



Na luta contra os abusos e maus-tratos aos idosos

(ENEIDA GONÇALVES DE MACEDO HADDAD
e LUCI GATI PIETROCOLLA)

Em 19 de agosto último, o **Núcleo de Pesquisa do IBCCrim** organizou um *workshop* para a discussão da violência, negligência e maus-tratos de que são vítimas os idosos. Fizeram-se presentes, na sede do **IBCCrim**, representantes de diversas entidades governamentais e não-governamentais.

O primeiro assunto abordado foi o papel que vem desempenhando a Rede Internacional de Prevenção de Abuso e Negligência na Velhice - INEAP, criada por representantes de 12 países, em agosto de 1997, na cidade de Adelaide, Austrália, por ocasião do Congresso Internacional de Gerontologia.

Os objetivos do INEAP são bastante amplos. Pretende difundir em todas as sociedades do planeta os problemas enfrentados pelas pessoas à medida em que envelhecem. A colaboração internacional possibilitará o diagnóstico dos abusos e maus-tratos aos idosos, e, por decorrência, intervenções que promovam uma melhor qualidade de vida, de acordo com os valores e tradições culturais de cada sociedade. Nesse sentido, os presentes ao *workshop* discutiram a possibilidade de se organizarem, tendo em vista a necessidade de engrossarem as fileiras da INEAP.

A seguir, foi objeto de debate a desativação das delegacias policiais de proteção ao idoso de diversas cidades do Estado de São Paulo e da ameaça que paira sobre a última ainda em funcionamento: a Delegacia Policial de Proteção ao Idoso da Cidade de São Paulo, criada pelo Decreto nº 33.826, de 22.09.91. A manutenção desta delegacia, bem como a abertura das demais, reveste-se de grande importância, considerando seu papel como canal de divulgação e conscientização dos crimes cometidos contra o segmento social discriminado em função da idade. De fato, a violência contra idosos ainda é escondida, difícil de ser descoberta, a não ser em suas formas mais grotescas. Daí a necessidade de ser alardeada.

Pesquisas realizadas em outros países revelam que o maior número de abusos contra idosos ocorre no ambiente domé-

tico ou em instituições especializadas em dispensar-lhes cuidados. Vergonha, medo, dificuldade de aceitar a realidade podem levar o idoso a se manter em silêncio, isto é, não procurar a proteção policial, mesmo frente a ameaças graves ou agressões físicas. Desta forma, as delegacias voltadas à sua proteção devem ser equipadas a contento. Sem pessoal adequadamente capacitado, consciente e devidamente valorizado, continuarão sendo discriminadas no universo policial, expressando, reforçando e expandindo a discriminação existente.

Outro assunto abordado disse respeito à necessidade de se colher o maior número possível de assinaturas à moção de apoio contra a desativação da Delegacia Policial de Proteção ao Idoso da Cidade de São Paulo. Todos os presentes assumiram este trabalho.

Uma nova reunião foi realizada, em 11 de setembro, dessa vez na Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Os presentes pronunciaram-se a favor da criação de um Fórum Permanente que congregue as entidades governamentais e não-governamentais numa luta pela dignidade, respeito e qualidade de vida na velhice.

Considerando a importância do material existente nos arquivos da Delegacia Policial de Proteção ao Idoso da Cidade de São Paulo, o **Núcleo de Pesquisa do IBCCrim** está à procura de verba que possibilite a execução de um projeto de pesquisa voltado para o conhecimento de todos os casos de abusos que vêm sendo registrados a partir da criação dessa delegacia. Esse estudo de será o ponto de partida para o conhecimento e denúncia de abusos de que são vítimas os idosos. Esperamos, pois, que o governo do Estado de São Paulo, através da Secretaria de Segurança Pública, tome as medidas necessárias para preservar a mencionada delegacia, instrumentalizando-a eficientemente para o seu importante desempenho.

As autoras são sociólogas e coordenadoras do **Núcleo de Pesquisa do IBCCrim**.

Provimento CG nº 22/98

O desembargador **Sérgio Augusto Nigro Conceição**, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO programa desenvolvido pelo governo do Estado de São Paulo para ampliação da capacidade prisional, com a construção de 21 novas penitenciárias e a disponibilização de 17.520 vagas em penitenciárias.

CONSIDERANDO que, atendendo à real finalidade da Lei das Execuções Penais, o preenchimento das novas vagas vem sendo feito com prioridade aos presos condenados definitivamente, na atualidade inadequadamente recolhidos em Distritos Policiais da Capital e Cadeias Públicas.

CONSIDERANDO que ao Estado cumpre designar o local em que o sentenciado cumprirá a pena imposta.

CONSIDERANDO que não persiste a situação, prevista no Provimento 03/74 desta E. Corregedoria Geral da Justiça, autorizadora da permanência de presos condenados em Distritos Policiais da Capital e Cadeias Públicas do Estado.

RESOLVE:

Art. 1º Operada a remoção dos presos condenados definitivamente de Distritos Policiais e Cadeias Públicas do Estado, em seguimento ao programa desenvolvido pelo governo do Estado, as vagas disponibilizadas serão destinadas exclusivamente aos presos provisórios.

Art. 2º Fica vedada a permanência de presos condenados definitivamente em Distritos Policiais da Capital e Cadeias Públicas do Estado afetados pelo programa de remoções e preenchimento das novas vagas do sistema penitenciário.

Art. 3º A recaptura de presos foragidos e prisão de condenados definitivamente em Distritos Policiais da Capital ou Cadeias Públicas do Estado, deverá ser imediatamente comunicada à COESPE, para que proceda, preferencialmente, à imediata remoção para um dos estabelecimentos penitenciários de sua rede, independentemente de qualquer ordem ou listagem de espera, em prazo não superior a 5 (cinco) dias, sujeita a inobservância às providências criminais e administrativas cabíveis.

Art. 4º Removido o sentenciado, deverá a COESPE comunicar ao Juízo das Execuções Criminais competente a ocorrência, dando-se seguimento à execução da pena.

Art. 5º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, notadamente o Provimento da Corregedoria Geral da Justiça nº 03/74 e Portaria nº 01/76-C da Vara das Execuções Criminais e Corregedoria dos Presídios do Estado e da Polícia Judiciária da Capital.

Publique-se, registre-se e cumpra-se, remetendo-se cópias aos Excelentíssimos Secretários Estaduais da Segurança Pública e Administração Penitenciária, ao Ilmo. Sr. Diretor da COESPE e aos Juizes Responsáveis pela Vara das Execuções Criminais da Capital - DECRIM e Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital - DIPO.

São Paulo, 24 de agosto de 1998

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Gabinete da Corregedoria Geral da Justiça - GAJ 3.

Desordem Legislativa, Distribuição de Poder e Desigualdade Social — Reflexões a Propósito da Lei nº 9.677, de 2 de Julho de 1998

ANDREI KOERNER

Os profissionais do Direito receberam com surpresa e desagrado a Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, que incluiu na classificação dos delitos considerados hediondos, crimes contra a saúde pública. De fato, na forma de seqüenciar os parágrafos do art. 273, por números e letras, a lei se afastava da técnica legislativa praticada no Brasil. A lei não atendia também à técnica penal, pois tipificava crimes hediondos na modalidade culposa, o que é um contra-senso evidente.

Embora a gafe legislativa já tenha sido corrigida (Lei nº 9.695/98), esse episódio revela alguns problemas sobre a relação entre a técnica legislativa, a desigualdade jurídica e o exercício do poder no Brasil. Apresentamos neste artigo algumas reflexões a esse respeito.

As deficiências técnicas da Lei nº 9.677 revelam a precipitação do governo em responder às demandas expressas pela mídia. Neste episódio, foi adotada imediatamente nova legislação, como resposta a uma

comoção nacional criada pelas denúncias de falsificação de remédios, tal como anteriormente já fora criada a Lei dos Crimes Hediondos, em virtude de fato criminoso envolvendo personalidades (casos do seqüestro de Abílio Diniz e do assassinato de Daniela Perez). O sistema político passou a funcionar segundo o tempo da mídia, e a

"Sem precedentes na nossa legislação, a enumeração dos parágrafos do art. 273 da Lei nº 9.677 faz lembrar "O Livro de Areia" de Borges, cujas páginas eram numeradas segundo critérios que o leitor jamais conseguia determinar."

atuar de forma reativa às suas demandas. Para o governo, com a aceleração do tempo político, sua pauta passa a ser determinada pelo jornal das oito, cujo conteúdo ele, o governo, procura, por sua vez, determinar. A aceleração do tempo do sistema político tem efeitos mais relevantes sobre o Congresso, onde são extremamente abreviados o debate político, o processo de negociação parlamentar e o levantamento de informações técnicas sobre problemas e efeitos não previstos dos projetos de lei em discussão. Assim, se as deficiências técnicas da Lei nº 9.677 revelam prováveis problemas de qualidade da assessoria jurídica dos Ministérios e das lideranças parlamentares, indicam também a relação truncada entre lideranças parlamentares, profissionais da área jurídica e outros participantes de debates sobre políticas públicas nas áreas de segurança, de execuções penais e defesa da cidadania. Reagindo às demandas expressas pela

mídia, o sistema político atende a apenas uma parte da opinião pública, que se manifesta em condições e por veículos bastante específicos.

Nesse sentido, o sistema político acentua aspectos conservadores e não-democráticos da nossa sociedade. A legislação atende de forma reativa à "volúpia punitiva" do público e acentua uma concepção conservadora da criminalidade, estabelecendo uma relação direta entre o fato delituoso-culpa-castigo, alimentando também a indústria da repressão ao crime⁽¹⁾. O processo democrático de formação da vontade coletiva é profundamente afetado, pois, ao ser truncado o debate, a participação autônoma é desestimulada, aumentando o ceticismo dos participantes. Além disso, o debate ocorre somente depois da promulgação da lei, cuja entrada em vigor é às vezes postergada, ou às vezes resulta na sua reforma imediata. Com isso ocorre a diluição das fronteiras entre o processo de elaboração da lei e o momento de sua vigência. Enfim, não só é abreviado o tempo prévio à decisão política, mas também o tempo posterior a ela, ou seja, aquele em que se espera que a legislação positiva produza seus efeitos.

Os efeitos negativos da "legislação reativa" para a democracia incidem de modo diferenciado sobre os diversos segmentos da sociedade. Esses efeitos reforçam a distribuição desigual de poder na sociedade brasileira, acentuando as desigualdades sociais e econômicas. Uma legislação com graves falhas técnicas atende manifestamente à demanda de justiça, mas cria, por um efeito de retorno, as condições que produzem as situações de injustiça contra as quais, precisamente, aquela legislação seria destinada.

O Congresso legisla tópica e desordenadamente e, ao se tornarem lei positiva, as normas sofrem novas refrações, dadas pela atividade técnica dos profissionais da área jurídica e pelas efetivas condições institucionais e sociais de sua prática. Para os cidadãos, a confusão legislativa aumenta os custos da informação e da ação, acentua a incerteza da sua eficácia e diminui as possibilidades de retorno. Nessas condições, aqueles que dispõem de recursos, ou têm acesso privilegiado ao Estado, é que podem torná-los efetivos mais rapidamente. Para os demais, a opacidade do domínio de direitos garantidos pelo Esta-



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Sérgio Sanchez (MTb. 16.338)

Diagramação, Composição, Montagem e Fotolito:

Ameruso Artes Gráficas - tel.: (011) 215-3596

Impressão: Printing Press - tel.: (011) 277-1753

Tiragem: 18.000 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 - Tels. (011) 3107-6743,

3105-6482, 3105-4607 e 3106-9306

http://www.ibccrim.com.br

e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

ARTIGOS PARA O BOLETIM

Todos os artigos objetivando publicação no **Boletim** devem ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3½ e processador de texto *Word for Windows*, além do texto impresso, ou remetidos via *e-mail*.

Outrossim, solicitamos que os artigos não ultrapassem o limite máximo de 120 linhas, em letra tamanho (corpo) 12, espaço duplo.

Para tornar a leitura mais agradável e atraente, o **Boletim** sofreu uma reformulação gráfica, passando a ter duas cores e uma nova diagramação que, a partir deste mês, se fará presente em todas as edições.



do leva-os a soluções informais, como a busca de composições amigáveis, o abandono puro e simples da pretensão ou ainda a ações violentas. Do mesmo modo, se sujeitos à acusação criminal, os primeiros dispõem de recursos para defender-se no meio desse cipoal legislativo e institucional, enquanto os segundos enfrentarão delongas e custos, decorrentes de normas redundantes, sobrepostas, contraditórias, ambíguas e lacunosas. Além disso, tornam-se os maiores sujeitos às reações imediatas, alimentadas pela "volúpia punitiva" do público.

A desordem legislativa faz parte do conjunto de mecanismos que formam a dominação política não-democrática que se exerce no País. Ao contrário do ideal iluminista de leis ordenadas segundo princípios racionais, voltadas à regulação da conduta do indivíduo em geral, e redigidas de modo claro e preciso para facilitar as suas relações, a produção normativa no Brasil em geral tem sido voltada para objetos particulares, indivíduos e situações privilegiadas e com objetivos nem sempre gerais. Nesse sistema, que alguns caracterizam como patrimonialista, entrelaçam-se a esfera pública e os interesses privados, a concepção de direitos enquanto privilégios e as regras costumeiras da sociedade hierarquizada. A racionalidade desse sistema reside na sua própria confusão: na aparente falta de princípios que o governam, nos custos de seu funcionamento irregular e "irracional", nas suas deficiências estruturais e institucionais, na necessidade sempre adiada de reformá-lo. Apresentamos dois exemplos dessa racionalidade: no século XVIII, sobrepunham-se as atribuições dos governadores, dos ouvidores e outras autoridades, reais e eclesiásticas, tanto nos seus aspectos materiais como territoriais. Com isso, eram frequentes os conflitos de jurisdição levantados por essas autoridades perante a Coroa portuguesa, o que servia para que esta se man-

tivesse informada dos negócios das colônias. A confusão administrativa era um mecanismo de dominação colonial, pois incentivava os funcionários da administração metropolitana a reforçar seus laços com Portugal, ao mesmo tempo que permaneciam constantes rivalidades entre eles, e limitavam-se as suas relações locais⁽²⁾. Na negociação da Lei do Ventre Livre, a ação dos representantes dos proprietários de escravos foi dirigida no sentido de alterar o projeto de lei enviado pelo governo, para criar ambiguidades e dificuldades técnicas na aplicação da lei. Esses problemas contribuíram muito para a ineficácia da lei, para o que concorreram outros fatores, como a falta de funcionários com incentivos e meios materiais, bem como a resistência dos senhores de escravos⁽³⁾.

Sem precedentes na nossa legislação, a enumeração dos parágrafos do art. 273 da Lei nº 9.677 faz lembrar "*O Livro de Areia*" de **Borges**, cujas páginas eram numeradas segundo critérios que o leitor jamais conseguia determinar⁽⁴⁾. Por mais que o leitor folheasse o livro, nunca atingia o seu início ou o seu fim, pois as páginas brotavam continuamente do interior da capa. As páginas eram numeradas segundo combinações fantásticas de algarismos, letras e símbolos, que podiam seguir qualquer ordem, sendo alternados sem razão aparente, pois a sua sucessão não seguia, por exemplo, uma ordem de capítulos e as mudanças não tinham relação com o texto do livro, que não se modificava com a nova numeração. Mas também poderia ocorrer que, ao contrário, o texto fosse alterado mais ou menos profundamente, surgindo um novo tema, sendo escrito em outra língua, etc. Se o leitor fechasse o livro, era incapaz de reencontrar as páginas que lera anteriormente e mesmo a numeração das páginas era nova. A forma indeterminada de "*O Livro de Areia*" tornava o seu conteúdo infinito e assim, embora todas as bibliotecas estivessem virtualmente contidas nele, esse conhecimento

era inútil para o leitor. Este, por maiores esforços que fizesse, perdia-se nas suas tentativas de encontrar o princípio de classificação da matéria do livro. Tomado por uma vontade obsessiva de saber, o leitor perdia-se nos labirintos do livro, tornando-se incapaz, assim, de voltar-se para o mundo, para a reflexão ou para a ação.

Como o "*O Livro de Areia*", essa lei indica os problemas da expansão da legislação reativa para o exercício dos direitos de cidadania. Respondendo às demandas da mídia, alimentada pela "volúpia punitiva" das concepções conservadoras da criminalidade, a legislação tópica e reativa abre um espaço infinito e indeterminado de exercício dos direitos e garantias individuais. Ao voltar-se contra os efeitos mediatizados dos problemas, essa legislação acentua as condições (a configuração institucional, a desigualdade de acesso aos recursos jurídicos e a pequena participação política) que dificultam a expansão do exercício da cidadania democrática no Brasil.

NOTAS

⁽¹⁾ Sobre essa relação, ver o artigo de **Helena Singer**, "*Direitos humanos e volúpia punitiva*", "*Revista USP*", São Paulo (37)10-19, março/maio de 1998.

⁽²⁾ Agradeço essa informação a **Iris Kantor**, que realiza pesquisas em arquivos históricos sobre o cerimonial e festas em Minas no século XVIII. A esse respeito, ver **Raymundo Faoro**, "*Os Donos do Poder*", RJ, ed. Globo, 2v.

⁽³⁾ A esse respeito, ver **Robert Conrad**, "*Os Últimos Anos da Escravidão no Brasil*", RJ, Civilização Brasileira, Brasília, INL, 1975, caps. 7 e 8. Ver também o relato sobre a Lei dos Sexagenários.

⁽⁴⁾ **Jorge Luis Borges**, "*O Livro de Areia*", RJ, ed. Globo, 1984.

O autor é professor de Ciência Política na Faculdade de Direito da Universidade de São Marcos (SP) e doutor em Ciência Política pela FFLCH/USP.

A Vulgarização do Crime Hediondo

ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA

Com o advento da Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, chegamos ao irracionalismo pleno em matéria de legislação penal. A Lei nº 9.677 altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, destacando-se especialmente as alterações relativas aos crimes de corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, previsto no art. 272 do CP, e de alteração de substância alimentícia ou medicinal, previsto no art. 273 do CP.

Em meio a ausência quase total de fiscalização por parte do Estado, e denúncias

por todo o Brasil a respeito da falsificação e adulteração de medicamentos, fatos esses ampliados pela cobertura feita com dramaticidade pela mídia, foi sancionada a Lei nº 9.677/98, dando a falsa impressão de que os problemas serão solucionados e os criminosos exemplarmente punidos.

No dia 13 de agosto de 1998, dando-se sequência ao irracionalismo total do legislador, o jornal "*Folha de S. Paulo*" publicou matéria com o seguinte título: "*Falsificar remédios vira crime hediondo*". Segundo o texto, "*A Câmara de Deputados aprovou ontem, em votação simbólica,*

projeto de lei que classifica a falsificação e adulteração de remédios e alimentos como crimes hediondos, a exemplo do que ocorre com crimes de estupro, latrocínio, seqüestro e homicídio por grupos de extermínio, entre outros. (...) O projeto deverá ser votado ainda hoje pelo Senado. Há acordo com a Câmara e com o Palácio do Planalto para que o texto do projeto não seja alterado e, dessa forma, torne-se lei ainda nesta semana, com a sanção do presidente Fernando Henrique Cardoso".

É estarrecedor verificar o processo legislativo no Brasil, especialmente em se tratando de matéria penal. Com a proximidade das eleições de 1998, o Congresso Nacional, em sintonia com o governo, aprova aos trancos e barrancos leis absurdas, com o interesse claro de desviar a





atenção dos reais problemas que levaram o País a esse quadro trágico da saúde pública. Os políticos que cumprem seus atuais mandatos, incluindo-se o Presidente da República, elaboram um texto de lei atabalhoado com a intenção de demonstrar o aspecto "atuante" do Executivo e do Legislativo.

Esse entulho autoritário que está sendo produzido sem a menor consciência de suas conseqüências, traz sérios riscos às garantias individuais previstas na Constituição Federal, gerando exatamente o efeito contrário ao desejado.

A expressão "crimes hediondos" encontra-se no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Assim, observa **Alberto Silva Franco** que "a própria Constituição restringiu direitos por ela enunciados, por força de interesses políticos baseados no movimento da *law and order*, onde era preciso, com urgência, restabelecer a lei e a ordem, exigências inafastáveis de todas 'as pessoas decentes', incapazes de 'comportamentos desviados'".⁽¹⁾

A Lei nº 8.072/90, que deveria ter como objetivo básico definir os contornos legais e fixar a área de significado do crime hediondo, acabou apenas por indicar quais crimes seriam qualificados como "hediondos". Como destacou o autor citado: "o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão 'hediondo', tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais. Desta forma, não é 'hediondo' o delito que se mostre 'repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível' (**Morais**, 'Dicionário Moraes', 5º/657, 1953), por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado pelo legislador".

A existência de casos concretos de extorsão mediante seqüestro, principalmente o caso Medina e o caso Abílio Diniz (coincidentemente também ocorridos antes das eleições), foi determinante para a confecção da Lei de Crimes Hediondos. As alterações ocorridas em 6 de setembro de 1994, através da Lei nº 8.930, que incluiu o homicídio qualificado entre os crimes hediondos, também surgiu em meio à catarse popular insuflada pela mídia, especialmente pela *Rede Globo*, diante do brutal homicídio de Daniela Perez.

Apesar da ausência de mecanismos eficazes que controlem as fraudes de medicamentos, o governo transmite a falsa aparência de solução através de leis severas, onde a pena do art. 273 do CP salta de um a três anos de reclusão, para dez a quinze anos. É evidente que esta lei elaborada sem critérios técnicos mínimos, baseada em casos recentes, envoltos pela comoção popular, gera uma distorção assustadora

que, no futuro, pode prejudicar milhares de cidadãos que, embora venham a cometer crimes de falsificação ou adulteração de alimentos, poderiam perfeitamente sofrer penas adequadas ao crime praticado, sem a necessidade do terrorismo estatal.

As leis precisam ter respaldo antropológico. Na valorosa obra de **Raúl Cervini**, "Os Processos de Descriminalização", alerta o autor: "hoje em dia, o delito sobrepassou as previsões jurídicas e requer urgentemente ser visto dentro de todo o contexto social, pois mais do que um dado normativo, é o produto de uma concorrência de fatores sociais, econômicos, políticos, psicológicos e culturais".⁽²⁾

A revista "Veja", ano 31, nº 27, de 8 de julho de 1998, publicou matéria sobre "O paraíso dos remédios falsificados". Em determinado trecho, aponta alguns motivos que facilitariam o comércio de remédios ilegais: a) a população brasileira é a quarta maior consumidora de medicamentos do mundo. Perde apenas para os americanos, franceses e alemães; b) há no País uma quantidade exagerada de farmácias

"A vulgarização do conceito de crime hediondo gera grave insegurança pública e implica em perigosa ofensa às garantias individuais dos cidadãos. O mais grave é que o Congresso e o governo agem rápido nesse tipo de mon'strego jurídico, mas as conseqüências são bem mais difíceis de serem revertidas."

— 55.000 —, quando o número ideal, segundo a OMS, seria de no máximo, 25.000; c) no Brasil, de cada duas pessoas, uma é adepta da automedicação; d) há lei mas não há fiscalização. De cada três remédios vendidos no País, apenas um é receitado por médico; e) os brasileiros são supermedicados. Um cidadão sadio consome, nos países desenvolvidos, em média, três caixas de remédios por ano. Aqui, o mesmo cidadão sadio consome onze; f) metade dos medicamentos prescritos são desnecessários. A maioria contra gripe.

As farmácias deveriam ter a presença diária de um farmacêutico. Nos crimes de roubo e furto de carga, os remédios são um dos artigos preferidos dos criminosos. Assim, a impunidade não decorre do fato do art. 273 do CP estabelecer pena de um a três anos, ou, atualmente, pena de 10 a 15 anos. Com essa legislação irracional tornando tais crimes hediondos, haverá uma natural resistência dos juizes na sua aplicação, pois não adianta punir aqueles indivíduos que praticam a pequena fraude sem maiores conseqüências, sem que se rompa a estrutura maior de corrupção das quadri-lhas especializadas, dos fiscais corruptos,

da efetiva punição dos comerciantes que vendem sem receita, da orientação social a respeito da desnecessidade de muitos medicamentos (os remédios para a gripe, por exemplo, combatem os efeitos e não a doença).

O grave problema dos medicamentos falsificados possui um quadro bem mais complexo do que a mera alteração dos tipos penais que punem tais condutas. É a própria questão da saúde pública no Brasil que precisa ser discutida e alterada.

Curiosamente, essa desinformação generalizada, aliada ao interesse de grupos poderosos e a manipulação do discurso pelas elites, é que atinge o lado mais fraco da sociedade. São os pequenos criminosos que serão atingidos pelo rigor da lei. Por sua vez, é a população carente que não dispõe de planos privados de saúde que sofre com a falta de uma política de saúde pública coerente e bem definida. **José Eduardo Faria** aponta essa nova criminalização de condutas, como fruto da economia globalizada que impera hoje em todo o mundo. Em recente artigo publicado na "Revista do IBCrim", destaca que: "...enquanto nos demais ramos do Direito positivo vive-se um período de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no Direito Penal se verifica a definição de novos tipos de delitos; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e com isso lhes permitindo invadir esferas de responsabilidade do Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, mediante, por exemplo, a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência".⁽³⁾

A vulgarização do conceito de crime hediondo gera grave insegurança pública e implica em perigosa ofensa às garantias individuais dos cidadãos. O mais grave é que o Congresso e o governo agem rápido nesse tipo de monstrego jurídico, mas as conseqüências são bem mais difíceis de serem revertidas. O irracionalismo da Lei nº 9.677 e da lei que torna tais crimes hediondos equipara o falsário de aspirina ao autor do latrocínio. Enfim, é tudo muito hediondo...

NOTAS

⁽¹⁾ **Alberto Silva Franco**, "Crimes Hediondos", São Paulo, Ed. RT, 3ª ed., pp. 34/35.

⁽²⁾ **Raúl Cervini**, "Os Processos de Descriminalização", São Paulo, Ed. RT, 2ª ed., p. 67.

⁽³⁾ **José Eduardo Faria**, "A transformação do Direito" in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 22, p. 239.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

"J. ao MP"

ALDO DE CAMPOS COSTA

O art. 333 do Código de Processo Penal é taxativo: *"Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente"*. Independente é o que está livre de qualquer sujeição, independência; segundo o *"Aurélio"*, aquele que se caracteriza por sua autonomia, que procura recorrer só aos seus próprios meios, que se basta, enfim, o que é senhor das próprias decisões. Como explicam **Dinamarco, Grinover e Cintra**, as garantias dos juízes dividem-se em duas: uma de cunho político, em que se encontram a vitaliciedade, a inamovibilidade, o autogoverno da Magistratura, a irredutibilidade de vencimentos e a proibição do exercício de certas atividades, o que proporciona às partes a imparcialidade do juiz. Por outro lado, frente à citada independência política, *"existe ainda a denominada independência jurídica dos juízes, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz submete-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência"*⁽¹⁾. Prerrogativas de cunho constitucional encontram-se estabelecidas principalmente nos arts. 95 e 96 da Constituição Federal, estando afinçadas ainda na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35/79, arts. 25 *usque* 34.

Na ação penal, o Ministério Público tem função de alta relevância, porquanto é sua a prerrogativa de promovê-la, de modo geral. Na esfera penal, com efeito, o *Parquet* exerce a função de acusar em todas as fases do processo. Promove, dessa maneira, a *"concretização do princípio constitucional do contraditório (função preponderante) e na qualidade de custos legis (fiscal da aplicação da lei e defensor do princípio da legalidade)"*. De fato, o representante do *Parquet*, atendendo ao contraditório constitucional, deve opinar sobre o requisito objetivo nos benefícios e garantias de direitos individuais.

Entretanto, os princípios fundamentais que valem aos indivíduos seus direitos, encontram-se garantidos na nossa Constituição e são nascedouros dos demais direitos. Os princípios constitucionais que versam sobre a liberdade e a propriedade acham-se em todas as leis. São direitos que o legislador considera quando cuida da coação processual penal, que pode ser física (prisão) ou psíquica (fiança). Como exemplos de coação processual penal temos a citação, a intimação, a notificação, a prisão *lato sensu*, a fiança e a condução coercitiva.

A finalidade da fiança é a mesma da prisão processual; entretanto, enquanto a prisão física é meio de garantia de que dispõe a sociedade contra a periculosidade do criminoso, a fiança não tem essa característica. Deveria funcionar como um meio de atingir o mesmo fim da prisão — o compromisso assumido pelo afofado de comparecer aos atos do processo e se apresentar, se condenado ao cárcere.

A fiança é, antes de mais nada, uma garantia de direito individual, ressalte-se. E apenas tão-somente por se tratar de garantia de direito individual, a fiança não precisa ser requerida.

Não há óbice algum em admitir a concessão de fiança de ofício, uma vez verificada, pelo magistrado, a observância a uma das garantias de direito individual.

E o que vem a ser "garantias" no sentido acima exposto? Para **Rui Barbosa**, são *"as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana"*⁽²⁾. É sabido que o Código de Processo Penal deve sempre ser interpretado segundo o norte que é a Constituição Federal. Se temos a fiança como garantia de liberdade individual, é manifesto que o juiz não precisa que alguém lhe requeira, lhe pleiteie a concessão da fiança; mister que deva fazê-lo espontaneamente, isto é, sem provocação, de ofício.

"De mal vezo, pois, a atitude cada vez mais comum dos magistrados que, em face da urgência dos que são detidos, de seus familiares e de seus defensores, despacham na petição que requer arbitramento de fiança o já famoso 'J. ao MP'."

Não se discute que a vista deve ser concedida ao representante ministerial após a decisão que concede a fiança requerida. De fato, *"o Ministério Público será sempre ouvido sobre a concessão da fiança. Mas tendo em vista que ninguém pode ser levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos permitidos em lei, não teria sentido devesse a autoridade procurar ouvir com antecedência, o representante do Ministério Público. Tal medida causaria demora, salvo se tivéssemos a fiança provisória. Contudo, após sua concessão, terá ele vista dos autos, quando, então, poderá concordar, discordar quanto ao seu valor, entender que na hipótese não cabia fiança, casos em que poderá requerer ao juiz, seja a pessoa que a prestou intimada a reforçá-la, se inidônea, ou sua cassação, se incabível"*⁽³⁾. Com esta opinião, no entanto, não concorda o professor **Fernando Capez**, que em seu recente *"Curso de Processo Penal"*⁽⁴⁾, propala que ao representante do *Parquet* é cabente sempre a vista anteriormente a qualquer decisão judicial, quanto mais aquela que venha conceder fiança.

Com a devida *vênia*, não podemos acompanhar o ilustre promotor de justiça. Se é verdade que em atendimento ao contraditório faz-se necessário ouvir o representante do Ministério Público antes de se julgar, é também em função de uma garantia de direito individual fundamentada, por sua vez, também na Carta Magna⁽⁵⁾, que ao juiz não é defeso decidir de plano, cabendo a este, posteriormente à sua decisão, dar vista ao *Parquet*, para que o seu representante possa requerer ao juiz o que achar neces-

sário, podendo até mesmo interpor recurso em sentido estrito à decisão que concede, nega ou arbitra a fiança, e, ainda, da decisão que cassa ou julga inidônea a fiança.

De mal vezo, pois, a atitude cada vez mais comum dos magistrados que, em face da urgência dos que são detidos, de seus familiares e de seus defensores, despacham na petição que requer arbitramento de fiança o já famoso "J. ao MP". **O Ministério Público, na fiança, interfere apenas e tão-somente em sua aplicação, na sua já citada função de custos legis, de fiscal da lei.** E a lei é clara — *"a fiança será concedida independentemente de audiência do Ministério Público"* — o entanto, o mesmo não parece ocorrer quanto à sua singela interpretação.

O bem jurídico tutelado pela norma constitucional e seus consequentários infraconstitucionais resguardam a liberdade, bem da vida maior do indivíduo, excepcionando a violação deste direito **somente pelo magistrado**. Como a norma excepcional de sua interpretação é restrita, não admite, dessa forma, extensão de qualquer natureza. Eventuais cotas do Ministério Público requerendo a apresentação de antecedentes criminais, apontando a falta de residência fixa ou de trabalho regular do acusado não são requisitos autorizadores de sua custódia cautelar, **quanto mais nos casos em que se permite a concessão de fiança para se livrar solto**, uma vez que estas exigências encontram-se previstas apenas no rol do art. 312 do Código de Processo Penal.

Não faz sentido, pois, enviar os autos para o representante do MP anteriormente à decisão de concessão de fiança, vez que a este não compete manifestar-se, apontar requisitos imperiosos ou imprescindíveis, ou ainda concordar com a manutenção da prisão do acusado anteriormente à decisão a que se refere o art. 333. Como já foi exposto, o Ministério Público pode e deve requerer o que julgar conveniente, mas apenas após a concessão (ou não) da garantia.

Desse modo, o desprezo que tem havido por parte dos magistrados que pouco caso fazem do art. 333 do Código de Processo Penal apenas deprecia a grandeza em que se posta a carreira. Tais juízes não atendem ao conceito de quem é tido por independente; não são, consequentemente, os senhores de suas próprias decisões. E pior, desrespeitam assim a lei, seus princípios, o indivíduo, e a liberdade, fundamento de uma sociedade justa.

NOTAS

- (1) **Cintra, Antonio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, Dinamarco, Cândido Rangel**, *"Teoria Geral do Processo"*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 158.
- (2) **Barbosa, Rui apud Ferreira Filho, Manoel Gonçalves**, *"Direitos Humanos Fundamentais"*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- (3) **Tourinho Filho, Fernando da Costa**, *"Código de Processo Penal Comentado"*, Volume 1, São Paulo, Saraiva, 1996.
- (4) **Capez, Fernando**, *"Curso de Processo Penal"*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 232.
- (5) Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal: *"Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"*.

O autor é acadêmico do curso de graduação da Faculdade de Direito da USP.

Natureza da Ação Penal dos Crimes Relacionados no Parágrafo Único do Art. 291 do CTB

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

O parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro determina que *"Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995"*. Em outros termos, referido dispositivo estabelece que as infrações penais que relaciona são crimes de ação pública condicionada, além de se lhes aplicar a composição cível e a transação penal.

A doutrina, de um modo geral, já se manifestou pela inaplicabilidade do art. 88 da Lei nº 9.099/95, nos crimes de embriaguez ao volante (art. 306) e participação em competição não autorizada (art. 308). Afirma **Luiz Flávio Gomes**⁽¹⁾, referindo-se ao parágrafo único do art. 291, que *"É preciso bem compreender esse preceito, sob pena de se chegar ao absurdo"*. E — prossegue **Luiz Flávio** — *"no que concerne à embriaguez ao volante (art. 306) e participação em competição não autorizada (art. 308), sendo delitos de perigo à incolumidade de outrem ou à incolumidade pública ou privada, não é o caso de aplicação dos arts. 74 e 88: o primeiro, porque inexistente dano real a ser reparado; o segundo, porque inexistente vítima concreta ou, de qualquer modo existindo, dela não se exige qualquer manifestação de vontade, mesmo porque o bem jurídico em jogo (coletivo como é — segurança viária) não se apresenta disponível. Logo, não é o caso de representação"*. No mesmo sentido, segundo **Damásio de Jesus**⁽²⁾, nos crimes de competição não autorizada e de embriaguez ao volante, a afirmação de que são crimes de ação pública condicionada *"conduziria a verdadeiro absurdo"*, pois *"exigiria representação do ofendido"*, quando se trata de crimes contra a incolumidade pública. E assim, conclui **Damásio**, *"Os crimes de embriaguez ao volante e 'racha' são de ação penal pública incondicionada, sendo descabida a exigência de representação"*. Nessa mesma linha, manifesta-se **Mirabete** afirmando: *"Assinala-se que ao dispor sobre a aplicação do art. 88 da Lei nº 9.099/95, o art. 291 do CTB está se referindo apenas à necessidade de representação para o crime de lesões corporais culposas, uma vez que os demais, ou seja, os delitos de embriaguez ao volante e de participação em competição automobilística não autorizada, são de ação penal pública incondicionada"*⁽³⁾.

As afirmações supracitadas levam-nos,

necessariamente, a fazer alguns questionamentos: poderá o intérprete ignorar parte do texto legal, sob a alegação de constituir equívoco do legislador? Poderá o intérprete "fazer de conta" que palavras ou expressões não constam do texto legal, sob pena de se chegar ao absurdo⁽⁴⁾?

Ao que consta, em todas as regras de hermenêutica não existe entre elas alguma que autorize ao intérprete ignorar parte do texto legal, "fazer de conta" que palavras ou expressões da lei não existem ou são simplesmente inaplicáveis (por que de difícil configuração), especialmente no Direito repressivo penal. Ao contrário, a velha máxima diz que a lei não tem palavras inúteis e cabe ao intérprete encontrar-lhe o melhor significado. Por isso, não nos convence o entendimento de que os crimes de embriaguez ao volante e participação em

"Não nos convence o entendimento de que os crimes de embriaguez ao volante e participação em competição automobilística não autorizada são de ação pública incondicionada, não se lhes aplicando a exigência de representação."

competição automobilística não autorizada são de ação pública incondicionada, não se lhes aplicando a exigência de representação. A alegação de que ambos são crimes contra a incolumidade pública e que dificilmente haveria ofendido para representar, leva em consideração somente o aspecto "formal-funcional" da norma penal, ignorando as garantias fundamentais que limitam o poder repressivo estatal. Desconhece que a lei — art. 291, parágrafo único — estabeleceu uma condição objetiva de procedibilidade — sem a satisfação da qual o autor daqueles fatos não pode ser criminalmente responsabilizado, sob pena de violar o princípio do devido processo legal. Outra interpretação, tentando legitimar o poder repressivo estatal, a qualquer custo, até mesmo "suprimindo" partes do texto legal, está bem ao gosto da política criminal do terror, do Direito Penal funcional, que se instalaram neste País.

Esse esforço interpretativo até teria algum sentido se fosse para evitar ou limitar o excessivo poder repressivo do Estado,

com a finalidade de assegurar os princípios garantistas, dentre os quais, o do devido processo legal. Na verdade, como tivemos oportunidade de afirmar, *"Orquestra-se uma política de reforma legislativa nas áreas de Direito material, que apontam ao rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, e, na área processual, na 'abreviação', redução, simplificação e remoção de obstáculos formais a uma imediata e funcional resposta penal"*⁽⁵⁾. O Código de Trânsito Brasileiro procurou adotar a política criminal do Direito Penal funcional, que defende *"uma mudança semântico-dogmática: 'perigo' em vez de dano; 'risco' em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; 'abstrato' em vez de concreto; 'tipo aberto' em vez de fechado; 'bem jurídico coletivo' em vez de individual, etc."*⁽⁶⁾.

Prosseguindo em nossa reflexão, indagamos: as infrações administrativas e as infrações penais, tipificadas no CTB, seriam iguais? Teriam as mesmas elementares, diferenciando-se somente nas respectivas sanções? As infrações de perigo, como, por exemplo, embriaguez ao volante, participação em competição automobilística não autorizada e dirigir em velocidade excessiva, entre outras, exigiriam a mesma modalidade de perigo, tanto para a esfera administrativa quanto para a penal? À evidência que as respostas a estas indagações são negativas, sob pena de consagrar-se um odioso *bis in idem*. As infrações administrativas consumam-se com o simples perigo abstrato enquanto que as infrações penais, todas, exigem a presença efetiva de perigo concreto, de acordo com as exigências do moderno Direito Penal mínimo e garantista.

Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. O elemento subjetivo destes crimes é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo. Haverá perigo concreto quando for comprovada, isto é, demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato, por sua vez, é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação, que pressupõe perigosa, como ocorre com as infrações administrativas deste Código.

As infrações estão previstas, de embriaguez ao volante nos arts. 165 (administrativa) e 306 (penal); de participação em competição não autorizada, nos arts. 173/175 (administrativa) e 308 (penal); de velocidade excessiva, nos arts. 220 (administrativa) e 311 (penal). A diferença fundamental entre as infrações administrati-





vas e as correspondentes ou similares infrações penais é que, naquelas o perigo é abstrato e, nestas, o perigo é concreto. Para configurar a infração administrativa de embriaguez ao volante (art. 165) é suficiente a comprovação da própria embriaguez, em nível superior a seis (6) decigramas por litro de sangue. No entanto, para tipificar o crime de embriaguez ao volante (art. 306) é insuficiente a simples comprovação do estado de ebrio do motorista. Este tipo penal, para a sua configuração, exige perigo concreto, representado pela elementar *"expondo a dano potencial a incolumidade de outrem"*. A participação em competição não autorizada, como infração administrativa (arts. 173/175), da mesma forma, configura-se com a sua simples ocorrência, que caracteriza perigo abstrato. Já a infração penal, de participação em competição não autorizada (art. 308), para a sua tipificação, exige, igualmente, perigo concreto, representado pela elementar, *"desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada"*. A ausência desse dano potencial afasta a tipicidade da conduta, restando, somente, a infração administrativa. Igualmente a infração penal de dirigir em velocidade excessiva (art. 311) também depende da exigência de perigo concreto, representado pela elementar *"gerando perigo de dano"*. Essa infração, além da necessária comprovação da existência efetiva do perigo de dano, depende ainda da elementar referente ao lugar do fato, que só poderá ocorrer naqueles locais declinados expressamente no art. 311. Com efeito, a velocidade excessiva, nas rodovias, fora das hipóteses mencionadas no dispositivo, não caracterizam essa infração penal, limitando-se apenas a infração disciplinar. Pois, como observa **Luiz Flávio Gomes**⁽⁷⁾ com muita propriedade, *"o conceito de perigo é sempre relacional, isto é, o perigo sempre se refere a algo ou a alguém (Perigo para o quê? Perigo para quem?)"*.

Na verdade, o art. 291, *caput*, determina que se aplique, *"no que couber"*, a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Essa previsão genérica corresponde à forma tradicional do nosso ordenamento jurídico, quando invoca, subsidiariamente, a aplicação de outros diplomas legais, naquilo que não forem incompatíveis, evidentemente. Segundo a dicção deste artigo, com a ressalva *"no que couber"*, todos os institutos da Lei nº 9.099/95 são aplicáveis aos crimes definidos pelo CTB, desde que se enquadrem na definição de infração de menor potencial ofensivo. Nessas infrações (arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312), com pena máxima cominada não superior a um ano (art. 61 da Lei nº 9.099/95), além da proibição de prisão em flagrante delito e arbitramento de fiança, nos termos do art. 69 desta lei, deverá ser

lavrado o Termo Circunstanciado, para ser remetido ao Juizado Especial Criminal. Essas são as infrações normais, previstas no CTB, da competência do Juizado Especial Criminal, cujos institutos serão aplicados, no que couber.

Mas o legislador quis mais. Desejou aplicar alguns institutos do Juizado Especial em outras infrações, mais graves, ou, pelo menos, com sanções mais graves, que, por isso mesmo, estariam fora da competência do Juizado Especial. Por isso, fixou, expressamente, a regra do parágrafo único do art. 291, que não está em antinomia com o *caput* do mesmo dispositivo. No parágrafo único não existe contradição ou superfetação em relação ao *caput*. Há, isto sim, em razão da defeituosa técnica legislativa, impropriedade dogmática, capaz de gerar alguma perplexidade tornando-se de difícil execução. Mas isso não nos autoriza a ignorar sua existência. Como negar-lhe vigência? Como *"fazer de conta"* que não existe? Como afirmar-se que a sua previsão não se aplica aos crimes de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, quando o texto legal afirma exatamente o contrário? A lei nem sempre é o primor de perfeição que desejamos, mas nem por isso estamos autorizados a negar ou ignorar a sua existência.

Finalmente, há um dado mais relevante que impede que nos convença o entendimento da inaplicabilidade do art. 88 da Lei nº 9.099 aos crimes de embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada: a violação do princípio do devido processo legal, assegurado ao autor dessas infrações.

Na verdade, visto sob o aspecto de direito material, a previsão legal de definir como crimes de ação pública condicionada a embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada apresenta-se paradoxal, ilógica e absurda, exatamente por tratar-se de crimes contra a incolumidade pública ou privada. No entanto, esta não é a única e nem a mais importante ótica sob a qual essa previsão legal deve ser vista e examinada. Com efeito, sob o aspecto processual e constitucional, a previsão legal em exame constitui um direito público subjetivo do infrator, de condicionar a sua responsabilização penal à satisfação de uma condição de procedibilidade, qual seja, a representação criminal de eventual ofendido ou seu representante legal. Suprimir, em níveis de interpretação, essa condição ou *"fazer de conta"* que a lei não a previu, significa sustentar a violação do princípio do devido processo legal e equiparar-se àqueles que sustentam, abertamente, a necessidade de uma responsabilidade objetiva, com o abandono efetivo da responsabilidade subjetiva e individual. Pois, como tivemos oportunidade de afirmar em nosso livro *"Juizados Especiais Criminais"*, *"Esta nova orientação justificar-se-ia pela necessidade de*

um Direito Penal Funcional reclamado pelas transformações sociais: abandono de garantias dogmáticas e aumento da capacidade funcional do Direito Penal para tratar de complexidades modernas"⁽⁸⁾. Enfim, precisamos ter sempre presente que a tutela jurisdicional do Direito é assegurada também ao infrator, pois, como afirma **José Afonso da Silva**, comentando o art. 5º, XXXV, da CF, *"Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação"*⁽⁹⁾.

Por derradeiro, como se trata de perigo concreto, onde, necessariamente, deverá haver pessoas ou bens jurídicos tutelados expostos a perigo, não será de todo impossível existir ofendidos para representar, sejam as pessoas expostas a perigo, sejam os titulares dos bens expostos. Com efeito, como afirma **Luiz Flávio Gomes**, *"...no processo penal, agora, para além de se provar que o sujeito dirigia o veículo embriagado, impõe-se demonstrar que concretamente sua conduta trouxe perigo para 'outrem'..."*⁽¹⁰⁾. Pois esse *"outrem"* estará legitimado a representar, querendo. De qualquer sorte, a ausência de representação criminal, seja por falta de ofendidos, seja por falta de vontade de representar, impede a instauração de ação penal, por falta de uma condição de procedibilidade. Restará, contudo, a infração disciplinar que, mesmo assim, impõem severas sanções.

NOTAS

- (1) **Luiz Flávio Gomes**, *"CTB: primeiras notas interpretativas"*, in *Boletim IBCCrim*, 61/04, dezembro de 1997.
- (2) **Damásio de Jesus**, *"Dois temas da parte penal do Código de Trânsito Brasileiro"*, in *Boletim IBCCrim* 61/10, dezembro de 1997.
- (3) **Julio Fabbrini Mirabete**, *"Crimes de trânsito têm normas gerais específicas"*, in *Boletim IBCCrim*, 61/14, dezembro de 1997.
- (4) **Luiz Flávio Gomes**, *"CTB: primeiras notas interpretativas"*, in *Boletim IBCCrim*, 61/04, dezembro de 1997. **Damásio de Jesus**, *"Dois temas da parte penal..."*, p. 10.
- (5) **Cezar Roberto Bitencourt**, *"Criminalidade organizada, criminalidade moderna e exacerbação punitiva"*, in *"Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena Privativa de Liberdade"*, 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 44.
- (6) **Cezar Roberto Bitencourt**, *"Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão..."*, p. 44.
- (7) **Luiz Flávio Gomes**, op. cit., p. 5.
- (8) **Cezar Roberto Bitencourt**, *"Juizados Especiais Criminais..."*, p. 44.
- (9) **José Afonso da Silva**, *"Curso de Direito Constitucional Positivo"*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 372.
- (10) **Luiz Flávio Gomes**, op. cit., p. 5.

O autor é doutor em Direito Penal e coordenador do mestrado em Ciências Criminais da PUC-RS.

Multa Reparatória. Inconstitucionalidade. Natureza Jurídica. Inaplicabilidade. Lei nº 9.268/96

TÂNIA MARA GUIRRO

Alguns questionamentos nos ocorrem ao analisarmos o art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro:

Qual seria a natureza jurídica da multa reparatória, civil ou penal? As referências aos arts. 49 e 50 a 52 do Código Penal indicam ser instituto de natureza penal? Entretanto, o § 3º do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, não indica que sua natureza seria civil? O fato da multa ser recolhida, mediante depósito judicial, em favor da vítima e seus sucessores, indicaria natureza civil? É ela constitucional?

Em nosso entendimento, o instituto da multa reparatória, na forma disposta no Código de Trânsito Brasileiro, não terá aplicabilidade, diante de inúmeras dificuldades sobre as quais passaremos a discutir.

Iniciamos apontando a falha legislativa, na elaboração do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro.

A leitura do texto do artigo não permite concluir claramente **a qual crime seria aplicado o instituto da multa reparatória**. Ao homicídio culposo, à lesão corporal culposa? Ora, mas nesse último, a reparação do dano impede a ação penal.

A que vítima se refere, se na maioria dos crimes de trânsito a vítima é a coletividade? **A que tipo de dano seria devida a multa?**

A falta de precisão do legislador pode levar a diferentes interpretações, o que resulta na dificuldade de aplicação do instituto, porque não se sabe a quais crimes aplicá-la, bem como porque não foi definido, do mesmo modo, quem seria a "vítima" mencionada no já citado art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro. Em matéria penal, deve existir precisão tal que garanta a segurança na aplicação do Direito, o que não vemos no dispositivo em análise.

Mesmo se entendendo que a multa seria aplicada apenas aos crimes de homicídio e lesão corporal culposos, restam ainda outras dificuldades, relativas à sua constitucionalidade. Vejamos.

A multa reparatória, na forma prevista no Código de Trânsito é **inconstitucional**, quer entenda-se ser de natureza penal ou civil.

Entendendo-se ser instituto de **natureza penal**, sua inconstitucionalidade demonstra-se diante do princípio de legalidade, da reserva da lei, disposto nos arts. 5º, XXXIX da Constituição Federal, e 1º do Código Penal.

Conforme ensinamento de **Damásio Evangelista de Jesus**, em nosso ordenamento jurídico a cominação da pena pode ser **especial** (quando abstratamente imposta no preceito secundário da norma incriminadora. Ex.: matar alguém. Pena: reclusão de 6 a 20 anos), ou **geral** (quando prevista na Parte Geral do Código Penal ou da Lei Especial. Ex.: penas restritivas). De qualquer modo,

são imprescindíveis: a **cominação genérica** da pena, ou seja, imposição com *nomen juris*, em que consiste, casos de cabimento, etc.; e o **complemento explicativo**, vale dizer, como se faz a substituição, conversão, etc. ("*Dois Temas da Parte Penal do CTB*", *Boletim IBCCrim* nº 61, dezembro de 1997).

Na multa reparatória prevista no Código de Trânsito, o legislador não se refere à cominação genérica ou específica. Tem-se somente o complemento explicativo no art. 297 da referida lei. A expressão "*sempre que houver prejuízo material resultante do crime*" não é o bastante, não tem a clareza exigida pelo preceito constitucional, diante do princípio da legalidade.

Entendendo-se ser instituto de **natureza civil**, repousa a inconstitucionalidade no fato de que o processo penal não é o instrumento adequado para quantificar a reparação de dano, ou parcela dela, pois em nenhum dos procedimentos penais há momento para discussão sobre o dano, para sua apuração, não havendo atendimento aos princípios do contraditório e ampla defesa, quanto ao prejuízo alegado pela vítima ou sucessores.

"A gritante falta de técnica, e a ausência de coerência e viabilidade da forma disposta, não permite a aplicação do instituto."

Seria mesmo uma fixação sumária de indenização feita pelo juiz, através da multa reparatória, ao prolatar uma sentença condenatória.

Natureza jurídica

Mesmo diante dos argumentos daqueles que entendem ser a multa reparatória constitucional, insistimos ser ela inaplicável. Passaremos a analisar sua natureza jurídica, para então demonstrarmos o que ora afirmamos.

Posições: No "*Curso Sobre Delitos de Trânsito (Lei nº 9.503/97)*", ocorrido em 27.03.98, no Complexo Jurídico Damásio de Jesus, diante dos dispositivos legais citados (arts. 49, 50 e 52), **René Ariel Dotti, Sérgio Salomão Shecaira e Damásio de Jesus** esposaram o entendimento de que o instituto tem natureza **penal**, ainda que sirva para abater indenização civil. Essa também é a posição do dr. **Marrone**, procurador de justiça do Estado de São Paulo, exposta no "*3º Encontro de Juizes de Direito e Promotores de Justiça do Estado de Rondônia*", explanando ser clara a lei nesse sentido (a respeito das posições ver ainda "*Crimes de Trânsito: Anotações à Parte Criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de*

1997)", de **Damásio de Jesus**, São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 60/62.

Para **Luiz Otavio de Oliveira Rocha** (*Boletim IBCCrim*, nº 61, dez/97) e **Luiz Flávio Gomes** (curso já citado), diante do disposto no § 3º do art. 297, o legislador deixou patenteada a natureza exclusivamente civil da multa reparatória, pois ele quis **antecipar** a reparação do dano.

Após análise das posições desses renomados estudiosos do Direito, chegamos à conclusão que essa divergência de entendimentos deixa claro que o instituto da multa reparatória é outra demonstração, dentre outras tantas do novo Código de Trânsito, de falta de técnica legislativa, que redundará em sua inaplicabilidade.

O art. 297 do Código de Trânsito determina a aplicação, à multa reparatória, do disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal. A Lei nº 9.268/96 alterou o art. 51 do Código Penal, e, segundo a nova redação, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. A partir de então, dois entendimentos surgiram. O primeiro é bem explicitado por **Daniel Ribeiro Lagos** — juiz da Vara das Execuções Penais da Comarca de Porto Velho (RO) — em palestra proferida no "*2º Encontro de Juizes de Direito e Promotores de Justiça do Estado de Rondônia*". Segundo o magistrado, a Lei nº 9.268/96, equiparando a multa penal à dívida de valor, e estabelecendo expressamente para o rito processual de sua execução a Lei de Execuções Fiscais, trouxe, dentre outras consequências, a retirada da feição de pena, da multa penal, dando-lhe caracteres de dívida não tributária, **sendo dívida de valor da Fazenda Pública**. A inscrição em dívida ativa caracteriza o débito como fiscal, **permitindo a inclusão do crédito no orçamento do ente estatal**. Portanto, estabelecendo a lei federal que o destino da multa recolhida será o Fundo Penitenciário Nacional, o **credor será necessariamente a Fazenda Pública Nacional**. Salienta que o Ministério Público perdeu a legitimidade ativa para executar a multa, sendo agora parte legítima a Procuradoria da Fazenda Nacional, e, ainda, que o Juízo das Execuções Penais também não é mais o competente para conhecer da execução da pena de multa, o sendo o Juízo Federal Cível.

Segundo outra linha de interpretação, a execução da pena de multa compete ao Ministério Público, não obstante a alteração já referida. A modificação limita-se à impossibilidade de transformação da pena de multa em privação da liberdade. A consideração da multa como dívida de valor não faz perder sua natureza de pena, permanecendo a satisfação do débito um exaurimento da pretensão punitiva, da qual é titular o Ministério Público. Das novas disposições do art. 51 do Código Penal não surgiu qualquer alteração de competência, seja quanto à legitimidade ativa, seja quanto ao processamento e julgamento. Abraça esse entendimento **Maurílio Moreira Leite**, procurador de justiça do Estado de Santa Catarina ("*Multa reparatória*", *Jornal da Associação Cearense do Ministério Público*, nº 4, 1998). Acrescenta





o autor, que "cuidando-se de execução penal, a matéria é inerente à atividade funcional do Ministério Público, pois compete-lhe promover e fiscalizar a execução da lei, nos termos do artigo 257, do Código de Processo Penal, sendo vedado o exercício de suas atribuições por outros órgãos, consoante disposto no artigo 129, § 2º, da Constituição Federal" (op. cit.).

Em Rondônia, na Primeira Instância, tem-se adotado o primeiro entendimento ora indicado, encaminhando-se a documentação necessária à Procuradoria da Fazenda. Todavia, o Tribunal de Justiça ainda não se manifestou a respeito.

Trazendo esse tema como premissa, intencionamos analisar a seguinte hipótese.

O juiz, ao prolatar sentença condenatória, aplica uma multa reparatória em favor da vítima, determinando seu recolhimento.

O sentenciado não paga a multa, não faz o depósito em favor da vítima.

Conjugando-se o entendimento de que a pena de multa trata-se de dívida de valor, portanto, **crédito da Fazenda Nacional**, e a determinação literal do art. 297, § 2º do Código de Trânsito, chegar-se-ia ao absurdo, com a seguinte situação: se não for paga a multa reparatória assim considerada, será executada pela Procuradoria da Fazenda Pública Federal. Satisfeito o débito, por consequência, o valor será recolhido ao Tesouro Nacional, ou seja, aos cofres públicos, contrariando então a própria lógica do instituto da multa reparatória, posto que a sentença condenatória determina que a multa seja depositada em favor da vítima ou seus sucessores, sendo esses, a toda evidência, os credores de tal valor.

A problemática se avoluma diante da disposição do § 3º, do art. 297, do Código de Trânsito, ou seja, "que na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado".

Na hipótese acima, aplicada a multa reparatória, **a vítima não a recebeu**, mas **o autor do fato efetuou seu pagamento**. Na eventualidade de uma ação de reparação de danos,

o valor da multa poderá ser descontado do valor da indenização civil???

Aventamos então a hipótese de que poderia ser interpretado o instituto da multa reparatória, excluindo-se o § 2º, do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, exatamente em razão das dificuldades acima apontadas, possibilitando-se a execução da multa pela própria vítima ou seus sucessores, ou, ainda, pelo Ministério Público, até mesmo por analogia ao art. 68 do Código de Processo Penal, o que acabaria por vir de encontro àquele entendimento já declinado, de que a execução da pena de multa, a despeito da nova redação do art. 51 do Código Penal, permanece com o *Parquet*.

Mesmo diante dessa pretensa solução, entretanto, os demais obstáculos já apontados subsistiriam, resultando ainda na inaplicabilidade do instituto.

Com essas considerações desejamos fazer com que as atenções se voltem ao instituto da multa reparatória, e também à interpretação da nova redação do art. 51 do Código Penal.

A correta aplicação do Direito dá-se com a necessária interpretação das normas. Em nosso ordenamento, o texto legal é a essência, da qual extrai-se, por raciocínio lógico, o que é bom e justo. Vale lembrar o ensinamento de **Carlos Maximiliano**, para quem "cumprir evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermenêuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual... A interpretação deve ser objetiva, desapassionada, equilibrada, às vezes audaz, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei" (**Carlos Maximiliano**, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Ed. Forense, 14ª ed., Rio de Janeiro, 1994).

A intenção do legislador foi realmente louvável, posto que pretendeu antecipar a indenização à vítima, sabidamente morosa, atendendo, de certa forma, o já defendido por **Enrico Ferri**, que sugeria a existência de "um completo sistema de normas prática-

mente eficazes para assegurar rapidamente à parte lesada a reparação do dano, atribuindo o seu pedido também ao Ministério Público e obrigando o juiz a fazer essa liquidação com os dados processuais, que também o novo Código de Processo Penal (1913), em seguida à propaganda da Escola Positiva, confia às indagações do juiz instrutor (art. 190) para verificar 'qual o dano que o crime tenha produzido'..." ("Princípios de Direito Criminal", tradução de **Paolo Capitanio**, Bookseller, 1996, p. 526). Todavia, a gritante falta de técnica, e a ausência de coerência e viabilidade da forma disposta, não permite a aplicação do instituto.

As disposições do art. 297 e parágrafos do Código de Trânsito Brasileiro são entre si contraditórias, e afrontam a suprema norma constitucional. Diante dos obstáculos constitucionais e das dificuldades práticas apontadas, concluímos que a multa reparatória prevista no Código de Trânsito não terá aplicabilidade.

NOTAS

- 1 - **Ferri, Enrico**, "Princípios de Direito Criminal", tradução de **Paolo Capitanio**, Bookseller, 1996.
- 2 - **Jesus, Damásio Evangelista de**, "Boletim do IBCCrim", nº 61, dezembro de 1997.
- 3 - **Lagos, Daniel Ribeiro**, "Questões Controvertidas em Execução Penal", texto da palestra proferida no "2º Encontro de Juizes de Direito e Promotores de Justiça do Estado de Rondônia", Vilhena (RO), 1997.
- 4 - **Leite, Maurílio Moreira**, "Multa reparatória", "Jornal da Associação Cearense do Ministério Público", nº 04, 1998.
- 5 - **Maximiliano, Carlos**, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Ed. Forense, 14ª ed., Rio de Janeiro, 1994.
- 6 - **Oliveira, William Terra de**, "Boletim do IBCCrim", nº 61, dezembro de 1997.
- 7 - **Rocha, Luiz Otávio de Oliveira**, "Boletim do IBCCrim", nº 61, dezembro de 1997.
- 8 - Anotações feitas quando da participação no "Curso de Delitos de Trânsito (Lei nº 9.503/97)", em 27 de março de 1998, no Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo (SP).

A autora é juíza de direito em Rondônia (RO).

Identificação Datiloscópica: Da Inconstitucionalidade da Portaria 6/98

PAULA KAHAN MANDEL

Em 25 de maio próximo passado, foi editada a Portaria nº 6/98, pelo MM. Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), dr. **Maurício Lemos Porto Alves**, na qual são regulamentados os casos em que proceder-se-á à identificação criminal pelo processo de datiloscopia daqueles identificados civilmente.

As razões que levaram o ilustre magistrado a confeccionar referido ato normativo são de grande relevo, refletindo uma preocupação com os direitos e garantias individuais de guarida constitucional.

Considera a **quantidade de inocentes**

envolvidos em processos criminais, já que os verdadeiros responsáveis apresentam documentos de identidade falsificados quando de seu indiciamento; evoca **cânones constitucionais**, tais quais o do devido processo legal e individualização da pena, insculpidos nos incs. LIV e XLV do art. 5º, respectivamente; rememora a interminável tramitação do **Projeto de Lei nº 2.453** no Congresso Nacional, projeto este que trata da matéria, mas que ainda não foi aprovado; e, finalmente, pretende **evitar ações indenizatórias** pelos danos materiais e morais, ajuizadas em face do Estado por aqueles

indevidamente presos e condenados.

Com efeito, tão logo promulgada a Carta Constitucional, diversas injustiças vêm sendo empreendidas com o processo e até condenação de inocentes que tiveram suas carteiras de identidade falsificadas pelos verdadeiros responsáveis por crimes praticados.

Isto porque, na esteira de tendências garantísticas, porém "desastradas", registrou-se, no inc. LVIII do art. 5º, que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, **salvo nas hipóteses previstas em lei**.

Está aí o que se chama de uma norma constitucional "não auto-aplicável", que depende de regulamentação. Sendo oportuno inferir que referido dispositivo é classificado pelos doutrinadores como um "direito de liberdade", sendo uma norma aberta e de eficácia limitada, como toda norma que trata de direitos e garantias individuais deve ser, justamente em virtude de seu escopo maior de **limitar ações** (no caso, demarcar as hipóteses de identificação criminal).





Neste sentido preleciona **José Afonso da Silva**:

"(...) direito de liberdade — direito de não sofrer sanção por fato alheio — **direito à incolumidade física e moral** — liberdade política e de opinião — enfim, direito à segurança em geral (...) são protegidos pelas garantias penais que se acham inscritas, em geral, nos incs. XXXVII a LXVII do art. 5^o" ("Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. Malheiros, 9ª ed., 2ª tiragem, 1992, p. 364, grifo nosso).

Decorre, porém, do inciso em tela, que a supracitada regulamentação que vai, na prática, vislumbrar a demarcação das hipóteses em que caberá identificação criminal, **só pode ser feita por lei ordinária**, ressaltando-se que o competente para tanto é o Congresso Nacional. Tanto que, inclusive, foi elaborado um projeto de lei acerca do assunto, como bem reportou o eminente autor da portaria *sub examen*.

Assim, se há lentidão na aprovação do mesmo, não cabe a uma "portaria" corrigir os efeitos desta desídia parlamentar, independentemente das razões que ensejam este ato normativo, uma vez que existe todo um processo legislativo que deve ser respeitado.

Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao comentar sobre os diversos tipos de normas e sua hierarquia, explicita:

"Portarias (atos administrativos ministeriais que estabelecem normas, em princípio, de eficácia individual e apenas para os órgãos da administração).

(...) Se observarmos esta distribuição de

competência vamos notar que o âmbito de validade de suas normas está, em tese, delimitado: cada um destes diplomas normativos tem uma função à qual corresponde um conteúdo. Uma portaria serve ao ministro para disciplinar o comportamento orgânico no seu âmbito ministerial. Mas não serve para baixar o regulamento de uma lei." ("Introdução ao Estudo do Direito", ed. Atlas, 1ª ed., 3ª tiragem, 1990, p. 212).

É sabido que o Poder Judiciário, como uma das facetas do poder público, tem a prerrogativa de editar portarias. Entretanto,

"...a regulamentação que vai, na prática, vislumbrar a demarcação das hipóteses em que caberá identificação criminal, só pode ser feita por lei ordinária."

e disto olvidou-se o operador do Direito, as portarias são atos normativos infraconstitucionais, tendo limitação de assunto, assunto este de cunho geralmente estrutural. Ademais, a portaria tem como função regulamentar lei **já existente**, devendo atuar nos estritos limites da mesma.

Ao extrapolar os limites de sua atuação, incorreu o preclaro juiz em abuso de poder, tornando seu ato arbitrário, ainda que tentando encobrir a lacuna que se avistou com a promulgação da Constituição.

O já citado professor **Ferraz Jr.**, ao tratar sobre as lacunas, assim dispôs:

"A questão das lacunas tem dois aspectos. Um refere-se à sua configuração sistemática, ou seja, à discussão do cabimento das lacunas no sistema. É o problema da completude. Outro refere-se à questão de, admitida a incompletude (de fato ou como ficção), dizer como devem ser preenchidas as lacunas. É o problema da integração do Direito pelo juiz" (ob. cit., p. 196).

Como se afeire do texto acima, denota-se que ao juiz é conferida uma certa discricionariedade, podendo usar dos métodos de integração, porém **em cada caso concreto**.

O correto é que se adiante a aprovação do projeto de lei que (propriamente) regula a matéria através dos meios cabíveis, ou mediante pressão dos meios de comunicação e dos formadores de opinião em geral, já que é efetivamente absurdo o fato de encontrar-se em curso há **sete anos**, e termos **dez anos** de vigência da atual Constituição.

Cabe à Ordem dos Advogados do Brasil, à Associação Paulista de Magistrados, ou órgãos equivalentes acelerarem por seus meios o trâmite do projeto.

Diante disto, não obstante a nobreza das razões elencadas pelo MM. Juiz de Direito, temos que o Estado Democrático de Direito reveste-se de formas que devem ser respeitadas, de sorte que a portaria em tela é **inconstitucional**.

Na admissão de inversões desta lavra, estaremos, **para garantir garantias, desestruturando a estrutura**.

A autora é acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie/SP e estagiária.

Inversão do Ônus da Prova e a Convenção das Nações Unidas Sobre o Combate ao Tráfico de Entorpecentes

PEDRO DE JESUS JULIOTTI

O Brasil ratificou pelo **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, que havia sido aprovada em Viena em 20 de dezembro de 1988.

Pelo art. 3º, § 1º, lebras b e c, as partes contratantes se obrigaram a adotar as medidas necessárias para caracterizar como infração penal, quando cometidos internacionalmente, a conversão ou transferência de valores cujo autor saiba que provém do tráfico ilícito de entorpecentes, visando dissimular ou descaracterizar a sua origem ilícita...

O Brasil também firmou compromissos de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, na **Assembleia Geral da OEA, em Bahamas (1992)**, onde foi aprovado o **Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem de Dinheiro**, relacionado com o tráfico ilícito de drogas e delitos autônomos e na **Cúpula das Américas, realizada em Miami (1994)**, onde foi firmado um plano de

ação de combate a lavagem de dinheiro. Finalmente, em **Buenos Aires (1995)**, em **Conferência Ministerial** sobre a lavagem de dinheiro e instrumento do crime, o Brasil firmou declaração de princípios relativos ao tema, inclusive quanto a tipificação do delito e regras processuais especiais.

Não só o cumprimento dos citados compromissos internacionais levaram a formulação de uma lei de combate a "lavagem de dinheiro". Também o **crescimento da criminalidade organizada** no mundo (estima-se que a lavagem de dinheiro alcança cerca de 500 bilhões de dólares por ano, estando dentre as primeiras movimentações de capital no mundo, perdendo apenas para as exportações e os negócios com petróleo, informática e remédios⁽¹⁾) e no Brasil (segundo Relatório Anual sobre Controle Internacional de Narcóticos, elaborado pelo Departamento de Estado dos EUA, o Brasil se converteu no maior canal de distribuição da cocaína produzida pelos cartéis de Medellín

e Cáli, na Colômbia. Ocupa o segundo lugar na lista de lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas. Está entre os quatro maiores entrepostos mundiais do tráfico de cocaína e entre os seis maiores fornecedores mundiais de éter e acetona, empregados para o refino da pasta⁽²⁾).

Oscar Vilhena, do Ilanud⁽³⁾, ao comentar o **Censo Penitenciário** divulgado pelo Ministério da Justiça, onde se verifica que houve um aumento de presos por tráfico de entorpecentes ultrapassando o delito de furto, que estava em terceiro lugar, afirma: "**o número de presos está aumentando porque o Brasil está na rota internacional do tráfico de drogas**".

O tráfico ilícito de substâncias entorpecentes atingiu em todo o mundo proporções insuportáveis.

A decisão da **ONU** de discutir a questão do tráfico de drogas no mundo, em uma sessão especial de sua Assembleia-Geral realizada no mês de maio de 1998, e de lançar uma estratégia global de combate ao narcotráfico, dá uma demonstração inequívoca de que o tráfico atingiu níveis também incontroláveis.

Assim, podemos afirmar, **que por força dos compromissos internacionais e pela necessidade de se combater a criminalidade organizada em flagrante crescimento no País, elaborou-se a Lei nº 9.613/98, conhecida como "lei de lavagem de dinheiro"**.

Dos aspectos processuais da Lei nº 9.613, a propalada **inversão do ônus da prova**,





também recomendada pela Convenção de Viena, foi a que mais polêmica gerou.

Discute-se apaixonadamente na doutrina, se a Lei nº 9.613/98 inverte ônus da prova relativamente a licitude dos bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do seqüestro, no § 2º do art. 4º.

"Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal.

§ 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem."

Essa inversão foi firmada pelos países signatários da Convenção de Viena (art. 5º, nº 7) e foi objeto de previsão no Direito argentino (art. 25, Lei nº 23.737/89).

"Artículo 5

7. Cada una de Las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba con respecto al origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos".

No Direito brasileiro, segundo a exposição de motivos da Lei nº 9.613, "essa inversão do ônus da prova circunscreve-se à apreensão ou ao seqüestro dos bens, direitos ou valores. Não se estende ela ao perdimento dos mesmos, que somente se dará com a condenação (art. 7, I). Na medida em que fosse exigida, para só a apreensão ou o seqüestro, a prova da origem ilícita dos bens, estariam inviabilizadas as providências, em face da virtual impossibilidade, nessa fase, de tal prova".

Luiz Flávio Gomes⁽⁴⁾ alerta que "é preciso que seja bem compreendido esse dispositivo. Sua literalidade poderia dar ensejo a uma interpretação completamente absurda e inconstitucional e que consistiria na exigência de inversão do ônus da prova (com flagrante violação ao princípio da presunção de inocência). Dito de outra maneira: tem-se a impressão, pelo que está escrito na lei, que os bens só seriam liberados, em qualquer hipótese, quando o acusado comprovasse sua licitude. Estaríamos nesse caso, diante de interpretação inconstitucional e totalmente errônea. O que o citado parágrafo quer dizer é o seguinte: durante o curso do processo, tendo havido apreensão ou seqüestro de bens, se o acusado, desde logo, já comprovar sua licitude, serão liberados imediatamente, sem necessidade de se esperar a decisão final. Considerando-se a apreensão ou seqüestro como medida cautelar, a liberação imediata é uma medida de contracautela, reparadora da injustiça ocorrida pouco antes (no momento da privação dos bens). Essa é a única interpretação possível para o texto legal em análise. Mais que isso alcança-se a inconstitucionalidade. De certo mo-

do há uma inversão que surge dentro do contexto de uma medida de contracautela, saneadora de um ato injusto precedente. Caso o interessado (proprietário ou possuidor dos bens apreendidos ou seqüestrados) não possa ou não queira prontamente comprovar a licitude dos seus bens, deve-se aguardar a sentença final. Sendo absolutória, levanta-se o seqüestro (CPP, art. 131) ou a apreensão".

Por sua vez, a eminente **Ada Pellegrini Grinover**, em comentários referentes ao projeto apresentado que gerou a citada lei⁽⁵⁾, afirma que "o anteprojeto da lei sobre lavagem de dinheiro (ainda não apresentado ao Parlamento) pretende introduzir a inversão do ônus da prova somente para as medidas coercitivas reais relativas a direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados e, assim mesmo, não para permiti-las, mas sim para que o acusado obtenha sua liberação, fundada esta em 'comprovação, pelo acusado, da licitude de sua origem'. E, como para o seqüestro o Código de Processo exige 'a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens' (art. 126), será a acusação que deverá provar, por esses indícios, a proveniência ilícita. Mas, para a liberação, caberá ao acusado comprovar a licitude da origem. A inversão do ônus da prova seria representada, portanto, por uma carga mais leve para a acusação do que para a defesa, no sentido de que, para o seqüestro, bastarão 'indícios veementes', enquanto para a liberação será necessária 'comprovação' da licitude, entendida como exigência de prova plena".

"...entendo que alardeou-se a adoção, pela citada lei (Lei nº 9.613/98), de uma polêmica inversão probatória que, na verdade, não ocorreu..."

A lei também mereceu os seguintes comentários de **Willian Terra de Oliveira**⁽⁶⁾: "De resto, é previsível que a lei será acompanhada de profundas polêmicas, pois introduz importantes mudanças: a criação da figura do arrependido (art. 1º, § 5º), a inversão do ônus da prova (art. 4º), a proibição de liberdade (art. 3º), o dever de informação sobre operações financeiras (Capítulos VI e VII), etc."

Em que pesem as opiniões dos ilustres mestres, entendo que alardeou-se a adoção, pela citada lei, de uma polêmica inversão probatória, que na verdade não ocorreu, sequer uma "inversão probatória mitigada", como defende a professora **Ada Pellegrini Grinover**.

Para chegarmos a esta conclusão, devemos analisar os dispositivos aplicados de forma sistemática, possibilitando uma visão de conjunto revelando a vontade contida na norma jurídica.

Em primeiro lugar analisaremos o seqüestro e apreensão de bens no período anterior à vigência da Lei nº 9.613.

Evidentemente que neste período a conduta "lavagem de dinheiro" era conduta atípica, a apreensão era regulada pelos arts. 118 a 124 do Código de Processo Penal e ao

seqüestro de bens, aplicavam-se as disposições previstas nos arts. 125 a 144 do mesmo estatuto processual.

No sistema do Código de Processo Penal, anterior à "lei de lavagem de dinheiro", para se decretar o seqüestro bastava a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (arts. 126). Decretado o seqüestro, poderia ser embargado pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração e pelo terceiro, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

"Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado:

I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;

II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé".

Registre-se também, que nos termos do parágrafo único do art. 130, "não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória".

Finalmente, ainda no período anterior à vigência da Lei nº 9.613, e nos termos do art. 91, inc. II, letra "b", do Código Penal, é efeito da condenação a perda em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.613/98, em 3 de março de 1998, nada se alterou no tocante ao ônus da prova no tema apreensão e seqüestro de bens, não se adotando a inversão probatória, como veremos.

Por força do já citado art. 4º, os arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal continuavam sendo aplicados nos procedimentos relativos a seqüestro de bens, bastando a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Logicamente, também se admitem os embargos (art. 130 do CPP), mas para liberação dos bens, diversamente do que ocorria no período anterior à vigência da Lei nº 9.613/98, em que o acusado deveria comprovar que os bens não foram adquiridos com os proventos da infração, deverá agora, sob a égide da lei de "lavagem de dinheiro", comprovar a licitude de sua origem, nos termos do art. 4º, § 2º.

Para se decretar a perda dos bens, continua valendo a regra do art. 91, II, "b", do CP, combinado com o art. 7º, I, da Lei nº 9.613, que exige a condenação e a prova de que o bem constitui proveito do crime.

Assim, para defender-se do seqüestro de seus bens, antes da lei de "lavagem de dinheiro", deveria o acusado ingressar com embargos, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração; após a vigência da citada lei, os mesmos embargos, agora sob o fundamento de que os bens são de origem lícita.

Para a restituição dos bens apreendidos, exigia-se a ausência de dúvida quanto ao direito do reclamante (art. 120 do CP), agora, a prova de que os bens são de origem lícita (art. 4º, § 2º, Lei nº 9.613/98).

Portanto, na análise das seguintes expressões: **prova de não terem os bens sido**





adquiridos com os proventos da infração (sequestro), ausência de dúvida quanto ao direito do reclamante (apreensão) e prova de que os bens são de origem lícita (sequestro e apreensão), encontram-se as "diferentes" possibilidades de defesa contra os pedidos de sequestro e apreensão de bens **antes** e **após**, respectivamente, à vigência da lei de "lavagem de dinheiro".

Como, em última análise, entendo que as expressões citadas possuem o mesmo significado para o Direito Penal, concluo que a Lei nº 9.613/98 não alterou os dispositivos do Código de Processo Penal no que se refere ao ônus da prova nos procedimentos de sequestro e apreensão de bens.

Na verdade, conclui-se que a Lei nº 9.613/98 não introduziu a inversão do ônus da prova, deixando de adotar recomendação nesse sentido da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico de Entorpecentes, firmada em Viena, no dia 20 de dezembro de 1988.

Registre-se, a título de complementação, que a Lei nº 9.613/98, ao contrário do Código

Penal, dá o mesmo tratamento para a apreensão e o sequestro de bens.

Tese esquematizada

Antes da Lei nº 9.613/98

1) Lavagem de dinheiro, conduta atípica.
2) Sequestro, aplica-se o disposto nos arts. 125 a 144 do CPP. Apreensão, aplica-se o disposto nos arts. 118 a 124 do CPP.

3) Para se decretar o sequestro: indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP).

4) Embargos. Art. 130, I, do CPP: O sequestro poderá ainda ser embargado: I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração.

5) Perda dos bens. Condenação e prova de que o bem constitui proveito do crime (art. 91, II, b, do CP).

Após a Lei nº 9.613/98

1) Conduta típica.
2) Sequestro e apreensão, aplica-se o disposto nos arts. 125 a 144 do CPP (art. 4º da Lei nº 9.613/98).

3) Para se decretar sequestro e apreensão dos bens: indícios suficientes (art. 4º da Lei nº 9.613/98).

4) Também se admitem os embargos, mas para liberação dos bens o acusado deverá comprovar a licitude de sua origem, nos termos do art. 4º, § 2º, Lei nº 9.613/98.

5) Perda dos bens. Condenação e prova de que o bem constitui proveito do crime (art. 91, II, b, do CP, combinado com o art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98).

NOTAS

- (1) William Terra de Oliveira, *Boletim IBCCrim* nº 65.
- (2) Cláudio Júlio Tognolli, "Brasil é o maior distribuidor do pó colombiano", *Folha de S. Paulo*, 18.04.93, p. 4.
- (3) *Folha de S. Paulo*, 20 de março de 1998, p. 3.
- (4) *Boletim IBCCrim* nº 65, abril/98.
- (5) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20, p. 59.
- (6) *Boletim IBCCrim* nº 65, abril/98.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, mestrando em Direito Processual Penal na USP e professor de Direito Penal na Unip.

Responsabilidade Penal Pelo Fato de Outrem nos Crimes Contra a Ordem Tributária

(HUGO DE BRITO MACHADO)

Temos sustentado ponto de vista segundo o qual "deve a denúncia dizer **quem** é o acusado, **o que** está sendo a este imputado, **quando, como e onde** se deu o cometimento delituoso, as circunstâncias de tempo, de modo e de lugar daquele cometimento. Denúncia que não responde àquelas perguntas é denúncia inepta"⁽¹⁾. Este entendimento foi adotado em alguns julgados, mas há quem afirme tratar-se de posições extremadas, motivadas pela grande quantidade de ações penais propostas irregularmente, à míngua do aprimoramento técnico imediato dos órgãos encarregados da persecução penal, nos primórdios da aplicação das Leis nºs 8.137/90 e 8.212/91. Passada a fase inicial de adaptação técnica, "a forma das denúncias tem se modificado e as chamadas imputações genéricas vêm rareando"⁽²⁾.

Não nos parece tenha sido necessária qualquer adaptação técnica, pois o dispositivo que impõe requisitos à inicial da ação penal é antigo, e não podia ser desconsiderado. Nem temos visto qualquer progresso nos órgãos do Ministério Público, que seguem formulando denúncias genéricas, lamentavelmente acolhidas por muitos juízes.

É certo que em crimes consubstanciados por práticas coletivas, como em determinados assaltos praticados por várias pessoas agindo em conjunto, não é razoável exigir-se que a denúncia descreva a participação precisa de cada um no cometimento ilícito. Inadmissível, porém, é a equiparação que se tem feito, no exame das questões da autoria e da responsabilidade penal, entre aquelas práticas ilícitas coletivas e um crime contra

a ordem tributária, praticado no âmbito de uma empresa, ao argumento de que neste a presunção de autoria decorre do contrato social ou documento equivalente, que seria "documento indicativo do centro de emanção das decisões acerca dos atos praticados pelos prepostos da empresa, cabendo ao dirigente comprovar que estes agiram à revelia da administração"⁽³⁾.

"Não merece prosperar o argumento segundo o qual a denúncia genérica justifica-se pela impossibilidade de determinação desde logo da participação individual de cada um dos denunciados no cometimento criminoso."

Há, entretanto, um grave equívoco na idéia de que a decisão de praticar o ilícito, nos crimes contra a ordem tributária, é sempre uma decisão da pessoa jurídica. Existe uma diferença essencial, de fácil percepção e de consequências relevantíssimas, entre as duas formas de cometimento criminoso, que afasta de pronto aquela equiparação.

No assalto, ou outro crime de autoria coletiva, a associação dos autores tem por objetivo o cometimento criminoso. A conduta de todos os partícipes do evento é direcionada para um fim pré-ordenado, criminoso, sendo razoável, portanto, presumir-se

que todos os integrantes do grupo querem alcançar aquele objetivo, e por isto são solidariamente responsáveis do ponto de vista penal. A evidência da participação no ilícito penal resulta do próprio pacto associativo.

No crime contra a ordem tributária, porém, o cometimento criminoso não constitui o objetivo do contrato social. Não é razoável falar-se, neste caso, em solidariedade no cometimento, porque o vínculo societário não se estabeleceu com o objetivo do cometimento criminoso, mas com objetivo outro, lícito.

Por outro lado, a experiência demonstra que, em inúmeras situações, crimes contra a ordem tributária são praticados por empregados, e até por diretores, em proveito próprio, em detrimento da sociedade e dos demais integrantes desta. Conheci alguns desses casos, que me deixam seguro na afirmação de que tal prática é muito mais freqüente do que pode parecer.

Como contabilista, há mais de 30 anos, fui solicitado a fazer uma auditoria numa filial situada em outro Estado, de empresa cuja diretoria tomara conhecimento da ocorrência, naquela filial, de vendas com subfaturamento. O gerente da filial, a quem me apresentei informando que iria proceder uma auditoria com o objetivo de evitar multas fiscais, na mesma noite de minha chegada ofereceu-me um jantar. Depois de algumas doses de uísque terminou por me dizer que sabia o verdadeiro objetivo de minha visita, que eu estava ali para verificar se ele estava roubando. E disse que realmente estava, pois o salário que recebia era muito baixo. Eu não precisaria ter nenhum trabalho. Entretanto, se os donos da empresa agissem contra ele, iria à Receita Federal denunciar a empresa, dizendo que todos os seus atos haviam sido praticados por ordem da diretoria. Tive de usar a diplomacia para convencê-lo a pedir demissão, garantindo-lhe que tudo seria esquecido.

Conheci também, há muito tempo, um





diretor de uma indústria que, não obstante fosse um dos maiores acionistas da empresa, fazia vendas com subfaturamento e se apropriava das diferenças pagas "por fora", em detrimento da sociedade.

Não se venha argumentar com o direito dos sócios ou diretores, de uma sociedade vítima de furto, praticado por um diretor ou empregado seu subfaturando mercadorias, de provar que não sabiam do fato. Essa prova, na generalidade dos casos, é praticamente impossível. E não é razoável admitir-se tese que permite venha alguém a ser vítima de furto, e ainda ser condenado por crime contra a ordem tributária. Já é muito o dano sofrido, e a responsabilidade pelos tributos, no âmbito administrativo fiscal, fundada na culpa *in eligendo*, pelo que se apurar como devido ao Fisco.

Mais recentemente, conheci caso em que uma viúva, com cerca de 80 anos, teve seu nome incluído em denúncia genérica contra todos os diretores da empresa, pela prática de crime contra a ordem tributária, consubstanciado em fato do qual efetivamente nada sabia. Ela era mantida pelos filhos na presidência da sociedade apenas como forma de alimentar as fantasias decorrentes de sua esclerose, e insistia em afirmar que tinha total conhecimento de tudo quanto acontecia na empresa.

Outro caso interessante, recente, deu-se em Santa Catarina. Um empresário, acionista controlador de várias empresas que não vinham recolhendo o IPI nem contribuições de previdência, insistia em afirmar que era ele o único e exclusivo responsável pelo não recolhimento daqueles tributos, pois se tratava de decisão sua com o objetivo de salvar a empresa da falência, dando prioridade aos pagamentos a fornecedores e empregados. Não obstante, em várias denúncias em que figurou, estavam também os nomes de todos os demais diretores de suas empresas.

Quem tem conhecimento, o mínimo que seja, de como se desenvolve a atividade empresarial, sabe que são frequentes as condutas de empregados e diretores, em detrimento da empresa, que podem configurar crime contra a ordem tributária. E de condutas de empregados e diretores, que configuram crime contra a ordem tributária, das

quais outros sócios ou diretores não têm conhecimento. Eu mesmo fui diretor de uma sociedade civil de prestação de serviços e somente tive conhecimento de que a mesma não recolhia as contribuições devidas ao INSS quando, muito tempo depois de meu desligamento daquela sociedade, precisei de uma certidão do INSS para instruir pedido de contagem de tempo de serviço junto ao Conselho da Justiça Federal.

A experiência da vida coloca fora de dúvida a inexistência de razões jurídicas para a aceitação da denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. Admiti-la contraria o princípio segundo o qual não existe responsabilidade penal sem culpabilidade. Implica mais do que aceitar a responsabilidade objetiva. Implica aceitar a responsabilidade objetiva por fato de outrem.

Realmente, na responsabilidade penal objetiva exige-se o vínculo causal entre a conduta do agente o resultado ilícito. O que não é necessário é o elemento subjetivo, vale dizer, o dolo ou a culpa, mas o vínculo de causalidade há de estar presente como condição para que se estabeleça a responsabilidade.

Em se admitindo a responsabilidade de um diretor, sócio ou acionista, pelos crimes contra a ordem tributária ocorridos no âmbito da empresa, apenas pelo fato de ser diretor, sócio ou acionista, sem demonstração de sua participação pessoal no cometimento criminoso, o que se está admitindo é a responsabilidade objetiva por fato de outrem. E isto é inteiramente inadmissível em face de nosso sistema jurídico.

Não merece prosperar o argumento segundo o qual a denúncia genérica justifica-se pela impossibilidade de determinação desde logo da participação individual de cada um dos denunciados no cometimento criminoso. Na verdade a instrução criminal existe para que se faça, no seu curso, a prova das imputações. Não para ensejar novas imputações. Admitir-se a denúncia contra alguém apenas com a referência de que o denunciado é sócio, ou diretor, ou acionista de determinada empresa, para que no curso da instrução se esclareça em que consistiu a sua participação pessoal no cometimento ilícito, é admitir o início da ação penal sem imputação de fato ilícito, para que somente depois, no curso da instrução, se faça a imputação, o que é um verdadeiro despautério em face das garantias

constitucionais albergadas não apenas pelo nosso, mas por todos os países civilizados.

Por outro lado, o argumento de que é difícil a apuração da conduta pessoal de cada um, nesses crimes, também deve ser recusado porque, sabemos todos, dispõe o Ministério Público do instrumento adequado para a prévia apuração de todos os fatos, que é o inquérito policial. No âmbito deste, aliás, é bem mais fácil apurar-se qualquer fato, posto que se tem considerado ser este um procedimento unilateral, em cujo âmbito não cabe o exercício do direito de defesa. Evidente, portanto, que muito mais fácil se faz a apuração no inquérito policial, do que no curso do processo judicial, onde se fazem necessários o contraditório e a ampla defesa. Aliás, o argumento que tem sido usado para defender a unilateralidade do inquérito, a inexistência, em seu âmbito, do contraditório e da ampla defesa⁽⁴⁾, é precisamente a necessidade de viabilizar-se a apuração completa dos fatos.

De todo modo, essa alegada dificuldade de apuração jamais pode ser aceita como justificativa para a denúncia sem imputação específica a cada denunciado, com flagrante violência ao direito de defesa, além de desrespeito ao que expresso está em dispositivo legal vigente, a saber, o art. 41 do Código de Processo Penal.

NOTAS

(1) "A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária", *Revista Dialética de Direito Tributário*, Dialética, São Paulo, 1996, n° 12, p. 28.

(2) Andreas Eisele, "Crimes Contra a Ordem Tributária", *Dialética*, São Paulo, 1998, p. 202.

(3) Andreas Eisele, ob. cit., p. 202.

(4) Jamais aceitamos a tese da unilateralidade do inquérito policial, mas a verdade é que ela tem prevalecido, até entre penalistas de nomeada, de sorte que se mostra inteiramente inconsistente o argumento que afirma ser admissível a denúncia genérica como forma de contornar-se a dificuldade de apuração dos fatos antes de iniciada a ação penal.

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

CONCURSO

O Instituto Carioca de Criminologia (ICC) está promovendo um concurso, na área de Criminologia, com o objetivo de escolher o trabalho que representará o ICC no Congresso Internacional "La Criminología del Siglo XXI en América Latina", coordenado pela Faculdade de Direito de Buenos Aires, Argentina. O congresso será de 8 a 11 de setembro de 1999 em Buenos Aires.

• **Participação** — Poderão participar do concurso todos os profissionais da área de Criminologia (Sociologia, Direito, História, Comunicação, etc.) com trabalhos inéditos. Cada participante poderá enviar apenas um trabalho sobre os seguintes temas:

I) *Análise, discussão e balanço da criminologia latinoamericana do século XX*

(análises internacionais, regionais ou nacionais);

II) *Afirmação, negação e propostas sobre:*

- a) o perfil da disciplina (natureza, conteúdo, objeto, métodos);
- b) sua utilidade para os problemas de controle formal nas sociedades latinoamericanas do terceiro milênio.

III) *Na perspectiva de análise, discussão e balanço da criminologia latinoamericana, os subtemas específicos seguintes:*

- a) drogas; b) segurança pública; c) penas e sistema penitenciário; d) modelos de controle social.

• A comissão julgadora será composta por três professores associados ao Instituto Carioca de Criminologia e presidida pelo prof. Nilo Batista.

• Os trabalhos, com no mínimo 12 e no máximo 25 laudas, serão entregues impressos e com cópia em disquete (1,44Mb) até o dia 30 de outubro de 1998, na sede do Instituto Carioca de Criminologia (Av. Beira Mar, 216, 3º andar, Rio de Janeiro-RJ, CEP 20021-060 - tel.: (021) 263-2069 - E-mail: icc.rio@openlink.com.br).

• **Premiação** - O prêmio para o primeiro lugar será uma passagem Rio-Buenos Aires-Rio e uma ajuda de custo de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para participação no Congresso.

Indiciamento e Presunção de Inocência

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

Aos olhos do público, o Direito Penal exerce sua eficácia repressiva em dois momentos: quando o autor do delito é preso em flagrante ou, não havendo prisão em flagrante (e sobretudo nas hipóteses de crimes que afetam mais a sociedade e demandam investigação: crimes complexos), por ocasião do indiciamento policial do suposto autor. Geralmente, são essas as oportunidades em que o público leigo toma conhecimento da resposta do Estado a um delito.

Existe ainda uma outra oportunidade, absolutamente anômala, em que o sistema repressivo-penal é "percebido" pela população: quando, em cumprimento de pena privativa de liberdade, o autor daquele delito torna-se protagonista de algum motim.

O sistema jurisdicional-penal é irrelevante para a população, que, ao contrário, é muito sensível às expressões anômalas do Direito Penal.

Com efeito, a prisão em flagrante do autor de um delito, além de constituir-se numa exceção à regra de não se infligir pena antes de sentença transitada em julgado, é bastante rara, considerada a frequência com que a lei penal é infringida, e, normalmente, ocorre apenas quando se trata de crimes violentos, os quais, por sua vez, em geral são praticados pelos criminosos-marginais sociologicamente falando.

Por outro lado, em nosso sistema penal, ainda que se diga que ele privilegia a pena privativa de liberdade em lugar de penas alternativas, a probabilidade de o autor de um delito cumprir uma pena de prisão é bastante pequena em relação às condenações criminais, e situa-se exatamente naquele grupo dos criminosos-marginais.

Assim, o chamado indiciamento policial constitui-se num momento privilegiado de realização do Direito Penal, para a população. É a "condenação social" do suposto autor do crime. A sentença penal condenatória (resposta do Estado ao autor de um delito) acarreta graves consequências para essa pessoa, ainda que não implique em sua prisão. O próprio direito do Estado em processar um indivíduo, quando se reúnem algumas provas contra ele, constitui-se num extraordinário instrumento de repressão. Porém, esses atos são pouco visíveis para a sociedade.

"O sistema jurisdicional-penal é irrelevante para a população, que, ao contrário, é muito sensível às expressões anômalas do Direito Penal."

A pena, além de seu aspecto pessoal, físico, aflitivo, tem uma dimensão simbólica, que consiste na censura da sociedade ao autor de um ato considerado negativo. O indiciamento policial, ao cumprir esse papel, constitui-se numa das mais graves e comuns medidas punitivas do Direito Penal.

No entanto, conforme se sabe, a nossa legislação não prevê o indiciamento.

Na verdade, o Código de Processo Penal, ao utilizar (poucas vezes) a palavra "indiciado" não se refere a alguém contra quem tenha sido proferida qualquer decisão nesse sentido, mas apenas à pessoa contra quem há indício de prática de crime. No CPP, "indiciado" é o mesmo que "investigado"⁽¹⁾.

É certo que não se pode evitar que a população tome conhecimento da investigação de um crime, e, consequentemente, do nome do respectivo suspeito. Porém, o indiciamento é mais que isso: é a declaração oficial, pelo agente do Estado responsável pela investigação, atribuindo a autoria do crime a determinada pessoa. Pouco importa se, sob o aspecto estritamente técnico (para os especialistas, portanto), o indiciamento não tem relevância: para o público, o Estado já atribuiu a responsabilidade penal àquela pessoa. Isso sem contraditório e sem mesmo que o titular da ação penal tenha formado convicção sobre a viabilidade de processar tal pessoa.

Antes da Constituição de 1988, a autoridade policial, ao "indiciar" um indivíduo, ainda conferia solenidade a esse ato, procedendo-se à sua identificação datiloscópica (o chamado "tocar piano"). Porém, a norma constitucional (art. 5º, inc. LVIII) esvaziou o ato do indiciamento no que ele tinha de mais substancial, ao dizer que é direito do indivíduo civilmente identificado não se submeter a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Assim, salvo nas hipóteses legalmente permitidas, não mais se procede à identificação datiloscópica do investigado. Mas, à falta de uma proibição constitucional ou legal expressa, persiste a praxe do "indiciamento" ainda que esse ato fira a presunção constitucional de inocência, ao menos aos olhos do leigo (o que não é pouco).

NOTAS

⁽¹⁾ Nesse sentido: "Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante (...), ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela". "Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade."

O autor é procurador regional da República.

As Novas Leis Penais

Dia 11/11 - 19h

"LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA"

Coordenador dos Trabalhos: Dr. **Fábio Bittencourt da Rosa** (Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região)

1. Dr. **Julio Diaz-Maroto y Villarejo** (Letrado do Tribunal Constitucional da Espanha, Professor de Direito Penal na Universidad Autónoma de Madrid e Doutor em Direito Penal).
2. Dr. **William Terra de Oliveira** (Promotor de Justiça em São Paulo e doutorando em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid).
3. Dr. **Alécio Lovato** (Procurador de Justiça aposentado e Professor da Escola Superior do Ministério Público RS).

Dia 12/11 - 19h

"RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA - ASPECTOS PROCESSUAIS E PENAIIS"

Coordenador dos Trabalhos: Dr. **Eládio Lecey** (Desembargador do TJRS e Professor de Direito Penal)

1. Dr. **Bernardo Feijoo Sanchez** (Professor de Direito Penal na Universidad Autónoma de Madrid e Doutor em Direito Penal).
2. Dr. **Sérgio Salomão Shecaira** (Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Professor Doutor em Direito).
3. Dr. **Vladimir Passos de Freitas** (Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

Dia 13/11 - 19h

"CRIMES HEDIONDOS E A FALSIFICAÇÃO DE REMÉDIOS" "A PRISÃO CAUTELAR NOS CRIMES ECONÔMICOS"

"O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL"

Coordenador dos Trabalhos: Dr. **Delmar Pacheco da Luz** (Presidente da Associação do Ministério Público)

1. Dr. **Maurício Antônio Ribeiro Lopes** (Promotor de Justiça em São Paulo, Mestre e Doutor em Direito e Professor na USP).
2. Dr. **Antônio Magalhães Gomes Filho** (Livre Docente em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal na USP).
3. Dr. **Carlos Vico Mañas** (Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Mestre em Direito Penal pela USP e 2º Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

Coordenação do evento: Dr. **André Luis Callegari**

Promoção:

Escola Superior da Magistratura Federal do RS - ESMAFE

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Escola Superior do Ministério Público do RS, Associação do Ministério Público do RS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Revista dos Tribunais (RT), Caesar Towers Hotel, Banco do Brasil e Conaprole.

Súmulas do "Painel de Debates Sobre Execução Penal",

realizado nos dias 25 e 26 de julho de 1998
pela Escola Paulista da Magistratura em conjunto
com a Associação Juízes para a Democracia.

1 - Poder Judiciário e Execução Penal

O Poder Judiciário tem parcela crucial de responsabilidade na humanização do direito de execução penal, cabendo ao Tribunal de Justiça propiciar ao magistrado meio e recursos para o desempenho de suas funções, inclusive criando e aparelhando varas especializadas nas comarcas com grande número de presos e sempre distribuindo os recursos com critérios objetivos, e tudo como forma de evidenciar o compromisso da magistratura com os direitos e garantias individuais (v.u.).

2 - Execução Provisória

Sendo a execução provisória da pena um direito consagrado no ordenamento jurídico, há necessidade de regulamentação pelo Tribunal de Justiça acerca da expedição da guia de recolhimento provisória, fixando-se a competência do juízo de execução penal (v.u.).

3 - Parecer do Conselho Penitenciário

Exigido em lei o parecer do Conselho Penitenciário, o juiz deve remeter-lhe o expediente 90 dias antes de verificado o lapso temporal, fixando-se outros 30 dias para a respectiva resposta, sem o que deverá proferir julgamento com as provas dos autos (v.u.).

4 - Comissão Técnica de Classificação e Equipe Técnica

Quando legalmente exigido o parecer técnico, o juiz deve fixar para sua apresentação o prazo de trinta dias ou outro razoável nas circunstâncias locais e, não apresentado, deve ser proferido julgamento com as provas dos autos. Inexistindo equipe técnica, o parecer pode ser substituído por avaliação psicológica ou psiquiátrica, cabendo ainda ao Tribunal de Justiça autorizar que seus quadros técnicos atuem na execução penal (v.u.).

5 - Regime de Pena e Progressão

5.a - Compete ao juízo de conhecimento a fixação do regime prisional inicial e ao juízo da execução decidir sobre a progressividade (v.u.).

5.b - Não é possível a progressão de regime prisional em crimes hediondos (maioria).

5.c - Constando do título executivo que o regime inicial é o fechado faz-se possível a progressão na execução (v.u.).

5.d - Constando do título executivo que a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado não será possível a progressão na execução (maioria).

6 - O Juiz e a Comunidade

6.a - A atuação da comunidade é essencial para que seja alcançada a finalidade da integração social do condenado e internado, razão pela qual o juiz deve participar de movimentos de sua mobilização e buscar as condições para o cumprimento da pena, com os recursos nela disponíveis (v.u.).

6.b - O Conselho da Comunidade, cuja regulamentação e instalação compete ao juiz da execução, tem papel relevante na mobilização social (v.u.).

7 - Efetividade da Jurisdição

7.a - A questão referente ao cumprimento das decisões judiciais deve ser compreendida sob a ótica do papel garantista do juiz (v.u.).

7.b - Na hipótese de desatendimento de remoção de preso para o regime semi-aberto, no prazo estabelecido pelo juiz, deverá ser processado de ofício o desvio de execução, com concessão de prisão albergue domiciliar (maioria).

8 - Remoção de Presos

8.a - Devem ser estabelecidos mecanismos transparentes e com critérios pré-estabelecidos para a remoção de presos (v.u.).

8.b - O controle de vagas no sistema prisional deve ficar a cargo da COESPE, sob fiscalização do Poder Judiciário (maioria).

9 - Presos Terminais

Comprovado o estágio terminal do preso por avaliação médica, deve ser concedido indulto humanitário, ou livramento condicional cautelar ou prisão albergue domiciliar, ainda que se trate de condenação por crime hediondo, dispensado por incompati-

vel o parecer do Conselho Penitenciário (v.u.).

10 - O Juiz da Execução e o Jurisdicionado

A inspeção mensal aos estabelecimentos penais é imprescindível, sendo salutar o contato do juiz com o preso, seu jurisdicionado, pressuposto para a efetividade da execução penal (v.u.).

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Paulista de Magistrados
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte, MG
- Curso C.P.C., SP
- Curso Forense - Ribeirão Preto, SP
- Curso do Professor Damásio, SP
- Curso Vocação Preparatório à Carreira de Delegado de Polícia e Exame de Ordem, Presidente Prudente, SP
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará
- Praetorium - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - Belo Horizonte, MG
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas, Sorocaba, SP
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

O IBCCrim cada vez mais próximo do associado

Visite nosso SITE e cadastre-se ou faça sua atualização de cadastro

Site: www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA