



Manifestação de Apoio ao Ex-Ministro Miguel Reale Júnior

As entidades abaixo assinadas perfilando-se às demais instituições democráticas do Brasil, neste difícil momento por que passa a Nação, vêm declarar seu irrestrito apoio ao ex-ministro da Justiça, professor **Miguel Reale Júnior**, pelas dignas e esperadas atitudes, que pontuaram toda a sua passagem, infelizmente curta, à frente desse fundamental setor do Poder Executivo.

Reafirmando os fundamentos democráticos de respeito à pessoa humana, tais entidades não poderiam ter outra atitude senão mostrarem-se indignadas com o fato de o Senhor Presidente da República sobrelevar mais uma vez as "razões políticas" acima das razões éticas e democráticas da correta e primaz proteção da vida humana.

Lembramos, por fim, que toda a política de um país deve ser conduzida para o bem-estar e respeito do cidadão e não para uma política "apesar do cidadão".

Para subscrever a este manifesto, envie um e-mail para: internet@ibccrim.org.br, colocando como assunto "Miguel Reale".

Entidades e Associações:

• Associação dos Advogados Criminalistas de Londrina/PR • Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) • Associação Juízes para a Democracia (AJD) • Cladem-Brasil, seção nacional do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher • Coletivo Para Liberdade e Reinserção Social (Colibri) • Comissão Justiça e Paz de São

Paulo • Conselho de Cidadania da Casa de Detenção de São Paulo / Carlos Weis • Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos • Fala Preta! - Organização de Mulheres Negras • Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo • Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) • Instituto de Ciências Penais (ICP) • Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC) • Movimento do Ministério Público Democrático • Projeto Promotoras Legais Populares • Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (Sindiproesp) • União das Mulheres de São Paulo.

Associados do IBCCRIM e todos os interessados:

• Alan Rogério Mincache • Alexandre Crippa Caramão • Antonio Carlos de Andrade Viana • Antonio José F. de S. Pêcego (juiz de Direito do TJ/MG, membro de IBCCRIM e conselheiro científico, consultivo e fiscal do ICP) • Bruno Augusto Gonçalves Vianna • Eduardo Rocha de Carvalho • Evandro Limongi Marques de Abreu • Flávio Henrique de Queiroz Lamellas • José Flávio Cidade • José Ricardo de Abreu (advogado/SP) • Marcelo Moraes Rêgo de Souza (defensor público estadual/MA) • Márcio Umberto Bragaglia (acadêmico) • Marlus H. Arns de Oliveira (advogado em Curitiba/PR) • Salo Carvalho (advogado/RS) • Vitore Maximiano.



8º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Lembramos que as inscrições para o 8º Seminário Internacional continuam abertas. Não perca a oportunidade de participar do evento que conta com a presença de renomados juristas nacionais e internacionais.

Garanta sua vaga!

Informações e Programa no site: www.ibccrim.org.br ou diretamente no Depto. de Comunicação e Marketing tel: (0xx11) 3105-4607 ramais 155, 153 ou 144 e-mail: comkt@ibccrim.org.br

IMPORTANTE!

Informamos aos nossos associados que se encontra disponível em nosso site (www.ibccrim.org.br) o relatório de atividades do Instituto, relativo ao exercício do ano de 2001.

Direitos Humanos e Desumanos⁽¹⁾

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

O desenvolvimento da Vitimologia introduziu novo personagem no cenário das ciências penais: a vítima concreta. Distingue-se esta da vítima potencial, conhecida do Direito Penal também pela designação de "titular do bem jurídico penalmente tutelado". A vítima potencial é uma criação jurídica. A vítima real é de carne e osso, tem nome, dor, traumas, prejuízos e expectativas. Nossa fragmentação cultural

diz que os problemas da vítima concreta serão resolvidos pelo Direito Civil e por profissionais estranhos ao mundo jurídico, como assistentes sociais e terapeutas.

Desde que **Nils Christie** publicou, em 1977, seu famoso artigo "Conflicts as Property"⁽²⁾, dizendo que o Estado subtrai o conflito das partes e o despersonaliza na medida em que atribui sua solução a uma engrenagem burocrática, o con-

NDICE

Boletim IBCCRIM - Agosto/2002 - nº 117

- Manifestação de Apoio ao Ex-Ministro Miguel Reale J'nior 01
- Direitos Humanos e Desumanos - Ana Sofia Schmidt de Oliveira 01
- Assistente: A Condição de Vítima Como Limite "sua Atividade" - Christiano Fragoso 03
- Ministério Público e a Titularidade Privativa do Jus Postulandi para a Ação Penal Pública e Procedimentos Incidentes - Edimar Carmo da Silva 05
- Infração de Menor Potencial Ofensivo: Prevalece o Conceito da Lei nº 9.099/95 - Sílvia de Cillo Leite Loubeh 07
- O Agente Público e a Prova Ilícita - Roberto Luis Luchi Demo 09
- Da Assistência no Processo Penal - Fábio Ramazzini Bechara 11
- O Agente Infiltrado na Investigação das Associações Criminosas - Isaac Sabbá Guimarães 12
- Com a Palavra, o Estudante: A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica Sob o Enfoque da Autoria Mediata e dos Crimes Comissivos por Omissão - Ana Luíza Barbosa de Sá 14

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz: Isenção de Pena e Habeas Corpus (Ex Officio) 629
- O Direito Por Quem o Faz: O Advogado, o Promotor de Justiça e a Liberdade de Imprensa 631
- Supremo Tribunal Federal 632
- Superior Tribunal de Justiça 633
- Tribunal Regional Federal 634
- Tribunal de Justiça 635
- Tribunal de Alçada Criminal 636

flito de interesses entre a vítima real e a vítima potencial ficou mais evidente.

A reivindicação de um posto de maior relevância para a vítima no sistema penal pode ensejar consequências de naturezas diversas, criando um verdadeiro antagonismo entre os interesses das vítimas e os interesses dos réus e condenados ou buscando medidas que efetivamente satisfaçam as vítimas.

Para dimensionar o problema e também porque sempre tendemos a seguir os exemplos dos EUA, é bom analisar o cenário desse país. A campanha vencedora de **Nixon** para a presidência de 1968 foi baseada em uma plataforma inspirada no movimento da lei e da ordem e nas propostas de tratamento mais duro para os condenados. Na década de 70 as reivindicações das vítimas foram fortalecidas pelo movimento feminista. Em 1982 foi criada por **Reagan** uma comissão especial integrada por conservadores cuja finalidade era elaborar propostas de proteção às vítimas (*President's Task Force on Victims of Crime*). Já na década de 80 estava evidenciado o antagonismo entre os movimentos pelos direitos civis e os movimentos de proteção às vítimas. Estes últimos praticamente não encontraram resistências. A proposta era "reequilibrar os pratos da balança da Justiça" que, de acordo com os defensores das vítimas, pendiam para o lado dos condenados. Ainda quando este "reequilíbrio" implicava na aprovação de leis que teriam sérias consequências no sistema jurídico, não havia crítica explícita porque, afinal, "ninguém quer se opor ou falar contra uma proposta que parece ser tão humanitária"⁽³⁾. Neste cenário, foram grandes as conquistas do movimento pelos direitos das vítimas que, de acordo com seus defensores, deveriam receber, no mínimo, o mesmo nível de proteção dos acusados. Computam-se aí os fundos de assistência, a introdução de novas medidas nos procedimentos penais e penas mais rigorosas. As medidas foram aprovadas por conta da forte atuação no Congresso das organizações de defesa e proteção das vítimas.

Estas conquistas trazem um lado obscuro. A bandeira das vítimas é muitas vezes levantada com pretensões que pouco têm a ver com seus reais interesses. A distorção acontece nos discursos políticos — e aqui já não há distinção entre republicanos e democratas — que disseminam a idéia de que a melhor forma de garantir direitos às vítimas é a restrição de direitos dos criminosos. Algumas vozes críticas denunciam que a política criminal assim construída está mais interessada em vantagens eleito-

rais do que na efetiva proteção das vítimas; não traz conforto nem auxílio e gera um sistema de justiça apenas punitivo e retributivo, baseado no rancor. O resultado, nos EUA, é o quadro que todos conhecem: a maior taxa de encarceramento do mundo democrático, número recorde de execuções, possibilidade de condenação à pena de morte de adolescentes.

É possível, porém, encontrar outra forma de responder ao conflito de interesses entre a vítima real e a vítima potencial. Emblemático lembrar que o movimento vitimológico nasceu no mesmo contexto histórico do movimento internacional dos direitos humanos, quando a descoberta dos campos de concentração no fim da II Guerra Mundial fez com que a consciência da comunidade internacional despertasse para o drama da vitimização. Esta coincidência, além de revelar que o antagonismo entre direitos humanos e direitos das vítimas é apenas uma criação político-ideológica, mostra que um enfoque vitimológico do problema pode trazer uma pista relevante.

Integram o campo da Vitimologia questões importantes como o estudo das tipologias, as pesquisas de vitimização, a perspectiva abolicionista vitimológica, os processos de vitimização primária e secundária, as pesquisas acerca dos interesses e direitos das vítimas, a avaliação das práticas de solução alternativa de conflitos e as medidas de reparação. O conhecimento que vem daí pode inspirar a construção de políticas públicas e justificar reformas penais e processuais importantes. O perigo, para o qual é preciso estar atento, é a colonização deste conhecimento por interesses político-eleitorais que conferem à indagação "E os direitos humanos das vítimas?" o sentido de que, para garantir os direitos humanos das vítimas, é preciso garantir direitos desumanos aos acusados. Nada mais fácil e nada mais perigoso e demagógico do que este discurso. E pior. A longo prazo, acaba por voltar-se, inexoravelmente, contra aquelas pessoas que diz querer proteger.

NOTAS

- (1) As principais idéias deste artigo foram desenvolvidas no livro "A Vítima e o Direito Penal", RT, 1999.
- (2) In: *The British Journal of Criminology*, v. 17, nº 1, pp. 1/4, 1977.
- (3) Ezzat^a Fattah, "Toward a Victim Policy aimed at Hearing not Suffering", in **Davis, Robert Carl et al** (ed.), "Victims of Crime", Califórnia, 1997.

A autora é procuradora do Estado e mestre em Direito Penal pela USP.

Assistente: A Condição de Vítima Como Limite " sua Atividade

CHRISTIANO FRAGOSO

A assistência ao Ministério Público é um dos institutos de direito processual penal que mais suscita divergências doutrinárias. As disposições legais existentes no Código de Processo Penal (arts. 268 a 273) nem de longe solucionam as questões decorrentes da possibilidade de intervenção da vítima na ação penal pública.

No Direito brasileiro, a intervenção da vítima no processo penal foi prevista primitivamente pelo Código Penal de 1890, que preceituava que nos processos iniciados "por denúncia ou ex officio, poderá intervir a parte ofendida para auxiliar-o" (art. 408, *in fine*). A "Consolidação das Leis Penais", de **Vicente Piragibe**, continha disposição idêntica (art. 408, *in fine*, Dec. nº 22.213, de 14.12.1932). O ofendido podia, então, habilitar-se como auxiliar da acusação. Os antecedentes legislativos da utilização da expressão *assistente*, certamente mais técnica, parecem ser os Códigos de Processo Penal dos Estados do Rio Grande do Sul (Dec. nº 24, 15.12.1898) e de Minas Gerais (Dec. nº 7.259/26). O art. 30, § 2º, CPP/MG previa que "em todos os termos da ação intentada denuncia ou ex officio poderá intervir a parte ofendida para auxiliar o ministério publico, como assistente". O Projeto **Vicente Ráo**, primeira tentativa de unificação nacional do Direito Processual, mantinha a possibilidade de intervenção do ofendido no processo criminal, referindo-se a ele ora como o auxiliar da acusação (arts. 287, § 6º), ora como o assistente (arts. 317, 318 e 320). O CPP de 1942, como se sabe, consagra a denominação *assistente*. Ao longo de todos esses diplomas legais, a extensão dos poderes conferidos à vítima (seja como auxiliar da acusação, seja como assistente) sempre foi (e continua sendo) objeto de candente controvérsia. Promulgado há cerca de seis décadas, o CPP permanece, nesta matéria, absolutamente inalterado; não houve qualquer modificação na redação original e, posto que necessária, não se verifica tendência de reforma.

Inúmeras são as discussões que, ao longo desse largo tempo, vêm sendo travadas pela doutrina e perante os tribunais, muitas ainda pendentes de solução minimamente segura. Discrepa-se quanto à possibilidade de ente estatal habilitar-se como assistente; quanto à aceitabilidade da intervenção do assistente em ação de *habeas corpus* impetrada contra decisão proferida no curso da ação penal; e quanto à possibilidade de o assistente apresentar certos requerimentos e propor determinados meios de prova (principalmente a testemunhal). Campeia obscuridade quer no que toca à

possibilidade de uso de certos meios de impugnação (v.g. desaforamento, reclamação etc.), quer no que tange à extensão que se pode conferir a determinados meios de impugnação utilizados pelo assistente, quer, ainda, quanto ao termo de início e à duração de prazos para a interposição de alguns recursos. Discute-se, até hoje, a natureza jurídica do assistente (simples ou litisconsorcial), bem como o fundamento sociológico do interesse da vítima no processo penal.

É altamente democrática a participação da vítima no processo criminal, constituindo fator de transparência para a Justiça e de controle da atividade ministerial, devendo ser mantida. A admissão de terceiros no processo constitui um dos mais eficazes modos de garantir o acesso à justiça (**M. Cappelletti/B. Garth**). Qualquer abuso eventual pode ser eficazmente reprimido pela prudente discricionariedade da autoridade judiciária.

Embora esposada por eminentes professores (**Marcellus Polastri Lima**, "A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988", in "Temas controvertidos de Direito e Processo Penal", Rio: ed. Lumen Juris, 2000, p. 161; e **Lenio Luiz Streck**, "Tribunal de Júri, Símbolos e Rituais", 4ª ed., Livraria do Advogado, p. 166; dentre outros), deve ser rechaçada a tese de que, com a promulgação da Constituição de 1988, a figura do assistente seria incompatível com a privatividade da ação penal pública, atribuída ao Ministério Público no art. 129, I, CF ("Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I — promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"). Não há qualquer incompatibilidade. O assistente não promove a ação penal, sendo mero auxiliar do verdadeiro promotor. Ademais, "na forma da lei", o assistente é admitido. Nem a ação penal subsidiária (mesmo porque prevista na CF), nem mesmo a apelação supletiva da vítima (art. 598, CPP) são incompatíveis com tal privatividade. Quanto a esse último aspecto, a matéria já foi decidida pelo eg. STF, em decisão da lavra do excelente ministro **Sepúlveda Pertence**, que esclarece magistralmente que "o direito de recorrer, que nasce no processo — embora condicionado ao exercício e instrumentalmente conexo ao direito de ação, que preexiste ao processo — a ele não se pode reduzir, sem abstração das diferenças substanciais que os distinguem" (Pleno, HC nº 68.413, DJU 18.10.91, p. 14.549).

Dentre tais questões, que somente podem ser brevemente mencionadas no âmbito deste trabalho, muitas ainda padecem de indefinição legal, somente encontrando respostas interinas, desprovidas de fir-

meza, plasmadas ao sabor de ideologias momentâneas, o que contribui para indesejável insegurança jurídica.

Nos estreitos lindes deste trabalho, proponho-me tão-somente a suscitar a reflexão sobre um ponto que, embora importante na prática, não tem merecido justa atenção. A questão se relaciona com a extensão dos poderes do assistente quando, num mesmo processo, haja outros delitos dos quais ele *não* seja vítima.

Parece-me que a extensão dos poderes conferidos ao assistente deve ser limitada à discussão dos fatos de que é vítima. Sua condição de vítima é não só o fundamento, mas também um dos limites necessários aos poderes processuais do assistente. É natural que o interesse da parte, que funda sua legitimidade, também restrinja a extensão de seus poderes.

Alguns exemplos ilustram a questão: (a) num processo, os réus são condenados por roubo e absolvidos de uma imputação de quadrilha, e, em seguida, a vítima do roubo apela *tão-somente* para buscar a condenação por quadrilha; (b) acusado de três lesões corporais culposas causadas em um determinado acidente de trânsito, o réu é absolvido em 1º grau; não houve recurso ministerial, somente apelando uma das vítimas; (c) vítima de apenas *um* dos furtos de uma série continuada contra vítimas diferentes em datas diversas, o assistente formula perguntas a uma testemunha sobre outro furto da série; (d) Pedro e José são vítimas de agressão em uma boate, sofrendo ambos lesões corporais graves; no curso do processo contra o agressor, Pedro, assistente, requer exame complementar de corpo de delito em José, para provar que, neste, as lesões foram gravíssimas.

Assim, face à natural limitação, no caso *a*, a apelação não pode ser conhecida pelo tribunal (uma vez que o lesado no crime patrimonial não é sujeito passivo do crime de quadrilha, que é delito contra a paz pública); no caso *b*, o apelo só pode ser parcialmente conhecido, no que toca à discussão quanto ao crime de que o apelante é vítima (quanto aos demais crimes, nenhum dos legitimados discordou, transitando em julgado a sentença nesta parte, o que não pode ser desrespeitado); e nos casos *c* e *d*, os requerimentos, salvo se o requerente esclarecer qual é a sua relevância para a apuração do delito que lhe atingiu (o que só pode ser visto caso a caso), devem ser indeferidos (o que não impede que o juiz, de ofício, ou a pedido de parte legítima, as determine).

O CPP é omissivo, o que, todavia, não impede tal interpretação. Essa limitação não representa gravame a qual-



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA:

Silvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM:

André Gustavo Isola Fonseca, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

DEPARTAMENTO DE CURSOS:

Marco Antonio Rodrigues Nahum, Fábio Delmanto, Flávia D'Urso Rocha Soares, Antonio Sergio A. Moraes Pitombo, Ana Lúcia Menezes Vieira, Cecília Souza Santos e Heloisa Estellita Salomão

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maurício Zanoide de Moraes, Adauto Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET:

Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Olga Espinosa Mavila

DEPARTAMENTO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Leonardo Sica, Theodmiro Dias Neto e Lauren Paoletti Stefanini

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Alessandra Teixeira

quer interesse jurídico da vítima (repercussão em um interesse *puramente* moral não é suficiente) e está na natureza das coisas. Como sustenta, com propriedade, **Claus-Wilhelm Canaris**, "*para além da lei e do costume, também podem conduzir a alterações do sistema objetivo aqueles princípios gerais do Direito que representam emanações da idéia de Direito e da natureza das coisas*" ("*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*", 2ª ed., trad. **Menezes Cordeiro**, Lisboa: ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 121).

Salvo engano, a doutrina processual penal, ao menos nas obras gerais, não tem feito referência a este tipo de limitação, embora venha sempre se ocupando vivamente de variadas questões relativas à extensão dos poderes atribuídos ao assistente. Considerações sobre este tipo de limitação ao poder de intervenção da vítima são encontradas, ao que parece, em apenas uns poucos julgados. Há notícia de dois precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal, em que, em decisões por maioria de votos, reconheceu-se tal limitação no que toca aos *recursos* interpostos pelo assistente.

No HC nº 40.704/MG (em acórdão relatado pelo e. ministro **Vilas Boas**), decidiu-se, como notícia **Heleno Fragoso**, que "*há julgamento ultra petita se o tribunal, dando provimento a apelação de assistente de acusação de uma das vítimas agrava a pena do condenado por fato relativo a outra vítima em relação à qual não houve recurso*", tendo o STF mandado "*reduzir a pena, atendendo ao que foi devolvido ao tribunal para julgar*" (cf. "*Jurisprudência Criminal*", 4ª ed., Forense, 1982, nota 35, p. 179; Pleno, DJ 07.04.65). No mesmo sentido orienta-se o HC nº 77.704/RJ, relatado pelo e. ministro **Sydney Sanches**, que restabeleceu parcialmente suspensão condicional do processo concedida em 1º grau (em feito que apurava três delitos de trânsito — uma lesão culposa e dois homicídios culposos — cometidos em único atropelamento) e que havia sido totalmente cassada pelo então TACrim/RJ por apelo de apenas uma das vítimas. Restabeleceu-se a suspensão quanto aos delitos que não atingiram o único apelante (1ª T., DJ 15.09.00, p. 118).

Poder-se-ia dizer (como argumentou o ministro **Moreira Alves**, no julgamento do HC nº 77.704, para denegar a ordem), que, no caso de concurso formal de delitos ou de crime continuado, não poderia ser aplicada tal limitação, uma vez que poderia acarretar, em alguns casos, inadmissível cisão processual.

Ora, não há qualquer óbice à cisão processual, uma vez que a regra do processo único em casos de conexão ou continência, como se sabe, não constitui um dogma absoluto. Regras processuais (cf. arts. 79 e 80, CPP), até imprecisas demais, e mesmo súmulas (cf. Súmula 235, STJ) impedem a reunião de feitos e permitem o desmembra-

mento de processo que apura fatos que guardem relação de conexão ou continência.

Aliás, na imensa maioria dos casos, não há cisão processual, mas, como no caso de recurso, uma mera limitação objetiva da matéria devolvida ao tribunal. Este tipo de limitação já ocorre no processo penal, quando se pensa, por exemplo, na representação criminal. Suponha-se que três pedestres foram atropelados por um motorista desatento e restaram levemente feridos. Ora, é patente que, apesar do concurso formal de delitos, tão-somente aqueles delitos em que houver representações das respectivas vítimas serão objeto do processo criminal, não podendo a representação de uma das vítimas suprir a inexistência da de outra. Quanto à representação, esta solução é pacífica, embora também não haja norma específica sobre o assunto, diferentemente do que ocorre na Itália (v. art. 122, CP italiano).

Ademais, as regras do concurso formal e do crime continuado, de inspiração liberal, servem unicamente à aplicação da pena, não podendo ser utilizadas para a atribuição ou a extensão de legitimidade processual. Como afirmou o ministro **Sepúlveda Pertence** em seu voto no HC nº 77.704/RJ, "*para estabelecer a legitimação do ofendido e, conseqüentemente, delimitar o âmbito material dessa legitimação, se tem que considerar os crimes como entidades diversas. (...) Não vejo por que o concurso formal, que, repito, é apenas um instituto de aplicação da pena, haja de impor solução diversa*".

Na Alemanha, que possui legislação liberal nesta matéria (lá a vítima pode até propor queixa em caso de arquivamento de inquérito — § 400, II, StPO), há disposição explícita que restringe os poderes recursais do assistente ao crime de que é vítima. O § 400, I, da StPO, preceitua: "*O assistente não pode impugnar a sentença com o objetivo de que uma outra conseqüência jurídica do fato seja imposta ou com o objetivo de que o acusado seja condenado por uma violação à lei que não o legitima a ligar-se à relação processual*".

Gerd Pfeiffer, ex-presidente do eg. STF alemão (*Bundesgerichtshof*), ressalta que "*o recurso somente pode ser fundado em que as normas jurídicas relativas ao crime de que é assistente foram violadas. (...) Encontrando-se o crime que vitimou o assistente em concurso delitivo com outro que não o legitime à assistência, então este último não é considerado no juízo de admissibilidade do recurso, que sempre se restringe à sua legitimação*" (**Pfeiffer-Fischer**, "*Strafprozessordnung*", Munique: ed. Beck, 1995, p. 882).

É relevante notar que já antes de a lei alemã prever expressamente tal limitação (o que só ocorreu com a lei de proteção às vítimas de 18.12.86), a doutrina e os tribunais já a aplicavam. O assistente (*Nebenkläger*), já naquela época, só podia apresentar requerimentos e interpor

recursos na medida em que guardassem relação com os delitos de que era vítima, não podendo intervir quanto às discussões exclusivamente relacionadas aos demais crimes (Löwe-Rosenberg-Sarstedt, "Die Strafprozessordnung – Grosskommentar, v. II, 11ª ed., Berlin: De Gruyter, 1965, p. 107; E. Schmidt, "Lehrkommentar", v. II, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, p. 1.156, Karl Peters,

"Strafprozess", 4ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1985, p. 584; RGSt, BGHSt, v. 43, p. 15).

É claro que tal limitação elementar, já reconhecida pelos tribunais nacionais quanto aos poderes recursais, pode e deve ser estendido aos demais poderes concedidos ao assistente. Em suma, a condição de vítima, além de fundamentar, limita naturalmente a atuação do assistente. É um princípio que deve permeiar toda a atividade

de do assistente e que, parece-nos, pode ser aplicado, tal como ocorreu na Alemanha, pelos tribunais e pela doutrina, independentemente de expressa menção legal.

O autor é advogado criminal no Rio de Janeiro, professor de Direito Processual Penal e mestrando em Direito Penal e Criminologia na Universidade Cândido Mendes.

Ministério Público e a Titularidade Privativa do Jus Postulandi para a Ação Penal Pública e Procedimentos Incidentes

EDIMAR CARMO DASILVA

Em vista do reiterado e silencioso procedimento de autoridades policiais remeterem inquéritos policiais ou qualquer outra peça de natureza acautelatória (representação para prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão domiciliar etc.) diretamente ao Poder Judiciário e diante do estado quase que letárgico do Ministério Público e dos juizes de Direito acerca da questão, notadamente em face dos novos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, após reflexão acerca do tema e análise de breves — mas incisivos — apontamentos literários acerca da questão, elaborou-se o presente escrito.

Porquanto pretendesse o legislador de 1941 estabelecer entre nós o modelo acusatório de processo penal, assim explicitado no item V da Exposição de Motivos do Dec.-lei nº 3.689/41 ao argumento de que "o projeto atende ao princípio ne procedat iudex ex officio" e que "reclama a completa separação entre juiz e o órgão da acusação", na verdade a prática legislativa não tomou tal direcionamento. De efeito, já no art. 26 do Código de Processo Penal restou consignado que a ação penal para as contravenções penais tivesse início com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial, cujo procedimento encontra-se estabelecido nos arts. 531 a 538 do mesmo código. Também para certas infrações o procedimento ganhava quase um contorno inquisitivo conforme o estabelecido, por exemplo, na Lei nº 4.611/65 (para certos crimes culposos) e na Lei nº 4.771/65 (Código Florestal).

Consoante a mais autorizada e atualizada literatura jurídica nacional, a Constituição Federal de 1988, em vista do estabelecido no inc. I do art. 129, conferindo privatividade ao Ministério Público para o exercício da ação penal pública, tem primado pela clara adoção do sistema processual penal acusatório.⁽¹⁾ Em face desse princípio maior, resta revogada qualquer disposição infraconstitucional anterior que se

encontre em afronta à titularidade conferida ao Ministério Público para o exercício da ação penal pública. A partir de então a autoridade judiciária deverá manter-se isenta e imparcial à persecução penal e, ainda, a autoridade policial não mais detém qualquer forma de postulação judicial.

Mas não é só. A adoção do sistema acusatório não ganha repercussão apenas no exercício da ação penal pública pelo oferecimento da denúncia. Como reflexo instrumental, significa que a partir da nova ordem constitucional somente o Ministério Público possui o *jus postulandi*, vale dizer, somente ele, como titular privativo da ação penal pública, possui o poder postulatório (como pressuposto processual da capacidade de acionar/provocar) para todas as demais ações e medidas assecuratórias/cautelares de provocação do Poder Judiciário para o escopo final de preparar/instaurar/assegurar/prevenir a aplicação da lei penal ao caso concreto.

O advogado (Lei nº 8.906/94) e o defensor público (Lei Complementar nº 80/94) — que exercem função essencial à justiça — detêm o *jus postulandi* para orientação jurídica e defesa do interesse da pessoa que tenha incorrido na prática de infração penal, considerando o tema em questão. Ao Ministério Público, e tão-somente a ele, caberá a adoção de qualquer medida de provocação judicial, frise-se, seja de ordem assecuratória ou não, para viabilizar o exercício do direito penal material. Sob o prisma processual o Ministério Público difere do advogado e do defensor público porque, quando parte, (1) atua no exercício da titularidade da ação penal pública como órgão estatal legitimado a pleitear a aplicação da lei penal ao caso concreto e, ainda, é o Ministério Público sujeito ativo material porque atua como sujeito na *lide* (Estado/coletividade ofendida); (2) como sujeito ativo processual porque sujeito da relação processual no exercício do *jus postulandi*.

De outra feita, a Constituição Federal de 1988 conferiu à Polícia Civil a função de

polícia "judiciária" e a apuração de infrações penais, primando pelo caráter eminentemente repressivo. Assim estabelecendo a Carta Federal, fica clara a adoção de modelo similar e compatível ao sistema acusatório já existente e aperfeiçoado em diversos países europeus como Alemanha, Itália, Portugal, dentre outros, onde a polícia "judiciária" procede à adoção de investigações sob a coordenação do titular da ação penal, qual seja, ao Ministério Público, eis que a este devem ser dirigidas, diretamente, as provas para a formação da *opinio delicti* e qualquer informação de caráter urgente para adoção de medida judicial assecuratória cabível à espécie.⁽²⁾ Em outros dizeres, a Polícia Civil deve manter ligação direta com o Ministério Público, e sob a coordenação dele, afastando-se de plano qualquer possibilidade de a autoridade policial *acionar* a autoridade judiciária fornecendo informações de investigações ou dados relacionados à instrução do processo penal na medida que não detém o *jus postulandi* para tanto.

Nessa direção, cabe considerar que várias disposições do Código de Processo Penal brasileiro (de 1941) encontram-se em franca desarmonia com o novo sistema acusatório adotado pela nova ordem constitucional e, como tal, foram revogadas pelo art. 129, incs. I, VII, VIII e IX da Constituição Federal de 1988.

A título exemplificativo vale ressaltar que não foram *recepcionados* pela Constituição Federal de 1988 vários dispositivos do Código de Processo Penal, tais como: §§ 1º e 3º do art. 10; incs. I e IV do art. 13; parágrafo único do art. 21; art. 23; art. 26; § 1º do art. 149; art. 241 e art. 311; quando regram que peças decorrentes de investigações devam ser enviadas ao juiz competente e quando, de qualquer modo, tenham conotação de impulsionar o órgão judiciário, visto que (1) as provas decorrentes da investigação servem ao Ministério Público e não ao "juízo competente", imparcial que este deve ser, e (2) não mais cabe à autoridade policial, por



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

BOLETIM IBCCRIM

— ISSN 1676-3661 —

EDITOR DO BOLETIM: André Gustavo
I. Fonseca

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Andréa Cristina
D'Angelo, Carlos Alberto Pires Mendes,
Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes,
Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta
Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai
Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto,
Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo
da Costa, Humberto Monteiro da Costa,
Janaina C. Paschoal, Ludmila Vasconcelos Leite,
Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Marcos Araguari
de Abreu, Maria Emília Nobre Bretan,
Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz,
Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães
Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan
Mandel, Renato de Mello Jorge Silveira,
Renato Spaggiari, Rogério Marcolini
e Vinícius Toledo Piza Peluso.

**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,
MONTAGEM E FOTOLITO:**

Ameruso Artes Gráficas -
Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@mgnet.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

TIRAGEM: 21.000 exemplares

*"As opiniões expressas nos artigos publicados
responsabilizam apenas seus autores e não
representam, necessariamente,
a opinião deste Instituto"*

Correspondência: IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.org.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.org.br

▶ conta do sistema acusatório e da privatividade da ação penal pública do Ministério Público, o exercício do *jus postulandi*.

Esses são alguns exemplos de que o modelo acusatório instaurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inc. I) de modo claro atribuiu apenas a um órgão estatal a titularidade do *jus postulandi*: ao Ministério Público.

A presente questão já foi objeto de manifestação literária por **Wallace Paiva Martins Junior** quando, já em 1991, expôs lúcida orientação nos seguintes termos pertinentes:

"A outra questão que se examina é a respeitante à representação da autoridade policial com vistas à decretação judicial da prisão preventiva, da prisão temporária e da busca e apreensão domiciliar.

Ora, o delegado de Polícia não tem, pela natureza de suas relevantes funções típicas, o jus postulandi, e não poderia, logicamente, ter a possibilidade de oferecer esses pedidos em juízo, que interessam, sobremaneira, ao titular da ação penal.

Logo, esses pedidos devem ser deduzidos pelo dominus litis da ação penal, pública, o promotor de Justiça, pois constituem apenas procedimentos cautelares do direito processual penal no interesse da futura instrução criminal em juízo.

Se o promotor de Justiça tem o poder de requisitar inquéritos e diligências, conceder prazos e de exclusivamente propor a ação penal pública, também tem o poder exclusivo sobre as cautelares medidas acessórias da ação penal pública que lhe é exclusiva.

Preconiza-se a correção deste anacrônico distúrbio. O delegado de Polícia deve submeter essas pretensões ao promotor de Justiça, titular da ação penal pública e detentor do jus postulandi conseqüente em nome do povo, para que este, ao seu convencimento, provoque o Juízo.

Saliente-se que somente as partes têm o direito de provocar o juiz de Direito.

A permanência dessa estrutura, atualmente, nulifica o direito exclusivo da ação penal pública cometido ao Ministério Público e franqueia ao órgão policial uma prerrogativa que ontologicamente não lhe pertence, usurpando do controle do Ministério Público a atividade policial e a condução da ação penal pública acessória ou cautelar, nulificando o due process of law.

Não se pode conceber que a parte pública autônoma não exerça todos os atos inerentes à sua condição, delegando àquela cuja tarefa é a investigação dos crimes e contravenções o jus postulandi que não é amoldado a suas funções".⁽³⁾

De outro modo, a prática judiciária, por vezes viciosa e irrefletida, tem conduzido a situações inadmissíveis quando, por exemplo, a autoridade policial, mesmo ilegitimamente, como já adiantado, "representa" pela prisão preventiva (ou outra

medida cautelar) e recebe "parecer" contrário do Ministério Público (titular da ação penal pública) e mesmo assim a autoridade judiciária decide conforme a "pretensão" da polícia. A resolução da hipótese se mostra, assim, no mínimo teratológica, visto que reconhece a pretensão de órgão não legitimado a impulsionar judicialmente; afronta a disposição constitucional que confere ao Ministério Público a titularidade privativa do *jus postulandi*; ao princípio do devido processo legal, visto que da iniciativa de parte não legítima pode haver ofensa a um bem jurídico — e.g., liberdade — da pessoa; bem como da incumbência maior conferida ao Ministério Público para a defesa da "ordem jurídica" e dos "interesses sociais e individuais indisponíveis" ressaltados no art. 127 da Constituição Federal.

Também nesse particular, tratando de responder à formulação da hipótese de o Ministério Público manifestar-se desfavoravelmente à medida cautelar "solicitada pela Polícia Civil" ao juiz de Direito e vindo este deferir o pleito, **Wallace Júnior**, com precisa colocação, assim expõe:

"A resposta, é certo, dentro da perspectiva constitucional dada ao Ministério Público, é negativa, pois se estará ordenando algo que o titular exclusivo da ação penal pública não reputa necessário para a sociedade por ele representada em juízo, em flagrante prejuízo de sua liberdade de convicção na opinio delict ou na análise do meritiim causae. De outro lado, o exercício dessa parcela da soberania do Estado que lhe foi atribuído estará sendo usado por quem não a detém legitimamente, com prejuízos óbvios aos princípios da imparcialidade e do ne procedat judex ex officio".⁽⁴⁾

Não bastasse a invocação de dispositivos revogados pela Constituição Federal de 1988, mesmo após a nova ordem jurídica, tem-se editado lei que se mostra de duvidosa inconstitucionalidade com a privatividade do *jus postulandi* do Ministério Público e do sistema acusatório constitucionalmente adotado, como, por exemplo, a disposição do art. 2º da Lei nº 7.960/89 quando confere o exercício de "representação" da autoridade policial, ao Juízo criminal competente, para o decreto de prisão temporária. Não diferente é o disposto no art. 3º da Lei nº 9.296/96 que confere à autoridade policial a possibilidade de, literalmente, formular "requerimento" judicial para que se proceda à escuta telefônica. Na mesma direção é o disposto na Lei nº 10.409/2002 (de exígua precisão técnico-jurídica), por seu parágrafo único do art. 29 e art. 34, quando autoriza a autoridade policial e fazer pedido e requerimento diretamente ao juízo.

Poder-se-ia indagar: mas se assim não fosse, como se deveria proceder? Responde-se: qualquer ato de postulação judicial que vise assegurar/prevenir/exercer ação penal pública cabe tão-somente ao Ministério Público fazê-lo, face, repete-se, à privatividade do *jus postulandi*. ▶

➔ Nessa medida, até mesmo para se coordenar/concatenar à atribuição do exercício do controle externo (da legalidade) da polícia, as providências adotadas pela autoridade policial devem ser apresentadas diretamente ao titular da ação penal pública, e não ao magistrado, oportunidade em que se adotará a providência judicial cabível.

Essas colocações não têm outro fim que não concluir pela franca desarmonia procedimental que, mesmo após mais de doze anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, introdutória de importantes reformulações principiológicas no processo penal, vem se adotando com a prática reiterada na admissão de outro órgão estatal que não o Ministério Público no exercício do *jus postulandi*, mantendo-se em franco desacordo com o processo penal acusatório constitucionalmente adotado e

ofendendo a necessária imparcialidade do Juízo competente.

É preciso que tais procedimentos sejam adequados à nova realidade constitucional e devidamente corrigidos pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal que se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Enquanto tal, caberá ao Ministério Público buscar a escorreita aplicação da lei oficiando ao Poder Judiciário no sentido de adequar a interpretação das normas inferiores às regras e princípios constitucionais e não estes àquelas, sob pena de se proceder à "leitura da constituição de baixo para cima" e culminar com a "derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos 'metajurídicos' (sociológicos e políticos)".⁽⁵⁾

Notas

- (1) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.** "Processo Penal", 21ª ed., 1º vol., Saraiva, 1999, p. 94; **FERNANDES, Antonio Scaranec.** "Processo Penal Constitucional", 2ª ed., RT, 2000, pp. 173-177; **FONTELES, Cláudio Lemos.** "Investigação Preliminar: Significado e Implicações". *Revista da FESMPDFT*, ano 9, nº 17, jan/jun. 2001; dentre outros.
- (2) Assim: **CHOUZÉ, Fauzi Hassan.** "Garantias Constitucionais na Investigação Criminal", São Paulo: RT, 1995, pp. 36-51.
- (3) A exclusividade do *jus postulandi* do Ministério Público na ação penal pública e no inquérito policial, *Justitia*, São Paulo, 53 (156), out./dez. 1991, p. 15.
- (4) *Idem*, p. 18.
- (5) **CANOTILHO, José Joaquim Gomes.** "Direito Constitucional", Coimbra: Medina, 1992, pp. 238-239.

O autor é promotor de Justiça do MPDFT.

Infrao de Menor Potencial Ofensivo: Prevalece o Conceito da Lei nº 9.099/95

SILVIO DECILLO LEITE LOUBEH

Atendendo ao comando constitucional do inc. I do art. 98, o legislador ordinário editou a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Estadual e conceituou, no seu art. 61, as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, com o advento da E.C. nº 22, de 18 de março de 1999, permitiu a Constituição a criação de Juizados Especiais também no âmbito da Justiça Federal. Com este mister foi editada a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. No entanto, ao editar a nova lei, o legislador criou no parágrafo único do art. 2º um novo conceito, mais abrangente, de infração penal de menor potencial ofensivo e deixou claro que o mesmo aplicar-se-ia apenas nos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal, o que causou uma série de questionamentos na doutrina.

Antes de tudo deve-se esclarecer que nada impede que, a qualquer momento, seja alterado o conceito de infração de menor potencial ofensivo, pois a Constituição deixou tal definição a cargo do legislador ordinário. Para tanto, basta revogar o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95 e, por meio de outra lei ordinária, fixar o novo conceito.

O legislador da Lei nº 10.259/01, entretanto, não substituiu o conceito de infração de menor potencial ofensivo, mas criou um novo conceito a ser aplicado nos Juizados Especiais Federais. Pretendeu que coexistissem dois conceitos diferentes definindo uma mesma coisa. Além da incoerência lógica incompatível com o caráter científico do direito, há evidente ofensa ao princípio fundamental da isonomia.

A ofensa ao princípio isonômico decorre do fato de que agentes que praticassem fatos de igual gravidade receberiam tratamento diverso da lei. Não que esteja vedado à lei, em qualquer circunstância, discriminar situações e submetê-las a tratamentos jurídicos diversos, todavia esta discriminação de situações só estará justificada se houver uma correlação lógica abstrata entre o discrimen adotado e a diferença de tratamento prevista na norma legal, segundo a lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**. O mesmo autor presta o seguinte esclarecimento: "Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles".⁽¹⁾

Sobre o fator de discriminação, ensina **Bandeira de Mello** que, "necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes".⁽²⁾ No caso em estudo o fator erigido pelo legislador como discriminante não diz respeito ao agente, não diz respeito ao bem jurídico tutelado nem à gravidade da conduta, mas diz respeito à competência do órgão julgador. O simples fato de determinar crime estar inserido no âmbito de compe-

tência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual não é motivo bastante para que a lei confira um tratamento diferenciado.

Situações absurdas se configurariam na prática. Como anotou **Victor Eduardo Rios Gonçalves**, "se vingasse a diferenciação que a nova lei pretendeu estabelecer, o agente que desacatasse um policial federal seria julgado perante o Juizado Federal com direito a todos os benefícios que disto decorrem (...), enquanto aquele que desacatasse um policial estadual não teria o mesmo direito, uma vez que o desacato possui pena máxima de dois anos". Em seguida conclui: "esta diferença de tratamento obviamente ofende o princípio da igualdade e evidencia uma total desproporcionalidade na aplicação da norma penal, já que fatos de igual gravidade teriam tratamentos diversos".⁽³⁾

Segundo **Victor Gonçalves**, também se manifestaram pela ofensa ao princípio isonômico **Luiz Flávio Gomes, Damásio de Jesus, César Roberto Bittencourt, Alberto Silva Franco, Fernando Capez, Adauto Suannes, Cláudio Dell Orto, Fernando Luiz Ximenes Rocha, José Renato Nalini, Paulo Sérgio Leite Fernandes, Mariana de Souza Lima Lauand e Roberto Podval**. Segundo estes autores, a nova definição de infração de menor potencial ofensivo, trazida pela Lei nº 10.259/01, por ser norma posterior incompatível com o art. 61 da Lei nº 9.099/95, deve prevalecer e ser aplicada tanto no âmbito Estadual quanto no Federal.

Concordamos com a premissa, mas não com a conclusão. Para nós é evidente a ofensa ao princípio isonômico e nisto não vamos nos aprofundar mais, pois ➔

CICLO DE PALESTRAS

A Unoeste realizará, em parceria com o IBCCRIM, o 2º Ciclo de palestras de 2002, agora com o tema: *Criminologia*
Data: de 19 a 21 de agosto
Local: Unoeste

Presidente Prudente - SP
Horário: 16h00 — 19/08

"Teorias Sociológicas em Criminologia"

dra. Ana Paula Zomer — 20/08

"Tendências Atuais do Pensamento Criminológico"
dr. Sérgio Salomo Shecaira — 21/08

"Teorias Psicológicas, Psicanálise e Psiquiatrias da Criminologia"
dra. Ana Lúcia Sabadell InformaCes

Depto. de Comunicação e Marketing
tel (011) 3105-4607
ramais 155, 153 ou 144
e-mail: comkt@ibccrim.org.br

—CONGRESSO DIREITOS FUNDAMENTAIS E REFORMAS PENAIST†

O evento será promovido pela OAB e PUC do Rio Grande do Sul e realizará, simultaneamente, a 14ª Semana de Estudos Jurídicos e o IV Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais.

Data: de 12 a 16 de agosto
Horário: das 18h30 às 22h30
Local: PUC/RS
InformaCes: (051) 3320-3506
A programação completa do evento encontra-se disponível no nosso site: www.ibccrim.org.br

se trata de entendimento amplamente majoritário já esmiuçado por notáveis penalistas. No entanto, para nós, a consequência desta premissa é a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01.

O fundamento jurídico dos autores que pretendem a prevalência do novo conceito trazido pela Lei nº 10.259/01 é o de que a inconstitucionalidade do dispositivo restringir-se-ia à expressão "para os efeitos desta lei", constante do parágrafo único do art. 2º, com o que, *data venia*, não podemos concordar.

Ao se considerar a expressão "para os efeitos desta lei" inconstitucional, preservando-se o restante do dispositivo, altera-se totalmente o seu sentido e inverte-se a intenção expressamente manifestada pelo legislador. Dá-se à norma um alcance que ela nunca teve, para abranger situações não previstas pelo legislador. Seria o mesmo, por exemplo, que declarar a inconstitucionalidade da palavra "não" do § 1º do art. 3º da mesma Lei nº 10.259/01 ("Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas..."). Haveria, na hipótese, evidente ofensa ao princípio fundamental da separação de poderes. Estaríamos admitindo, no caso, aquilo que a doutrina e a jurisprudência italiana denominam "sentença manipulativa" (*decisioni manipolative*), consistente em uma técnica de decisão transformadora do significado da lei.⁽⁴⁾ O princípio fundamental da separação de poderes é, evidentemente, atingido quando se permite que uma decisão judicial "transforme o significado da lei".

O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, já se manifestou no sentido de que o Judiciário, quando exerce o controle de constitucionalidade das normas, não pode agir como "legislador positivo", ainda que isto decorra da simples supressão de uma norma ou de parte dela: "A jurisprudência das turmas desta Corte é firme no sentido de que é vedado a este Tribunal, via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei, alterar o sentido inequívoco da norma. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo" (EAGAA-153334/RS, rel. min. **Maurício Correa**, j. 20.10.95, DJ 23.02.96, p. 3.629).

É esclarecedor o seguinte trecho, extraído da ementa da ADIn 1063-DF: "A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador" (ADIMCQ-

1063 / DF, rel. min. **Celso de Mello**, j. 18.05.94, Trib. Pleno, DJ 27.04.01, p. 57).

No caso em estudo, a supressão da expressão "para os efeitos desta lei" altera o sentido que o legislador imprimiu à norma, criando uma nova norma "substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador", com repercussões práticas gravíssimas que o legislador expressamente pretendeu excluir.

Recorremos mais uma vez à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas" (HC nº 76.543/SC, rel. min. **Sydney Sanches**, j. 03.03.98, DJ 17.04.98, p. 6). Ressalvando-se o fato de que no caso ora em estudo há efetiva ofensa à isonomia, a ementa aponta a única solução possível em face do princípio da Separação de Poderes, qual seja, declarar a inconstitucionalidade da norma que ofende o princípio da isonomia e não estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros crimes.

Não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal pode restringir a declaração de inconstitucionalidade a uma expressão, ou mesmo a uma única palavra, da norma impugnada, como fez na ADIn 1127-8/DF, ao suspender cautelarmente a eficácia da expressão "ou desacato", contida no § 2º do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Neste caso, entretanto, não foi alterado o sentido do restante do dispositivo nem se alargou o alcance da norma.

Assim, havendo inconstitucionalidade no parágrafo único do art. 2º, como há, a solução que se impõe é a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal por via de Ação Direta, com efeitos *erga omnes*, e a utilização, nos Juizados Federais e Estaduais, do conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto na Lei nº 9.099/95. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não é provocado a manifestar-se devem os operadores do direito afastar, nos casos concretos, a incidência do dispositivo inconstitucional.

NOTAS

- (1) **MELLO, Celso Antônio Bandeira**, "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", 3ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 21-22.
- (2) *Idem, ibidem*, p. 23.
- (3) **GONÇALVES, Victor Eduardo Rios**, "O Novo Conceito de Infração de Menor Potencial Ofensivo", *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 111, fev/2002, pp. 01-02.
- (4) Cf. **CANOTILHO, J. J. Gomes**, "Direito Constitucional e teoria da Constituição", 4ª ed., (s.d.), Coimbra: Almedina, p. 990.

O autor é advogado em São Paulo.

O Agente Público e a Prova Ilcita

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

1. Intrõito

Em voga a **moralidade administrativa**, principalmente ora em que nos desvencilhamos da "cortina de chumbo". Vale mencionar a *Exposição de Motivos do Código de Conduta da Alta Administração Federal*:

"Além disso, é de notar que a insatisfação social com a conduta ética do governo — Executivo, Legislativo e Judiciário — não é um fenômeno exclusivamente brasileiro e circunstancial. De modo geral, todos os países democráticos desenvolvidos, conforme demonstrado em recente estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, enfrentam o crescente ceticismo da opinião pública a respeito do comportamento dos administradores públicos e da classe política. Essa tendência parece estar ligada principalmente a mudanças estruturais do papel do Estado como regulador da atividade econômica e como poder concedente da exploração, por particulares, de serviços públicos antes sob regime de monopólio estatal."

Enveredo, por isso mesmo, com o tema na testilha: prova ilícita dos crimes praticados por agentes públicos. Nesta alcatifa, são muito comuns (e a mídia tem mostrado com frequência) **gravações magnéticas** (de áudio em fita cassete e de vídeo) de crimes praticados por agentes públicos, feitas por pessoas lesadas ou por terceiros. Dado: "São invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral" (art. 5º, X, CF). Daí, possui eficácia jurídica, para fins de condenação criminal, uma gravação realizada sem o conhecimento do agente público, que comprove a utilização de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos?

2. Situação da prova ilícita

A questão se insinua no campo da **prova ilícita**, na medida em que o direito (à intimidade) eventualmente arrostado é **material**. No que tange à sua admissibilidade processual, leio o magistério de **Sepúlveda Pertence**:

"Ninguém aqui desconhece a discepção, ainda insepulta, entre as duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas — como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais. 11. A primeira — por séculos predominante — fiel à velha máxima male captum bene retentum: ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram — lícita ou ilícitamente — as provas do fato. 12. Se ilícitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis. 13. De outro lado, os que — desde as decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos — partem da unidade da ordem jurídica e da necessidade

de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais e negam-se possam admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir. 14. Pelos últimos, valha por todos a lição, na doutrina alemã, de **Amelung** — colacionada por **Costa Andrade** — segundo a qual 'o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena, se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal'. Pois, argumenta, 'o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o Direito Penal se propõe precisamente assegurar'. 15. Testemunham os doutores a prevalência hodierna da tese da proscrição da admissibilidade processual da prova ilícita' (STF, HC nº 80.949, **Sepúlveda Pertence**, voto do rel., *Informativo STF 250*).

3. Variáveis da equação

São duas, reciprocamente excludentes para um **dado caso concreto**.

Uma, a de que "a Justiça Penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados" (STF, Ap. nº 307-3, **Ilmar Galvão**, DJ 13.10.95, voto do rel.), e consubstanciam o devido processo legal (art. 5º, LV, CF), sendo "dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas" (art. 5º, LVI, CF), uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas" (STF, Ap. nº 303-7, voto de **Celso de Mello**). Assim, a posição sobranceira dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico submete a um **crivo** a busca da verdade real, proscrevendo a violação de franquias constitucionais para obtenção de qualquer prova incriminadora.

Outra, os princípios **constitucionais expressos** da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37, *caput*, CF) da Administração Pública. Daí, a subordinação completa do administrador à lei que, imbuída necessariamente no princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), obriga-o a atuar com escopo no interesse público e arrimo na honestidade, propiciando-se a mais ampla possibilidade de controle da legitimidade dos atos administrativos.

A conciliação de ambas, operam os **princípios da proporcionalidade** do Direito germânico e **da razoabilidade** do Direito norte-americano, com a ponderação dos valores em liça. Estes princípios são **meio de interpretação constitucional** (**BARROSO, Luis Roberto**, "Interpretação e Aplicação da Constituição", São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 198/214).

4. Desqualificação da prova como ilícita na hipótese

Neste diapasão, **prevalecem** os valores do segundo axioma. É que: se impõe ao administrador, no exercício de sua função pública, fiel cumprimento aos princípios constitucionais da Administração Pública; não há direito fundamental absoluto e há preponderância do **interesse público** da boa-administração sobre o privado da tutela da intimidade. E o Direito é axiológico, por isso que as normas resultam de opções valorativas, máxime no plano dos princípios e no direito moderno, em que a supremacia do interesse público sobre o privado se configura como verdadeiro **postulado fundamental**.

Bem lembrado por **Marco Aurélio**, "o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César" (STF, RE nº 160.381, voto do rel. *per relationem* ao voto **Régis de Oliveira**, da 8ª Câmara Cível do TJ/SP). O dever de mostrar o cumprimento dos princípios constitucionais pelo administrador público coloca-o sob um **cone de luminosidade**, cujos limites abrangem toda sua atividade enquanto **representante do Estado** e dentro dos quais não há invocar o direito à intimidade e à privacidade, na medida em que sua investidura tem por suposto a renúncia de tais direitos no trato da *res publica*.

A investidura de uma pessoa em função pública é **ato-condição** que a insere num regime jurídico processual penal **diferenciado** no tocante à prova ilícita, definido constitucionalmente e bitulado pela conjugação dos arts. 5º, LVI e 37, *caput*, CF.

De se observar que o direito à intimidade é um direito fundamental de 2ª geração (**BONAVIDES, Paulo**, "Curso de Direito Constitucional", 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, pp. 518/22), qual direito social, por isso **relativo** (os direitos fundamentais de 1ª geração são absolutos), *i.e.*, condicionado à disposição da sociedade atendê-lo. Essa disposição está **constitucionalizada** no nosso Direito, em relação ao agente público. E Direito é uma unidade lógica. As normas se interligam. Não se contradizem. Do cotejo dos princípios administrativos com o direito à intimidade, aqueles têm maior densidade axiológica, **mitigando**, só por isso, o campo da ilicitude da prova.

Ainda que assim não fosse, observe que o direito à intimidade tem sua semente no Direito Norte-americano: intimidade no sentido de permanecer sozinho, da **privacidade do direito de estar só**, do direito de ter segredo íntimo da vida privada (*right to be let alone*). A proteção à intimidade, é tautológico, tem o seu círculo próprio no âmbito da intimidade. Agora, se eu saio à rua e abandono a minha casa para entrar numa

CURSO

"Justia e Finitude - Uma Questo Hermen`utica do Direito"

Professora palestrante: Ana Maria Messuti de Zabala (advogada, professora da Faculdade de Direito de Buenos Aires)

Data: de 26 a 29 de agosto de 2002

Hor`rio: das 9 às 12 horas

Local: Escola Paulista da Magistratura, Rua da Consolação n° 1.483, 3° andar

Preo: R\$ 50,00 (por pessoa)

Inscrições: de 22 de julho a 16 de agosto, na secretaria da EPM

Fones: (0xx11) 3259-9747 / 3257-8954, das 9 às 17 horas.

Serão emitidos certificados aos participantes.

CICLO DE PALESTRAS

O Instituto Manoel Pedro Pimentel com o apoio do IBCCRIM, realizará entre os dias 26 e 28 de agosto, Ciclo de Palestras sobre Direito Penal Econ`mico.

Estarão presentes os profs. Andrea Castaldo, Ricardo Breier e Luiz Regis Prado.

O programa completo encontra-se disponível no site do IBCCRIM: www.ibccrim.org.br

Mais informações e inscrições no Departamento de Direito Penal da Universidade de São Paulo – tel: 3111-4011 ou Instituto Manoel Pedro Pimentel – tel: 3898-1536.

➤ atividade intersubjetiva comercial, liberal ou pública, seja individualmente, seja pela via da pessoa jurídica, a regra é: mostre a que veio e mostre o que fez, máxime na última.

5. Exemplo de supremacia da norma-princípio da publicidade sobre norma protetiva da intimidade [art. 38, LRB]

Protagonizo com o Direito Financeiro. Evoco o MS n° 21.729-4 (STF, rel. p/ac. Néri da Silveira, DJ 19.10.01). Leio a ementa:

"Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n° 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8°, da LC n° 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público — art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8°, incisos II e IV, e § 2°, da Lei Complementar n° 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n° 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido."

Está no voto de Néri da Silveira:

"Com efeito, o sigilo bancário não pode englobar este tipo de informação, em se cuidando de aplicação de recursos públicos. Pretender o Ministério Público Federal saber se já houve contratos, quem são os contratantes, a data de sua celebração, a edição do Diário Oficial em que estão publi-

cados esse contratos, tudo isso não há de ficar, sob o manto do sigilo bancário, se se cogita de transações subsidiadas por recursos do erário".

No precedente, estão duas premissas antagônicas: a celeuma da quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público sem autorização judicial (a que se acresceu um novo ingrediente: a LC n° 105, de 10.01.01) e o princípio da publicidade da Administração Pública. Prevaleceu a norma-princípio da publicidade, por isso afastada qualquer revisita ao então entendimento do STF, no sentido de que "A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da CF, não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5°, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa" (RECR n° 215.301, Carlos Velloso, 2ª T., DJ 13.4.99).

5. Eplogo

É lícita a prova magnética (de áudio em fita cassete ou de vídeo) de crimes praticados por agentes públicos produzida por quem sofre a investida criminosa ou por terceiro, ainda que sem a ciência de nenhum dos interlocutores. Ver, na jurisprudência do STF: HC n° 74.678, Moreira Alves, DJ 15.8.97, versando crime de extorsão praticado por Fiscal de Rendas e HC n° 75.338, Nelson Jobim, DJ 25.9.98, versando exploração de prestígio praticado por juiz de Direito. Na doutrina: MORAES, Alexandre de, "Direito Constitucional", 9ª ed., São Paulo: Atlas, pp. 125/6.

O direito de lesar o Estado, direta ou indiretamente (valendo-se de sua estrutura), sob o pálio da intimidade, não é uma franquia democrática, e não deve, por isso mesmo, ser protegido. Em verdade, trata-se de simples interesse (inconfessável de alguns), na medida em que o ordenamento jurídico não o tutela. Pelo contrário: repudia-o.

Gizo que este proselitismo não se aplica aos crimes cometidos por particulares, qualquer que seja sua gravidade, mesmo hediondo, à míngua de norma constitucional que o respalde noutras searas que não àquela do agente público (no seu conceito amplo: art. 327, CP). Em casos tais, a jurisprudência somente tem como lícita a prova produzida com o conhecimento da vítima de investida criminosa, ao fundamento de legítima defesa: "Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova" (STF, HC n° 75.261, Octávio Gallotti, DJ 22.08.97).

O autor é procurador federal em Cascavel (PR) e pós-graduando em Direito Penal pela Inbrape/Univel (PR).

Da Assist`ncia no Processo Penal

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

Os arts. 270 e seguintes do CPP cuidam da assistência no processo penal, mais especificamente da figura do assistente de acusação, estando legitimado para tanto o ofendido ou seu representante legal.

O tema suscita, porém, algumas indagações, dentre elas a identificação do papel da vítima no processo penal, bem como o real conceito de ofendido para fins de assistência.

Em primeiro lugar é possível visualizar a vítima, no processo penal, nas seguintes situações: a) como sujeito passivo de uma infração penal; b) como titular da ação penal privada — seja ela exclusiva, pessoalíssima ou subsidiária —, hipótese em que o seu poder de atuação se apresenta na forma mais ampla possível, respeitados, obviamente, os princípios que norteiam cada uma dessas espécies de ação; c) na Lei nº 9.099/95, a vítima encontra a real possibilidade de satisfação da sua pretensão patrimonial, tendo em vista a possibilidade da composição civil por ocasião da audiência preliminar, com reflexos na punibilidade; d) e, finalmente, tem-se a vítima como assistente de acusação.

Qual o interesse que move a vítima no processo penal? Essa questão tem por base a dúvida suscitada em torno da possibilidade de o assistente recorrer para agravar a pena do réu já condenado. Parte da doutrina e dos tribunais sustenta que a presença da vítima no processo penal se justifica única e tão-somente em razão do interesse por uma futura indenização, o que acaba por limitar suas ações na relação jurídica processual, não podendo, portanto, recorrer para agravar a pena imposta ao acusado.

Todavia, tal raciocínio apresenta-se incompleto e simplista. E por uma razão bem evidente. Na hipótese de a vítima promover a ação penal privada subsidiária, que na essência é uma ação penal pública, a sua atuação é tão ampla quanto se o MP estivesse no pólo ativo da demanda. Ou seja, goza de ampla liberdade para recorrer e para produzir provas. Logo, não se pode afirmar que o interesse da vítima é de natureza meramente econômica, na medida em que faz as vezes do Estado-administração, que num dado momento mostrou-se omissa, dada a ausência de pronunciamento pelo MP no momento em que deveria fazê-lo. E no caso do assistente? Por que poderia ele recorrer para agravar a pena do réu? Poderia sim apelar, uma vez que o recurso supletivo do assistente, tal qual a ação privada subsidiária, busca coibir e evitar as conseqüências malélicas provocadas pela omissão ou desídia do MP. Com efeito, qual seria a razão a justificar o tratamento diferenciado entre a vítima enquanto parte principal, na ação privada

subsidiária, e a vítima enquanto assistente de acusação? Não há justificativa legalmente aceitável. A única restrição que se põe é que a atuação como assistente tem por finalidade complementar a atividade do MP na relação processual, ao passo que, enquanto titular da ação, a atuação mostra-se mais ampla. Tanto é verdade que se o MP atuar eficazmente, o assistente se posicionará na condição de mero coadjuvante.

Não que se refere à segunda questão, relativa ao conceito de ofendido para fins de assistência, indispensável a formulação de algumas reflexões. O ofendido pode ser visto, numa primeira análise, como aquele que sofre a lesão ou ameaça de lesão, em decorrência da prática de uma infração penal — por exemplo, um crime de lesões corporais, um furto, um roubo, apropriação indébita, dentre outros. Nesse mesmo conceito se inserem não somente as pessoas físicas, mas igualmente as pessoas jurídicas, sejam elas de Direito público ou de Direito privado. No crime de estelionato, na modalidade emissão de cheque sem fundos, por exemplo, tanto é possível que o sujeito passivo seja uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica — uma empresa, uma sociedade de economia mista, a União, os Estados, os Municípios.

O problema que se põe, entretanto, refere-se às infrações penais em que não se visualiza um sujeito passivo determinado, como, por exemplo, num crime ambiental ou num crime contra as relações de consumo. Como resolver esse impasse? Parece-me que não admitir a figura do assistente nesses casos é uma interpretação equivocada e incorreta, até porque se lançaria mão de um argumento despropositado e legalmente incorreto, qual seja, o da não existência de um sujeito passivo determinado e individualizado.

O CPP, quando trata da legitimidade do ofendido ou de seu representante legal, não define quem é o ofendido, nem tampouco estabelece um critério para permitir a identificação desse ofendido. Tal situação recomenda, portanto, o socorro de outras normas, cuja autorização encontra-se estampada no art. 3º do CPP, o qual prevê a possibilidade da aplicação da analogia enquanto critério integrador das eventuais omissões legais. E qual seria o diploma legal a suplantará a omissão retro destacada? Nos mencionados crimes ambientais e crimes contra as relações de consumo, os bens jurídicos tutelados — quais sejam, o meio ambiente e o consumidor — traduzem-se em interesses de natureza difusa, assim entendidos não somente os difusos propriamente ditos, mas igualmente os coletivos e os individuais homogêneos. Quando se fala na defesa judicial desses interesses, pensa-se logo nas ações coletivas

propostas na esfera cível, cuja legitimidade é atribuída constitucionalmente ao MP e aos co-legitimados, na forma do estabelecido na CF (art. 129, § 1º) e na Lei Federal nº 7.347/85. Nessa esteira, indaga-se: qual a diferença entre a tutela do meio ambiente na esfera cível e a tutela do meio ambiente na esfera penal? É claro que o interesse ou direito tutelado é o mesmo. A única diferença restringe-se às conseqüências e efeitos de uma e de outra.

Ora, se o direito ou interesse protegido é o mesmo, pode-se afirmar que os co-legitimados contemplados na CF e na Lei da Ação Civil Pública possuem igualmente legitimidade no âmbito penal, obviamente com algumas restrições, principalmente em razão da titularidade exclusiva da ação penal pelo MP, na forma do art. 129, I, do texto constitucional.

Mas, qual seria então a real extensão da atuação dos co-legitimados no processo penal? Nesse sentido, levando em conta a ressalva acima exposta, tem-se que os co-legitimados podem não somente propor a ação penal subsidiária, mas igualmente podem se habilitar como assistentes de acusação. E qual seria o requisito a ser analisado a fim de se aferir a efetiva legitimidade? Nesse caso deverá ser observado o disposto no art. 5º, *caput*, e incs. I e II, da Lei Federal nº 7.347/85. Os co-legitimados abrangem tanto as pessoas jurídicas de direito público como as de direito privado, sendo certo que, nesse último caso, há necessidade de existência por prazo igual ou superior a um ano, bem como a inclusão da proteção ao interesse em discussão dentre as suas finalidades institucionais.

Reforça o raciocínio acima desenvolvido o fato de que, se assim não o fosse, certamente não se visualizaria a admissão da ação penal privada subsidiária nas infrações penais que não possuem sujeito passivo determinado, contrariando o texto constitucional, o qual consagra a ação penal privada subsidiária como direito fundamental. Aliás, tal previsão da ação penal privada subsidiária no rol do art. 5º da CF constitui uma garantia destinada a coibir a eventual desídia e omissão por parte do titular da ação penal pública. Isso significa dizer que, se nesses crimes não se concebesse a possibilidade da propositura da ação subsidiária pelos co-legitimados, ficaria o MP destituído de qualquer fiscalização social na hipótese de omissão, restando, assim, afrontada, a garantia constitucional.

É por essas razões que a aplicação analógica da Lei nº 7.347/85 mostra-se indiscutivelmente justificada e autorizada.

Em suma pode-se concluir que:

a) Em primeiro lugar o interesse que move a vítima no processo penal

▶ não é exclusivamente patrimonial, tanto que, quando move a ação penal privada subsidiária, substitui o MP e representa o Estado-administração, ostentando nessa condição amplos poderes para a prática dos atos pertinentes ao titular da ação. Seja enquanto parte principal na ação penal privada subsidiária, seja enquanto assistente de acusação na ação penal pública, o fundamento que justifica a sua presença é o mesmo, qual seja: coibir a desídia e a omissão por parte do MP. Assim sendo, o ofendido pode perfeitamente apelar para postular o agravamento da pena imposta ao réu na condenação.

b) Em segundo lugar o conceito de ofendido para fins de assistência ou mes-

mo para aferição da legitimidade na ação penal privada subsidiária não se restringe ao sujeito passivo direto da infração, mesmo porque em certas infrações o sujeito passivo não é individualizável. Isso significa dizer que, nesse último caso, é perfeitamente concebível o exercício do aludido direito pelos co-legitimados, assim conceituados no art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85. A aplicação desse texto legal justifica-se pela omissão e falta de clareza do CPP, cuja integração resta viabilizada a partir do art. 3º do estatuto adjetivo.

O autor é promotor de Justiça em São Paulo e professor de Direito Processual Penal.

LEGISLAÇÃO

Veja no site do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br) a íntegra da Portaria nº 648, de 07.06.02, que institui o Conselho Gestor do Observatório Nacional de Segurança Pública; e o Decreto nº 4.262, de 10.06.02, que regulamenta a Lei nº 10.357, de 27.12.01, que estabelece normas e fiscalização sobre produtos químicos destinados à elaboração ilícita de entorpecentes, psicotrópicos ou que determinem dependência física ou psíquica.

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Veja ainda no site do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br) a íntegra da Lei nº 10.467, de 11 de Junho de 2002, que acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

O Agente Infiltrado na Investigação das Associações Criminosas

ISAACSABBÁ GUIMARÃES

O maior entrave que a investigação policial enfrenta no fenômeno do narcotráfico, situa-se na zona da criminalidade especializada dominada por associações de criminosos. Estas associações dispõem de aparatosos arsenais de armas, veículos aéreos e embarcações, farto contingente de criminosos que formam uma rede, às vezes com informações valiosas obtidas até mesmo de certos segmentos da polícia. Não faz muito tempo, o Brasil assistiu estupefato ao desvendamento de apenas uma pequena parte da alta criminalidade, através da intervenção (pouco apropriada) de uma CPI, cujos resultados, apesar do muito espalhafato, foram pífios. Mais recentemente, a prisão de um certo traficante revelou como os métodos de investigação tradicional perdem para esta modalidade criminosa que, inclusive, consegue burlar o sistema de controle de uma prisão de segurança máxima.

O problema, como se sabe, não é novo, suscitando da criminologia a arquitetura de conceitos criminais e políticas de criminalização e, principalmente nos países de cultura jurídica anglo-americana, a adoção de ampla oportunidade de negociação entre o Ministério Público e o criminoso.

A partir de meados da década passada, tivemos um grande avanço nesta matéria. A Lei nº 9.034/95, de 3 de maio, que dispôs sobre os meios de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, prevendo a redução da pena de um a dois terços para os que, espontaneamente, colaborarem no esclarecimento de infrações penais e sua autoria (art. 6º). Posteriormente, a Lei nº 9.807/99, de 13 de julho, permitiu a concessão de perdão judicial, *ex officio* ou a pedido das partes, ao acusado primário que colaborar com as investigações policiais ou com o processo. Bem como, a redução da pena de um a dois

terços para o indiciado ou acusado que voluntariamente colaborar⁽¹⁾. E agora, a Lei nº 10.409/02, de 11 de janeiro, que estabeleceu a nova política de prevenção e repressão dos crimes de tóxicos e ainda o procedimento criminal destes crimes, concedeu uma maior margem de oportunidade ao Ministério Público para que, através da negociação direta com criminosos, possa investigar as organizações criminosas⁽²⁾, estando claro, no entanto, que esta fase incipiente de novo modelo de persecução criminal esbarra na tradicional postura do Ministério Público que, inegavelmente, terá de ser remodelado para melhor conduzir as atividades policiais, requerendo um órgão específico que presida às investigações.

Mas a nova Lei de Tóxicos, apesar das inúmeras e fundadas críticas sofridas ainda durante o processo legislativo⁽³⁾, ultrapassou os estritos limites da colaboração estimulada, trazendo um importante avanço em matéria de investigação policial: a introdução da figura do agente infiltrado⁽⁴⁾.

Via de regra a polícia vem se servindo de uma praxe muito simples para o desbaratamento do narcotráfico, que culmina precipuamente com a prisão dos agentes criminosos. O procedimento policial, de todo não previsto no ordenamento processual penal, consiste em colocar um agente da polícia com a identidade encoberta no meio criminoso. Em contato com o possível traficante, o policial instiga-o a praticar algum dos atos típicos do narcotráfico, v.g., a venda de determinada quantidade de entorpecente. A pessoa instigada, levada a agir daquela forma por supor estar negociando com um usuário, é então presa *incontinente*. É o que a doutrina chama de flagrante provocado.

Em seu favor, está uma orientação doutrinária e jurisprudencial que tende a funcionalizar o processo penal, tornando-

▶ o antes meio principal de descoberta de uma verdade pretendida pelos meios oficiais de controle da criminalidade e de persecução criminal, na mesma medida em que deixa ao olvido o seu caráter de garantia de certos princípios inerentes ao sistema jurídico-penal de um Estado de direito democrático, que se deve pautar por noções irrenunciáveis de ética⁽⁵⁾. **Damáσιο de Jesus**, ao tratar do flagrante provocado no seu festejado trabalho "*Novas Questões Criminais*", recorre a um complicado raciocínio para sustentar a validade do flagrante em relação à conduta do traficante anterior à instigação, tendo como suposto tratar-se de crime categorizado como permanente. Assim, refere:

"Como acontece na maioria das vezes, o induzimento policial à venda da droga pelo traficante é feito para deslindar a guarda ou depósito criminoso. De maneira que o estímulo policial provocante é posterior ou concomitante a um crime já consumado ou em fase de consumação permanente. Os comportamentos do traficante, nas hipóteses de guarda, depósito etc., não são induzidos pelo agente policial. Em consequência, há delito e pode ser lavrado o auto de prisão em flagrante, mas somente em relação à guarda ou depósito da droga, isto é, no tocante às condições não provocadas pelo simulador (REsp. nº 277, STJ, 5ª Turma, rel. min. Costa Lima, RT, 652:358)"⁽⁶⁾.

A jurisprudência segue a mesma solução:

"Tráfico de entorpecentes - Crime de efeito permanente - Flagrante preparado - Irrelevância para a caracterização do delito - Súmula 145/STF — I - Não há falar em nulidade do flagrante, sob a alegação de ter sido preparado ou provocado, pois o crime de tráfico de entorpecentes, de efeito permanente, gera situação ilícita que se prolonga com o tempo, consumando-se com a mera guarda ou depósito para fins de comércio, restando inaplicável o verbete da Súmula 145/STF. II - RHC improvido" (STJ, RHC nº 9.839/SP, 6ª T., rel. min. Fernando Gonçalves, DJU 28.08.00).

Se conseguirmos nos abstrair desta concepção eminentemente funcionalista e colocarmos a atuação do agente provocador nos limites da teoria do crime, observaremos que ela preencherá a moldura penal. Será, pois, típica. E o pior, antijurídica, uma vez que não se concebe a admissibilidade de qualquer excludente de antijuridicidade para o caso. Vai neste sentido a lição de **Gonçalves, Alves e Valente** quando afirmam que "*na medida em que o agente provocador pretende submeter outrem a um processo penal e, em última instância, a uma pena, actuando consequentemente com vontade e intenção de, através do seu comportamento, determinar outra pessoa à prática de um crime, agindo deste modo, com dolo ao determinar outrem à prática de um crime, ele age, também, com dolo relativamente à reali-*

zação do crime. Por outras palavras: o agente provocador não pode deixar de querer, também, a própria consumação do crime, levado a efeito, embora por outra pessoa. Ele actua, em nossa opinião, em relação ao crime, pelo menos na maioria das vezes, com dolo necessário, ou no mínimo, com dolo eventual, não obstante as motivações puderem ser consideradas de relevante valor social ou moral"⁽⁷⁾.

Para além da formal invalidade do flagrante propiciado pela atuação do agente provocador, podemos ainda arrematar que a desculpa artificiosa erigida pela doutrina e jurisprudência conflitua — quanto a isto não nos resta dúvida — com a pretensão de estruturar nosso Estado democrático sobre as bases ontológico-axiológicas inscritas na Constituição da República, mormente a da Justiça penal justa, assim compreendida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia fundamental ao devido processo legal.

Como deixamos entrevisto mais acima, a Lei nº 10.409/2002, de 11 de janeiro, propicia melhores meios para as investigações, incluindo no seu art. 33, I, a "*infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações*". Trata-se, pois, da regulamentação da figura do agente infiltrado, que se destina particularmente às investigações dos crimes perpetrados por grupos.

No presente caso o policial atuará com a identidade encoberta, tentando granjear a confiança dos criminosos, mas, diferentemente do agente provocador, estará autorizado pelo juiz que, por sua vez, deve antes ouvir o Ministério Público (art. 33, caput). Esta condição leva-nos a entender que, em primeiro lugar, o controle judicial da providência investigatória retira à autoridade policial o pleno poder discricionário de investigar⁽⁸⁾ e, por via de consequência, minimiza as hipóteses de arbitrariedade. Em segundo lugar, se a infiltração de agente da polícia depende de autorização do juiz, isto implica que preexistam um pedido formulado pela autoridade policial que, logicamente, deverá fundamentar as suspeitas. Ou seja, em nossa opinião o pedido não pode ter como suporte meras suspeitas íntimas da autoridade policial pois, se assim for, a providência poderá causar dano ao direito fundamental à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CR). Deverá, portanto, arrimar-se em indícios de autoria e materialidade delituosas. Tal entendimento é corroborado pelo fato de a lei ter previsto o procedimento "*Em qualquer fase da persecução criminal*" (art. 33, caput), isto é, a partir do inquérito policial, quando se dá a colheita de indícios.

Observa-se, por outro lado, que a infiltração de agentes não os autoriza à prática delituosa, neste particular distinguindo-se perfeitamente da figura do agente provocador. O infiltrado, antes de induzir outrem à

ação delituosa, ou tomar parte dela na condição de co-autor ou partícipe, ou mesmo praticar delito autônomo (v.g., comprar entorpecente para fins de uso), limitar-se-á ao "*objetivo de colher informações sobre operações ilícitas*", as quais serão repassadas à autoridade que preside às investigações com o fim de traçar a tática de persecução e elucidação do crime. Para tanto, os infiltrados poderão dispor dos mecanismos de investigação previstos no art. 34⁽⁹⁾.

Ao nosso ver, a regulamentação da figura do agente infiltrado tem alcance muito maior do que a disponibilização de um novo e eficaz meio investigatório: é, também, a condição de eliminarmos a antiga praxe policial do agente provocador — a todas as luzes inconcebível para o modelo de Justiça penal de um Estado democrático de direito — sem que renunciemos à constante necessidade de debelar a criminalidade de alto potencial ofensivo, pelo menos por agora restrita aos crimes da Lei Antitóxico.

NOTAS

- (1) Cfr. arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99.
- (2) Para uma análise mais profunda da matéria, cfr. nossos comentários aos §§ 2º e 3º, do art. 32 da mencionada lei, in **GUIMARÃES, Isaac Sabbá**. "*Tóxicos - Comentários, Jurisprudência e Prática*". Curitiba: Juruá, no prelo.
- (3) Cfr. o nosso trabalho acima citado.
- (4) *Ibidem*, comentários ao art. 33, da Lei nº 10.409/2002.
- (5) Ao tratar dos chamados "homens de confiança", categoria que abrange a figura do *polizeiliche Lockspitzel*, o agente provocador, **Costa Andrade** chama-nos a atenção para um interessante julgado do *Rechtsgericht* alemão de 1912, segundo o qual "*à luz dos princípios gerais da ética, a que terão de submeter-se, sem consideração pelos resultados, as autoridades da justiça penal, não pode de forma alguma coonestar-se esta prática (...). A utilização no processo penal de tais solicitações é, em qualquer circunstância, proibida. É desonesto e, de todo o modo, incompatível com a reputação das autoridades da justiça penal, que os seus agentes ou colaboradores se prestem a incitar tão perigosamente ao crime ou, mesmo, que apenas deixem subsistir a aparência de terem colocado ao serviço da justiça penal, meios enganosos (Täuschung) ou outros meios desleais*". **ANDRADE, Manuel da Costa**. "*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*", Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 224.
- (6) **JESUS, Damásio E.** "*Novas Questões Criminais*". São Paulo: Saraiva, 1993, p. 77 (os grifos são nossos).
- (7) **GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes**. "*Lei e Crime. O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal*", Coimbra: Almedina, 2001, p. 256 (os grifos são nossos).
- (8) O que é sentido, também, nos casos de busca e apreensão domiciliar e escuta telefônica.
- (9) Cfr. mais detidamente os comentários ao referido artigo em nosso trabalho "*Tóxicos...*", cit.

O autor é mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, promotor de Justiça em Santa Catarina, professor na Unisul (SC) e professor de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura (SC).



Entidades conveniadas ao IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Estado do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MARANHÃO

- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão
- Centro Unificado do Maranhão - CEUMA

— MATO GROSSO

- Associação Matogrossense do Ministério Público

— MATO GROSSO DO SUL

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

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC

— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg, SP - ADPF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sistema Educacional Sorocaba Ltda.
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

— PERU

- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEAS

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica sob o Enfoque da Autoria Mediata e dos Crimes Comissivos por Omisso

ANA LUIZA BARBOSA DESÁ

Ao se argumentar pela total impossibilidade em criminalizar as pessoas jurídicas, não se deseja deixar impunes os crimes praticados em nome desta, mas apenas estabelecer o correto foco de aplicação da lei penal.

Com o advento da teoria do domínio do fato, no que concerne aos crimes dolosos, passou-se a considerar como autor todo aquele que possui o efetivo controle sobre a realização de uma atividade delituosa, ou, nas palavras de **Welzel**⁽¹⁾, "*solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo*", permitindo ao ordenamento jurídico dispor de um instrumento capaz de alcançar aqueles que, muitas vezes, não realizam sequer uma ação típica, mas que devem ser vistos como os verdadeiros autores do evento criminoso, qual seja, o instituto da autoria mediata.

Desta forma, também será considerado como autor de um delito todo aquele que se utilizar de outrem, que age sem dolo, como mero instrumento para perpetrar um crime, seja por tê-lo induzido em erro, por fazer uso de coação irresistível, de inimputáveis (o que realmente é contestado pela doutrina pois, na prática, não haveria possibilidade de domínio do fato sobre os atos de um inimputável)⁽²⁾, ou até mesmo quando criar uma situação de justificação para o autor imediato.

Transportando esse conceito para a questão em análise, observa-se que, apesar das deliberações dentro de uma pessoa coletiva serem tomadas por determinação da maioria em uma Assembléia Geral, é o corpo diretivo quem detém o real domínio do fato sobre as atividades realizadas no seio da empresa, o que lhe confere o poder de estabelecer quando e de que modo será realizada determinada conduta, permitindo-lhe interrompê-la de acordo com sua conveniência. Cabe a este órgão, portanto, proceder a uma correta gestão empresarial, atuando dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico sob pena de ser considerado autor mediato pela realização de uma conduta delituosa por ele ordenada aos empregados da pessoa jurídica.

Quanto ao empregado, agente direto, pode ter sua responsabilidade pelo fato

excluída se forem constatados, por exemplo, a incidência de erro de tipo ou de proibição inevitáveis, alguma causa de justificação, ou, até mesmo, hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista a situação de hierarquia facilmente perceptível dentro de uma empresa.

Esta também é, aliás, a solução encontrada para punir aqueles que fazem parte do centro do poder no chamado crime organizado, onde a estrutura hierárquica das organizações criminosas, que se utilizam de terceiros culpáveis para realizar delitos, constitui-se em óbice para alcançar os reais idealizadores do fato criminoso, pois estes, muitas vezes, não praticam condutas típicas. Neste sentido, é de grande valia a teoria do domínio da organização, de **Claus Roxin**⁽³⁾, que, tendo como base o domínio do fato, promove um alargamento da autoria mediata, permitindo responsabilizar criminalmente tanto o autor efetivo do delito quanto o que determinou o seu cumprimento, dentro de uma estrita relação de subordinação por parte do agente imediato, mas somente naqueles atos que se encontram implícitos na atividade criminosas.

Ademais, cabe ressaltar que a utilização da autoria mediata no âmbito da empresa não importa na atribuição desmedida de crimes aos seus órgãos controladores, apenas por terem sido cometidos por algum dos empregados da pessoa jurídica. A infração deve decorrer do exercício das atividades cotidianas da empresa, passíveis de controle pelo corpo diretivo, sob pena de se admitir uma responsabilização penal objetiva, completamente em desacordo com nosso Direito Penal da culpabilidade.

Mas, como proceder à punição dos superiores hierárquicos naquelas hipóteses em que o autor imediato também possa ser configurado como responsável pelo evento criminoso, mesmo que com culpabilidade diminuída?

Não se poderia defender a utilização da autoria mediata, pois o controlador não teria total domínio do fato, uma vez que o terceiro perderia sua característica de mero instrumento, fazendo com que todo e qualquer excesso que realizasse por iniciativa própria não pudesse ser atribuído exclusivamente aos administradores⁽⁴⁾.

Por outro lado, também não se

aplicaria a mesma idéia proposta por **Roxin** (teoria do domínio da organização) para a responsabilização dos autores diretos, por não se tratar de entidade criada para a realização de fins exclusivamente criminosos, isto é, os empregados da pessoa jurídica não se encontram já predispostos à prática de eventos criminosos. Ao mesmo tempo, não seria de todo correta a solução adotada pela dogmática tradicional, caracterizando um concurso de pessoas, onde o "homem de trás" acabaria por receber uma punição como co-autor ou um simples partícipe (instigação).

Isto porque, dentro de uma empresa, a relação hierárquica impede o estabelecimento de uma decisão conjunta entre o órgão de controle e o empregado, o que exclui a co-autoria. Ao mesmo tempo, o administrador concede apenas as diretrizes de como realizar a atividade, mas sem participar efetivamente do ato, já que confia que o demandado irá cumprir com suas determinações. Da mesma forma, não há de se falar em mera instigação, pois a conduta do administrador se sobrepõe em muito a esta modalidade de participação, além de não haver o contato direto entre ele e o subordinado.

Assim, de acordo com **Jesús-María Silva Sánchez**⁽⁵⁾, poder-se-ia argumentar pela existência de um crime comissivo por omissão, caracterizando-se o corpo diretivo como agente garantidor, com o dever de impedir a ocorrência de fatos delituosos no âmbito da empresa: "*podrá estimarse que cometen el correspondiente delito por omisión los referidos hombres de atrás, superiores jerárquicos, que no impiden que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia y podían y debían, siempre según los términos del compromiso adquirido de controlar los correspondientes factores de riesgo, evitar su producción*".

Mas quais seriam os critérios para se definir quando o indivíduo poderá ser considerado garantidor no caso concreto? No que concerne ao tema em questão, de forma a evitar a atribuição arbitrária de delitos aos administradores da empresa, estes só serão considerados agentes garantidores para conter riscos determinados, face a bens jurídicos determinados, de acordo com suas atribuições dentro da pessoa jurídica. Assim, são estas atribuições que irão determinar os riscos concretos que lhes cabe controlar⁽⁶⁾.

Ressalte-se que tal instituto deve ser aplicado com a máxima prudência, excluindo-se, por óbvio, os casos em que um empregado realizasse um fato que não decorresse da atuação normal da pessoa jurídica, pois "*El no evitar el resultado típico es típico en el sentido de un delito de omisión improprio sólo para determinadas personas con poder del hecho, que de*

antemano estén en una relación estrecha respecto al bien jurídico"⁽⁷⁾.

Assim sendo, o fato danoso só poderá ser atribuído àqueles que possuam algum poder de decisão dentro da pessoa moral, com capacidade para fiscalizar e interceder na atuação dos empregados, quando estes agirem no âmbito da empresa. Ao mesmo tempo, o resultado a que a omissão do administrador deu causa deve ser ao menos previsível, tomando-se como base suas responsabilidades, através de uma análise de previsibilidade tanto subjetiva quanto objetiva.

Desta forma, não se apresenta possível atribuir ao órgão de controle um fato imprevisível, que afastaria a relação de causalidade da conduta anterior. Apesar de nosso Direito adotar a teoria da equivalência dos antecedentes, que não distingue entre causa e condição para a prática do crime, deve-se proceder a uma rígida verificação de quais os deveres que se impõe a um órgão de controle dentro de uma pessoa coletiva, o que pode variar dependendo das atividades a que a empresa se propõe, para não se chegar ao absurdo de se adotar algo tão odioso para o nosso ordenamento jurídico quanto a responsabilidade penal objetiva.

Por fim, é preciso que se tenha em mente que o Direito Penal é um instrumento por demais poderoso, devendo sua utilização obedecer sempre e a *ultima ratio*, devido às conseqüências danosas que podem advir do seu uso arbitrário. Desta forma, a legislação penal somente deve ser utilizada para sancionar aquelas condutas mais graves, constituindo-se no único meio capaz de regular as relações em sociedade, onde todos os demais ramos do Direito falharem na proteção a bens jurídicos relevantes.

É obviamente não é este o caso quando se fala em punir penalmente as pessoas jurídicas. O uso de meios administrativos atende perfeitamente à necessidade de sancionar estas pessoas, sem que se precise movimentar todo um aparato criminal neste sentido. Nota-se, portanto, que a configuração de uma responsabilidade penal às pessoas coletivas tem o único objetivo de atingir finalidades meramente políticas e demagógicas, de forma a diminuir o sentimento de impunidade que vigora no meio social.

Neste contexto, adequa-se perfeitamente a idéia de um "Direito Penal de inimigos", proposta por **Jakobs** ao estabelecer um sistema de imputação exclusivamente normativo. Porém, como observa **Muñoz Conde**⁽⁸⁾, apesar de uma sociedade preocupada com o estabelecimento de maior segurança apresentar uma tendência a fazer uso do Direito Penal menos atento aos princípios limitadores ao poder punitivo do Estado, "*muchos de estos principios son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser también asumidos en el plano teórico-sistémico por la*

dogmática jurídicopenal, salvo que también se quiera poner a esa dogmática por encima de los principios políticocriminales característicos del Estado de Derecho".

Outrossim, como observa **Hassemer**⁽⁹⁾, a colocação em vigor de um excessivo leque de normas penais não permite que haja um desenvolvimento proporcional dos sistemas de execução destas leis, gerando um Direito meramente simbólico, "*dado que no se pueden esperar los efectos reales y afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del Derecho Penal*".

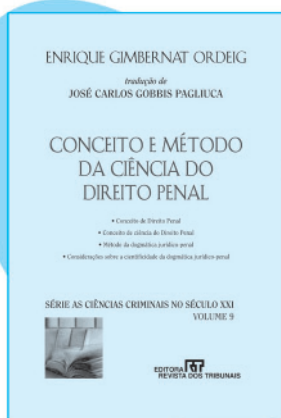
A dita criminalidade moderna, decorrente da globalização, não pode ser combatida mediante a criação de figuras dogmáticamente insustentáveis, quando já existem institutos aplicáveis, como o da autoria mediata e dos crimes comissivos por omissão, que suprem a necessidade de punição dos atos realizados em nome das pessoas coletivas. Não se duvida que a sociedade é complexa e que se encontra em constante evolução, devendo o Direito como um todo estar atento a estas mudanças. Entretanto, não se pode admitir a utilização de meios que conflitam claramente com a base do Direito Penal, em prol do oferecimento de maior sensação de segurança.

NOTAS

- (1) **WELZEL, Hans.** "Derecho Penal Alemán - Parte General", 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 143.
- (2) Portodos: **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIÉRANGELI, José Henrique.** "Manual de Derecho Penal Brasileiro: Parte Geral", 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 671.
- (3) **ROXIN, Claus.** "Las Formas de Intervención en el Delito: Estado de La Cuestión", in "Sobre el Estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)", Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 161.
- (4) **SANTOS, Juarez Cirino dos.** "A Moderna Teoria do Fato Punível", Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2000, pp. 281 e segs.
- (5) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** "Responsabilidad Penal de las Empresas e sus Organos en Derecho Español", in "Responsabilidad Penal da Pessoa Jurídica: Em Defesa do Princípio da Imputação Subjetiva", coordenador **Luiz Regis Prado**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.
- (6) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** *Op. cit.*, p. 26.
- (7) **WELZEL, Hans.** *Op. cit.*, p. 287.
- (8) **CONDE, Francisco Muñoz.** "Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Los Orígenes de la Polémica entre Causalismo e Finalismo", in "Estudios en Homenaje ao Prof. João Marcello de Araujo Junior", Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 257.
- (9) **HASSEMER, Winfried.** "Crítica al Derecho Penal de Hoy", Coleção: Cuadernos de Conferencias y Artículos, 1998, p. 56.

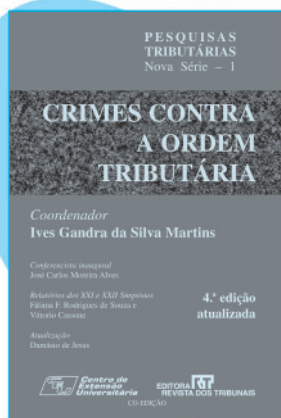
A autora é quartanista da Faculdade de Direito da Univ. do Estado do Rio de Janeiro.

lançamentos RT



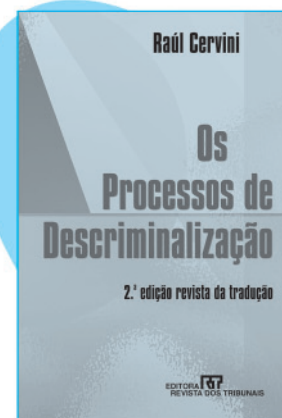
cód. 002232
110 páginas • R\$ 18,00

Trata-se de obra científica integrada, predominantemente, por estudos dogmáticos jurídico-penais. Embora contenha, para facilitar a compreensão, exemplos sobre como interpretar o Direito positivo, constitui uma reflexão sobre os instrumentos intelectuais dos quais os juristas se servem para substanciar sua exegética tarefa. Discorre sobre o conceito de ciência do Direito Penal, os critérios clássicos de interpretação, a relevância do sistema penal na dogmática jurídica, a objetividade da ciência do Direito, entre outros temas. O tradutor manteve-se fiel ao texto original, exceto quanto a atualizações e adaptações legislativas.



cód. 002268
464 páginas • R\$ 68,00

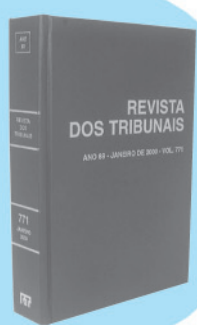
Partindo de cinco questões formuladas sobre delitos tributários, vários especialistas discutem o tema proposto, de forma a apresentar os mais diversos entendimentos sobre a matéria. Entre os tópicos examinados estão a distinção entre crimes de dano e de mera conduta, a legitimidade da prisão preventiva decretada pelo Judiciário nesses casos, a constituição de crime no caso de não recolhimento do ICMS. Da mesma forma que as edições anteriores, esta foi atualizada em sua temática, para preservar seu permanente interesse.



cód. 002258
280 páginas • R\$ 42,00

Afirma boa parte da doutrina que a pena de prisão, remédio opressivo e violento, fracassou como método penal. Esta obra discute o processo de descriminalização, tido como renovador do Direito Penal e como expoente do princípio da intervenção mínima, tratando de temas como desinstitucionalização, criminalidade oculta, relação entre leis penais e moral e delitos sem vítimas. A presente edição brasileira foi enriquecida com numerosas e oportunas notas que ajustam o texto a nossa legislação, bem como com referências bibliográficas nacionais elaboradas por Luiz Flávio Gomes.

Leia na RT 800



- Tribunalização e jurisprudencialização no Estado Contemporâneo: perspectiva para o Mercosul – GENACÉIA DA SILVA ALBERTON
- As sociedades simples do novo Código Civil – MARLON TOMAZETTE
- O controle normativo no direito constitucional brasileiro – LUÍS AFONSO HECK
- Tutela antecipada nas ações declaratórias e constitutivas – LUIZ FERNANDO PEREIRA
- O princípio da proporcionalidade no direito econômico – ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
- O segredo de Estado e as limitações ao habeas data – FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO FILHO
- O sistema de registro imobiliário no direito brasileiro e a possibilidade de sua modificação quando não corresponda à realidade do imóvel a que se refira. O Código Florestal e as modificações nele operadas em consequência da MedProv 1.956-50, de 26.05.2002 – FÁBIO DE OLIVEIRA LUCHÉSE
- Cláusula compromissória – Auto-suficiência da cláusula cheia – ADRIANA BRAGHETTA
- A privacidade e os sigilos telefônico, profissional e bancário – LEANDRO BITTENCOURT ADIERS
- Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Penal – ROBERTO DAS CHAGAS MONTEIRO
- Intervenção mínima para um direito penal eficaz – ISAAC SABBÁ GUIMARÃES
- Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica – LUIZ FLÁVIO GOMES e ALINE BIANCHINI
- Outras considerações sobre a nova legislação antitóxicos (Lei 10.409/2002 e Projeto de Lei 6.108/2002) – RENATO FLÁVIO MARCÃO
- O processo penal à luz do Estado Democrático de Direito – WANDERSON MARCELLO MOREIRA DE LIMA
- Obrigações negativas – HELDER MARTINEZ DAL COL
- Ruy Barbosa e o direito das gentes – J. DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS

Assinaturas em livro, CD-Rom ou livro + CD-Rom Para assinar, ligue 0800 11 2433

livraria
RT

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

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-000
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

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

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

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

Rua Vicente Machado, 84 • loja 1
Curitiba • PR • CEP 80420-010
• Telefax: (11) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br