um Código Penal geral não deve tratar de todos os crimes, havendo "os de feição toda própria, apresentando peculiaridades importantes, não apenas quanto à ação, mas também relativamente a seus efeitos ou consequências, à personalidade do delinquente, etc. Em princípio, por exemplo, ninguém colocará no mesmo nível o autor de um delito político — o idealista que sonha melhores dias para sua pátria — e o autor de estupro ou latrocínio.

Crimes existem também que reclamam critérios outros que não os do Código Penal (subordinando-se a razões de Estado, de política criminal, etc.) e, conseqüentemente, não se conciliando com a rigidez e inflexibilidade de suas normas e princípios⁽⁴⁾.

Bem por isso, o Código Penal comum em vigor desde 01.01.42 (Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.40), em sua parte especial (em artigo não muito invocado), excluiu expressamente do seu campo de incidência a **legislação especial** sobre os "crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falsidade, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Intervenientes, e os crimes militares" (CP, art. 360), subordinando-os, no entanto, às suas regras gerais somente quando "não colidam com as expressamente inscritas na legislação penal especial (art. 12 do CP)⁽⁵⁾.

O art. 12 do Código Penal não suscita

qualquer dúvida e a doutrina tem assentado, com firmeza:

"A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público por exemplo (art. 327)⁽⁶⁾.

Ora, as regras gerais do Código Penal são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (exemplo: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro lado, como afirma **Damásio de Jesus**, "a legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do código" (ob. cit., p. 127).

Pois bem. Especificamente quanto às penas decorrentes da prática de crimes, não custa lembrar que a Carta Magna elenca no art. 5º, inc. XLVI, o rol daquelas que a lei individualizará, dentre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal, por sua vez, como lei geral, em simetria com o comando constitucional, dividiu-as em privativas de liberdade, restritivas de direitos, e multa (art. 32), e regulou sua forma de imposição e substituição, ditando também as regras básicas pelas quais deverão ser executadas (a especificação da execução está na Lei de Execução Penal), destacando-se que são reprimendas distintas, possuindo, cada qual, características próprias e diferenciadas entre si.

A seu turno, o Código Penal Militar classifica as penas em **principais** (art. 55): a) morte (previsão constitucional no art. 5º, XLVII); b) reclusão; c) detenção; d) prisão; e) impedimento; f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; g) reforma, e **acessórias** (art. 98): I) perda de posto e patente; II) indignidade para o oficialato; III) incompatibilidade com o oficialato; IV) exclusão das Forças Armadas; V) perda de função pública, ainda que eletiva; VI) inabilitação para o exercício da função pública e VII) suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela.

O Código Penal Militar não prevê qualquer pena como substitutiva de pena privativa de liberdade ao passo que, no Código Penal comum, está expressamente relacionada (derivada do comando constitucional), a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, e sendo claro que a substituição (contida na parte geral do Código Penal comum) somente será aplicável aos fatos incriminados na legislação especial ou extravagante, se estas não regulariem a matéria dispondo de forma diversa (art. 12 do CP), e como o Código Penal Militar tem comando específico sem previsão das denominadas "penas alternativas", resulta na sua

SEMINÁRIO

Será realizado, pela Federal - Concursos, Reciclagem e Eventos Jurídicos, o seminário intitulado "Controle Prévio e Repressão das Infrações Contra a Ordem Econômica: Concentração de Empresas e Atuação do CADE".

O evento contará com a presença dos palestrantes: **André de Carvalho Ramos**, procurador da República em São Paulo e doutor em Direito Internacional pela USP e **Erick Frederico Gramstrup**, juiz federal em São Paulo e professor da PUC/SP.

Serviço:

Local: Rua São Bento, 545, 3º andar
Centro - São Paulo - SP

Dias: 18, 20, 25 e 27 de julho

Horário: das 9 às 12 horas

Informações pelos telefones:
(0xx11) 3106-9557 e 3112-1606

I CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E DA EMPRESA

Promovido pela FESMPDFT (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) juntamente com a UnB (Universidade de Brasília), o curso terá como conteúdo programático:

- Teoria Geral do Direito (TGD)
- Temas Fundamentais de Teoria Jurídica do Delito
- Princípios Penais de Garantia e Política Criminal
- Criminologia Econômica
- Penologia
- Fundamentos do Direito Penal Econômico e da Empresa
- Direito Penal da Ordem Econômica e Tributária
- Direito Penal das Relações de Consumo e da Economia Popular
- Direito Penal do Ambiente e da Ordenação do Território
- Metodologia do Ensino Jurídico (MEJ)
- Metodologia da Pesquisa Jurídica (MPJ)

Serviço:

Local: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - Brasília (DF)

Período: agosto de 2000 a junho de 2001

Informações pelos telefones:
(0xx61) 226-4643 e 226-4178



inaplicabilidade aos crimes militares, que têm disciplina própria em lei especial que não as contempla.

Concluindo: a Lei nº 9.714/98 que alterou dispositivos do Código Penal, e trata da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, não pode ser aplicada aos crimes militares (sejam próprios ou impróprios) porque incompatível com a sua índole, mas também porque o Código Penal Militar, como lei penal especial, regula a matéria de modo diverso em face de sua especialidade, na qual não se encontra previsão legal de pena substitutiva (salvo acessórias), prevalecendo como legislação penal especial sobre as regras de Direito Penal comum.

Este entendimento foi firmado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no *Habeas Corpus* nº 99.012542-4, da capital, em julgamento realizado no dia 17.08.99.

NOTAS

- (1) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** "Novas Penas Alternativas", São Paulo, Saraiva, 1991, p. 104.
- (2) **JESUS, Damásio E. de.** "Direito Penal", 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, v. 1, p. 08.
- (3) **ROMEIRO, Jorge Alberto.** "Curso de Direito Penal Militar", São Paulo, Saraiva, 1994, p. 05.
- (4) **FRANCO, Alberto Silva et al.** "Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial", 6ª ed., São Paulo, RT, 1997, v. 1, Tomo II, p. 3.935.
- (5) **MIRABETE, Júlio Fabbrini.** "Código Penal Interpretado", São Paulo, Atlas, 1999, p. 1.942.
- (6) **BASTOS, JÚNIOR, Edmundo José de.** "Código Penal em Exemplos Práticos", Florianópolis, Ed. Terceiro Milênio, 1998, p. 30.

O autor é juiz de Direito substituto de 2º Grau em Santa Catarina.

Revogação do Art. 17 do Código de Processo Penal Militar (CPPM)

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

A Constituição Federal disciplina que ao preso é assegurada a assistência da família e de advogado, sendo-lhe ainda permitido o direito ao silêncio e a identificação do responsável pela sua prisão, devendo a autoridade policial remeter cópia do auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária para que esta analise a legalidade da prisão. O juiz poderá conceder o relaxamento da medida se ausentes os requisitos que a autorizam.

Antes do advento da CF/88, era possível a incomunicabilidade do preso, civil ou militar, sendo vedada a este inclusive a possibilidade de ter a assistência de um advogado. Atualmente, esta possibilidade foi afastada do ordenamento jurídico, para se evitar o abuso, a arbitrariedade. A prisão provisória é uma exceção, podendo ser decretada por meio de decisão motivada, mas o preso poderá a qualquer momento comunicar-se com seu defensor.

O art. 17 do Código de Processo Penal Militar disciplina que, "o encarregado do inquérito poderá manter incomunicável o indiciado, que estiver legalmente preso, por três dias no máximo", grifo nosso.

O professor **Roberto Menna Barreto de Assunção**, em sua obra, "Direito Penal e Processual Penal Militar", ao comentar a incomunicabilidade prevista no art. 17 do CPPM, disciplina que: "A incomunicabilidade imposta pelo encarregado do inquérito, no prazo e condição previstos no art. 17 do CPPM, decorrerá de flagrante ou de prisão provisória, regularmente decretada pela autoridade judiciária que, juntamente com o advogado do preso, dela tomará ciência".

É importante observar que a Constituição Federal de 1988 afastou a possibilidade do preso ficar incomunicável. O art. 5º, inc. LXIII, permite ao preso a assistência do advogado, em qualquer momento, seja na prisão preventiva ou na prisão provisória. Com base no cânone constitucional, o art. 17 do CPPM sob análise foi tacitamente revogado.

O cidadão, civil ou militar, não mais pode-

rá ficar impedido de comunicar-se reservadamente com seu advogado. A prisão preventiva do militar poderá ser decretada desde que presentes seus requisitos legais. Em sendo arbitrária, abusiva, poderá ser afastada por meio de *habeas corpus*, sendo o art. 142, § 2º, da Constituição Federal, que impede o seu cabimento na transgressão disciplinar militar inconstitucional. Mesmo decretada a prisão preventiva do militar, este não estará cerceado de seus direitos constitucionais.

A autoridade, civil ou militar, que impedir o contato do militar preso com o seu advogado estará cometendo crime de abuso de autoridade, e ainda poderá ficar sujeita a uma ação de indenização por danos morais em decorrência dos constrangimentos que causar ao causídico, em atendimento ao disciplinado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

O art. 7º, inc. III, da Lei Federal nº 8.906 de 4 de julho de 1994, disciplina que: "São direitos do advogado: comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos, em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis". Deve-se observar que Lei posterior, quando trata do mesmo assunto, revoga lei anterior, como ensina a doutrina e a jurisprudência dos nossos Pretórios.

Portanto, o instituto da incomunicabilidade tornou-se instrumento não mais aceito em nosso ordenamento jurídico. O advogado, como profissional essencial à administração da justiça, civil ou militar, tem o direito de comunicar-se reservadamente com o seu cliente, mesmo que este, contrariando os preceitos constitucionais, seja considerado incomunicável. A inobservância dessa prerrogativa sujeita a autoridade ao crime de abuso de autoridade, em atendimento ao disciplinado na Lei Federal nº 4.898/65.

O autor é especialista em Direito Administrativo pela Unip e integrante da Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra - ADESG-SP.

Busca e Apreensão Pessoal e Prova Ilícita

GIOVANA POLO

A busca e apreensão pessoal sempre foi meio de abusos e arbitrariedades. Cidadãos — autores ou não de crimes — com frequência são revistados por policiais, por serem subjetivamente considerados "suspeitos", e, assim, passam a ser vítimas de constrangimento insuportável. Em alguns casos, provas são obtidas a partir deste tipo de abordagem, geralmente por se encontrar o objeto material do crime com o investigado, dando início a procedimento criminal. Acontece que a busca e apreensão pessoal assim realizada, por ser ilegal, é capaz de invalidar por contaminação todo o conjunto probatório.

Inicialmente, faz-se necessário demonstrar em que situações a medida se torna ilegal.

A busca e apreensão pessoal é a inspeção no corpo do indivíduo, em suas vestes ou "no âmbito de custódia aderente ao corpo de uma determinada pessoa"⁽¹⁾. É, indiscutivelmente, "medida de exceção, constrangedora, que fere a liberdade individual, [e] deve ser empregada com cautela e moderação..."⁽²⁾.

O art. 240 do Código de Processo Penal traz enumeração — taxativa, vez que a busca pessoal excetua os direitos individuais — das hipóteses em que se admite a busca. Exige a lei o devido mandado judicial, "salvo no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar" (grifamos).

A lei admite a busca pessoal desde que presente a "fundada suspeita" e a medida seja levada a cabo sem submeter a vexame o averiguado (as demais situações, isto é, a da prisão ou a ocasionada pela busca domiciliar ultrapassam os limites desta exposição).

É, contudo, justamente a permissão fornecida pela "fundada suspeita" a causadora de arbitrariedades, porque é expressão extremamente genérica, capaz de, em um primeiro momento, parecer legitimar qualquer tipo de abordagem, em qualquer situação. Não deve ser assim.

É fácil perceber que, além da liberdade individual, é a dignidade da pessoa que está em jogo. Por isso, não basta a alegação subjetiva de que a atitude do averiguado é suspeita: é preciso justificar, concretamente, o que levou o executor da medida a inspecionar o corpo, as vestes de um cidadão.

Fora daí, ou seja, buscas pessoais realizadas sem explicação aceitável ou atentatórias à dignidade humana, invade-se o campo das provas ilícitas.

Há, por outro lado, interessante distinção no mundo das provas ilícitas: existe a *ilegalidade ou ilicitude intrínseca*, referente a meios probantes não admitidos pelo Direito; e a *ilicitude ou ilegalidade extrínseca*, "mácula que adere a certas provas por terem sido produzidas com a ofensa de um direito individual ou fundamental"⁽³⁾. A busca pessoal, se efetuada imotivada e/ou constrangedoramente, insere-se nesta última classifica-

ção, por ferir, principalmente, o **direito à dignidade**.

Questão tormentosa é determinar se todas as demais provas produzidas a partir de busca ilegalmente feita têm admissão no processo.

O art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal de 1988 estabelece que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Aparentemente, determina, sob critério absoluto, que à prova ilicitamente produzida não deve ser conferido qualquer valor, sendo vedado ao julgador fundamentar com ela sua decisão.

A doutrina e alguns julgados procuram relativizar o preceito constitucional. É que dois interesses da maior relevância entram em conflito: o interesse social e estatal de buscar a verdade real, para punir o culpado, contra o interesse individual, que se reflete na "dignidade da pessoa humana", um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da Lei Maior).

"Questão tormentosa é determinar se todas as demais provas produzidas a partir de busca ilegalmente feita têm admissão no processo."

Cita-se muito, assim, a teoria da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*), de origem alemã, a qual busca equilibrar os direitos e garantias individuais com o *jus puniendi*. Compete ao juiz, defendem seus precursores, analisado o caso concreto, decidir em que hipótese seria a prova ilícita admitida — posição que, por exacerbar a subjetividade do juiz, jamais conduzirá a regra segura sobre o assunto, já que cada magistrado preferirá uma ou outra posição, tal qual acontece nas intermináveis discussões jurisprudenciais acerca de assuntos polêmicos.

A conclusão a que chegaram as Mesas de Processo Penal da USP, através da Súmula 50 — segundo a qual "podem ser utilizadas no processo as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa" —, para muitos, é a aplicação da teoria da proporcionalidade. Neste caso, contudo, entra em cena outro direito fundamental — o **direito à liberdade**. Ora, trata-se, ao lado da vida, do mais valioso bem do cidadão, de sorte que seria inadmissível que uma prova ilícita, porém capaz de assegurar o *jus libertatis* do acusado, fosse excluída do processo. Não se trata de exceção ao art. 5º, inc. LVI, da CF, mas de mera harmonização dos dispositivos constitucionais.

É inegável, portanto, que a Constituição Federal de 1988 adotou critério absoluto, para que as provas ilícitas, ressalvada a hipótese acima (de resto estabelecida pela própria Lei Maior), devem ser eliminadas do

processo. Não explicita, contudo, se há contaminação das demais provas desencadeadas a partir da ilegal.

A famosa doutrina norte-americana, segundo a qual não se podem aproveitar os "frutos da árvore venenosa" (*fruits of the poisonous tree*), lançando mão da 4ª Emenda, não aceita conjunto probatório produzido a partir de uma ilicitude.

O Supremo Tribunal Federal já acolheu tal entendimento, no sentido de que "a ilicitude da interceptação telefônica — a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente"⁽⁴⁾. Embora o acórdão trate de escuta telefônica, matéria ainda não disciplinada na época, é importante para demonstrar o cabimento da teoria dos frutos envenenados no sistema pátrio.

A conclusão a que se chega é que, diante da inviolabilidade da dignidade do indivíduo, práticas como a injustificada busca e apreensão pessoal devem ser banidas. É certo que muitos crimes são a partir daí desvendados. Mas trata-se de benefício desproporcional ao custo que tal prática representa para parte da população, pois, por outro lado, é indiscutível que cidadãos inocentes, por caírem na visão subjetiva de policiais, são aleatoriamente submetidos a vistorias e a humilhações.

Desconsiderar o conjunto probatório assim iniciado conduziria, em última e prática análise, ao desencorajamento de buscas mal explicadas, ou, ao menos, não faria de todos nós cúmplices de inaceitável violação de direitos e garantias individuais.

NOTAS

(1) MANZINI, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal", apud NORONHA, E. Magalhães. "Curso de Direito Processual Penal", São Paulo, Saraiva, 20ª ed., 1990, p. 32.

(2) NORONHA, E. Magalhães, *op. cit.*, p. 94.

(3) BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. "Comentários à Constituição do Brasil", 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 274.

(4) STF, HCS nº 69.912/RS, rel. min. Sepúlveda Pertence, m. v., j. 16.12.93, pub. DJ 25.03.94, p. 6.012. No julgamento inicial, o *habeas corpus* foi indeferido, por maioria (seis votos a cinco), porque "ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada". A decisão foi, posteriormente, anulada, devido à participação de ministro impedido; com a renovação do julgamento, prevaleceram os cinco votos vencidos no anterior. Veja ainda: STF, HC nº 74.116/SP, rel. ac. min. Maurício Corrêa, 2ª T., por empate, j. 05.11.96, pub. DJ 14.03.97, p. 6.903.

A autora é procuradora do Estado em Araraquara (SP).

V SEMINÁRIO SOBRE TEMAS ATUAIS DE DIREITO PENAL E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

Abertura: Dia 30.08.00 às 20h

Temática: *Crime Organizado e de Informática*

Prof. Raúl Cervini (Uruguai)

Prof. Sérgio Marques Roque (Brasil)

Dia 31.08.00 às 8:45h

Temática: *Criminalidade Ambiental*

Prof. Miguel Polaino Navarrete (Espanha)

Prof. Cezar Roberto Bittencourt (Brasil)

Dia 31.08.00 às 19:45h

Temática: *Norma, Tipo e Erro Penal*

Prof. Karl-Heinz Goessel (Alemanha)

Prof. Luiz Flávio Gomes (Brasil)

Dia 01.09.00 às 8:45h

Temática: *Direito Penal Econômico*

Prof. Jaime Peris Riera (Espanha)

Prof. Alberto Zacharias Toron (Brasil)

Dia 01.09.00 às 19:45h

Temática: *Dogmática Penal e Imputação Objetiva*

Prof. Andrea Castaldo (Itália)

Prof. Damásio E. de Jesus (Brasil)

Local: Unisinos - São Leopoldo (RS)

Coordenação Geral: Prof. Ricardo Breler

Informações: Ivânio - Tel.: (0xx51)

590-8297 - E-mail:

ivanio@centauro.unisinos.br

SEMINÁRIO REGIONAL DO IBCCRIM:

09 a 11 de agosto

I Seminário Regional de
Direito Penal em Rio Claro - SP

• "Globalização - Efeitos Penais"

- Alberto Silva Franco

• "Princípio da Insignificância

- Direito Penal de

Intervenção Mínima"

- Carlos Vico Mañas

• "Código de Trânsito

- Parte Administrativa"

- Geraldo de Faria Lemos

Pinheiro

• "Código de Trânsito

- Parte Penal"

- Mário Luiz Sarrubo

Local: Faculdades Claretianas

Horário: das 19h30 às 22h00

Informações: (0xx11) 526-6000

com o setor de protocolo
da instituição.

Para Uma Configuração Monista-Funcional da Teoria do Delito⁽¹⁾

PAULO QUEIROZ

Como é sabido, ainda hoje é dominante, na teoria do delito, a perspectiva tripartite, segundo a qual o crime se compõe de fato típico, antijurídico e culpável. Segundo essa formulação, diz-se típica a conduta que se ajusta ao modelo legal; antijurídica, se contrária ao ordenamento jurídico; e, finalmente, analisar-se-ia a culpabilidade, juízo de reprovação social que incidiria sobre o autor do fato típico e antijurídico. Quanto à relação entre tipicidade e antijuridicidade, já tivemos ocasião de, em artigo publicado neste *Boletim*, defender a **teoria dos elementos negativos do tipo**, pelas razões ali aduzidas, motivo pelo qual limitar-me-ei, aqui, a analisar se é possível uma clara delimitação entre "antijuridicidade penal" (= tipo total) e "culpabilidade", ou, ainda, se é válido autonomizá-las num sistema funcional do delito.

Citemos, pois, para situar o problema, algumas definições de culpabilidade. Para **Maurach**, culpabilidade é "*reprochabilidade de um fazer ou de um omitir antijuridicamente desaprovado, ou, mais brevemente, é um reproche fundado sobre o autor*"⁽²⁾. **Stratenwerth** diz que "*culpabilidade é a possibilidade de conhecer a exigência do dever e de comportar-se de acordo com ele, vale dizer, é a possibilidade de uma decisão responsável*"⁽³⁾. **Jescheck** entende que "*culpabilidade é reprochabilidade da formação de vontade*"⁽⁴⁾. **Jakobs** assinala que a culpabilidade expressa uma falta de fidelidade ao Direito, já que "*é uma responsabilidade por um déficit de motivação jurídica dominante, num comportamento antijurídico*"⁽⁵⁾. **Muñoz Conde** declara que "*atua culpavelmente quem pratica um ato antijurídico, podendo atuar de modo diverso, quer dizer, conforme o Direito*"⁽⁶⁾. **Jesús-María Silva Sánchez** afirma que o conceito de culpabilidade pode e deve contemplar-se desde a perspectiva da exigibilidade, pois "*culpabilidade é exigibilidade*"⁽⁷⁾, razão pela qual haverá culpabilidade sempre que se puder exigir uma ação segundo as normas.

Podemos, pois, tentando reunir tais definições numa só, dizer que culpabilidade é um juízo de reprovação (ou censura ou reproche) sobre o autor do ilícito⁽⁸⁾, em face da possibilidade de se lhe poder exigir, concreta e razoavelmente, uma atuação conforme o direito, de sorte que se o indivíduo, por falta de maturidade, por defeito psíquico, por desconhecer o conteúdo da proibição normativa ou por se encontrar numa situação na qual não lhe era exigível um comportamento diverso, não pode ser motivado pela norma, ou se motivação se altera gravemente, faltará

a culpabilidade, e ao autor do fato típico e antijurídico não se poderá atribuí-la; logo, não poderá ser sancionado com uma pena⁽⁹⁾. Por isso é que, conforme a doutrina, são elementos da culpabilidade: a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, o conhecimento da antijuridicidade do fato praticado, a exigibilidade de conduta diversa. Logo, excluem-na: a inimputabilidade (em razão de perturbação mental ou menoridade), o erro de proibição, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal, etc. Claro, aliás, é o fundamento dessa exclusão de culpabilidade: em todas essas hipóteses não se pode exigir do autor do ilícito um comportamento conforme a lei, dada a sua impossibilidade ou falta de razoabilidade de semelhante exigência, já que não pode o legislador ou o juiz pretender do destinatário das normas atos de heroísmo, pois a lei não se dirige a heróis ou santos⁽¹⁰⁾. Ou, ainda, se função da norma é dissuadir comportamentos lesivos de bens jurídicos, em tais casos a pena carece, evidentemente, de capacidade dissuasiva, sendo ineficaz.

Pois bem, minha tese é a seguinte: a exigibilidade de uma conduta diversa ou a motivabilidade da norma não é uma análise posterior à verificação da tipicidade ou da antijuridicidade, nem é uma exclusividade da categoria dogmática culpabilidade. É algo anterior mesmo à intervenção do sistema penal, por ser um corolário lógico da natureza instrumental (ou funcional ou preventiva) do Direito Penal. Mais ainda: é ela (a exigibilidade ou motivabilidade) que determina, em última análise, a atipicidade do fato (mas não só ela, pois contam, também, critérios de conveniência político-criminal) e a justificação do comportamento (refiro-me às causas de exclusão de ilicitude). Logo, **é a um tempo uma valoração anterior e contemporânea da intervenção penal**. Em conclusão: o que se convencionou chamar culpabilidade é, simplesmente, pressuposto lógico de aplicabilidade das normas jurídico-penais que, como tal, perseguem a prevenção — geral ou especial — de comportamentos socialmente lesivos; **não constituindo, por conseguinte, uma categoria autônoma da teoria do delito**.

Com efeito, se função do Direito Penal é motivar comportamentos (função motivadora) no sentido do comando normativo, isto é, se é missão da norma que seus destinatários ajam de forma a não violá-las, matando alguém, estuprando, furtando, etc. (prevenção geral negativa-subsidiária⁽¹¹⁾), segue-se que **ordinariamente** semelhante tarefa somente pode ser dirigida àqueles que se acham em

→ condições físicas, psíquicas, culturais, etc., de entender tais normas e de poder agir segundo a pretensão do legislador que as editou.

Quero dizer, noutras palavras, que as normas penais não estão dirigidas, **como regra**, a quem não esteja em condições de respeitá-las, seja porque carece de discernimento (assim, os incapazes), seja porque atua sob erro de proibição, seja porque esteja sob coação moral irresistível, seja, enfim, porque atue sob o amparo de qualquer dessas razões que convencionalmente chamamos de "causas de exclusão de culpabilidade", visto que, como assinala **Muñoz Conde**, a comunicação entre o indivíduo e os mandamentos da norma só pode ocorrer se o indivíduo tem capacidade para se sentir motivado pela norma, conhece seu conteúdo ou se encontra numa situação na qual não pode ser regido, sem grandes esforços, por ela⁽¹²⁾. Em conclusão: as normas penais, em geral, somente podem ter, logicamente, como destinatários, quem se encontre em condições de optar entre acatá-las ou violá-las, já que, como afirma **Jescheck**, a culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão do homem⁽¹³⁾.

"Culpabilidade é um juízo de reprovação (ou censura ou reproche) sobre o autor do ilícito, em face da possibilidade de se lhe poder exigir, concreta e razoavelmente, uma atuação conforme o direito"

Mas — e é isso que desejo destacar — é justamente por essa mesmíssima razão que atos praticados sob efeito, por exemplo, de hipnose (ausência de conduta), ou sem dolo ou culpa (comportamento atípico), em legítima defesa (ação conforme o direito), ou em erro de proibição (conduta não culpável) conduzem a um **resultado comum**: uma sentença penal absolutória. Logo, embora tenham significado axiológico distinto, têm, porém, o mesmo significado político-criminal. É que, em todos esses casos, a norma penal carece do poder de motivar, não sendo exigível, de parte do autor dum fato assim praticado, razoavelmente, uma conduta diversa ou conforme o direito, dada a impossibilidade de física ou psíquica do seu destinatário.

Dito mais claramente: se é **atípica** (segundo a doutrina hoje dominante) a ação praticada sem dolo ou sem culpa, é porque, numa tal hipótese, carece a norma de capacidade motivadora, não sendo, por isso, exigível, fora de tais casos, uma ação diversa, já que estamos ante uma situação de caso fortuito ou força maior, vale dizer, estranha à vontade do agente (sem pertinência subjetiva); por igual, se alguém, para não morrer, precisa matar, e o faz legitimamente (em legítima defesa ou

em estado de necessidade, por exemplo), não responde penalmente porque não pode o Estado, em tais hipóteses, exigir uma conduta distinta, digamos, no caso de legítima defesa, que tolere, sem mais, a agressão, ou que, podendo fugir, assuma, assim, uma postura de covarde, etc., vez que não é razoável o sacrifício do bem jurídico lesionado ou ameaçado de lesão (em relação ao ofendido, claro). Pois bem, idêntica é a situação nas hipóteses das hoje chamadas "causas de exclusão de culpabilidade". De fato, nos casos de erro de proibição, de coação moral irresistível, de obediência hierárquica, etc., tampouco é exigível uma atitude diversa do destinatário da norma, pelas mesmíssimas razões já assinaladas. Conclusão: a exigibilidade de conduta diversa ou a motivabilidade é **algo prévio (e contemporâneo) à intervenção penal e está também presente, necessariamente, na análise tanto da tipicidade quanto da antijuridicidade (ou juridicidade). Vale dizer: a exigibilidade (ou motivabilidade) não é uma exclusividade da culpabilidade.**

Por isso é que toda razão assiste a **Mir Puig**, quando observa, a propósito do erro de proibição invencível, que, "*se o Direito Penal se justifica pela função de proteção de bens jurídicos através da motivação da norma — o que estimo necessário num Estado Social e Democrático de Direito —, só se pode proibir aqueles comportamentos que podem ser evitados pela motivação. Pois bem, para que o sujeito possa ser motivado pela norma penal que protege um bem jurídico-penal determinado, é preciso que dito sujeito possa saber que se encontra frente a um tal bem protegido pelo Direito. Se o sujeito não pode saber que sua ação irá lesionar um bem amparado pelo Direito, como poderá sentir-se motivado a evitar dita ação pela norma penal, se não pode ser motivado por ela? E se a norma não pode motivá-lo, não faz sentido que o pretenda proibindo o fato*", razão pela qual concluirá que "*o erro de proibição excluirá o terceiro e último nível necessário para que o dolo seja o dolus malus*"⁽¹⁴⁾. Argumento que é, no entanto, plenamente válido para toda e qualquer causa de exclusão de culpabilidade, e não somente para o erro de proibição⁽¹⁵⁾.

Ora, se assim é, resulta que o que convencionalmente chamamos culpabilidade é simplesmente o **pressuposto lógico de aplicabilidade das normas jurídico-penais que se prestam à prevenção geral e especial de comportamentos socialmente lesivos e que, como tal, está presente na análise das várias categorias dogmáticas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade); não constituindo, portanto, uma categoria autônoma da teoria do delito**. Afinal, como observa **García-Pablos**, um Direito Penal que pretenda exigir responsabilidades por fatos que não dependam em absoluto da vontade do indivíduo merece ser qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda sua justificação⁽¹⁶⁾.

Não quer isso dizer, porém, que as

chamadas causas de exclusão de antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, etc.) signifiquem o mesmo que as denominadas causas de exclusão de culpabilidade (coação moral irresistível, etc.), já que têm, como dito antes, valor axiológico distinto, embora político-criminalmente se equiparem. De fato, a distinção entre umas e outras radica em que as primeiras valem para todo o Direito, motivo pelo qual a sentença penal (absolutória) faz coisa julgada no cível⁽¹⁷⁾. Já as causas de exclusão de culpabilidade valem, em princípio, somente para o Direito Penal (a sentença penal não faz coisa julgada no cível, assim, por exemplo, se reconhece o erro de proibição). Podemos, pois, dizer que as primeiras constituem **causas gerais de justificação** (válidas para todo o Direito); as segundas, **causas especiais (= jurídico-penais) de justificação** (válidas, em princípio, só para o Direito Penal)⁽¹⁸⁾. Demais disso, cabe dizer que as primeiras (causas de exclusão de antijuridicidade) encerram uma valoração eminentemente — mas não exclusivamente — objetiva⁽¹⁹⁾, ao passo que as segundas (causas de exclusão de culpabilidade) resultam duma aferição caracteristicamente subjetiva⁽²⁰⁾.

"O que convencionalmente chamamos culpabilidade é simplesmente o pressuposto lógico de aplicabilidade das normas jurídico-penais que se prestam à prevenção geral e especial de comportamentos socialmente lesivos e que, como tal, está presente na análise das várias categorias dogmáticas."

De tudo quanto se afirmou, pode-se concluir da seguinte forma: o ato de tipificar uma conduta como criminosa (isto é, a opção político-criminal por criminalizar) já parte do pressuposto da motivabilidade da norma ou da exigibilidade de conduta conforme a norma, razão pela qual em todos os "momentos" de verificação da "antijuridicidade penal" impõe indagar sobre tal circunstância. Logo, força é convir em que as várias categorias dogmáticas carecem de autonomia, já que não passam de "momentos" ou "níveis" ou "graus" de aferição da tipicidade penal. E se assim é, a tipicidade penal há de compreender, funcional e necessariamente: a) a realização dos elementos do tipo (positivos, negativos e normativos); b) a ausência de causas gerais de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, etc.); e c) a **ausência de causas especiais de justi-**

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

➔ **ficção (coação moral irresistível, etc.).** De modo que podemos, reformulando a **teoria dos elementos negativos do tipo**, acrescentar esse terceiro elemento (letra c), ou seja, o tipo total compreende, também, a ausência de causas especiais de justificação (= causas de exclusão da culpabilidade).

Relativamente aos inimputáveis, porém, cumpre assinalar que bastará o concurso dos dois primeiros elementos, excetuando-se o último, já que constitui, por excelência, uma valoração subjetiva. Como justificar, porém, tenha o Direito Penal inimputáveis como destinatários, se não podem compreender a mensagem normativa e atuarem segundo seu comando (não matar, não roubar, etc.)? Duas, basicamente, que não esta, são as razões político-criminais que justificam semelhante intervenção: prevenção geral de possíveis reações informais arbitrárias contra o inimputável⁽²¹⁾, e prevenção especial, é dizer, impedir que volte a delinquir. Só assim se pode compreender, funcionalmente, a resposta penal no particular.

Com recusar autonomia às várias categorias sistemáticas (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), chegamos, assim, a uma configuração monista-funcional da teoria do delito⁽²²⁾.

NOTAS

(1) O presente artigo dá seguimento às teses defendidas em "A Propósito de Uma Crítica de Schönemann a Mir" e "Atualidade da Teoria dos Elementos Negativos do Tipo", publicados nesse **Boletim**.

(2) "Derecho Penal, Parte General", Buenos Aires, 1994, p. 582.

(3) "Derecho Penal", Edersa, Madri, 1982, p. 71.

(4) "Tratado de Derecho Penal", Granada, 1993, p. 364.

(5) "Derecho Penal", Marcial Pons, Madri, 1995, p. 566.

(6) "Teoria Geral do Delito", Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 125.

(7) "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 413.

(8) Nisso, aliás, reside, conforme **Maurach**, a distinção entre antijuridicidade e culpabilidade: a primeira é um juízo sobre o fato, a segunda, um juízo sobre o autor, ob. cit., pp. 418-419.

(9) **Conde, Muñoz**, ob. cit., p. 131.

(10) Como afirma **Muñoz Conde**, "o Direito não pode, contudo, exigir comportamentos heróicos: toda norma jurídica tem um âmbito de exigência, fora do qual não se pode exigir responsabilidade alguma", idem, p. 132.

(11) Apesar de adotar semelhante perspectiva, essencialmente nada muda, para esse efeito, se se entender prevenção, como prevenção positiva.

(12) **Conde, Muñoz**, "Teoria Geral do Delito", Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 131.

(13) "Tratado de Derecho Penal, Parte General", trad. de **Samaniego, Manzanares**, Granada, 1993, p. 367.

(14) "Derecho Penal, Parte General", 5ª edição, Barcelona, 1998, pp. 568-9.

(15) Ver **Queiroz, Paulo**, "A Propósito de Uma Crítica de Schönemann a Mir", **Boletim do IBCCRIM**, S. Paulo, 1999.

(16) "Derecho Penal", Universidad Complutense Madrid, 1995, p. 287.

(17) Código de Processo Penal, art. 65: "faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumpri-

mento do dever legal e no exercício regular de direito".

(18) Conforme **Silva Sánchez**, que chama as causas de exclusão de culpabilidade de "situación de justificación incompleta" "... a diferença entre a justificação e a exculpação é grau e que, em teoria, o legislador poderia converter uma causa de exculpação em causa de justificação", "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 414.

(19) Basta pensar, por exemplo, que não se reconhece a legítima defesa, se, embora presentes os requisitos objetivos, houver sido motivada por vingança. Como observa **Juarez Tavares**, a adoção de elementos subjetivos de justificação significa, simplesmente, que o autor só será acobertado ou só se beneficiará, por exemplo, da legítima defesa, se também, ao lado dos pressupostos objetivos, tiver atuado com a vontade de se defender; no estado de necessidade, se agir com vontade de salvar o bem jurídico ameaçado, etc., "Teorias do Delito", Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1980, pp. 69-70.

(20) Como afirma **Welzel**, "a antijuridicidade é, como já vimos, uma relação entre ação e ordenamento jurídico que expressa desconformidade da primeira com a segunda: a realização de vontade não é como o esperava objetivamente o ordenamento juízo acerca de ações no âmbito social. A culpabilidade não se esgota nesta relação de desconformidade substancial entre ação e ordenamento jurídico, senão que ademais fundamenta o reproche pessoal contra o autor, no sentido de que não omitiu a ação antijurídica ainda quando podia omiti-la" ("Derecho Penal Alemán", 4ª ed., trad. **Bustos e Pérez**, Ed. Chile, 1993, p. 166). No mesmo sentido, **Magalhães Noronha**, "a antijuridicidade representa um juízo de valor em relação ao fato lesivo do bem jurídico. E sua apreciação é puramente objetiva, não dependendo de condições próprias do autor do fato: tanto é ilícito o homicídio cometido por um homem normal como por um alienado" ("Direito Penal", Saraiva, S. Paulo, 1995, p. 99). Aliás, não fosse assim, não se poderia compreender, como lembra **Reale Júnior**: "a) a imposição de medida de segurança ao inimputável; 2) a legítima defesa realizada contra agressão de inimputável; 3) os crimes qualificados pelo resultado; 4) a co-autoria de imputáveis e inimputáveis" ("Teoria do Delito", Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1998, p. 70).

(21) Ver, em particular, **Ferrajoli**, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madri, 1995.

(22) Contrariamente à tese aqui abraçada, convirá transcrever a posição de **Schönemann**: "a norma proibitiva, como base do injusto jurídico-penal deve abarcar todos os pressupostos da lesividade social, salvo a capacidade do autor de comportar-se conforme a norma, cuja exclusão do mandato normativo se deve a razões lógicas, já que a capacidade de cumprimento só pode formular-se e examinar-se tomando como referência uma norma que está desvinculada daquele, já que se, ao contrário, a capacidade de cumprimento se formula como pressuposto da norma proibitiva, a negação desta norma faria desaparecer aquela, porque acerca duma norma inexistente não cabe imaginar nem constatar capacidade de cumprimento algum. Portanto, a diferenciação sistemática entre poder atuar de outra maneira e a lesividade social resulta necessária e ostenta pleno sentido...." ("La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad", in "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", Bosch, Barcelona, 1995, p. 225).

O autor é procurador da República e professor da Universidade de Salvador (UNIFACS).

Ofício nº 548/III/2000 da Delegacia de Polícia do 3º Distrito Policial de Taubaté - SP

JOSÉ LUIZ MIGLIOLI

A manifestação dos juízes federais de São Paulo (Ali Mazloum e Fernando Moreira Gonçalves), bem como do promotor de Justiça de Goiás (Haroldo Caetano da Silva) no *Boletim IBCCRIM* ano 8, nº 90, maio/2000, evidencia o objetivo específico de consternar a motivação dos policiais civis e realça a gravidade do despreparo dos profissionais que atuam na área jurídica.

O *Boletim IBCCRIM* seria assaz ilustrativo e eficiente se evitasse publicar comentários individuais que enaltecessem as anomalias das instituições, apontadas por profissionais de aspiração burlesca e conhecimento despidendo sobre a realidade policial e o ordenamento jurídico.

Como profissional de Polícia e conhecedor da Magistratura e do Ministério Público, pelo exercício de minhas atividades, inclusive, como causídico, afirmo serem inviáveis na cultura do Brasil as ambíguas idéias dos profissionais citados, pois realçam o objetivo precípua de manietar os verdadeiros policiais.

Vários magistrados e promotores de Justiça participaram como membros do Congresso Nacional, Governo de Estado e Secretaria de Segurança Pública havendo, então, a oportunidade de apresentação das propostas viáveis para a melhoria do sistema policial e jurídico. E, atualmente, o Ministério Público tem o comando do Estatuto da Criança e do Adolescente, inquérito civil, crimes contra o meio ambiente, etc.

Diferentemente dos delegados de Polícia que, constantemente, apresentam sugestões e medidas viáveis para combater os marginais, alguns profissionais de carreiras distintas preferem acirrar as provocações ao obterem as críticas contra suas próprias instituições.

Embora as funções primordiais do delegado de Polícia estejam delineadas e consignadas na Constituição Federal, Código de Processo Penal e demais leis vigentes, ainda há o efêmero descontentamento de alguns magistrados e promotores de Justiça com a cativante imagem do policial vitorioso. É de se realçar que a população em geral também aplaude os policiais e sempre enaltece e se identifica com o policial herói.

Mesmo sendo assim, os delegados de Polícia sempre enfrentam magistrados e promotores de Justiça nas lides processuais e, com saldo favorável, evitam aviltar seus opositores.

Senão, vejamos.

I - Poder Judiciário

a) Auto de prisão em flagrante

Ainda existe o questionamento sobre a possibilidade da autoridade policial decidir sobre a instauração de auto de prisão em flagrante ou inquérito policial.

No dizer de Vicente Greco Filho: "Nesse momento, a autoridade policial deve decidir se é caso ou não de flagrante, porque a prisão pode não ter sido feita dentro das hipóteses legais, se não tiver sido, deverá liberar o detido" (*"Manual de Processo Penal"*, Saraiva, 1991, p. 2.389).

Para Tales Castelo Branco: "A apresentação do indiciado à autoridade competente não implica, obrigatoriamente, lavratura de auto de prisão em flagrante. Compete à autoridade, examinando o caso, exercer verdadeiro ato de julgamento" (*"Da Prisão em Flagrante"*, Saraiva, 1980, p. 128).

Igualmente: "Compete privativamente ao delegado de Polícia discernir, entre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrências do conflito, qual a mais verossímil e, então, decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou atuação em flagrante" (RT 622/297).

Por estes motivos, tanto a doutrina como a jurisprudência realçam o poder discricionário da autoridade policial em analisar se a ocorrência policial exige a elaboração do auto de prisão em flagrante, portaria, termo circunstanciado ou boletim de ocorrência (HC nº 321.388/2; RT 622/297; HC nº 2155-540-01; RT 679/351; HC nº 180.871-310).

b) Sindicância Judicial

A possibilidade de apresentação de policiais para serem ouvidos em sindicâncias judiciais em trâmite na Corregedoria dos Presídios e da Polícia Judiciária é questionada em face do Direito vigente.

Obviamente, somente as autoridades enumeradas no art. 70 da Lei Complementar nº 207/79 são competentes para determinar a instauração de sindicância contra policial civil, excluindo-se, portanto, o juiz de Direito.

Decisão em HC nº 338.556/55: "...falecendo ao juiz corregedor permanente o poder de impor sanção disciplinar à autoridade policial, carece de objetividade jurídica a instauração, por aquela autoridade judiciária, de sindicância contra delegado de Polícia" (RJDTACRIM, vol. 22, abril-junho/94, p. 427, relator Corrêa de Moraes).

Aliás, há muito o ESTF (RH nº 59.722) já havia afirmado que: "Inexiste o dever de sujeição da autoridade policial, integrante da relação hierárquica do Poder Executivo, a prestar declarações em sindicância procedida pelo juiz corregedor para apurar sua responsabilidade disciplinar e criminal, o desatendimento à notificação judicial para efeito não configura crime de desobediência...".

Da mesma forma: "Falecendo ao juiz corregedor permanente o poder de impor sanção disciplinar à autoridade policial, carece de objetividade jurídica a instaura-

ção, por aquela autoridade judiciária, de sindicância contra delegado de Polícia" (HC nº 257.928/5, 7ª Câmara).

c) Diligências Investigatórias

Deve-se realçar a interessante decisão do Poder Judiciário referente às investigações iniciais quando se conduz à Delegacia de Polícia pessoas investigadas. A fundamentação se refere à apresentação por policiais civis, atendendo determinação superior, de pessoas suspeitas na Delegacia de Polícia: "...Em primeiro lugar deve ser ressaltado que, pelo que se depreende dos elementos trazidos com as informações e sem necessidade de uma profunda análise, existia investigação em andamento para apurar a autoria de roubos que estavam ocorrendo na região.

E, como em ambas as oportunidades a vítima foi liberada pela autoridade policial, não há como se ver em tais fatos a ocorrência de crime de abuso de autoridade por mandado à sua locomoção".

E continuando: "...diante do alarmante e traumatizante aumento da criminalidade, não podem os agentes da lei ficar amordaçados e manietados, sob pena de, em número ainda maior do que existente, permanecerem impunes muitas infrações. Por isso, no que tange ao abuso de autoridade, o elemento subjetivo deve ser apreciado com muita perspicácia, merecendo punição somente as condutas dos que, não visando à defesa social, agem por capricho, vingança ou maldade, com o consciente propósito de perseguição e injustiça" (RJDCRIM, vol. 05, janeiro-março/1990, p. 44, relator Silva Pinto).

Além disso, afirmou-se também que: "...a oitiva de pessoas capazes de fornecer subsídios à apuração de encerramento da investigação em inquérito policial, sem indiciamento formal, não constitui constrangimento ilegal, vez que a autoridade competente está exercendo seu poder investigatório destituído de ilegalidade ou abuso de poder, na apuração dos fatos" (RJDTACRIM, vol. 15, julho-setembro/1992, p. 204, relator Almeida Braga).

II - Ministério Público

a) Presidência do Inquérito Policial

O Ministério Público deveria unir seus esforços com os delegados de Polícia, pois se é titular da ação penal não lhe compete presidir inquérito policial. Na prática, porém, é comum promotor de Justiça requerer diligências antes do relatório da autoridade policial. Além do desrespeito profissional acrescenta-se a ingerência em funções distintas, não cabendo ao membro do Ministério Público realizar investiga-

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
- Praetorium - 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 Catarinense
- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Assoc. Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rq. 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
- Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

PERU

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

ções, devendo requisitá-las à autoridade policial.

Evidentemente, existe um conflito de atribuições entre os promotores de Justiça e delegados de Polícia, eis que, os primeiros ignoram a Constituição Federal e o Código de Processo Penal na tentativa de usurpar as funções da autoridade policial, mas somente a criminalidade obtém lucros com este adverso comportamento de alguns membros do Ministério Público.

Destarte, o inquérito policial após o seu término é encaminhado ao Ministério Público onde haverá a apreciação do apurado e, então, nada impede que o promotor de Justiça se utilize de seus conhecimentos investigatórios para obter a condenação do indiciado. Nesta fase, é que se conhecem os verdadeiros profissionais do Ministério Público, pois há oportunidade para aceder com o apurado pela autoridade policial ou postular novas diligências investigatórias desde que se consiga a apuração da verdade real e a condenação dos marginais.

Toda a jurisprudência direciona-se no sentido de que não é atribuição do Ministério Público investigar infrações penais, mas sim, da Polícia Judiciária. Não deve, portanto, a autoridade policial aceitar requisição do Ministério Público para que seus membros, diretamente, participem das investigações objetivando à apuração de infrações penais.

Ensina o desembargador **Weiss de Andrade** no v. acórdão prolatado nos autos referente ao HC nº 99.018-3/2, julgado com votação unânime pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"...Não se ignora que o art. 129 da Constituição Federal dispõe que dentre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Mas também não pode ser descartado que o diploma constitucional, em seu art. 144, § 4º, estatui que às Polícias Civis, dirigidas por delegados de Polícia de carreira incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares".

E, mais adiante, prossegue o douto jurista:

"...não cabe ao representante do Ministério Público, sem que haja a oficialização da prova, colher pareceres ou obter informes destinados a instruir o inquérito policial.

Insiste-se, inexistente procedimento inquisitorial paralelo. Inobstante, e repete-se, proclamar-se que nada obsta ao Ministério Público requisitar diligências desde que o faça nos limites traçados pelo processo penal e pela Constituição, asseguradora da ampla defesa".

No mesmo sentido o v. acórdão lavrado no HC nº 615/96, após votação unânime da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual figurou como relator o desembargador **Silvio Teixeira**:

"...da análise combinada dos arts. 127 e seguintes e 144, § 4º, da Constituição Fede-

ral, bem como do art. 26 da Lei nº 8.625/93, tem-se a nítida impressão de que o Ministério Público está avançando além dos limites que a Constituição e a lei lhe impuseram.

E, se assim for — e parece a este relator que está sendo — o princípio do devido processo legal sofre arranhão inconcebível.

O art. 127 da Constituição Federal cuida do Ministério Público, sendo que do art. 129, em nenhum de seus incisos e parágrafos, consta a função de investigação policial ou de Polícia Judiciária, que é exclusiva da Polícia Civil, como se vê no art. 144, § 4º.

Vê-se — é o que parece — que as funções do Ministério Público, em termos de diligências investigatórias ou de inquérito policial, deve limitar-se à sua requisição, não podendo ele passar da condição de seu acompanhante.

A função de polícia judiciária não condiz com a titularidade da ação penal pública, que o MP ciosamente resguarda.

O Ministério Público só pode, no seu âmbito, promover inspeções e diligências investigatórias, se destinadas à formação de inquéritos civis e outras medidas procedimentais pertinentes (grife-se: pertinentes ao inquérito civil).

As diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial, refogem ao âmbito da atuação interna do Ministério Público, exatamente porque devem ficar afeitas a quem tenha a titularidade de instaurar esse tipo de procedimento, isto é, a Polícia Civil".

No mesmo sentido, a decisão dos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 4.915, no v. acórdão da Primeira Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás, firmada pelo desembargador **Reno Palazzo**:

"...É irregular a notitia criminis, quando o representante do Ministério Público substitui-se à Polícia Judiciária e forma um processado, no qual ouve e toma por termo a declaração de testemunhas, designa e compromissa peritos, colhe as respostas aos quesitos e procede à juntada de documentos, oferecendo, em seguida, a denúncia. É que as funções do delegado de Polícia e as do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes das respectivas carreiras conforme postulações constitucionais".

Finalmente, prescindem apresentação das propostas elaboradas pelos delegados de Polícia por intermédio de suas associações, objetivando a diminuição do índice de criminalidade, tendo em vista as anteriores publicações na imprensa e o envio às autoridades competentes.

Portanto, não posso anuir com as opiniões dos profissionais mencionados inicialmente, eis que, caso desenvolvam suas atividades profissionais com mesmo denodo do subscritor, entenderiam que os homens embora falíveis devem combater com amplitude as críticas contra a sua instituição e atividade profissional.

O autor é delegado de Polícia em Taubaté (SP).

A Vara Especializada de Execução de Penas Alternativas

GRECIANNY CARVALHO CORDEIRO

A partir do advento da Lei nº 9.714/98, o Estado do Ceará, de forma pioneira, criou na comarca de Fortaleza uma Vara Especializada na Execução de Penas Alternativas, através da Lei Estadual nº 12.862, de 25.11.98, com a seguinte competência:

"Art. 121. Ao juiz da Vara de Execução de Penas Alternativas compete:

I - promover a execução e fiscalização das penas restritivas de direitos e decidir sobre os respectivos incidentes, inclusive das penas impostas aos réus, residentes na comarca de Fortaleza, que foram processados e julgados em outras unidades judiciárias;

II - cadastrar e credenciar entidades públicas ou com elas conveniar sobre programas comunitários, com vistas à aplicação da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade;

III - instituir e supervisionar programas comunitários para os fins previstos no inciso anterior;

IV - fiscalizar o cumprimento das penas de interdição temporária de direitos e de limitação de fim de semana".

Conforme se infere da análise do texto acima transcrito, a Lei Estadual nº 12.862/98 restringiu a competência do Juízo da Vara de Execução de Penas Alternativas tão-somente para executar e fiscalizar as **penas restritivas de direitos**, decidindo sobre seus incidentes, bem como para fiscalizar o cumprimento das penas restritivas previstas nos incs. V e VI do art. 43 do CPB.

A Vara de Execução de Penas Alternativas da comarca de Fortaleza, além de se encontrar materialmente bem estruturada, conta com um corpo técnico capacitado, inclusive com psicólogo, assistente social e defensor público exclusivo, dispondo, portanto, de excelentes condições para fiscalizar de forma efetiva e eficaz o cumprimento das penas restritivas de direitos.

Para se ter uma idéia, a Vara de Execução

das Penas Alternativas conta atualmente com o número de 45 entidades credenciadas para a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, sendo 32 entidades já beneficiadas pelos serviços prestados pelos apenados.

Ocorre que, a partir da análise do número de processos que chegam à Vara de Execução de Penas Alternativas, pudemos constatar quão grande tem sido a resistência dos operadores do Direito, principalmente dos magistrados em aplicar os dispositivos da Lei nº 9.714/98.

"Esquecendo-se" alguns magistrados que, presentes as condições previstas no art. 44 do CPB, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa substitutiva é um direito subjetivo do réu, estes limitam-se, por ocasião da prolação da sentença condenatória, a conceder o *sursis* ou determinar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, detalhe esse que deixa passar despercebido o Ministério Público e o defensor do réu.

Ora, em se tratando de crime doloso, cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a quatro anos, ou em se tratando de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada, e preenchendo o réu os requisitos legais de que tratam os incs. II e III do art. 44 do CPB, há que ser aplicada a substituição, não havendo que se falar em condenação no regime aberto ou em concessão de *sursis*, tal como vem acontecendo de forma reiterada.

"*Penal - Substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direitos. Sursis. Inadmissibilidade. Obrigatoriedade da substituição quando reconhecidas as circunstâncias favoráveis do art. 59 e as condições dos incs. II e III do art. 44, c/c o seu parágrafo único, todos do CP. Direito subjetivo do réu. Etapa obrigatória da aplicação da pena. Recurso especial provido. I - Só se admite a concessão do sursis quando incabível a substituição da pena privativa de*

liberdade por uma das penas restritivas de direitos, conforme preceitua o art. 77, inc. III, do CP. Torna-se obrigatória a substituição das penas privativas de liberdade por uma das restritivas de direitos, quando o juiz reconhece na sentença as circunstâncias favoráveis do art. 59, bem como as condições dos incs. II e III do art. 44, c/c o seu parágrafo único, todos do Código Penal, caracterizando-se direito subjetivo do réu" (STJ, REsp. nº 67.570/SC, 6ª Turma, rel. min. **Ademar Maciel**, DOJ 26.08.96, p. 29.730).

Dispõe o art. 59, inc. IV do CPB que o juiz, "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime" estabelecerá a "substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

"(...) cabe ao juiz, na sentença, verificar a pertinência de eventual substituição da pena de prisão por outra pena alternativa, (...) (**Luiz Flávio Gomes**, "Penas e Medidas Alternativas à Prisão", Ed. RT, 1999, p. 155).

Logo, grande parte dos magistrados cearenses, quando por ocasião da prolação da sentença condenatória, não vêm observando as inovações trazidas no Código Penal através da Lei nº 9.714/98, ignorando-as por completo, preferindo aplicar incorretamente as regras do regime aberto ou o *sursis* a réus que possuem o direito público subjetivo à substituição, ao invés de aplicar uma pena alternativa.

Tencionamos através dessas linhas simplesmente alertar os operadores do Direito para que essa equivocada prática forense se adeque à nova realidade implantada pela Lei nº 9.714/98, cuja aplicabilidade não se constitui numa mera faculdade do juiz, mas sim num direito público subjetivo do réu, desde que preenchidas as exigências legais.

A autora é promotora de Justiça no Ceará.

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Lei nº 9.975, de 23 de Junho de 2000

Acrescenta artigo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente

O Presidente da República

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

Art. 1º A Seção II - Dos Crimes em Espécie - do Capítulo I do Título VII do Livro II da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 244-A:

"Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta lei, à prostituição ou à exploração sexual;" (AC)

"Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa." (AC)

"§ 1º - Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo." (AC)

"§ 2º - Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento." (AC)

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

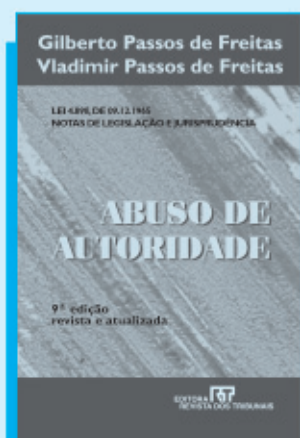
Brasília, 23 de junho de 2000;
179º da Independência e 112º da República

Fernando Henrique Cardoso
José Gregori

Alguns Livros Doados à Biblioteca do IBCCRIM - Ano de 2000

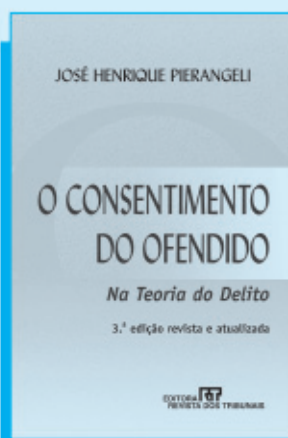
- **KUEHNE, Maurício**, "Lei de Execução Penal Anotada", 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2000, 2 v.
- **KUEHNE, Maurício**, "Execução Penal no Estado do Paraná", Curitiba, JM Ed., 1998, 226 p.
- **LAZZARINI, Álvaro** (org.), "Constituição Federal, Estatuto dos Militares, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar: Atualizados até 31.12.1999", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 761 p. (RT Mini Códigos).
- **LUZ, Orandyr Teixeira**, "Aplicação de Penas Alternativas", Goiânia, AB Ed., 2000, 162 p.
- **MACHADO, Maria Salete Kern, SOUSA, Nair Heloisa Bicalhode**, "Ceilândia: Mapa da Cidadania - Em Rede na Defesa dos Direitos Humanos e na Formação do Novo Profissional do Direito", Brasília, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 1999, 107 p.

Editora Revista dos Tribunais



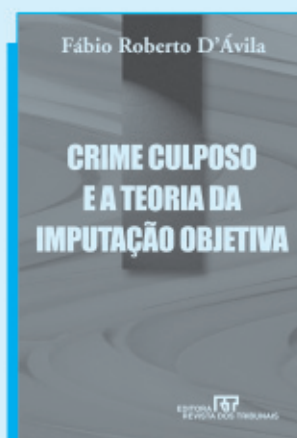
cód. 002090
200 páginas
R\$ 31,00

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



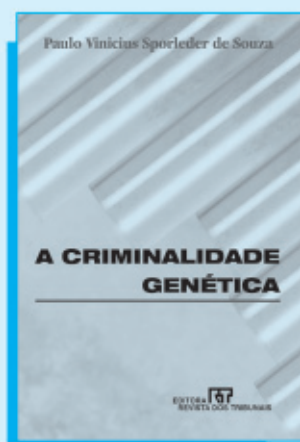
cód. 002056
284 páginas
R\$ 42,00

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



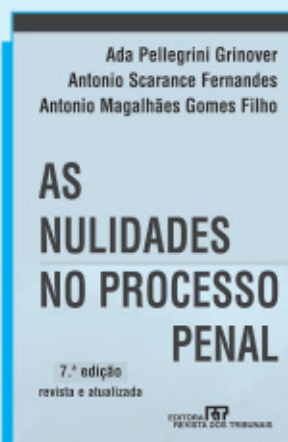
cód. 002087
148 páginas
R\$ 23,00

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



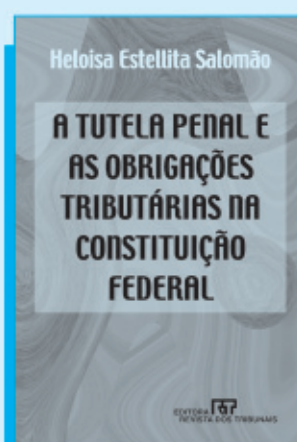
cód. 002078
156 páginas
R\$ 24,00

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



cód. 002072
318 páginas
R\$ 43,00

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



cód. 002098
236 páginas
R\$ 36,00

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

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

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

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

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

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

livraria
RT

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