

BOLETIM

EDIÇÃO ESPECIAL

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

De 6 a 9 de outubro de 1999



**V SEMINÁRIO
INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Maksoud Plaza Hotel - São Paulo - SP Brasil

ÍNDICE

Boletim IBCCrim - Outubro/99 - n° 83

EDIÇÃO ESPECIAL

• Razões e Perspectivas da Violência e da Criminalidade: Punição Versus Reconciliação	02
- Alvinho Augusto de Sá	
• Código do Consumidor:	
- "Um Código Impróprio ao Consumo"	
- Roberto Podval	04
• Crimes Contra o Sistema Financeiro na Virada do Milênio	
- Arnaldo Malheiros Filho	05
• Crimes Contra a Ordem Tributária	
- Aspectos Práticos e Aplicação da Lei	
- Hugo de Brito Machado	06
• A Improcedibilidade Penal no Projeto de Reforma Tributária	
- Ives Gandra da Silva Martins	07
• Crimes Hediondos, Tráfico de Entorpecentes e Penas Substitutivas	
- Luiz Flávio Gomes	08
• Recolhimento Domiciliar: Pena Equivocadamente Vetada	
- Cezar Roberto Bitencourt	09
• Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário	
- Maria Thereza Rocha de Assis Moura	10
• Limites aos Poderes Investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito	
- Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró	11
• Inquérito Policial: Novas Tendências e Práticas	
- Fauzi Hassan Choukr	12
• Inquérito Policial: Exercício do Direito de Defesa	
- Sérgio Marcos de Moraes Pitombo	14
• O Consenso na Justiça Penal	
- Antonio Scarance Fernandes	14



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: Carlos Vico Mañás

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. de 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 Fotelito:

Ameruso Artes Gráficas - Tel. 215-3596

Impressão: Ativa/M - Editorial Gráfica - Tel. 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.: (011) 3105-4607 (trunco-chave)

http://www.ibccrim.com.br

e-mail:ibccrim@mgnet.com.br

Razões e Perspectivas da Violência e da Criminalidade: Punição Versus Reconciliação

ALVINO AUGUSTO DE SÁ



A violência é um ingrediente das experiências fundamentais que o homem tem de sua própria história, que nos são reveladas através dos arquétipos e mitos, os quais são, portanto, formas como o homem vem vivendo, experimentando e interpretando o fenômeno da violência. Muitas são as fontes onde podem ser estudados esses arquétipos e mitos. Recorramos a duas: a história bíblica e a mitologia e tragédia gregas. Tanto numa como na outra, as razões da violência encontram-se em leis tiranas que impedem o homem de se igualar a quem o domina, bem como numa relação de profunda rivalidade entre o homem e quem sobre ele exerce o poder, entre o homem e a divindade e entre os próprios homens.

Segundo a versão bíblica, a primeira violência sofrida pelo homem foi a lei tirana "não comerás desta fruta", que serviu de razão para seu primeiro crime, o qual se tornou razão de sua primeira grande punição, a expulsão do paraíso. Portanto, o primeiro crime do homem não foi um ato de violência; sua razão, sim, foi um ato de violência. Resultou daí uma sucessão infundável de crimes, sempre como reações a violências ("razões") que os precederam, e sempre seguidos de severas punições, portanto novas violências ("perspectivas"), até se chegar à expressão máxima de crime e de violência, que foi a morte do próprio Filho de Deus. Por este crime, Ele, o Filho, pediu perdão a Deus em favor de seus algozes, dizendo que "eles não sabem o que fazem". Foi como que a primeira declaração de inimizabilidade do agente criminoso. A vítima do maior crime da humanidade pediu perdão em favor de seus algozes, reconhecendo que os mesmos não tinham pleno discernimento do que faziam, dadas evidentemente suas condições pessoais, históricas, culturais etc., ainda que não portadores de nenhuma doença ou condição psíquica especial. Somente através do perdão é que se poderia romper com essa cadeia de violências e as perspectivas poderiam ser totalmente outras. Acontece porém que, para a desditosa sorte dos filhos dos homens, embora Deus os tenha perdoado, eles mesmos não se perdoaram. O resultado é que as violências e crimes continuaram e continuam, aguçando-se suas razões e agravando-se suas perspectivas.

A versão bíblica sobre os crimes do homem não está isolada. Dela se aproxima a versão da mitologia grega. Conforme Bergeret (1990), a mitologia grega é rica em práticas de violências e de crimes pelos deuses entre si, entre os deuses e os homens, entre os membros das famílias dos homens, entre pais e filhos. Para Bergeret, os crimes sexuais e, no caso, o incesto, seriam invocados somente como uma forma de buscar tornar mais compreensíveis e mais aceitáveis outros atos de violência. Para o citado autor, a motivação básica ("razões" da criminalidade) de toda essa rede de violên-

cias é a sede insaciável de poder, a rivalidade entre pais e filhos, acompanhada do medo de ser subjugado e destruído, tudo isso calcado no instinto de sobrevivência. A temática da tragédia grega gira em torno do desejo do homem mortal de se libertar dos limites a ele impostos pelos deuses e, através do "êxtase", comungar com a imortalidade. Esta ultrapassagem de suas próprias medidas é chamada de "hubris", isto é, uma violência feita a si próprio e aos deuses imortais, o que provoca o ciúme divino e a punição imediata. Temos então inicialmente a imposição de limites por parte dos deuses (dos pais), a proibição de acesso aos seus privilégios ("fruta proibida"), a que se segue a contra-reação do homem frente a esse uso arbitrário da força que visa a manutenção de um estado de privilégios, vindo, como consequência, a punição por parte de quem é o detentor desses privilégios. É exatamente o que acontece na tragédia de Édipo, o Rei. Segundo Bergeret (1990), Édipo, pela versão de Sófocles, matou Layo, seu pai, e tomou seu lugar no leito, e não para tomar seu lugar no leito. Portanto, diz ele, o tema fundamental e primeiro do Édipo não é o incesto e sim a violência fundamental, a rivalidade entre pais e filhos, calcada no instinto de sobrevivência.

Jean Bergeret, em "La Violencia Fundamental: El Inegotable Edipo" (1990), apresenta sua teoria sobre a existência de um instinto fundamental no homem, que ele chama de violência fundamental. É um instinto de luta pela vida, uma força que proporciona a expansão do ser, a conquista do espaço, que tende a romper obstáculos que limitam o espaço do indivíduo e lhe criam empecilhos à vida. Não se trata, pois, de uma força cujo objetivo original é a atacar e destruir, mas sim conquistar e garantir a vida. Ocorre que os tais obstáculos são com frequência as outras pessoas. Daí que a violência não supõe uma relação de amor nem de ódio, mas unicamente de rivalidade. O objeto da violência fundamental, a pessoa contra a qual ela se dirige é identificada simplesmente como um "outro", ao qual o indivíduo busca sobrepor-se, dentro do trágico dilema "ou ele ou eu". Oportuna e ilustrativa se faz aqui a análise etimológica da palavra violência. Ela provém do radical grego antigo "bi", que deu lugar tanto ao substantivo "bia" (violência), como ao substantivo "bios", que justamente significa vida. (Ver Bergeret, 1990, p. 11). É por demais curioso e significativo observar que violência e vida têm, pois, uma mesma raiz etimológica.

Quando a criança nasce, esses "outros" para ela são seus pais, pois são eles que terão a grave função de colocá-la em contacto com a realidade e de lhe mostrar os limites que esta impõe à sua onipotência. Por sua vez, a criança não deixa de ser também um obstáculo aos pais, ao lhes tomar quase todo o tempo, o





espaço e atenção. Ela lhes "toma" a vida. Por isto mesmo, os pais, sobretudo na medida em que ainda imaturos, tendem a reviver, na relação com seus filhos, os seus aspectos infantis ainda não suficientemente resolvidos.

Conforme a criança vai crescendo, vai se desenvolvendo e amadurecendo nela a pulsão da libido, isto é, a pulsão sexual, a pulsão do amor. Ora, na medida em que as condições ambientais forem saudáveis e favoráveis, a libido vai se "alimentar" da energia da violência fundamental e vai colocá-la a seu serviço. Libido, que tem a ver com amor, e violência fundamental não se opõem, pois esta, como já dissemos, é antes de mais nada uma energia vital, que procura romper os obstáculos. Ocorre que, neste "romper obstáculos", a violência, na medida em que não devidamente socializada e orientada, isto é, não integrada pela libido, pode se tornar de fato destrutiva. Tudo vai depender da forma como ela vai ser aproveitada e canalizada pela libido, dentro de condições saudáveis e favoráveis do ambiente, sobretudo do ambiente familiar. A maturidade psicológica consiste numa organização da vida psíquica sob o primado da libido, sob o primado da pulsão do amor. E o grau de maturidade e ajustamento da libido vai depender da resolução sadia do complexo de Édipo. Desta resolução vai depender a capacidade do indivíduo de desenvolver relações saudáveis com as pessoas, tanto do sexo oposto, como do mesmo sexo. No complexo de Édipo, o que vai estar na base para ser resolvido, segundo **Bergeret**, é exatamente a rivalidade da criança com seus pais. A principal repressão que ocorre no complexo de Édipo não é sobre o incesto, mas sim sobre a violência, sobre a rivalidade entre pais e filhos. A boa resolução e a superação do complexo de Édipo supõem, não a repressão da violência, mas sua canalização e aproveitamento. O instinto da violência fundamental é arcaico, precede as pulsões libidinais e situa-se no mesmo nível das pulsões de auto-conservação. Como já dissemos, suas energias, suas pulsões não têm um direcionamento definido, não têm um objeto definido. Seu único objeto é o outro que se coloca à frente do sujeito a lhe impor limites, dentro do já citado trágico dilema "ou ele ou eu". Já as pulsões libidinais, as pulsões de amor buscam um objeto ao qual se dirigem, têm um alvo, sendo que esta direção, este objeto e este alvo se diferenciam cada vez mais na medida da maturidade dessas pulsões, na medida em que o indivíduo amadurece em sua capacidade de amar. Na medida em que essa violência fundamental não é integrada à libido, ao amor, ela se torna perversa. Tais fracassos de integração vão depender primordialmente, entre outras coisas, do clima familiar, do quanto for saudável o relacionamento dos pais entre si e do quanto os pais se mostrarem acessíveis, confiáveis e amorosos perante a criança. Tudo se complica na medida em que o relacionamento dos pais entre si for pouco saudável e em que, no relacionamento deles com a criança, eles se projetarem nela e confundirem os sentimentos e impulsos dela com os seus próprios sentimentos e impulsos não resolvidos.

A Vítima do maior crime da humanidade disse: os homens não sabem o que fazem. **Freud**, por sua vez, em "*Totem Y Tabu*", Parte IV, fala dos impulsos hostis dos filhos contra o pai, impulsos esses que, na horda primitiva, teriam se traduzido em ato concreto pelo qual

os irmãos se uniram e mataram o pai tirano, a fim de se livrarem de seu jugo. Posteriormente, os irmãos arrependem-se de seu ato e passaram a representá-lo simbolicamente em cerimônias de sacrifícios, ou seja, passaram a pensar sobre seus atos. Com o tempo, portanto, através das gerações, o homem vai evoluindo em seus processos psíquicos e vai desenvolvendo sua capacidade de pensar antes de agir. Esta mesma evolução observa-se na trajetória individual da vida de cada pessoa. **Freud** encerra sua magistral obra "*Totem Y Tabu*" com a frase de **Goethe**, em *Fausto*: "*No princípio era a ação*". Portanto, o homem, segundo **Freud**, não tem garantida e acabada sua capacidade de pensar sobre seus atos, mas ela deve ser conquistada por sua evolução e maturidade, o que equivale a dizer que também deve ser conquistada por sua evolução e maturidade a sua capacidade de saber o que faz.

Os filhos dos homens em geral não sabem exatamente o que fazem. A opinião pública, a mídia, as massas, os modismos, as conveniências emergentes, os sectarismos, as ideologias os cegam. As defesas inconscientes e os interesses pessoais e de classe os cegam. A rotina os cega. Os hábitos os cegam. No exercício profissional dos legisladores, dos operadores do Direito e dos técnicos que a estes assessoram, o cuidado e o esmero técnicos, por si sós, não garantem que o profissional pense profundamente no que faz. Na medida em que o profissional não pensa sobre o que está fazendo, ele não sabe exatamente o que está fazendo.

"O caminho para uma vida mais saudável, do ponto de vista da violência, não passa pelos castigos, pelas penas cada vez mais severas, pelas formas explícitas ou disfarçadas de vingança."

O mesmo se deve dizer sobre os criminosos. Independentemente da questão da imputabilidade, eles não sabem exatamente o que fazem. Aliás, os limites que se estabelecem entre a imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade constituem mera ilusão de um pensamento falsamente objetivo, ilusão essa da qual o Direito cegamente se serve, para tornar suas decisões ao menos aparentemente e formalmente corretas e "legalmente" bem fundamentadas.

Unindo a justificativa da grande proclamação de pedido de perdão de **Cristo** e o pensamento de **Freud** sobre os atos do homem e sua capacidade de pensar sobre eles, chega-se à conclusão de que os filhos dos homens não sabem exatamente o que fazem. E este "não saber" é o companheiro fiel da violência, ou ainda, muitas vezes é a própria razão da mesma, nas suas mais diversas facetas de manifestação. É o "não saber" do legislador, o "não saber" das leis, o "não saber" dos técnicos, o "não saber" dos operadores ("serviçais") do Direito, o "não saber" dos que administram a execução da pena, é o "não saber" dos delinquentes.

O "não pensar" sobre o que se faz, o "não saber" o que se faz é parte integrante da história da violência do homem. Ocupa um lugar de destaque entre as razões da violência. Por sua vez, o "pensar" sobre o que se faz, o "saber melhor" o que se faz é parte integrante

da história da reconciliação, tem como perspectiva a reconciliação e a paz. Enquanto as perspectivas da violência forem unicamente as punições e novas leis mais severas, as perspectivas da violência continuarão sendo novas violências. A história bíblica já no-lo demonstrou, a Tragédia Grega no-lo demonstrou, os fatos atuais no-lo demonstram. Como já dissemos no início, o primeiro ato de violência foi uma lei tirana e despota. Temos que ter muito cuidado com as leis e com as punições. Temos que nos perguntar se elas foram de fato "pensadas" e se quem as editou e as introduziu sabia de fato o que estava fazendo.

Conforme dissemos acerca da violência fundamental, proposta por **Bergeret**, a resolução e os encaminhamentos saudáveis da mesma se dão através de sua integração pelas pulsões libidinais. Na própria história psíquica do indivíduo, sua violência não se resolve através de castigos, de repressões, mas através da experiência de amor, de simbolização e de criatividade. Por que então na sociedade seria diferente? Por que na sociedade as punições, as penas teriam o condão de, por si sós, canalizar a violência para formas socialmente sadias de solução?

A reconciliação não é um simples gesto de "dar as mãos" como se nada tivesse acontecido e se quisesse negar o conflito. O conflito jamais deve ser reprimido e nem negado ou desconsiderado. O conflito deve ser resolvido e, dessa resolução, faz parte a reconciliação, que é a reaproximação das partes. Entendam-se por partes não única e simplesmente o agressor e sua vítima, mas também (e sobretudo) o agressor e a sociedade.

Para concluir, diremos que, se no micro-sistema chamado família o encaminhamento de solução do dilema da violência está no amadurecimento da libido, no amor realizado de forma adulta e madura, outro não poderia ser o caminho, ao se falar da violência no macro-sistema assim chamado sociedade ou humanidade. O caminho para uma vida mais saudável, do ponto de vista da violência, não passa pelos castigos, pelas penas cada vez mais severas, pelas formas explícitas ou disfarçadas de vingança. Tal caminho tem um sulco principal e norteador, que se chama pacificação, reconciliação. Para **Hassemer**, há necessidade de se incrementar um grande processo que ele chama de solidarização.

As razões da violência costumam estar na própria violência. Os filhos dos homens, frente à violência das interdições aos seus anseios, enveredam pelos descaminhos e, não sabendo exatamente o que fazem, cometem a violência. Quanto às perspectivas da violência, dependendo do quanto os filhos dos homens sejam capazes de pensar e de saber o que fazem, elas serão, ou o acirramento da violência, ou um aprofundamento na consciência sobre a mesma e na capacidade de administrá-la, através da paz e da reconciliação. Os filhos dos homens não sabem exatamente o que fazem. Se assim é, muito menos saberão tirar proveito das punições severas por seus crimes, mesmo porque quem as impõe, também não sabe exatamente o que está fazendo. Não resta pois outra alternativa, outro caminho a não ser o da consciência e, por conseguinte, o da reconciliação, como princípio norteador geral. Qualquer punição ou mesmo decisão conciliatória só será útil na medida em que promover a reconciliação, entendida esta como





um processo evolutivo, por parte de todos os envolvidos, de saber pensar, de tomada de consciência sobre seus atos e seus possíveis desdobramentos, procurando cada um sentir-se no papel do outro, a fim de também pensar sobre o comportamento desse outro e de saber o que ele fez. Utopia? Sem dúvida. Chamemo-lo, porém, preferivelmente de horizonte a ser perseguido.

Afinal, outra não é a direção apontada pela Psicanálise para a trajetória vital do indivíduo, quando diz que a maturidade se conquista graças à integração do instinto de violência pelo instinto de vida, pelas pulsões da libido. Reconhece **Freud**, reconhece **Melanie Klein**, reconhece **Bergeret**: a maturidade psíquica, a capacidade de simbolização, ou seja, de pensar sobre os próprios atos se dão pelo primado da libido, pelo primado das pulsões do amor. E se assim é na trajetória das violências e dos

conflitos inerentes à história do indivíduo, assim também o será na trajetória das violências e dos conflitos inerentes à história da humanidade.

O autor é psicólogo, membro do Conselho Consultivo do IBCCrim, e professor doutor da Faculdade de Direito da USP e de Psicologia Criminal da Universidade Mackenzie.

Código do Consumidor: "Um Código Impróprio ao Consumo"

ROBERTO PODVAL



Ao ser convidado para participar do painel Direito Penal do Consumidor, durante o **V Seminário Internacional do IBCCrim**, resolvi escrever algumas linhas sobre referida legislação, que na trilha de um Direito Penal "moderno" segue adotando normas penais em branco, tipos abertos e imprecisos, como se fosse a única ou melhor forma de se tratar as relações sociais, dentre as quais a relação de consumo, definida como um bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal⁽¹⁾.

Que a relação de consumo deve ser tutelada penalmente estamos de acordo, o problema está na forma utilizada para proteger tal bem jurídico. Vejamos.

A verdade é que o Estado encontra-se falido, sem meios básicos necessários para fazer com que a administração pública cumpra seu papel, razão pela qual, encontraram no Direito Penal uma forma, ainda que simbólica, de pressionar os cidadãos a cumprir as determinações administrativas, sob a ameaça de serem processados criminalmente.

Para cumprir tal objetivo, a forma mais simples foi fazer tábula rasa do princípio da legalidade, ao pretexto de que de outra maneira seria impossível evitar essas condutas (impossibilidade, frisamos, em razão da absoluta ineficiência da administração pública), o resultado é a adoção de um Direito Penal "inchado" e por consequência ineficaz.

Exemplo claro de norma penal indefinida foi o art. 62 da Lei nº 8.078/90⁽²⁾ que punia aqueles que colocassem no mercado produtos impróprios à saúde, vetada pelo Presidente por entender ele ser necessária a descrição precisa e determinada da conduta proibida. Do contrário, o dispositivo afrontaria a garantia estabelecida no art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal⁽³⁾.

Tal veto (com o qual concordamos) foi duramente criticado pelo dr. **José G. Brito Filomeno**, nos seguintes termos: "Dessarte, quer-nos parecer que quem assessorou a Presidência da República nesse aspecto por certo desconhece a chamada 'norma penal em branco', ou seja, a que fica na dependência de outra que a complementa ou esclarece"⁽⁴⁾, fazendo menção o autor ao art. 18, § 6º da própria lei, que em seus incisos determina o que vem a ser produtos impróprios ao uso e consumo.

Infelizmente o artigo em questão foi resuscitado pela Lei nº 8.137/90⁽⁵⁾, punindo com pena de dois a cinco anos quem colocar a

venda produto impróprio ao uso. Resta a discussão no sentido de que basta ser o produto impróprio ao uso ou, necessariamente, deverá, ainda, ser nocivo à saúde para que possa ser o agente condenado.

Seguindo o posicionamento do ilustre jurista **Luiz Flávio Gomes**⁽⁶⁾ (com o qual concordamos), é inconstitucional a punição criminal de um produto impróprio, se não for prejudicial à saúde, isso porque fere o princípio da proporcionalidade, conforme os ensinamentos de **Canotilho**: "Quando se chega à conclusão da necessidade e adequação da

"Ora, se não diferenciamos os produtos impróprios daqueles nocivos à saúde, estaremos equiparando e punindo da mesma forma, condutas absolutamente distintas, medida absolutamente desproporcional, ilógica e injusta."

medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da 'justa medida'. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim"⁽⁷⁾.

Ora, se não diferenciamos os produtos impróprios daqueles nocivos à saúde, estaremos equiparando e punindo da mesma forma, condutas absolutamente distintas, medida absolutamente desproporcional, ilógica e injusta.

Para exemplificar, citamos o caso do chamado queijo da Serra (português - para os apreciadores de queijo é tido como uma preciosidade), feito de forma caseira e um tanto quanto rudimentar, poderia ser tido como impróprio ao consumo, mas nem por isso é considerado nocivo à saúde!

Um produto tingido, uma farinha de rosca com impurezas, um produto vencido há um ou dois dias não podem nem devem ser passíveis de punição penal pelo simples fato de serem impróprios ao consumo, pois ainda assim, é

possível que nenhum mal façam aos consumidores. Nesse caso pergunta-se, "onde se radica a legitimidade do Estado para punir a situação de pôr em perigo, mas tão-somente a situação 'potencial' de pôr em perigo?"⁽⁸⁾ Muitos responderiam afirmando que o limite é dado pelo bem jurídico, determinado pela própria Constituição Federal⁽⁹⁾. Tal proposta parece-me um tanto vaga. É certo que o limite da definição do bem jurídico está na própria Constituição Federal, no caso a relação de consumo, porém, até onde poderá ser alargado tal conceito? Até que medida poderá o bem jurídico de consumo ser protegido penalmente? Há limite para essa proteção?

Partindo do princípio de que a criação do crime de perigo é um alargamento do bem jurídico tutelado, alargamento esse que acaba por representar uma insuportável limitação à liberdade de agir do homem⁽¹⁰⁾, a conclusão é de que há que se colocar freios nessa forma de proteção, caso contrário estaremos, sob o pretexto de defender um bem jurídico, criando o que **Torón**, com o brilhantismo que lhe é peculiar, acabou por chamar de um regime "democrático-policial"⁽¹¹⁾.

No caso em questão, uma vez comprovada a impossibilidade, nem mesmo de risco de alguém passar mal com o produto consumido, pois, não obstante impróprio não venha a ser nocivo à saúde, entendemos que sequer perigo abstrato ocorreu. Assim, a punição, em havendo, será pela pura e insuportável reprovação da ação, tese defendida por **Jakobs**⁽¹²⁾, criticada na teoria quase que unanimemente, mas, como vemos, na prática acaba sendo utilizada, já que, para muitos, os fins justificam os meios.

Enfim, nestas poucas linhas tudo o que nos resta a dizer é que, para tornar o Código do Consumidor ao menos aceitável, impróprio, mas não nocivo, entendemos ser necessária a nocividade para sustentar uma condenação do art. 7, IX, da Lei nº 8.137/90.

NOTAS

⁽¹⁾ Constituição Federal, art. 170, inc. V.

⁽²⁾ Art. 62: "Colocar no mercado fornecedor ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios".

⁽³⁾ Refere-se ao princípio da reserva legal.

⁽⁴⁾ **Grinover, Ada Pellegrini** e outros, "Código de Defesa do Consumidor", 5ª ed., rev., atual. e ampliada, Forense, Rio de Janeiro, p. 501.

⁽⁵⁾ Lei nº 8.137/90, art. 7º, inc. IX: "Vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo".

⁽⁶⁾ Por questão de justiça, informamos ao leitor que muitas das idéias ora tratadas, foram afloradas na palestra proferida aos 18 de agosto de 1999, IBCCrim.

⁽⁷⁾ **Canotilho, J. J. Gomes**, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", ed. Almedina, 1998, p. 263, grifo no original.





- (8) Costa, José Francisco de Faria, "O Perigo em Direito Penal", ed. Coimbra, 1992, p. 568.
 (9) Podval, Roberto, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24, p. 210.

- (10) Vide Costa, José Francisco de Faria, obra ant. cit., pp. 573 e segs.
 (11) Toron, Alberto Zacharias, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ed. RT, nº 11, p. 83.

- (13) Jakobs, Günther, "La Imputación Objetiva en Derecho Penal", ed. Cuadernos Cívitas.

O autor é advogado em São Paulo.

Crimes Contra o Sistema Financeiro na Virada do Milênio

ARNALDO MALHEIROS FILHO



Entre o honroso convite que nos foi dirigido, para debater no V Seminário Internacional questões relativas aos crimes contra o sistema financeiro nacional, ocorreu um fato importante — desta vez auspicioso, para variar — que exige a mudança de nosso projeto inicial.

É que o Brasil passou a contar com um ministro da Justiça que é bacharel em Direito (*hélas!*), é penalista exímio, é advogado militante, é sócio ativo e colaborador constante do IBCCrim e é conhecedor de minúcias da Lei nº 7.492/86, pois tem atuado profissionalmente num grande número de casos concretos importantes a ela relacionados.

Por isso, entendemos de nosso dever, trocar a crítica candente e o contorcionismo exegético necessário para dar compatibilidade à Constituição a dispositivos que na verdade a afrontam pela formulação de uma proposta — ou ao menos de diretrizes de uma proposta — de reformulação de uma das piores leis cuja vigência já assistimos no Brasil.

Não ignoramos a existência de setores governamentais que afirmam ser a legislação de crimes financeiros propriedade do Banco Central ou da área econômica — tanto assim que teriam proibido a comissão de reforma da parte especial do Código Penal — de tocar em seus dispositivos, mas nos recusamos a acreditar na persistência dessa orientação com a presença de José Carlos Dias no Ministério da Justiça.

Assim, o que pretendemos submeter à reflexão dos participantes do Seminário são rumos para uma reforma dessa lei, caso único de diploma sancionado pelo Presidente da República com a ressalva de que o fazia na esperança de que fosse ela logo refeita, tais as suas impropriedades⁽¹⁾. Com essa qualidade, difícil será piorá-la e estaríamos muito melhor se simplesmente fosse reavivado o anteprojeto **Bulhões-Lamy-Comparato**, ou se a matéria fosse repensada com atenção às seguintes diretrizes:

1. Direito Penal mínimo

Não há como ignorar que o Brasil tem um sistema financeiro que, a despeito de suas mazelas, é ainda assim bastante desenvolvido, confiável e sofisticado, com executivos de nível internacional em seus postos de direção. Mas, quando se vê o número de denúncias contra executivos financeiros chega-se à conclusão de que, fossem elas procedentes, só um néscio abriria uma conta bancária ou uma caderneta de poupança neste País... Algo está errado!

O maior dos erros, certamente, é o uso, pelo Banco Central, das comunicações penais como instrumento de política monetária, mas convenhamos que os defeitos da lei

só encorajam essa atitude. Entre esses defeitos sobressai a criminalização de condutas sem maior potencial ofensivo, que melhor seriam coibidas com meras sanções administrativas.

Quando o Banco Central foi cobrado pelo fato de nunca ter percebido que um dos maiores bancos do País disfarçava seus prejuízos com a fabricação de ativos fictícios, seu presidente defendeu a Casa dizendo que no último ano tinha firmado 500 comunicações de crime ao Ministério Público. Era verdade mas, ao que consta, nenhum desses casos envolvia um centavo de prejuízo ao Estado, a clientes ou acionistas. Mas enquanto eram lavradas essas 500 autuações, alguns bilhões de reais de prejuízo para a União eram gerados. Vê-se pois, que essa banalização do Direito Penal — que anda em plena contra-mão da História — não serve a ninguém.

"Se a autoridade administrativa entende que o fato é lícito ou punível com pena leve, forma-se a presunção *juris tantum* de que o material de instrução é insuficiente como *fumus* da existência de um crime."

A adoção do denominado *princípio da intervenção mínima* implicará o acolhimento dos que seguem:

2. Independência relativa das esferas penal e administrativa

No dia em que se dissesse que um fato é crime financeiro porque o disse o Banco Central (ou crime tributário porque o disse o Conselho de Contribuintes), teríamos revogado o Estado de Direito.

Por outro lado, não se pode cogitar da existência de um crime numa conduta que a própria autoridade fiscalizadora entenda lícita ou, se ilícita, punível com qualquer sanção administrativa inferior à mínima.

Não se trata de sujeitar o Poder Judiciário a decisões do Executivo, mas do valor que se há de atribuir aos procedimentos processados pelo último. Se a autoridade administrativa entende que o fato é lícito ou punível com pena leve, forma-se a presunção *juris tantum* de que o material de instrução é insuficiente como *fumus* da existência de um crime. Seria isso cercear a atuação do Ministério Público? De modo algum, pois pelo menos de dois caminhos disporia ele: a coleta de mais provas através de inquérito polici-

al ou outro procedimento investigatório e a desconstituição, na via própria, da decisão administrativa, até porque não faria sentido que o autor de um crime tivesse sua situação disciplinar resolvida com u'a multa, não raro de valor simbólico.

3. Extinção dos "crimes de mero capricho"

Não há razão para invocar a *ultima ratio* do Direito Penal para tratar de condutas que não envolvam dano ou perigo sério, real, concreto de dano. É por isso que Ferrajoli inclui entre os "axiomas garantistas" os princípios do *nulla lex (pœnalis) sine necessitate* e *nulla necessitas sine injuria*⁽²⁾.

Por exemplo, se o empréstimo a controlada desestabiliza o banco, que se o vede. Porém de crime só se pode cogitar se, por sua expressão monetária em comparação com as disponibilidades e o patrimônio líquido da Instituição, a expuser de fato ao risco de desestabilização. O empréstimo a diretor é em princípio negócio de risco, mas não há sentido em proibir uma instituição de grande porte de oferecer a um diretor empregado um financiamento para aquisição de casa própria ou de automóvel que, além da boa garantia, é de montante insignificante frente à financiadora. Da mesma forma, a introdução de mecanismos ou garantias que reduzam o risco de desestabilização esvaziaria a tipicidade.

4. Extinção dos tipos abertos

Todos sabemos que os tipos abertos representam caminho livre para o arbítrio e para a negação da segurança jurídica⁽³⁾ e eles comparecem a Lei em exame no contexto de um hábito antigo do legislador brasileiro que é a remoção fácil de obstáculos à incidência da norma. Foi o que aconteceu com os crimes ambientais: sabedor de que muitos acusados eram absolvidos por agir sem dolo, o legislador tratou de instituir forma culposa para todos os crimes⁽⁴⁾.

A antiga Lei de Economia Popular (nº 1.521/51) punia a gestão fraudulenta ou temerária que levasse a instituição à falência, insolvência ou inadimplência contratual. Pois bem, com a sistemática da Lei nº 6.024, o Banco Central acaba intervindo antes disso, fazendo com que o tipo não se aperfeiçoe. A solução foi muito simples: como no leito de Procusto, muitoou-se a condição objetiva de punibilidade, punindo com altas penas a gestão fraudulenta e temerária sem que lei alguma defina o que é isso.

5. Ajuste ao Direito atual

Numa economia aberta como a nossa se tornou, não há mais lugar para os crimes cambiais tais como previstos na lei, muito menos as alusões confusas a "saída" de "moeda ou divisa". Já a manutenção de depósitos não declarados no Exterior deve urgentemente ser transplantada para a legislação de crimes contra a ordem tributária, pois é conduta que, embora grave, em nada se relaciona com o sistema financeiro.

Por outro lado é preciso desfazer a "isca"



trizes certamente contribuirá para o aperfeiçoamento do Direito Penal brasileiro.

NOTAS

- (1) Veja-se a Mensagem Presidencial nº 252/86, citada por **Manoel Pedro Pimentel** em "Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional", RT, São Paulo, 1987, p. 24.
 (2) "Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal", ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 93.
 (3) Desde **Welzel** e **Wessels**, citados por **Silva Fran-**

co ("Temas de Direito Penal (Breves anotações sobre a Lei nº 7.209/84)", Saraiva, 1986, pp. 2 e ss. No mesmo sentido, **Everardo da Cunha Luna**, "Capítulos de Direito Penal", Saraiva, São Paulo, 1985, p. 33.

- (4) E com isso deu ensejo à cáustica crítica de **Miguel Reale Júnior** em "A lei hedionda dos crimes ambientais", artigo publicado na "Folha de S. Paulo" de 6/4/98, p. 3.

O autor é advogado criminalista.

Crimes Contra a Ordem Tributária

Aspectos Práticos e Aplicação da Lei

HUGO DE BRITO MACHADO



1. Introdução

Teoria e prática, a rigor, são inseparáveis. A teoria somente tem sentido se voltada para a solução de questões de ordem prática, e a prática somente se faz adequada se fundada em bases teóricas consistentes.

Isto, porém, não quer dizer que não se possa abordar um assunto jurídico dando prevalência a aspectos teóricos, ou a aspectos práticos. Assim, explica-se o propósito deste pequeno estudo que é, sem dúvida, voltado para os aspectos práticos da questão da criminalização do ilícito tributário no Brasil, e para alguns aspectos polêmicos que a aplicação da Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária tem suscitado entre nós.

A primeira, e fundamental questão que se deve colocar neste assunto, diz respeito à própria utilidade da criminalização do ilícito tributário. Além dessa questão, examinaremos também alguns dos pontos que nos parecem mais polêmicos, a saber: a necessidade de prévio exaurimento da via administrativa, a responsabilidade penal e a denúncia genérica, o direito ao silêncio e o dever de informar, e finalmente, a questão de saber se a fraude é ou não elemento essencial dos tipos penais em questão.

2. A criminalização do ilícito tributário

Conceituado penalista espanhol, em excelente monografia sobre o presente e o futuro do ilícito fiscal, assevera com inteira propriedade que somente em duas circunstâncias se explica a criminalização do ilícito tributário. Primeira delas, o sistema tributário é tão bem elaborado, tão justo, com uma carga tributária tão bem distribuída, que não se pode admitir alguém a descumprir o seu dever tributário, sendo correto, pois, punir exemplarmente o transgressor desse dever. A segunda, o sistema tributário é tão complicado e tão injusto que ninguém quer pagar seus tributos, sendo necessário, pois, implantar-se o terrorismo fiscal, único meio de compor, com a ameaça de prisão, o contribuinte a fazer os seus pagamentos.

Na verdade, em sendo o sistema tributário adequado e justo, a conduta do inadimplente é excepcional. Justifica-se, pois, a criminalização. Em sendo o sistema tributário complicado e injusto, porém, a criminalização pode explicar-se como instrumento da arrecadação, mas não se justifica, pois a conduta do inadimplente é a regra, é um comportamento

generalizado, e a lei penal tenderá a ser ineficaz, à falta do respaldo moral. Ao tipo penal faltará um elemento essencial, que é precisamente a consciência do injusto.

Temos afirmado que entre nós a criminalização do ilícito tributário só tem um efeito prático, que pode ser avaliado como positivo, que é a intimidação. Um Estado que não cumpre seus deveres para com a sociedade, não garante sequer a educação e a segurança, não tem respaldo moral para criminalizar o ilícito tributário.

3. O prévio exaurimento da via administrativa

Questão ainda mais polêmica, a render intensa divergência jurisprudencial, é a de saber se pode ser promovida a ação penal sem que a administração tributária se tenha manifestado sobre a existência da supressão ou redução do tributo.

"Admitir a propositura de ação penal, sem o prévio exaurimento da via administrativa, é admitir a possibilidade de condenação, no juízo criminal, de alguém que, segundo a Fazenda Pública, jamais lhe sonegou tributo nenhum."

Admitir a propositura de ação penal, sem o prévio exaurimento da via administrativa, é admitir a possibilidade de condenação, no juízo criminal, de alguém que, segundo a Fazenda Pública, jamais lhe sonegou tributo nenhum. E isto é uma brutal incongruência, que o sistema jurídico não pode albergar.

Não vale o argumento, já utilizado inclusive por eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, de que a autoridade administrativa eventualmente pode ser conivente com o sonegador, e não se pode tolher a ação do Ministério Público, condicionando-a à manifestação fazendária afirmativa da ocorrência do ilícito. O Ministério Público tem, sim, a faculdade, ou mais exatamente, o dever de agir, se o fizer também contra a autoridade da Administração Tributária, negligente ou conivente, se dispuser de elementos que indiquem

tal situação. Não, porém, para mover a ação penal apenas contra o contribuinte, inclusive porque este tem o direito de ver previamente apurado o seu débito fiscal, para exercer o seu direito à extinção da punibilidade, pelo pagamento. A final de contas é o pagamento que importa. A criminalização tem efeitos utilitaristas inegáveis, e como o juiz penal não lança tributo, a ação penal, sem o lançamento, é inútil para o fim primordial de incrementar a arrecadação.

4. Responsabilidade penal e a denúncia genérica

Lavra profunda divergência nos tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, a respeito da questão de saber se é válida a denúncia que não descreve a conduta individual dos acusados por crime contra a ordem tributária.

Os que a admitem, sustentam que a determinação da participação de cada um no cometimento ilícito pode ser feita durante a instrução. Os que a rejeitam, dizem que isto configura inaceitável cerceamento do direito de defesa, além de configurar responsabilidade penal objetiva.

Na verdade, admitir-se a denúncia na qual alguém é acusado pelo simples fato de ser gerente, ou diretor, ou até simplesmente sócio ou acionista de uma sociedade, como se tem visto, é admitir não apenas a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade por fato de outrem, o que indiscutivelmente contraria os princípios do Direito Penal de todo o mundo civilizado.

Só quem não tem vivência do mundo empresarial pode supor que no âmbito de uma empresa todos os sócios, ou acionistas, ou mesmo diretores, sabem de tudo o que ali acontece. Muitas vezes pode ocorrer inclusive que um ilícito tributário seja cometido até em detrimento da sociedade, em proveito próprio do autor da conduta ilícita, seja ele simples empregado, ou gerente, ou diretor.

Não vale o argumento segundo o qual a participação de cada qual, exigida expressamente pelo art. 11 da Lei nº 8.137, será apurada durante a instrução. A imputação, sabemos todos, deve ser prévia. Durante a instrução, o que se há de fazer é simplesmente a prova dos fatos imputados aos acusados. Não a própria identificação desses fatos.

5. O direito ao silêncio e o dever de informar

Outra questão prática que se coloca na aplicação da Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária consiste em saber se, acusado do cometimento de ilícito tributário, tem o contribuinte o dever de prestar informações e oferecer documentos ao fisco, mesmo sabendo que tais elementos podem, afinal, constituir





prova, contra ele, do cometimento de crime.

Não se venha dizer que o contribuinte, ao ser fiscalizado, ainda não é acusado. Tal assertiva é sofismática. Na verdade, no momento em que o fiscal de tributos vai ao estabelecimento do contribuinte, está, ainda que apenas tacitamente, afirmando ser este um infrator da lei.

Inadmissível, também, é o argumento segundo o qual os crimes em questão, por suas peculiaridades, exigem tratamento diverso do que é dispensado em relação aos acusados em geral. Inadmissível porque não se pode conceber seja o contribuinte tratado com maior rigor do que o dispensado aos autores de crimes como o tráfico de drogas, o seqüestro, o homicídio, o latrocínio, e tantos outros, muito mais graves, muito mais danosos para a sociedade. Se os autores de todos esses crimes têm o direito ao silêncio, e o direito até de mentir para não se auto-incriminarem, como se pode negar o mesmo direito ao contribuinte que eventualmente tenha praticado um

ilícito tributário, hoje definido como crime?

6. A fraude como elemento do tipo

Finalmente, coloca-se a questão de saber se os tipos penais de crimes contra a ordem tributária configuram-se, tal como acontece no âmbito da legislação tributária, pela conduta que deixa de observar a lei tributária, independentemente de estar configurada a fraude.

A resposta no sentido de ser a fraude um elemento essencial nesses tipos penais parece não ensejar nenhuma dúvida. Ocorre que no Supremo Tribunal Federal há decisão já afirmando o contrário, considerando que um erro na interpretação da lei tributária configura crime.

Realmente, a Corte Maior já denegou *habeas-corpus* impetrado em favor de acusados do cometimento de crime contra a ordem tributária, na modalidade materializada pela conduta de **fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operações de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal**. E na ementa do acórdão respectivo está dito que "as teses defendidas pelos impetrantes para justi-

ficar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o **exercício arbitrário das próprias razões** porque, quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador" (HC nº 76.420/SP, rel. ministro **Maurício Corrêa**, DJU 1 de 14.09.98, clipping colhido pela Internet).

A prevalecer essa tese, o tributo devido será, inesoravelmente, aquele como tal considerado pela Administração Tributária. O contribuinte não terá mais o direito de se opor a exigências que reputa ilegais, ou inconstitucionais, a não ser que tome a iniciativa de suscitar o contencioso.

Isto parece absurdo, mas foi afirmado pela Corte Maior.

O autor é juiz aposentado do TRF da 5ª Região, professor titular de Direito Tributário da UFC e presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

A Improcedibilidade Penal no Projeto de Reforma Tributária

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS



O art. 145, § 4º, do substitutivo elaborado pelo deputado **Mussa Demes** para o PEC nº 175/1995 (reforma tributária) contempla a improcedibilidade penal tributária antes do encerramento do processo administrativo, nos termos seguintes:

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

Constitucionaliza-se, portanto, o art. 34 da Lei nº 9.249/96, cujo texto é o que segue:

"Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".

Nada obstante a oposição dos membros do Ministério Público — cuja importância, como órgão essencial à administração da Justiça, não é menor nem maior do que a da Advocacia, guindada pelo constituinte ao mesmo nível do *Parquet* — que pretendem ter o direito de processar criminalmente os contribuintes, antes de encerrado o procedimento que conforma o lançamento definitivo, a proposta do eminente parlamentar merece apoio, por alguns argumentos de que apenas bosquejo, em face do reduzido espaço deste artigo.

O primeiro deles é que o lançamento só se conclui no momento em que os agentes especializados em Direito Tributário, que compõem a administração pública, assim como seus órgãos de revisão do lançamento, determinam se o auto de infração, que deu início ao lançamento de ofício, é ou não é procedente.

Muito embora, sejam os eminentes membros do Ministério Público especialistas em

generalidades, na medida em que como fiscais da lei são obrigados constitucionalmente a trabalhar sobre todos os ramos do Direito, não me parece que possam dar início (nada obstante a Súmula nº 609 do STF, já por mim repetidas vezes comentada) a processos criminais sem se saber se houve ou não sonegação.

"Por isto, em meu livro 'Teoria da Imposição Tributária', defendo a tese de que, no Brasil, o tributo é uma norma de rejeição social, pois todos nós temos absoluta consciência de que pagamos tributos para manter governantes e toda a espécie de corrupção que se exala de escândalos sucessivos, divulgados pela imprensa."

Contou-me, outro dia, o deputado **Mussa Demes**, caso de clamorosa injustiça ocorrido no Estado de Santa Catarina, em que o Ministério Público conseguiu consumir a prisão de um contribuinte por sonegação, antes do encerramento do processo administrativo. Findo este processo veio a restar demonstrada sua nenhuma culpa, bem como a inexistência de qualquer débito para com a Administração. Se o Ministério Público fosse um poder responsabilizável, que infelizmente não é, deveriam o autor da leviana denúncia e o magistrado que a albergou — os dois demonstrando absoluto desconhecimento de aspectos primários de Direito Tributário —

ser condenados, pelo menos, ao mesmo vexame que submeteram o inocente contribuinte, de ficar tantos dias quantos os que aquele pagador de tributos ficou nas "luxuosas" dependências do sistema carcerário do Estado sulino.

A evidência, para evitar que os membros do Ministério Público — que são menos especializados em Direito Tributário que as autoridades fiscais — cometam erros de tal natureza, é que o brilhante parlamentar federal dediciu incluir, entre as garantias do contribuinte, aquela de que só poderá ser processado criminalmente uma vez que a autoridade lançadora, o fisco de qualquer esfera de governo e os órgãos colegiados da Administração Tributária, declarem se o cidadão praticou ou não sonegação. Só então é que se legitimará o trabalho dos que compõem o órgão tão essencial — nem mais importante, nem menos que a Advocacia — para a administração da justiça, principian-do, com muito mais possibilidades de serem bem sucedidas, na eventualidade de se tratar de caso sujeito à sonegação.

Pessoalmente, estou convencido que o Brasil — que tem o dobro da carga tributária da Argentina e México, o triplo do Paraguai — é um País injustamente agredido pelas errôneas políticas tributárias que as autoridades das 5.500 entidades federativas aplicam sobre os cidadãos.

A carga tributária do Brasil é semelhante àquela dos Estados Unidos (33% do PIB), mas os serviços públicos de saúde, educação, segurança pública, etc., são dignos de Uganda, Eritreia ou Etiópia — uma demonstração de que o Brasil é um País sufocado pelas autoridades públicas, que retiram dinheiro da sociedade apenas para sustentar as instituições esclerosadas do Poder. Basta dizer que qualquer membro do Ministério Público, quando aposentado, receberá pelo menos 10 vezes mais do que qualquer advogado contribuinte da previdência oficial, pois o setor previdenciário tem brasileiros de primeira categoria, sustentados pelos tributos de toda a sociedade, que são os detentores do poder, e brasileiros de segunda categoria,





que formam o resto da sociedade destinada exclusivamente a pagar tributos para governos que não prestam serviços públicos de qualidade pelo menos decente.

Por isto, em meu livro *"Teoria da Imposição Tributária"*, defendo a tese de que, no Brasil, o tributo é uma norma de rejeição social, pois todos nós temos absoluta consciência de que pagamos tributos para manter governantes e toda a espécie de corrupção que se exala de escândalos sucessivos, divulgados pela imprensa.

Por esta razão, nem sempre a sonegação no Brasil é dolosa, no mais das vezes sendo uma imposição de sobrevivência, num País em que o Estado tira recursos da sociedade por meio de tributos, mas é a sociedade que se autopresta serviços públicos, porque o Estado não o faz.

Nada mais justo, portanto, que adotar, constitucionalmente, a proposta do deputado **Mussa Demes**, única forma de se reduzir o nível de injustiça que tem caracterizado a imposição fiscal dos governos, em País que há de muito deixou de ter política tributária e tem apenas política de arrecadação.

A sociedade espera que o Congresso Nacional cumpra sua obrigação votando e aprovando a proposta do ilustrado deputado, para que se comece a discutir e praticar a política tributária que todos desejam.

O autor é professor emérito das Universidades Mackenzie, Paulista (UNIP) e Escola de Comando e Estado Maior do Exército (ECEME), presidente da Acad. Intern. de Direito e Economia e do Cons. de Estudos Jurídicos da Fed. do Comércio do Estado de São Paulo.

Crimes Hediondos, Tráfico de Entorpecentes e Penas Substitutivas

LUIZ FLÁVIO GOMES



Em Direito Penal, desde o Iluminismo, o que não está expressamente proibido, em princípio, é permitido. Nenhuma lei no nosso País proíbe as penas substitutivas nos crimes hediondos. Logo, não resta a menor dúvida de que em tese, conforme a pena aplicada e desde que não seja violento, cabe a substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos nos citados delitos, tal como é o caso, por exemplo, do delito de tráfico de drogas, falsificação de alimentos, tentativa de falsificação de remédios etc. Aliás, no que concerne ao tráfico de drogas, v. em sentido concessivo STJ, HC nº 8.753, 6ª Turma, rel. min. **Vicente Cernicchiaro**, DJU de 17.05.99, p. 244; STJ, REsp nº 60.046-SP, rel. min. **Vicente Leal**, DJU de 06.09.99, p. 138; TRF-4ª Região, Acrim nº 1998.04.01.091626-2/RS, 2ª Turma, rel. juiz **Vilson Darós**, DJU de 12.05.99, p. 358; TJSC, Acrim nº 99.002222-6, 2ª Câmara, rel. des. **Nilton Machado**, j. 20.04.99. Anteriormente, no mesmo diapasão, já havia se manifestado inclusive a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo — v. *Folha de S. Paulo* e *O Globo* de 25.11.98.

Na doutrina: cfr. **Damásio E. de Jesus** (*"Penas Alternativas"*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 95); **Francisco de Assis Toledo** (in *"Penas Restritivas de Direitos: Críticas e Comentários às Penas Alternativas"*, et alii, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 146); **Luiz Vicente Cernicchiaro** (*"Correio Brasileiro"*, Direito & Justiça de 16.08.99, p. 2); **Mário de Magalhães Papaterra Limongi** (*Boletim IBCCrim* nº 75, p. 2, fev.99); **Alexandre Victor Carvalho** e **Antônio de Padova Marqui Júnior** (*Boletim IBCCrim* nº 80, p. 4, jul.99) e **Luiz Flávio Gomes** (*"Penas e Medidas Alternativas à Prisão"*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 111 e segs.).

Dizer, no entanto, que, pela pena aplicada (concreta) haja possibilidade de substituição da prisão não significa que o juiz deva concedê-la em todos os casos: além do requisito objetivo da pena (que não pode ser superior a quatro anos), urge o exame criterioso dos demais requisitos legais subjetivos: circunstâncias judiciais favoráveis e, em princípio, não ser reincidente em crime doloso.

O que nos parece, *data venia*, flagrantemente desarrazoável é a recusa peremptória e

arbitrária de verificação do cabimento ou não da pena substitutiva nos crimes mencionados com a simples alusão à gravidade do delito em abstrato. Com base nessa simples referência à gravidade da infração, *ad exemplum*, vários acórdãos no país vinham impondo "automático" regime mais severo nos delitos de roubo. No Colendo Supremo Tribunal Federal firmou-se, no entanto, sólida jurisprudência no sentido de que "a simples alusão à gravidade do delito em abstrato, sem suficiente fundamentação, não basta, por si só, para a fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso ao réu" (STF, HC nº 77.682-SP, rel. min. **Néri da Silveira**, in *Informativo STF* nº 128, de 19 a 23 de outubro de 1998, p. 1; v. no mesmo sentido STF, HC nº 77.790-6, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, in DJU de 27.nov.98, p. 10). Essa mesma e abalizada doutrina é mais

"Não é a 'gravidade' in abstracto que impedirá a substituição, senão a eventual e demonstrada 'gravidade concreta' de cada caso."

do que apropriada para reger também as penas alternativas, que somente poderão ser refutadas com base em sentença devidamente fundamentada (v. STJ, REsp nº 60.046-SP, rel. min. **Vicente Leal**, DJU de 06.09.99, p. 139, que acertadamente ponderou: "Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido").

O delito de tráfico de drogas constitui um bom paradigma para se desfazer a preocupação, às vezes exagerada, de que a nova lei "foi longe demais". Na verdade, em Direito Penal, cada caso é um caso. Nunca um magistrado irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem primário e universitário, por exemplo, que cede gratuitamente a droga a outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar

menores. A nova lei confia na prudência dos operadores jurídicos, que existem precisamente para construir a jurisprudência.

Em sentido contrário à admissibilidade das penas substitutivas nos crimes hediondos v. **Cezar R. Bitencourt** (*"Novas Penas Alternativas"*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 103) e STJ, RHC nº 8.620-PR, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJU de 16.08.99, p. 80, que afirmou: "À luz do princípio da especialidade (art. 12 do CP) as alterações introduzidas no Código Penal pela 'Lei das Penas Alternativas' (Lei nº 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos eis que a Lei nº 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, art. 2º, da Lei nº 8.072/90)". Os dois argumentos invocados no v. acórdão não podem, *data venia*, prosperar. Não refletem, consoante nossa ótica, o melhor ensino do Direito.

Por força do art. 12 do CP as regras gerais do Código aplicam-se às leis especiais, salvo quando essas dispõem de modo contrário. Nem a Lei de Tóxicos nem a Lei dos Crimes Hediondos proíbe expressamente as penas substitutivas. Não existe nenhuma disposição em sentido contrário. Logo, são aplicáveis as regras gerais do CP. De outro lado, o regime fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão (cfr. **Damásio E. de Jesus**, *"Penas Alternativas"*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 95). Se o juiz entende que a prisão imposta deve ser substituída por outra sanção alternativa, não se chega à execução da pena de prisão (isto é, não se chega a sua fase executiva). Logo, não é o caso de se aplicar a regra do "regime" fechado. Só se pode falar em "regime" na fase de execução da pena de prisão. Com a substituição desaparece a pena de prisão. Não se fala em regime. Acrescenta-se que existe crime hediondo que já admite a progressão de regime: é o caso da tortura (Lei nº 9.455/97). Na nova lei de proteção a vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/99, art. 13) admite-se inclusive para os crimes hediondos até mesmo perdão judicial!

O fato de o legislador ter valorado determinadas condutas como hediondas, por seu turno, tampouco é obstáculo para a aplicação de medidas alternativas nos crimes dessa natureza: é que a valoração do legislador é sempre genérica, imprecisa, vaga, nebulosa e às vezes injusta. Confiar cegamente nas suas valorações significaria repriminar inocentemente o dogma — do liberalismo político — de que ele se equipara a "Deus". Basta considerar que um beijo lascivo, por si só, para além de ter pena





mínima de seis anos (igual a um homicídio), é reputado crime hediondo! Todas essas aberrações *in abstracto*, na *law in books*, devem necessariamente ser corrigidas pelo juiz *in concreto*, é dizer, na *law in action*, sob pena de se retirar a legitimidade do Direito penal e da própria Justiça. Não é a "gravidade" *in abstracto* que impedirá a substituição, senão a eventual e demonstrada "gravidade concreta" de cada caso.

Um outro argumento que serve de base para se concluir que a substituição é cabível inclusive nos casos de crimes hediondos resi-

de no seguinte: eles *já admitem o sursis*, logo, também são compatíveis com a substituição. Sobre o cabimento do *sursis* nos crimes hediondos v. **Damásio E. de Jesus**, "Código Penal Anotado", São Paulo, Saraiva, 9ª ed., p. 226. E ademais cabe ainda considerar que na lei brasileira, diferentemente do que ocorre em várias legislações estrangeiras, não existe uma figura intermediária entre o art. 16 e o art. 12 da Lei de Tóxicos. Todos, mesmo que gratuitamente, que cedem drogas são "traficantes". Isso é um exagero. Quinze anos (que é a pena máxima) para um "Pablo Escobar" pode ser pouco; três anos de prisão (que é a pena

mínima) em algumas situações é um despau-tério. Assim, entre a imponderabilidade abstrata do legislador e a concretiza fática e humana de cada situação está o juiz, exatamente para aplicar a lei das penas alternativas com equilíbrio e moderação, temperando a necessidade de prevenção geral com a prevenção especial.

O autor é mestre em Direito Penal pela USP, ex-juiz de Direito e autor, dentre outros, do livro "Penas e Medidas Alternativas à Prisão".

Recolhimento Domiciliar: Pena Equivocadamente Vetada!⁽¹⁾

CEZAR ROBERTO BITENCOURT



1. Recolhimento domiciliar

O Presidente da República, quando da edição da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, vetou o dispositivo que previa o *recolhimento domiciliar* como pena alternativa (art. 43, III, do CP); em consequência, vetou também o § 4º do art. 45, que disciplinava a medida. O texto vetado, que é uma cópia fiel do disposto no art. 36 e seu § 1º, do CP, disciplinador do *regime aberto* (uma prova da falta de criatividade do legislador contemporâneo), é o seguinte: "O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença".

No entanto, o Poder Executivo, em sua Exposição de Motivos, na mensagem que originou a Lei nº 9.714/98, afirmou que, "o recolhimento domiciliar é outra forma adequada para evitar a prisão em regime aberto, quando o condenado estiver apto a assumir a responsabilidade" (item n. 7). Contudo, após aprovado pelo Congresso Nacional, vindo para sanção, o próprio Poder Executivo vetou a pena de "recolhimento domiciliar", que havia proposto, dando as seguintes razões: "A figura do 'recolhimento domiciliar', conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa. Por isto, carente do indispensável substrato coercitivo, reputou-se contrária ao interesse público a norma do projeto que a institui como pena alternativa".

As razões deste veto, à evidência, chocam-se frontalmente com os fundamentos invocados na Exposição de Motivos, ambos da lavra do mesmo Poder, o Executivo.

Mas, afora esse paradoxo, o mais incompreensível é que o mesmo Presidente da República que vetou a pena de "recolhimento domiciliar", previsto no Projeto da Lei nº 9.714/98, sancionou a mesma pena de "recolhimento domiciliar" (art.13) da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro do mesmo ano.

Será que, precisamos indagar, para o "in-

frator especial" da *criminalidade ambiental*, o Poder Executivo não quis exigir o "mínimo necessário de força punitiva" — como refere nas razões do veto ao art. 43, III — que achou indispensável para "os infratores gerais" do ordenamento jurídico-penal? Qual seria o fundamento político-criminal que justificaria a previsão da pena de "recolhimento domiciliar" para os autores de crimes contra o *meio ambiente* (para penas de até quatro anos), mas que não autoriza a mesma espécie de pena alternativa para os autores de outras infrações penais? Recusamo-nos a acreditar que o fundamento esteja no fato de a *criminalidade ambiental* enquadrar-se, em regra, nos chamados "crimes do colarinho branco", enquanto que as demais infrações cairiam na vala comum da *criminalidade convencional*. Pode não ser, mas que parece, parece!

"O mais incompreensível é que o mesmo Presidente da República que vetou a pena de 'recolhimento domiciliar', previsto no Projeto da Lei nº 9.714/98, sancionou a mesma pena de 'recolhimento domiciliar' (art.13) da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro do mesmo ano."

Curiosamente, por fim, a *redação vetada* do art. 45, § 4º do Código Penal tem exatamente a mesma redação sancionada do art. 13 da Lei nº 9.605/98, sendo cópia fiel uma da outra. Aliás, para sermos honestos, as redações respectivas apresentam duas diferenças: a redação vetada para o Código Penal tem um ponto (sinal gráfico) que o texto da lei ambiental não tem; e a segunda diferença, é que o texto da lei ambiental, em seu final, adjetiva a sentença de "condenatória", enquanto no texto vetado essa adjetivação não existe. Essas são as duas grandes diferenças entre o texto sancionado em fevereiro e o texto vetado em novembro do mesmo ano.

Colocações como estas que estamos fazendo objetivam somente convidar os operadores

do Direito para uma reflexão sobre a política criminal oficial, a coerência, os critérios e cuidados que são adotados nas sanções e vetos presidenciais.

Por fim, o veto presidencial a esta modalidade de pena, prevista desde o projeto original da Lei nº 9.714/98, como pena substitutiva, não impede, no entanto, a aplicação normal da prisão domiciliar, nas infrações ambientais, com penas inferiores a quatro anos (arts. 13 e 7, I, da Lei nº 9.605/98), bem como naquelas hipóteses previstas no art. 117 da LEP, que representa uma *sub-espécie do regime aberto*. Por isso, convém revisar, aqui, o que dissemos a respeito da prisão domiciliar, na forma disciplinada na Lei de Execução Penal (art. 7.210/84).

2. Prisão domiciliar disciplinada na LEP

O regime aberto, como gênero, deverá ser cumprido em (a) prisão-albergue, (b) prisão em estabelecimento adequado e (c) prisão domiciliar (arts. 33, § 1º, c, CP, e 117, da LEP). Fácil é concluir que a prisão domiciliar, no sistema brasileiro, constitui somente espécie do gênero aberto e, como exceção, exige a presença de mais requisitos para a sua concessão.

A prisão domiciliar, indiscriminadamente concedida antes da vigência da lei anterior, com graves prejuízos à defesa social, recebeu restrições na Reforma Penal de 1984. Mas, apesar da crise pelo seu mau uso, o legislador brasileiro não a suprimiu. Ao contrário, adotou-a. Porém, restringiu e estabeleceu com precisão as suas hipóteses.

A Lei nº 7.210 afastou, peremptoriamente, a possibilidade de concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses previstas no art. 117. Proibiu a praxe pouco recomendável de alguns magistrados que concediam a prisão domiciliar sob o argumento de que "não existia casa de albergado", com irreparáveis prejuízos para a defesa social e que, em muito, contribuíam para o desprestígio da Justiça Penal. A Exposição de Motivos foi incisiva nesse particular, "reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar, o Projeto declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (art. 116)". Trata-se, aí, de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente. No mesmo sentido, é a lição de Reale Junior e Dotti que, comentando sobre a impossibilidade da concessão de prisão domiciliar, fora das hipóteses





excepcionadas pela Lei de Execução Penal, afirmam: *"Por fora da legalidade, a prisão-albergue, porque o Estado não está provendo de meios a execução do regime aberto seria o mesmo que abolir formalmente o regime fechado pela falta de condições humanas e materiais para a sua boa aplicação"*⁽²⁾.

Esse argumento de **Reale e Dotti** é irrefutável. Quem ousaria deixar de recolher à prisão perigoso delinqüente, condenado a cumprir pena em regime fechado, sob o argumento de que as prisões não oferecem boas condições humanas e materiais para recuperar criminosos? Ademais, diante do *sistema progressivo* adotado no sistema brasileiro, há um momento em que a pena, através da progressão, chega ao regime aberto. Então, como proceder? Conceder a *prisão domiciliar* indiscriminadamente, oficializando a impunidade? Acreditamos que

essa não é a melhor solução, embora seja a mais fácil, com graves prejuízos à coletividade e à segurança pública.

Assim, apesar da existência ainda de algumas decisões em sentido contrário, a *prisão domiciliar* só poderá ser concedida nas hipóteses excepcionadas no art. 117 da LEP. Aliás, referido instituto foi regulado com mais liberalidade e amplitude do que a previsão feita pelo Código Penal Argentino que, para conceder a prisão domiciliar, limita a pena aplicada a 6 meses de prisão e desde que se trate de mulher honesta ou pessoa maior de setenta anos ou valetudinária (art. 10.º do Código Penal Argentino).

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal pôs termo às decisões controversas, decidindo que a *prisão domiciliar* somente será cabível nas hipóteses previstas no art. 117 da LEP. Mais recentemente, através dos HC nº 69.119-6 (DJ 29.05.92) e nº 70.682-2 (DJ 04.02.94),

a Segunda Turma do STF, por unanimidade⁽³⁾, ratificou as decisões anteriores, assegurando que, não havendo casa de albergado, deve-se garantir ao preso o trabalho fora da prisão, com recolhimento noturno e em dias de descanso e feriados.

NOTAS

⁽¹⁾ Este texto integra o VIII capítulo do nosso livro *"Novas Penas Alternativas"*, da Editora Saraiva, 1999.

⁽²⁾ **Reale Júnior, Miguel; Dotti, René Ariel; Andreucci, Ricardo Antunes e Pitombo, Sérgio de Moraes**, *"Penas e Medidas de Segurança no Novo Código"*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 66.

⁽³⁾ *Lex Jurisp.*, 169/354 e 184/357.

O autor é doutor em Direito Penal, advogado, consultor jurídico e ex-procurador de Justiça.

Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA



"Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana."

(**Pierre Sané**, *"Prisões e violação de direitos humanos"*, Folha de S. Paulo, 25 de junho de 1999, caderno 1, p. 3).

Existem, atualmente, cerca de 195.000 pessoas encarceradas no Brasil⁽¹⁾, em mais de 350 estabelecimentos prisionais⁽²⁾, sem falar nas milhares de delegacias de polícias. Levando-se em consideração que há aproximadamente 107.000 vagas nos presídios, o déficit supera 80.000 lugares. Só em São Paulo, são pelo menos 80.000 presos para quase 40.000 vagas⁽³⁾.

O processo de deterioração do desumano sistema carcerário é evidente: prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão de cimento, em colchões de espuma imundos, ou sobre cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; o meio ambiente é insalubre; os doentes são, muitas vezes, misturados com os sadios; há ratos, baratas; os programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistem; a falta de consideração pela dignidade dos presos é notória. Por vezes, o dinheiro significa a possibilidade de regalias no interior das prisões. Como lembra **Eduardo Galeano**⁽⁴⁾, *"se se compara, o inferno de Dante parece coisa de Disney"*.

A realidade do nosso sistema prisional tem sido, também, certificada em visitas feitas por organizações não governamentais internacionais, como a Americas Watch e a Anistia Internacional. Esta última, em relatório recentemente divulgado⁽⁵⁾, concluiu que as sérias violações aos direitos dos presos são, em parte, resultado de problemas estruturais e administrativos do sistema penal brasileiro:

longos períodos de encarceramento; condenados sob a custódia da polícia, e não em instituições penais; insuficiência de pessoal carcerário e de treinamento; assistência médica inadequada; escassez de assistência jurídica gratuita para os pobres; recursos humanos insuficientes e de baixa qualidade; corrupção e má administração.

A apregoada construção de novos estabelecimentos penais não irá, por óbvio, aliviar os graves problemas existentes, tais como superpopulação, motins, revoltas, dificuldades orçamentárias, cada vez maiores, já que quanto mais vagas existirem, ainda haverá superlotação.

"É imprescindível que seja levada a cabo política criminal, coerente com os propósitos manifestados pela Lei Maior em vigor, de maneira a evitar a imposição desnecessária da pena privativa de liberdade e a respeitar, de modo incondicional, a dignidade do ser humano."

Na medida em que, sabidamente, o cárcere não reabilita, nem reintegra o condenado à sociedade, é preciso evitar, pelo menos, para o pequeno e médio infrator, a prisão, impondo-lhes penas alternativas, também previstas na Constituição da República. Isso significa deixar o encarceramento apenas para aquela pequena parcela de pessoas que, de fato, necessitam ser segregadas.

É imprescindível que seja levada a cabo política criminal, coerente com os propósitos manifestados pela Lei Maior em vigor, de maneira a evitar a imposição desnecessária da pena privativa de liberdade e a respeitar, de

modo incondicional, a dignidade do ser humano.

Vale lembrar, a propósito, que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, há pouco, estabeleceu, dentre as diretrizes básicas de **política criminal**⁽⁶⁾, *"defender o instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como ultima ratio"*, e, ainda, *"apoiar a des-criminalização e a despenalização de certas condutas, por imperativo da evolução social, à luz da moderna concepção da intervenção mínima do Direito Penal"*⁽⁷⁾.

É preciso, pois, que o manifestado propósito de intervenção mínima seja implementado, evitando-se o encarceramento inútil, o que, com certeza, colaborará para que a prisão seja local bem diferente do que é hoje, isto é, mero depósito de pessoas.

NOTAS

⁽¹⁾ Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça e publicados no jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 26 de agosto de 1999, caderno 3, p. 10. O Censo Penitenciário de 1997, último oficialmente divulgado pelo Ministério da Justiça, em 1998, apontou a existência de 170.207 presos, entre condenados e provisórios, para 174.197 vagas, o que representa um déficit de 96.010 vagas. O custo mensal por preso, ainda de acordo com o Censo, é de cerca de R\$ 500,00.

⁽²⁾ Informações do Censo Penitenciário de 1997.

⁽³⁾ Informações da Secretaria de Administração de São Paulo, publicadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 20 de agosto de 1999, caderno 3, p. 4. A população carcerária, no Estado, está assim dividida: 49.000 presos no sistema penitenciário e 31.700 no sistema da Segurança Pública — distritos policiais e cadeias públicas.

⁽⁴⁾ Cf. *"Patás Arriba: La Escuela del Mundo al Revés"*, Buenos Aires, Catálogos, 1998, p. 94.

⁽⁵⁾ Cf. *"Brasil: Aqui Ninguém Dorme Sossegado. Violações dos Direitos Humanos Contra Detentos"*, São Paulo, Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999, p. 34.

⁽⁶⁾ A política criminal, assevera **René Ariel Dotti**, *"Bases e Alternativas para o Sistema de Penas"*, São Paulo, RT, 1998, p. 189, *"é ciência e técnica destinadas a promover a interpretação crítica do sistema e formular as propostas de correção"*.

⁽⁷⁾ Arts. 4º e 5º da Resolução nº 5, de 19 de julho de 1999, que *"dispõe sobre as diretrizes básicas de política criminal e dá outras providências"*.

A autora é advogada e professora doutora de Direito Processual Penal da USP.

Limites aos Poderes Investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ



A atividade dos órgãos legislativos não se exaure na função de legislar. O poder de investigar é inerente ao poder de legislar. Assim, não se pode pensar no Poder Legislativo destituído deste poder investigatório que lhe é ancilar. As Comissões Parlamentares de Inquérito são, portanto, essenciais para que o Poder Legislativo possa bem desenvolver suas atividades. Aliás, mesmo que a Constituição fosse omissa a esse respeito, não se poderia deixar de conferir ao Legislativo o poder de criar comissões de inquérito, com já ocorreu na Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália. E, mesmo no Brasil, a Constituição Imperial não previa a criação de tais comissões e isto não impediu que àquele tempo fossem nomeadas várias comissões de inquérito.

Por outro lado, se não se contesta que as comissões de inquérito são essenciais à função de legislar, a elas devem ser conferidos os meios necessários para o desempenho de suas atividades. Não se pode imaginar um Legislativo que não tenha poderes para instituir comissões de inquérito. Toda comissão de inquérito deve ser dotada de poderes investigatórios, sem o que não poderia realizar suas atividades. Os poderes investigatórios, contudo, não são ilimitados ou absolutos.

A análise do texto constitucional, bem como da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permite-nos tentar sintetizar os limites aos poderes de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito em cinco níveis: 1) limites quanto ao objeto; 2) limites temporais; 3) limites quanto ao âmbito de atuação; 4) limites quanto aos meios investigatórios utilizáveis; 5) limites formais.

O limite quanto ao objeto da investigação vem previsto na própria Constituição, em seu art. 58, § 3º, ao estabelecer que as comissões terão por objeto a "apuração de fato determinado".⁽¹⁾ Para a criação de uma comissão de inquérito deve haver uma precisa determinação e delimitação da matéria a ser investigada.

Como enfatizou **Francisco Campos** "O poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito".⁽²⁾

Assim, num plano horizontal, isto é, quanto à sua extensão, a investigação deve cingir-se ao fato específico e individualizado que lhe deu origem, não podendo abarcar fatos estranhos ao seu objeto. De outro lado, no plano vertical, entenda-se, quanto à sua profundidade, tudo que disser respeito direta ou indiretamente ao fato determinado que justificou a

instauração da comissão, pode e deve ser investigado profundamente.

Ainda com relação ao objeto a ser inquirido, deve se tratar de um fato de interesse público,⁽³⁾ não se justificando a investigação de negócios particulares que não tenham relação com as atribuições legislativas.⁽⁴⁾ Não se pode admitir, por exemplo, a investigação de fatos ligados à vida familiar, à vida privada e muito menos a fatos íntimos da vida de um cidadão, principalmente se ele não ocupa cargos públicos ou mantém ligações com entidades de Direito público.⁽⁵⁾

Em suma, como asseverou o ministro **José Celso de Mello Filho** "somente fatos determinados, concretos e individuais, ainda que múltiplos, que sejam de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do Estado, são passíveis de investigação parlamentar. Constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos. O objeto da comissão de inquérito há de ser preciso".⁽⁶⁾

"Toda vez que uma comissão parlamentar de inquérito exorbitar os limites de seus poderes investigatórios, a ilegalidade ou o abuso poderá ser corrigido recorrendo-se ao Poder Judiciário."

Um segundo limite que se impõe às comissões de inquérito é o **limite temporal**. A Magna Carta exige, na esteira das Constituições anteriores, que as Comissões Parlamentares de Inquérito sejam criadas "por prazo certo" (art. 58, § 3º).

Deve haver uma delimitação temporal para atuação das comissões já no seu ato de criação. Tem-se admitido, contudo, que o prazo seja prorrogado, inclusive sucessivas vezes.⁽⁶⁾ Há, contudo, um limite intransponível de duração: em nenhuma hipótese, com ou sem prorrogação do prazo inicialmente fixado, poderá ser ultrapassado o termo final da legislatura em que foi criada a comissão (art. 5º, § 2º, da Lei nº 1.579/52).⁽⁸⁾

O terceiro ponto é o **limite quanto ao âmbito de atuação** das comissões de inquérito. As comissões devem se ater ao âmbito de competência constitucional dentro do qual são criadas.

Uma primeira restrição é o respeito à separação de poderes. Entre as funções constitucionais do Poder Legislativo, encontra-se a de fiscalização dos atos do Poder Executivo. Assim, admite-se que suas atividades sejam

objeto de investigação pela comissões legislativas. Mas em respeito ao princípio da separação dos poderes, não se tem admitido que a comissão convoque como testemunha o Presidente da República.⁽⁹⁾ Não poderá, também, investigar as atribuições constitucionais do Poder Judiciário.⁽¹⁰⁾ Além disto, não poderá ser objeto de investigação legislativa, matéria que esteja sendo ou tenha sido objeto de processo judicial.⁽¹¹⁾

Ainda quanto ao âmbito de atuação, há limites relacionados com a distribuição constitucional de competências dentro do próprio Poder Legislativo, entre os níveis da União, dos Estados e dos Municípios. Assim, uma comissão do Legislativo federal, por exemplo, não poderá invadir a esfera de competência que a Constituição reservou para os Estados ou Municípios.⁽¹²⁾ Por fim, nos regimes bicamerais, o Senado Federal não pode investigar assuntos de competência da Câmara dos Deputados e vice-versa.⁽¹³⁾

O limite quanto aos meios de investigação utilizáveis é, sem dúvida, a questão mais tormentosa e de difícil delimitação. Quais seriam os meios e instrumentos de que dispõem as comissões para o desempenho de suas funções investigativas? Procurando responder a tal indagação, o legislador constituinte estabeleceu que as comissões terão "poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais".⁽¹⁴⁾ Trata-se de novidade inserida no regime das comissões de investigação, visto que nossas Constituições anteriores se reportavam às "normas de processo penal, indicadas no regimento interno".⁽¹⁵⁾

Todavia, a nova disciplina não foi suficiente para eliminar as dúvidas sobre a amplitude dos poderes investigatórios das comissões de inquérito. Tal indefinição, contudo, não é exclusividade pátria. A delimitação das funções das comissões de inquérito é incerta também nos sistemas estrangeiros.

Certamente, não houve uma equiparação total pois, no desempenho de suas atividades jurisdicionais, as autoridades judiciais não praticam apenas atos de investigação. Aliás, no processo penal, que sempre foi utilizado como referência para os poderes das comissões de inquérito, quem realiza tal atividade é, em princípio, a autoridade policial, e não o juiz de direito. Mas, sem dúvida, os juízes, no desempenho da função jurisdicional, têm poderes para determinar a produção de provas, para a instrução do processo. Estes poderes, e somente estes poderes, é que foram conferidos às comissões de inquérito. As comissões de inquérito, portanto, não dispõem de todos os poderes de que são investidas as autoridades judiciais, mas apenas dos seus poderes instrutórios.

Assim, é de se excluir dos atos que podem ser praticados pela comissões de inquérito, aquelas medidas de natureza cautelar, sejam elas medidas patrimoniais assecuratórias, como o sequestro, o arresto ou a indisponibilidade de bens, sejam medidas que recaem sobre provas, como as buscas e apreensões.⁽¹⁶⁾

Além disto, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento, devem ser excluídos dos limites do poder de





investigação das comissões os atos que impliquem em restrições a direitos fundamentais, para os quais a própria Constituição exija autorização judicial, como a prisão, salvo em flagrante delito (art. 5º, inc. LXI), a busca domiciliar (art. 5º, inc. XI) e a interceptação telefônica (art. 5º, inc. XII). Trata-se, em tal caso, do princípio da reserva de jurisdição. Por outro lado, com relação aos dados, informações e documentos, ainda que protegidos pelo sigilo, poderão ser requisitados pelas comissões de inquérito. Em outras palavras, entre os poderes de investigação das comissões de inquérito, estão a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico (registros relacionados com chamadas telefônicas já concretizadas), independentemente de prévia autorização judicial, bem com quaisquer outros dados não acobertados pela exigência constitucional de decisão judicial.⁽¹⁷⁾

Ainda com relação aos poderes inquisitórios das comissões, também não se poderá exigir que a testemunha se auto-incrimine, em atenção ao princípio *nemo tenetur se detegere*, explicitamente consagrado na Constituição (art. 5º, inc. LXIII), sendo que, em tal caso, não cometerá crime de falso testemunho quem tenha faltado com a verdade ou tenha se calado.⁽¹⁸⁾

Com relação aos **limites formais** dos poderes investigatórios das comissões, tem se exigido a motivação dos atos investigatórios. As comissões devem fundamentar a sua deliberação, apoiando-a em indícios que justifiquem a necessidade de adoção das medidas investigatórias, sempre que se relacionarem com direitos fundamentais do cidadão.⁽¹⁹⁾

Toda vez que uma comissão parlamentar de inquérito exorbitar os limites de seus poderes investigatórios, a ilegalidade ou o abuso poderá ser corrigido recorrendo-se ao Poder Judiciário.⁽²⁰⁾

As comissões parlamentares de inquérito podem ter notável influência na vida política de um país, como ocorreu com a história recente brasileira. Justamente por isto, é necessário que os limites de sua atuação sejam muito bem definidos. Muitas vezes, as comissões de inquérito não têm respeitado os parâmetros legais e, como lembra **Roberto Rosas**, "geralmente, são formadas para exa-

minar casos intrincados, plenos de matéria política, muito discutível, e por vezes a constituição delas deve-se a um capricho ou perseguição política".⁽²¹⁾ O abuso da investigação parlamentar pode, em tais casos, levar a um profundo descrédito deste instituto que é fundamental para o bom desempenho da função legislativa e para a desenvolvimento da democracia.

NOTAS

- (1) A limitação quanto ao fato determinado sempre esteve presente nas Constituições que disciplinaram a matéria. Encontra-se prevista, igualmente, no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952.
- (2) "Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso – Direitos e Garantias Individuais – Exibição de Papeis Privados", in *Revista Forense*, vol. 195, jul./set. 1961, p. 86.
- (3) A Constituição italiana de 1947, limita a investigação a "matéria di pubblico interesse" (art. 82). Da mesma forma, a Constituição espanhola de 1978 refere-se a "asunto de interés público" (art. 76).
- (4) Nesse sentido, já decidiu também a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *John Watkins ex. US*, 77 vs. 1185.
- (5) Cf. **Fábio Konder Comparato**, "Comissão Parlamentar de Inquérito", in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 10, 1995, p. 62; **Roberto Rosa**, "Limitações às Comissões de Inquérito do Legislativo", in *Revista de Direito Público*, vol. 12, abr./jul. 1970, p. 58; **João de Oliveira Filho**, "Comissão Parlamentar de Inquérito", in *Revista Forense*, vol. 151, jan./fev. 1954, p. 14.
- (6) "Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito", in *Justitia*, nº 121, abr./jun. 1983, pp. 156-7.
- (7) STF, Pleno, *HC* nº 71.231, rel. min. **Carlos Veloso**, j. em 05.05.94, v.u., in *DJ* de 31.10.96, p. 42.014.
- (8) STF, Pleno, *HC* nº 71.261, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, j. em 11.05.94, v.u., in *DJ* de 24.06.94, p. 16.651. A mesma limitação temporal está prevista, também, no art. 76, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal.
- (9) Cf. **Oliveira Filho**, *op.cit.*, p. 15; e, min. **Celso de Mello**, *op. cit.*, p. 157. Sobre este fundamento, o Presidente **Truman** negou-se a comparecer diante do Congresso norte-americano, invocando, ainda, como precedentes negativos, recusas dos Presidentes **Jefferson**, **Monroe**, **Jackson**, **Roosevelt**, **Hoover**, entre outros.
- (10) O Regimento Interno do Senado Federal estabelece que não se admitirá Comissão Parlamentar de Inquérito sobre matérias pertinentes ... às atribuições do Poder Judiciário (art. 146, letra b).
- (11) **Alcino Pinto Falcão**, "Constituição Anotada", vol. I, 1956, p. 151.

(12) Cf. **Raul Machado Horta**, "Limitações Constitucionais dos Poderes de Investigação", in *Revista de Direito Público*, vol. 5, jun./set. 1968, p. 38; **Comparato**, *op. cit.*, p. 62.

(13) Cf. **Pontes de Miranda**, "Comentários à Constituição de 1946", tomo II, Rio de Janeiro, Editor Borsio, 1963, p. 440; **Horta**, *op. cit.*, p. 38; **Comparato**, *op. cit.*, p. 62. Há vedação expressa no art. 146, letra "a", do Regimento Interno do Senado Federal.

(14) Previsão idêntica é encontrada na Constituição italiana de 1947 e na Constituição espanhola de 1978.

(15) Constituição de 1934, art. 36; Constituição de 1946, art. 53 e Constituição de 1967, art. 39. A Lei nº 1.579/52, estabelece, em seu art. 6º, que "o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal".

(16) As buscas e apreensões, embora catalogadas no CPP no título das provas, são medidas de natureza cautelar. Cf. **José Frederico Marques**, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Forense, 1965, pp. 312-7, **ROGÉRIO LAURIA TUCCI**, "Busca e apreensão (Direito Processual Penal)", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 12, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 285-87; **Sérgio Marco de Moraes Pitombo**, "Do Sequestro no Processo Penal Brasileiro", São Paulo, José Bushatsky, 1973, p. 81. E **Aguinaldo Costa Pereira** ("Comissões Parlamentares de Inquérito", Rio de Janeiro, Asa Artes Gráficas, 1948, p. 134) conclui que "Parece-me claro que as Câmaras não têm a faculdade de proceder, por si próprias, a sequestro, busca e apreensões e prisão preventiva: seria invadir a órbita do Poder Judiciário".

(17) Nesse sentido STF, Pleno, MS nº 23.452, min. **Celso de Mello**, j. em 16.09.99. Na decisão que concedeu a liminar, proferida em 01.06.99, o min. **Celso de Mello**, invocando o magistério de **Luiz Flávio Gomes** e **Cássio Juvenal Faria**, admitiu, também, as buscas e apreensões. Não concordamos com a possibilidade das comissões determinarem busca e apreensões, pelos motivos expostos na nota anterior.

(18) STF, Pleno, *HC* nº 73.053-3, rel. min. **Carlos Velloso**, j. em 13.11.96, v.u., in *JSTF* 224/324.

(19) Esta foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão do MS nº 23.452, Pleno, rel. min. **Celso de Mello**, j. em 16.09.99.

(20) STF, Despacho no MS nº 23.491, min. **Celso de Mello**, j. em 01.07.99, in *DJ* 02.08.99.

(21) *Op. cit.*, p. 58

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

Inquérito Policial: Novas Tendências e Práticas

FAUZI HASSAN CHOUKR



1. Ponto reitor da investigação criminal: a dignidade da pessoa humana.

O processo penal, e, particularmente o brasileiro neste momento de nossa história, não pode ser compreendido em seus fundamentos sem que se conheça a fundo a matriz constitucional que o sustenta que, pelos valores que adota,

exige uma completa revisão do Código de Processo Penal, não apenas para a adequação formal deste àqueles primados, como pela necessidade de entronizar nos operadores do Direito a cultura democrática que deu vida a atual carta política.

Esta necessidade de remodelação transparece em todos os momentos do autoritário *codex* instrumental mas, com especial atenção, a fase prévia ao ajuizamento da ação penal está a cla-

mar por mecanismos que deixem de tratar o suspeito como mero objeto da atividade estatal, inserindo nesta etapa da persecução os meios necessários para vivificar o grande valor que norteia as sociedades ditas civilizadas, o da dignidade da pessoa humana, ponto central de toda a metodologia constitucional contemporânea.

Como afirma **Eser**, transpondo-se para o processo penal esta baliza fundamental, a persecução penal acaba por pautar-se pelo ser humano antes que o Estado, com sua proteção como pedra angular e entendido não somente como indivíduo, mas, também, como membro da comunidade humana (vínculo interperceptual que funda obrigações) pois mesmo no processo penal, "donde sea preciso que el Estado se haga





cargo de su función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, non debe perderse de vista en ningún momento el carácter básicamente subsidiario y de servicio de aquél. El estado non puede llegar a erigirse en fin de si mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedad humana a la que sirve". Assim, definitivamente não se pode compreender a persecução penal pela visão *ex parte principi* que vê a proteção do Estado como seu fim último, tampouco qualquer prática de operadores do Direito que tenha vida como ato unilateral de autoridade, sem a devida correspondência com o primado da dignidade da pessoa humana.

2.O modelo acusatório constitucional e suas consequências

Como já tivemos oportunidade de sustentar em estudos anteriores, a Constituição pátria, rica em avanços (ao menos formais) na linha antes apontada, edificou um processo penal condizente com sua premissa, criando pela primeira vez uma estrutura nitidamente acusatória, com a divisão de papéis entre o órgão julgador, o promotor da ação penal (que tem ao seu lado a polícia judiciária) e o investigado, agora dotado de um arsenal de garantias advindas do texto constitucional e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil na seara dos direitos fundamentais.

Mais do que a simples e rasteira interpretação de "reserva de mercado" para as atividades persecutórias, a Constituição estabelece diferentes **funções** (ou como já foi dito, papéis) das agências públicas naquela atividade, estrutura esta que, passados mais de dez anos da entrada em vigor do atual texto constitucional, continua a ser explorada timidamente pela doutrina e ignorada pela maioria das decisões de nossos tribunais, inclusive da Corte Suprema, que insistem em interpretar a Constituição à luz do Código de Processo Penal, e não o contrário, o que seria obviamente correto, dificultando desta forma a sedimentação da cultura constitucional.

• O papel do titular da ação penal e da polícia judiciária

A Constituição reserva um tratamento dialético diferenciado entre as agências policiais e o Ministério Público, sendo que a este último foi conferido o papel de titular da ação penal pública, além de dotar-lhe da atribuição de exercer o controle externo da atividade policial. Já em vigor há mais de uma década, esta forma de controle, pouquíssimo operada na prática, tem sido alvo de constantes atritos entre os próprios órgãos estatais, e em nada modificou para positivo o "Direito vivo" na investigação criminal. Enfim, o *modus operandi* de condução das investigações não sofreu qualquer alteração substancial pela adoção do modelo constitucional, quer por não ter sido compreendido em sua função estrutural, quer por não haver vontade política para tal no cotidiano dos operadores. O que rendeu de efetivo esta norma (de resto pessimamente ubiquada no corpo da Constituição) foi o ajuizamento de algumas ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema, todas com o mesmo desfecho patético.

No limite, o Ministério Público continua a servir-se à distância do produto da investigação criminal, pouco acrescentando em juízo aquilo que foi produzido no contexto investigatório, apenas ratificando-o judicialmente. A ação penal

continua sendo, assim, um mero apêndice da investigação. Esta postura ainda passiva dessa agência pública, gera repercussões teóricas distorcidas (e alimentadas ainda pelo ranço corporativo), sendo a mais comum de ser encontrada, ao completo arrepio do texto político, a da messiânica idéia do "juizado de instrução", em completa decadência no mundo ocidental, mas aqui defendida, inclusive por membros da mais alta Corte, como algo constitucionalmente viável.

A polícia judiciária, ainda lamentando-se pela "perda" da possibilidade de atuações sem controle judicial (v.g. na disciplina anterior das buscas e apreensões domiciliares sem mandado) e de alguma legitimidade ativa para agir (v.g. no finado procedimento judicialiforme), tem dificuldade para compreender a nobreza da atividade investigativa que reside na tecnologia dos meios empregados na sua consecução. Descarta-se com muita facilidade de algo que é observável a olho nu: que a credibilidade das atividades policiais judiciárias vem do produto tecnologicamente irrefutável de suas conclusões. A prova técnica dispensa a cultura da violência, de reconhecida permanência entre nós na fase prévia à ação penal.

... a fase prévia ao ajuizamento da ação penal está a clamar por mecanismos que deixem de tratar o suspeito como mero objeto da atividade estatal ...

Em todo este contexto, salvas para a iniciativa da Polícia Civil de São Paulo, cuja edição da Portaria DGP 18/98, de cunho eminentemente garantista, e criada muito mais por homens idealistas (mas não românticos) significou um marco legislativo-administrativo ímpar. Sua aplicação no mundo da vida ainda não reflete a magnitude de sua concepção. No entanto, sua derrogação é inviável do ponto de vista político e jurídico, pois denunciaria um retrocesso sem igual e o descompasso com o modelo constitucional. Sob qualquer ângulo que se veja sua edição, ela é, portanto, um avanço de cultura e civilização.

• O status do investigado

Como apontam **Schöonbohm, Horst & Löosing, Norbert**. "*en un estado de derecho liberal, cuya base es la libertad del hombre, el estado debe respetar la dignidad humana, incluso cuando interviene drásticamente en los derechos de lo individuo para proteger los intereses de seguridad generales... de ahí se deriva, por lo menos para el procedimiento penal, que el acusado, el inculpaado, no es solamente un objeto del proceso, sino que también hay que darle la oportunidad para que se manifieste, que presente una defensa efectiva*". Estas palavras, escritas em vista do período processual da persecução, servem inegavelmente para a preparação da ação penal.

No Direito brasileiro, a leitura dos direitos do investigado emana do texto constitucional, assim como dos tratados internacionais assinados pelo Brasil no campo dos direitos fundamentais, em especial do Pacto de San José da Costa Rica, cuja inserção em nosso Direito positivo, consoante melhor doutrina se dá em sede constitucional, tratando-se de "*nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do Direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente con-*

sagrados", no dizer de **Cançado Trindade**, sem embargo das reiteradas negativas do STF.

Não se pode deixar de imaginar um cenário no qual o Estado disponha de meios para efetivar a investigação criminal de forma condizente com o tipo de crime praticado "*ahora bien, cuanto más incisivos sean los instrumentos de investigación en la persecución penal, mayor será, a su vez, la necesidad para el acusado de garantías protectoras ante posibles abusos de poder de los órganos estatales*", como afirma uma vez mais **Eser**.

Isto somente pode acontecer quando a matriz acusatória do processo é compreendida na sua essência cultural, que também poderia ser denominada de "cultura da alteridade" no processo penal, cuja manifestação mais direta sempre se dá com o contraditório, mas que a ele não se resume. A alteridade pressupõe a consciência da existência do "outro", premissa para a própria concepção da liberdade. Quando o Estado se nega a reconhecer no investigado o "outro" da relação persecutória, antes de proteger a cidadania da matriz acusatória, protege a si mesmo, fomentando a falecida estrutura inquisitiva e o autoritarismo que a sustenta.

• O papel do Magistrado

Em todo esse novo cenário, que verdadeiramente afronta estruturas fossilizadas do conhecimento e da prática processuais penais brasileiras, o papel do magistrado outro não é senão o do verdadeiro guardião das garantias constitucionais, zelando pelo equilíbrio entre a persecução e a liberdade do investigado.

Assim, do ponto de vista sistêmico, fica bastante claro que ao magistrado é reservado, sem exceções, o papel de mitigar (jamais suprimir) os direitos constitucionais como liberdade, intimidade, privacidade, patrimônio, dentro dos mais estritos padrões de legalidade. Não por outra razão, prisões cautelares, interceptações telefônicas, quebra de sigilos bancário ou fiscal, buscas e apreensões domiciliares, jamais podem ser realizadas sem a autorização do magistrado, único constitucionalmente autorizado a determiná-las.

No entanto, a prática ainda demonstra a predominância da cultura inquisitiva sobre a acusatória, em especial no campo das cautelares pessoais, e não raras vezes essas decisões são determinadas sem a verificação dos pressupostos de sua admissibilidade, limitando-se a meras repetições dos enunciados legais, esvaziadas de qualquer embasamento substancial.

3. Conclusões

De todo o exposto resta a certeza do descompasso entre as práticas cotidianas da investigação criminal e os primados culturais lançados na Constituição, com seus respectivos reflexos na investigação preparatória ao exercício da ação penal. O caminho da construção de fundo da nova ordem processual penal exige a consciência da cultura democrática e acusatória que a inspira, refletindo-a no Direito vivo. Iniciativas legislativas, ainda que de âmbito restrito, como a Portaria DGP 18/98 de São Paulo, são sinalizações claras e concretas de que é possível absorver e atuar essa cultura e práticas. Basta que se tenha em mente que o homem constrói o Direito e o Estado para libertá-lo, e não para escravizá-lo.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, mestre e doutorando em Direito Processual Penal pela USP e diretor de Relações Internacionais do IBCCrim.

Inquérito Policial: Exercício do Direito de Defesa

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO



O processo penal, de índole condenatória, emerge sancionatório, pouco importando-lhe o resultado. O imputado sofre o processo. Suporta-lhe e para sempre os efeitos sociais, ainda que termine absolvido. Os muitas vezes relapsos — até eles — padecem o processo, seu ritual e longo andamento: transporte, algemas, espera, interrogatório, audiência de instrução e mais aparatos da Justiça Penal. A função simbólica do processo de conhecimento, de natureza condenatória, traz-lhe, também, a marca da infâmia.

A comum experiência jurídica mostrou, por isso, a necessidade de prévia verificação e apuração do fato, que se desenha ilícito e típico, bem como de sua autoria, co-autoria e participação. Assim, antecedendo ao aforamento da ação penal condenatória. Meio inafastável, em regra, de reduzir o risco de acusações formais, infundadas, temerárias e até caluniosas.

Cada sistema processual penal adotou o meio de apuração prévia que lhe aflorou cabente. Tomou em conta aspectos políticos e sociais, visando aos respectivos destinatários, na procura do melhor instrumento, em determinado instante histórico.

No sistema brasileiro, a perseguição penal

preliminar ou prévia emerge nas três faces do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Perante a administração divisam-se o inquérito policial civil e o militar; mais o procedimento administrativo, em sentido estrito. No Legislativo, pode irromper inquérito parla-

"Importa, pois, reexaminar o conceito de instrução criminal, com os olhos postos na realidade sensível. Entender que, entre nós e não obstante a pouca importância dada, não desapareceu a formação da culpa, como maneira de proteger a liberdade e a honra dos indivíduos."

mentar, cujo resultado, de modo eventual, importe ao processo penal. No Judiciário, acham-se o inquérito judicial, da Lei de Falência e, ainda, a formação judicial do corpo de delito e contingente apontamento da autoria, nos crimes contra a propriedade imaterial.

Os cinco aludidos meios de perquirir e apurar, de modo prévio, fato e autoria consistem em produto cultural. Todos merecem constante estudo, para adequação e aprimoramento.

O inquérito policial civil ganharia, em eficiência, com a regular cooperação do exercício do direito de defesa. A idéia não surge nova. Durante o ano de 1957, **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, grande mestre processualista, lançou-a. Tanto que difundida recebeu severo combate na doutrina e quase nenhuma repercussão nos julgados. O pensamento vencedor persistiu em assentar que o inquérito policial desponta, em essência inquisitivo; contém, tão-só, investigação e se exhibe qual peça meramente informativa. O equívoco perdura desde há quarenta e dois anos.

A Constituição da República abriu o debate, a partir da afirmação: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*" (art. 5º, inc. LV).

Importa, pois, reexaminar o conceito de instrução criminal, com os olhos postos na realidade sensível. Entender que, entre nós e não obstante a pouca importância dada, não desapareceu a formação da culpa, como maneira de proteger a liberdade e a honra dos indivíduos. Perceber a evidência de que, no inquérito policial, o suspeito e o indiciado não se podem ver tratar como estranhos, excluindo-se o exercício do direito de defesa.

O autor é desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP.

O Consenso na Justiça Penal

ANTONIO SCARANCA FERNANDES



Após a longa fase do cientificismo do Direito Processual, em que os estudiosos, depois de afirmarem a sua autonomia, procuraram sistematizá-lo, identificando seus princípios, suas regras fundamentais e delineando seus institutos vetores, bem como buscaram dotá-lo de conceitos firmes e ajustados, cresce nos últimos tempos outra inclinação dos processualistas: a busca da efetividade do processo.

Essa preocupação nasceu e se desenvolveu em virtude da crise que atinge a administração da Justiça em todos os cantos. Percebeu-se que o progresso da ciência jurídica processual não foi acompanhado de uma Justiça célere e eficaz. Tornou-se patente o descompasso entre a teorização do Direito Processual e a sua eficiência prática, não servindo o processo para superar os graves problemas da Justiça: sobrecarga de causas, morosidade na solução dos processos, elevado custo do acesso à Justiça, excessiva burocracia dos serviços dos juízos e tribunais.

Nesse contexto impregnado de novas idéias de reforma eficiente do processo e da Justiça é que se insere marcante preferência pela solução consensual, pela via da conciliação. De um lado, a conciliação realizada fora do processo entre os interessados e de outro aquela obtida no processo pelas partes e estimulada pelo juiz da causa.

Constatou-se enfim que é preciso dinamizar o processo para sua função instrumental, servin-

do aos anseios de uma Justiça rápida, mais eficiente, e, para isso, algumas idéias passam a ser propaladas e tenazmente defendidas:

a) é necessário estimular o uso de vias alternativas para a solução dos litígios, fora do âmbito judiciário ou dentro deste, ficando a resolução clássica, mais morosa, para as causas de maior complexidade ou relevância;

b) dentro do âmbito judiciário, deve-se preferir a via alternativa da conciliação e que, de preferência, evite a instauração formal do processo;

c) essa alternativa conciliatória deve ser procurada até mesmo em áreas tradicionalmente refratárias, como na área penal em países orientados pelo princípio da obrigatoriedade;

d) para a conciliação, exige-se do juiz um novo papel, pois fica ele incumbido de estimular o acordo entre as partes na busca de um solução rápida e justa;

e) os procedimentos devem ser marcados pela celeridade e pela oralidade para tornar a Justiça menos burocratizada;

f) devem ser chamados a participar dos debates conciliatórios não só as partes formais da ação, mas outros interessados no litígio, como a vítima no processo criminal;

g) estimula-se a colaboração dos leigos na conciliação.

É esse conjunto de idéias que moldam os contornos da Justiça consensual, na qual os três principais protagonistas da cena processual, com

a participação de terceiros interessados como a vítima no processo penal, são instados a solucionar o conflito pelo consenso.

Na área criminal, eram muito fortes as resistências para qualquer abertura no sentido da disponibilidade da ação e do processo. Imperavam soberanos os princípios da indisponibilidade no processo e da obrigatoriedade da ação.

Como já sucedera anteriormente em outros países (Alemanha, Itália, Portugal), também entre nós intensificou-se o questionamento ao princípio da obrigatoriedade, pela descrença cada vez maior na idéia de que o Estado pode perseguir toda infração penal. Percebeu-se, principalmente pelos estudos de Criminologia, que não tem ele condições de, com eficácia, dar vazão à intensa demanda da criminalidade, sendo assim utópica a idéia de que possa perseguir todos os infratores e puni-los adequadamente. Por consequência, os movimentos tendentes a estimular aberturas na rigidez do princípio da indisponibilidade, o que se manifestou por duas vias diversas: o avanço para o princípio da oportunidade ou alterações procedimentais que permitissem evitar o processo, suspendê-lo ou encerrá-lo antecipadamente.

Na opção alternativa pela via procedimental, imagina-se uma fase pré-processual de natureza conciliativa, na qual deveria ser tentado o acordo entre o Ministério Público e o suspeito para evitar o processo criminal. Outra solução que passa a ser aventada é a de possibilitar, após a instauração do processo, a sua paralisação quando há acordo entre a acusação e a defesa, ficando o réu por certo período submetido a condições.





A aceitação dessa mudança veio precedida da separação das infrações em dois grandes grupos: as infrações leves e as graves. Passa-se a sustentar que não se justifica para as primeiras um processo demorado, e que, solucionadas de maneira rápida por via conciliativa, sobriaria tempo para os órgãos da persecução penal poderem se dedicar com maior eficácia ao combate das segundas. Assim, foi em relação às infrações de menor gravidade que avançou a idéia de uma Justiça consensual penal.

Um forte argumento em contrário a esse movimento era o de que não poderia ser aplicada pena sem processo. Responde-se, contudo, que não haveria prejuízo ao direito de defesa, pois no acordo pré-processual o suspeito estaria assistido por advogado. Além do mais, a idéia era de que, através de acordo, só pudessem ser impostas pena de multa ou restritiva de direitos, não punição que implicasse supressão da liberdade. Ora, melhor permitir ao réu que, por sua própria vontade, prefira uma pena de multa logo aplicada aos dissabores e constrangimentos de um processo criminal, cujo resultado na sua avaliação pode ser-lhe mais negativo com a condenação. Não estaria ele realizando acordo em torno de sua liberdade. Lembra-se, ainda, que as penas pecuniárias são, às vezes, menos onerosas do que multas aplicadas por agentes administrativos.

Outro argumento relevante para a implantação da Justiça consensual em matéria penal estava relacionado com a vítima. Tinha sido nos últimos tempos a grande esquecida do processo criminal e podia ser revitalizada. Chamada para integrar o rol das pessoas que deveriam participar, no processo criminal, da solução conciliativa, poderia ser pronta e eficazmente reparada do mal que o crime lhe causara.

Em estudo sobre a vítima no processo criminal ("*O Papel da Vítima no Processo Criminal*", Malheiros, 1995), após referir que, mesmo em face do princípio da obrigatoriedade, são constantes as composições entre ofensor e vítima sem qualquer persecução criminal, salientávamos que "*é possível prever no âmbito criminal a conciliação entre os dois envolvidos na infração: agente e ofendido*" e, ainda, que "*estudos recentes vêm atentando para em muitos casos mais importante do que o processo e a condenação a conciliação entre o autor e a vítima, com positivas repercussões na estabilidade social*".

Com tudo isso, surgiram entre nós previsões legais no sentido da solução consensual nos processos criminais.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que houve o passo mais significativo para a implantação de uma Justiça consensual na área criminal, ao prever no art. 98, inc. I, a criação de juizados especiais para o julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo. Em virtude des-

se comando constitucional foi editada a Lei nº 9.099/95.

No tocante ao consenso em matéria penal, nos limites das infrações de menor potencial ofensivo (infrações em que a pena, no máximo, não é superior a um ano, e não se exige procedimento especial), a nova lei admitiu: a possibilidade de acordo civil na fase preliminar, com a consequente renúncia ao direito de queixa ou de representação após homologação judicial; de proposta de aplicação imediata de pena de multa ou pena restritiva de direitos pelo Ministério Público e que, se aceita pelo autor do fato, acompanhado sempre de defensor, poderia ser fixada pelo juiz. Foi além e, para infrações com pena mínima de um ano, possibilitou que o Ministério Público pudesse propor a suspensão condicional do processo, após a denúncia; aceita a proposta pelo acusado, assistido por defensor, incumbiria ao juiz, após verificar o preenchimento dos requisitos legais, suspender a causa, ficando o acusado submetido a condições.

"Nesse contexto impregnado de novas idéias de reforma eficiente do processo e da Justiça é que se insere marcante preferência pela solução consensual, pela via da conciliação."

A jurisprudência encarregou-se de ampliar o universo de atuação das infrações de menor potencial ofensivo para a Justiça Militar e para a Justiça Federal. Quanto a esta, posteriormente, pela Emenda nº 22, foi prevista a criação dos Juizados Especiais.

Logo foi alargado o âmbito da Justiça Consensual pela Lei Ambiental e pelo Código de Trânsito.

A Lei Ambiental, segundo forte corrente doutrinária, teria adotado definição especial para infrações ambientais de menor potencial ofensivo, aí incluindo todas aquelas que, segundo a Lei nº 9.099/95, sejam passíveis de suspensão condicional do processo, ou seja, aquelas com pena mínima igual ou inferior a um ano. No Código de Trânsito, admite-se a conciliação civil e a aplicação imediata de pena privativa ou multa da Lei nº 9.099/95 além do círculo traçado pelas infrações de menor potencial ofensivo definidas por esta lei, ou seja, em relação a três crimes de trânsito (lesão corporal culposa, participação em competição não autorizada — racha — e embriaguez ao volante), cujas penas superam o máximo de um ano.

Por outro ângulo, também se alargou o consenso: o aumento do rol das penas restritivas de direitos. Já tinha havido incremento deste elenco com o Código de Trânsito e a Lei Ambiental. Com as penas alternativas

resultantes de recente reforma da Parte Geral do Código Penal, esse rol foi expandido. São várias, assim, na atualidade, as possibilidades de proposta que o Ministério Público pode fazer para cada situação concreta, na busca da medida mais ajustada.

Com todas essas providências legais, afirmou-se no plano legal, entre nós, o consenso na Justiça Penal.

Ponto difícil tem sido o de conciliar essa nova tendência, fortemente desenvolvida nos Estados Unidos da América, cujo sistema é marcado pelo pragmatismo, pelo princípio da oportunidade e pela liberdade de ação dada ao Ministério Público, com o sistema da Europa Continental e do Brasil, estruturado em códigos, dominado pelo princípio da obrigatoriedade e com a atuação do Ministério Público submetida a rígidos pressupostos legais. Esta a raiz de toda a discussão que se travou, entre nós, a respeito das naturezas jurídicas da proposta de aplicação imediata da pena de multa e da suspensão condicional da pena, bem como da dificuldade em se delimitar o princípio agora adotado. Criou-se, na realidade, sistema próprio em que a atuação do promotor deve se realizar dentro dos limites estabelecidos pela própria lei, não se admitindo que possa, através de regras de política institucional, deixar sempre de propor a aplicação imediata de pena ou a suspensão do processo em determinadas infrações ou em relação a determinados infratores. Nem por isso inexistente consenso. O Ministério Público não pode, fugindo aos critérios legais, deixar de realizar as propostas previstas na lei, mas tem sempre, em face de critérios subjetivos, condições de analisar se, além dos dados objetivos, a providência a ser adotada é a mais indicada para o caso concreto. De outro lado, o autor do fato, orientado por seu advogado, deve ter sempre liberdade para, de forma voluntária, concordar com a proposta da acusação. Ao juiz, após a proposta e a aceitação, incumbe verificar se estão preenchidos os requisitos legais e, considerando-os presentes, aplicar a pena antecipada ou determinar a suspensão condicional do processo.

Há novo caminho.

As perplexidades que ocasiona, com a aproximação de searas jurídicas antes solucionadas separadamente, são reflexos de novas eras em que se tenta superar a departamentalização das ciências e se buscam soluções harmônicas, interdepartamentais. O fato é um só, ainda que possa ao mesmo tempo representar infração penal, infração civil ou infração administrativa. Quanto mais possa o sistema, de maneira pronta e eficiente, resolver os litígios que dele decorram, independentemente da área jurídica à qual esteja vinculado, haverá melhor atuação da Justiça.

O autor é procurador de justiça aposentado, livre docente e professor associado de Direito Processual na USP.

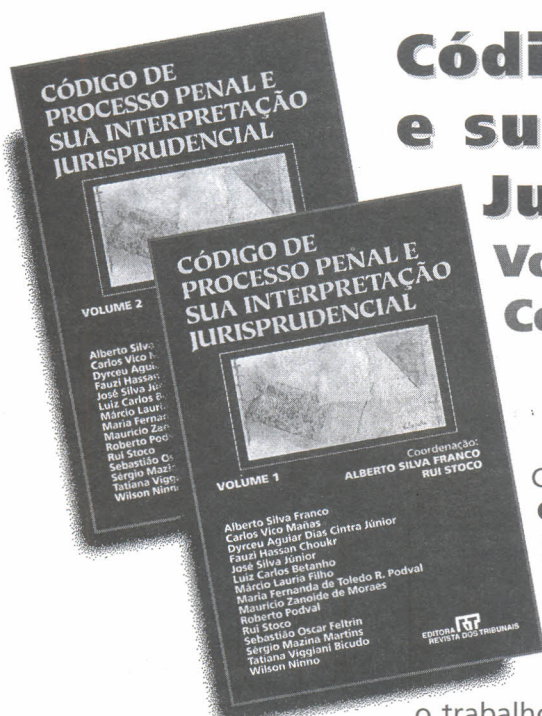
**Visite nosso SITE e cadastre-se ou faça sua atualização de cadastro:
Site: www.ibccrim.com.br — E-mail: ibccrim@mgnet.com.br**

Editora Revista dos Tribunais

Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial

Volumes 1 e 2

Coord.: Alberto Silva Franco e Rui Stoco



2 volumes
3.784 páginas
cartonado no
formato 16 x 24 cm
R\$ 279,00

Chega ao mercado editorial um novo **Código de Processo Penal interpretado**. A obra é fruto de 15 anos de sonhos, perseverança, ousadia e tenacidade, em que os coordenadores, juntamente com outros estudiosos do

Direito, não mediram esforços para organizar o trabalho que faltava no acervo jurídico do nosso País. Este CPP é totalmente diferente do que já existe, pois metodiza a jurisprudência sobre a matéria, com transcrição na íntegra das ementas, disposta de forma planejada.

Dividida em dois volumes, com mais de 3 mil páginas, a obra está ordenada em 6 Livros, 20 Títulos e 178 Capítulos, com Índice Sistemático e Sumário a cada Capítulo, que agilizam a pesquisa.

Como bem lembrou Ada Pellegrini Grinover, que faz a apresentação do trabalho, abordando *Os Caminhos da Jurisprudência Constitucional Brasileira*, "a obra (o CPPI) vem coroar a iniciativa de 1983-1985 do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que não foi senão a semente da análise do processo constitucional nos tribunais, agora ampliada por objeto e por origem".

Trata-se de uma ferramenta eficaz indispensável no trabalho dos estudiosos da área.



**Adquira essas e outras obras na
RT Livraria Virtual:
www.rt.com.br**

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

**Atendimento ao consumidor:
0800 11 2433**

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

R. Hannemann, 352 • USF
• Colégio Santo Antônio do Pari
São Paulo • SP
• CEP 03031-040
• Tel.: (11) 229-2742
• lojart@rt.com.br

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

R. Barão de Jaguara, 1155
Campinas • SP
• CEP 13015-002
• Tel.: (19) 232-1280
• Fax: (19) 232-3554
• rtcampinas@rt.com.br

Administração, Editorial e Produção: R. Tabatinguera, 140 • loja 1 • São Paulo • SP • CEP 01020-901
• Tel.: (11) 3115-2433 • Fax: (11) 3106-3772

Vendas, Marketing e Expedição: R. do Bosque, 820 • São Paulo • SP • CEP 01136-000 • Tel.: (11) 3661-4008 • Fax: (11) 3661-5666