



CURSO

Portaria 18/98 da Delegacia Geral de Polícia de São Paulo: Fundamentos e Aplicações Práticas

Coordenação:

Maurício Zanoide de Moraes e Helios Nogués Moyano

26.04.99 — 19:00 horas

Abertura: **Luiz Antônio Guimarães Marrey**

(Procurador Geral de Justiça)

Marco Vinício Petrelluzzi

(Secretário de Segurança Pública)

Palestra: **"FUNDAMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS
DA PORTARIA 18/98"**

Palestrante: **Fauzi Hassan Choukr**

(Promotor de Justiça em S.Paulo e Diretor do IBCCrim)

27.04.99 — 19:00 horas

Palestra: **"FUNDAMENTAÇÃO E PORTARIA 18/98"**

Palestrante: **José Pedro Zaccariotto**

(Professor de Ética Policial e Direitos da Cidadania
da ACADEPOL e Delegado de Polícia)

Palestra: **"PAZ PÚBLICA E POLÍCIA:
PORTARIA 18/98"**

Palestrante: **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**

(Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado
de São Paulo e Prof. de Direito Processual Penal na USP)

28.04.98 — 19:00 horas

Palestra: **"INTIMIDADE X PUBLICIDADE DOS
ATOS INVESTIGATÓRIOS NA PORTARIA 18/98"**

Palestrante: **Roberto Wagner Battocchio Casolato**

(Advogado Criminalista em São Paulo
e Mestre em Processo Penal pela USP)

Palestra: **"APLICAÇÃO DA LÓGICA
NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL"**

Palestrante: **Marco Antônio Desgualdo**
(Delegado Geral de Polícia)

Local: **Auditório da APAMAGIS**
(R. Tabatinguera, 140 - sobreloja)

Valores: **R\$ 30,00** (profissionais)
R\$ 20,00 (associados IBCCrim, Policiais e Estudantes)
R\$ 15,00 (estudante-sócio)

Informações e Inscrições:

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim -
Departamento de Comunicação e Marketing
Rua XI de Agosto, 52 - 5º andar - Tel.: (011) 3105-4607

CURSO

2º Curso Sobre a Lei nº 9.714/98

Coordenação: **Maurício Zanoide de Moraes**

10.05.99 — 19:00 horas

Palestra: **"ASPECTOS POLÊMICOS DA
LEI Nº 9.714/98: LEI DE TÓXICOS E REINCIDÊNCIA"**

Palestrante: **Alberto Zacharias Toron**
(Advogado Criminalista e Ex-Presidente do IBCCrim)

11.05.99 — 19:00 horas

Palestra: **"LEI Nº 9.714/98:
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, CÓDIGO DE
TRÂNSITO BRASILEIRO E LEI DE ARMAS"**

Palestrante: **William Terra de Oliveira**
(Promotor de Justiça e Membro do IBCCrim)

12.05.99 — 19:00 horas

Palestra: **"PENAS SUBSTITUTIVAS: NOVAS MODALI-
DADES E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA"**

Palestrante: **Luiz Flávio Gomes**

(Ex-Presidente do IBCCrim,
Ex-Juiz Criminal e Consultor Jurídico)

Local: **Auditório da Secretaria de Justiça de São Paulo**
(Pátio do Colégio, 148)

Valores: **R\$ 30,00** (Profissionais)
R\$ 20,00 (Associados e Estudantes)
R\$ 15,00 (Estudante-sócio)

Informações e Inscrições:

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim
Departamento de Comunicação e Marketing
Rua XI de Agosto, 52 - 5º andar - Tel.: (011) 3105-4607

PALESTRAS

DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL O Direito na Atualidade: Temas Penais e Constitucional

Data: **28/04 a 30/04 de 1999**

Horário: **19:00 às 22:00 horas**

Local: **Faculdade de Direito da USP - Auditório do Prédio
Anexo (Rua Riachuelo, 185 - Centro)**

TEMAS:

Dia 28/04 - **"As Penas Alternativas
no Atual Direito Penal Brasileiro"**

Dia 29/04 - **"A Reforma dos Delitos Sexuais:
Uma Análise de Direito Penal Comparado"**

Dia 30/04 - **"Moralismo, Positivismo e Pragmatismo
na Interpretação do Direito Constitucional"**

Organização: **Departamento de Direito Penal, Medicina
Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP**

ÍNDICE

Boletim IBCCrim - Abril/99 - n° 77

• A Teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal	
Entrevista com Luigi Ferrajoli	03
• O Delito de Duplicata Simulada	
Admite a Suspensão Condicional do Processo	
- Janaina C. Paschoal	04
• O Crime de Tráfico de Entorpecentes e a Aplicação das Penas Restritivas de Direitos	
Jorge Assaf Maluly	05
• A Aplicabilidade das Penas Restritivas de Direitos ao Condenado por Tráfico Ilícito de Entorpecentes	
- Raquel Freitas de Souza e Hélio Egydio de Matos Nogueira	06
• Penas Restritivas de Direitos: Necessidade de Criação de Infra-Estrutura Adequada que Possibilite a sua Execução	
- Lourivaldo Barbiero	07
• Penas Alternativas. Justiça Seja Feita	
- José Carlos de Oliveira Robaldo	08
• A Classificação do Crime na Pronúncia	
- Jayme Walmer de Freitas	09
• Crimes Contra a Fauna na Lei nº 9.605/98	
- Laerte Fernando Levai	10
• Crimes Contra o Meio Ambiente e Justiça Criminal Consensual - A Composição Civil dos Danos Ambientais	
- José Eduardo do Nascimento	12
• Telecomunicações: O Crime do Art. 183 da Lei nº 9.472/97	
- João Marcello de Araújo Junior	13
• As Bases Filosóficas da Reforma Penal	
- José Americo Abreu Costa	14
Caderno de Jurisprudência	
• O Direito Por Quem o Faz: Código de Trânsito Brasileiro - O Art. 309 derogou o art. 32 da LCP ..	339
• Supremo Tribunal Federal	341
• Superior Tribunal de Justiça	342
• Tribunal Regional Federal	343
• Trib. Sup. Eleitoral/Trib. Reg. Eleitoral	344
• Tribunal de Justiça	345
• Tribunal de Alçada Criminal	346



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: Carlos Vico Mañas

Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo

2º Vice-presidente: Marcio Orlando Bártoli

1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro

2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes

3º Secretário: Sílvia Helena Furtado Martins

Tesoureiro: Adriano Salles Vanni

Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes

Diretor da Biblioteca: Alberto Silva Franco

Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes

Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr

Diretor do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

BOLETIM IBCCrim

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Jornalista: Gisele Vieira (MTB. 25.414)

Diagramação, Composição, Montagem e Fotolito:

Ameruso Artes Gráficas - Tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - Tel. 277-1753

Tiragem: 19.500 exemplares

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

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (011) 3105-4607 (tranco-chave)
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

Conclusões do 1º Encontro de Juízes do Júri de São Paulo, 6 de novembro de 1998

1. A inclusão da qualificadora na denúncia de crime de homicídio não obsta a concessão de liberdade provisória e nem obriga a prisão, devendo o juiz decidir a respeito em conformidade com o disposto nos arts. 311 e 312 do CPP (v.u.).
2. Não é possível a inclusão de ofício de qualificadora na sentença de pronúncia (m.v.).
3. A sentença de pronúncia deve especificar a modalidade de concurso de agentes admitida, se co-autoria ou participação (v.u.).
4. O crime de porte de arma é absorvido pelo crime de homicídio (m.v.).
5. Ao juiz compete decidir exclusivamente sobre diligências requeridas em plenário, independentemente de qualquer consulta (v.u.).
6. Não é admissível a condução coercitiva de testemunha residente em comarca contígua para prestar depoimento em plenário (v.u.).
7. O juiz deve agir com rigor durante os debates visando garantir sua vinculação à prova dos autos, o equilíbrio das partes e os limites éticos, podendo para tanto advertir, determinar de ofício anotações em ata, proceder a gravação magnética dos trabalhos e dissolver o conselho de sentença (v.u.).
8. É admissível a quesitação da tese de inexigibilidade de conduta diversa (m.v.).
9. É inviável o desaforamento do julgamen-

to para outra unidade da Federação na qual encontra-se preso o réu não apresentado para julgamento (m.v.).

10. É admissível autorização judicial de aborto em hipóteses de má-formação fetal (m.v.).
11. É aplicável a transação penal prevista na Lei nº 9.099/95 nas infrações conexas àquelas de competência do Júri (m.v.).
12. Desclassificada a infração em plenário, deve-se aguardar o trânsito em julgado de tal decisão para a aplicação dos preceitos da Lei nº 9.099/95 (m.v.).
13. Não há necessidade de representação da vítima nos termos da Lei nº 9.099/95 em hipótese de *aberratio ictus* (m.v.).
14. É cabível a suspensão do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, aos crimes descritos nos artigos 124 e 125 do Código Penal, bem como ao do artigo 122 do Código Penal, quando resultar lesão grave (v.u.).

Moções

1. Aspira-se que o Poder Executivo, especialmente por meio da Polícia Civil e da Polícia Militar, solucione o crônico problema de apresentação de réus presos para atos processuais. Neste sentido, conclui-se que é necessária a intervenção do Tribunal de Justiça.
2. Aspira-se que o Tribunal de Justiça propicie equipamentos para o registro dos trabalhos de plenário, especialmente meios eletrônicos.

Vencedores do Prêmio Sócio-Educando são homenageados no STF

Os ganhadores do **Prêmio Sócio-Educando** receberam seus prêmios em solenidade realizada no último dia 1º de março, no Supremo Tribunal Federal, em Brasília, na presença de várias autoridades. Foi a primeira vez no Brasil que projetos, organizações e profissionais que contribuíram para a aplicação correta das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram reconhecidos.

O prêmio classificou como finalistas 24 experiências em dez categorias diferentes e em onze Estados brasileiros. A ideia do prêmio é dar visibilidade a iniciativas criativas, levadas com seriedade e bem sucedidas na recuperação de jovens infratores, e que essas alternativas exemplares possam servir de espelho e inspiração para profissionais e indivíduos ligados à área.

"O **Prêmio Sócio Educando** destina-se, de um lado, a propiciar ampla reflexão em torno da questão essencial pertinente ao reconhecimento, à promoção e à

defesa da integridade dos direitos básicos da pessoa humana, notadamente na área da infância e da juventude, e de outro, visa a estimular soluções criativas que dêem efetividade ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pondo em evidência estudos e experiências sobre a aplicação e execução de medidas de caráter sócio-educativo, em ordem a promover a participação do adolescente e da comunidade na superação da prática de atos infracionais", avaliou o presidente do STF, ministro Celso de Mello.

O **Prêmio Sócio-Educando** é uma iniciativa inédita e conjunta do Unicef, Andi (Agência de Notícias dos Direitos da Infância), Fundação Educar-DPASchoal e Ilanud (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente).

Agência de Notícias dos Direitos da Infância

ENTREVISTA

A Teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal

Entrevista com **LUIGI FERRAJOLI**,

concedida a **FAUZI HASSAN CHOUKR**, em 14.12.1997, em Roma.

Fauzi Hassan Choukr — Na sua obra *“Direito e Razão”* existe um triplice conceito de garantismo, sendo que todos eles trabalham com uma definição de soberania no sentido clássico. Pergunto-lhe: como pode operar o garantismo num mundo globalizado social e politicamente?

Luigi Ferrajoli — Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. Dito isto, o grande problema que o garantismo enfrenta é também o de submeter à lei os poderes privados, além dos poderes estatais.

Parece-me que o garantismo tem possibilidades de desenvolvimento que dependem de variados processos, como o constitucional e o cultural, e que fogem à tradição liberal clássica.

Antes de tudo é necessário recordar que o garantismo nasce no âmbito dos direitos individuais, na tradição iluminista, como forma de limite ao poder soberano estatal (liberdade pessoal, de consciência, etc.), sendo necessário precisar, ainda, que teve muita influência nesse processo a estipulação dos direitos positivos sociais, agregados aos direitos negativos de liberdade.

A segunda direção do garantismo é aquela ligada aos direitos privados. O garantismo, que sempre foi elaborado no confronto dos poderes públicos, deve ser também transposto para o confronto dos poderes privados, apenas que não há uma dimensão constitucional para isso, donde há uma idéia de onipotência do mercado.

FC — Este sentido de liberalismo então não é compatível com a idéia de garantismo?

LF — Seguramente há dois significados para as idéias de liberalismo e democracia.

De um lado, democracia como exteriorização da vontade da maioria. Esta maioria poderia, nessa concepção, fazer aquilo que quisesse. Naturalmente esta é uma idéia paradoxal, autoritária, lesiva dos direitos das minorias. Esta concepção clássica de democracia é válida, mas é apenas uma das dimensões. É a dimensão política, a dimensão de quem decide, mas é necessário ter em conta em relação a que esta decisão é tomada, daquilo que é deixado à discricionariedade para ser decidido.

Mas eu defendo que a matéria decidível está circunscrita àquilo que não deve ser objeto de nenhuma decisão de poder soberano. A maioria deve estar restrita a decidir sobre as regras formais, a forma da decisão. Mas deve ficar claro que esta dimensão procedimental é insuficiente para o conceito de democracia. O constitucionalismo vinculou também o legislador, não apenas na forma de produção normativa, mas também no seu conteúdo.

Assim, o chamado Estado Democrático de Direito, como um sistema de limites e vínculos, corresponde a uma dimensão substancial, àquilo que não deve ser objeto de decisão pela maioria. Como decorrência, a liberal democracia, nos moldes propagados, acaba se transformando numa forma de neo-absolutismo.

FC — Dentro de todo este quadro qual pode ser o papel do Poder Judiciário?

LF — O papel do Poder Judiciário é imenso, como um mecanismo impeditivo da invasão de um poder em outro, assumindo assim o principal papel, vez que constitucionalismo e garantismo significam submissão à lei. Nesse sentido, ambos geram um fenómeno relativamente novo, qual seja, o da limitação de poderes e da legalidade na atuação desse poder.

É, digamos, a outra face do Estado de Direito, que vincula também o legislador, e assim faz crescer os vínculos e os limites legais.

Neste ponto, todas as esferas de poder, público, privado, estatal, internacional, exigem um controle de jurisdicionalidade, com o objetivo de recompor as violações, seja através do controle de constitucionalidade ou, por exemplo, num recente fenómeno da história europeia, da punição à criminalidade de poder, como a corrupção, a concussion, etc., que são, de um lado, atreladas ao aumento das funções estatais, mas de outro são também elementos estruturais extremamente ligados à regulação capilar do exercício dos poderes públicos ao menos no modelo do Estado de Direito. Verdadeiramente, hoje, tende-se a livrar-se da jurisdição através de uma ideologia neo-absolutista, que nega os vínculos legais através das desregulamentações, etc.

Assim o papel da jurisdição é, antes de tudo, destinado ao controle sobre a ilegalidade no exercício do poder. Não porque hoje há um poder mais corrupto do que no passado, mas porque, de um lado, aumentou a complexidade de organização do Estado e, de outro, também houve um aumento da estrutura garantística do Direito.

E cada aumento de garantia, isto é, de limites e vínculos, comporta um aumento no papel da jurisdição. Naturalmente a legitimação do papel do Poder Judiciário se dá pela legitimação da norma ou seja, a legitimação pelo Direito Penal, processo penal, processo civil, que fazem com que esse poder seja naturalmente um poder de recomposição e não de decisão.

FC — O garantismo necessita de uma estrutura cultural própria e, no Brasil, sentimos falta de uma base sólida voltada para estes valores. Este é um problema que se passa também aqui, na Itália?

LF — Sim, por certo. A realização de um modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos direitos do Homem.

Então, a jurisdição se torna um poder ambivalente ou um “contrapoder”, que tem a missão de proteger as classes menos favorecidas do poder dos mais fortes. Mas, por outro lado, apresenta o mesmo perfil do poder tradicionalmente considerado.

As garantias penais e processuais penais, por sua vez, são técnicas de minimização do poder institucionalizado. E são particularmente relevantes estas “instituições-chave” inseridas na Constituição. É certo que, no Parlamento, há a vivificação da democracia política, mas são estas garantias que permitem um controle da legalidade e evitam o autoritarismo. Assim, a atuação prática dessas garantias está a exigir uma típica cultura, uma típica formação que, de um lado, possibilite uma independência em relação aos poderes do Estado e, de outro, que sensibilize para os direitos civis e políticos, em especial em relação aos mais desfavorecidos.

FC — Aproveitando o realce da necessidade de uma maior atenção aos hipossuficientes, como o senhor entende o conteúdo da fórmula jurídica “direito subjetivo público” em face da construção teórica do garantismo?

LF — A expressão nasce na cultura alemã do século passado e, depois, transfere-se para a italiana, pela obra de **Santi Romano**.

Na construção italiana, a fórmula “direito público subjetivo” está intimamente ligada à concessão de direitos pelo Estado com o objetivo de diminuir o papel dos direitos fundamentais. Isto porque, em sua origem, era uma idéia organicista e decisionista do Estado, de caráter anteiluminista, antejusnaturalístico, que nega o caráter social do Estado. O direito público subjetivo procuraria encerrar, então, uma autolimitação, uma auto-obrigação do poder estatal, que é uma idéia que, de fato, nega o caráter, por assim dizer, da existência de direitos contra o Estado.

Tudo isto está na base de uma certa visão que justifica a impossibilidade da existência de direitos fundamentais e mesmo de jurisdição contra o Estado. Mas na Europa há uma verdadeira revolução de paradigma constitucional e jurisdicional que vai de encontro ao denominado direito público subjetivo.





FC — Muitas vezes se argumenta que não podem andar juntas as idéias de garantismo e eficiência. Na sua visão, qual o conceito que se pode ter de eficiência para o direito e processo penal a partir de uma ótica garantística?

LF — Há de ser distinto o conceito de eficiência para o Direito e o processo penal. Para o Direito Penal há uma submissão da lei penal à lei fundamental, e o sistema processual será eficiente se realizar a tutela dos direitos fundamentais, estes nas suas mais variadas expressões,

como a propriedade, honra, liberdade, etc.

Mas, por um outro lado, as expressões garantia e eficiência tendem a se confundir, para traduzir a menor intervenção penal possível e a máxima realização da tutela dos direitos fundamentais.

Surge, então, de um outro lado, aquilo que chamo de “reserva de Código”, que dá uma certeza do Direito e, digamos, sua procedibilidade. Tais não se voltam contra o julgador, mas contra o legislador, que se vê limitado sobretudo na produção de legislações excepcionais, propagandísticas que, lamentavelmente, formam a maior parte do acervo de normas penais.

Voltando um pouco à garantia no seu aspecto processual, esta também compreende a correta aplicação da lei, ainda que, em certas ocasiões, não se atenda à opinião pública.

No entanto, o sistema como apontado é o único capaz de conferir a necessária credibilidade no funcionamento da jurisdição, fazendo uma maior aproximação do mecanismo da jurisdição e da população, que sente confiança na movimentação da máquina judicial a partir do respeito que esta confere às garantias fundamentais. O reverso da medalha produz a justiça privada, a fuga da jurisdição.

O Delito de Duplicata Simulada Admite a Suspensão Condicional do Processo

JANAINA C. PASCHOAL

O Código Penal, em seu art. 171, *caput*, determina que o estelionato deve ser sancionado com pena privativa de liberdade de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa.

Até o dia 27 (vinte e sete) de dezembro de 1990, o art. 172, *caput*, daquele mesmo diploma legal, imputava pena de igual duração ao delito de duplicata simulada, consistente na expedição ou aceite de duplicata não correspondente a uma venda efetiva de bens, ou a uma real prestação de serviços.

A doutrina e a jurisprudência diferenciam os delitos de estelionato e duplicata simulada através do elemento subjetivo, posto que as condutas objetivas podem muitas vezes se identificar.

Com efeito, entende-se que o delito é o de duplicata simulada se o agente, quando da emissão dos títulos, pretende resgatá-los na data do vencimento. Sendo que, no entanto, caso o agente, desde o início, objective não resgatar os títulos, lesando, portanto, o patrimônio do tomador dos mesmos, incorre na prática de estelionato. “Se, desde o início, o emissor tem o propósito de não resgatar o empréstimo, se há o intuito de injusta locupletação com relação àquele que efetuou o desconto, ocorre estelionato...”⁽¹⁾. “Se ao expedir duplicata sem causa o agente tem por fim induzir em erro e obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, comete o crime de estelionato e não o delito do art. 172 do CP, se, ao contrário, não o move o propósito de lesar o patrimônio do futuro tomador, mas apenas o de conseguir dinheiro, imaginando resgatar, oportunamente, o título, só pratica o crime de expedir duplicata simulada...”⁽²⁾.

Percebe-se que o delito previsto no art. 172, *caput*, do Código Penal revela-se menos gravoso que o do 171, *caput*, do mesmo diploma legal, sendo por isso que o fato de o legislador cominar penas de igual duração a ambos já acarretava não proporcionalidade.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 8.137/90, tal desproporção agravou-se ainda mais. Senão vejamos.

Mencionado diploma legal, em seu art. 19, modificou a redação do art. 172 do Código Penal, que passou a cominar a pena priva-

tiva de liberdade de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para a conduta de emitir fatura, duplicata ou nota de venda não correspondente à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Independentemente das alterações ocorridas no tipo⁽³⁾, certo é que a pena mínima cominada para o mesmo passou a ser o dobro da prevista para o delito de estelionato.

Em virtude da modificação operada pela Lei nº 8.137/90, criou-se o contra-senso de imputar a alguém, que objetiva apenas realizar um empréstimo no mercado, pena mínima muito superior à prevista para aquele que, desde o início, pretende lesar o patrimônio alheio.

“Em virtude da modificação operada pela Lei nº 8.137/90, criou-se o contra-senso de imputar a alguém, que objetiva apenas realizar um empréstimo no mercado, pena mínima muito superior à prevista para aquele que, desde o início, pretende lesar o patrimônio alheio.”

Mais, tendo em vista o fato de o estelionato ser considerado delito de médio potencial ofensivo nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, tem-se que, em razão da alteração intentada pela Lei nº 8.137/90, presencia-se o disparate de admitir a suspensão de processos em que é apurado referido delito, não se admitindo a aplicação de tal medida para os processos referentes ao crime de duplicata simulada.

O absurdo é tamanho que, justamente vislumbrando a possibilidade da suspensão do processo, advogados chegam a considerar a hipótese de defenderem seus clientes alegando que os mesmos, desde o início, ou seja, desde a data da emissão dos

títulos, pretendiam lesar o patrimônio do tomador das duplicatas!!!

É importante deixar claro que não se está postulando o aumento da pena mínima cominada ao delito de estelionato.

Está-se, isto sim, buscando evidenciar que o legislador pátrio, tal qual fizera nos casos dos crimes de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do CP)⁽⁴⁾, bem como nos de não recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 95, ‘d’, da Lei nº 8.212/91) e outros tributos (art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90), modificou a pena prevista para o delito de duplicata simulada, sem observar a lógica e a coerência sistemática que qualquer ordenamento jurídico deve seguir, lógica essa que o obrigaria a fixar pena menor que aquela prevista para o crime de estelionato.

Mais que desatender a critérios de lógica, ao modificar a pena de um delito, tornando-a mais afliitiva que a cominada a crime sabidamente mais grave, o legislador ordinário deixou novamente de observar o princípio constitucional da individualização da pena, que tem como pressuposto basilar a necessária proporcionalidade⁽⁵⁾.

A observância do critério de proporcionalidade, quando da individualização das penas por parte do legislador ordinário, é absolutamente essencial aos fins da punição penal, e, principalmente, à própria confiabilidade da Justiça.

“...La gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad de hecho antijurídico, a la gravedad del injusto... Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave. Y ello- aunque no se acepte la concepción retributiva- porque no es necesario para la prevención general, pero sobre todo porque así lo requiere la eficacia e idoneidad preventivo-general de las penas, ya que, si se castigan igual los hechos poco graves que los graves, no habría mayor intimidación e inhibiciones para cometer delitos graves, cuya frecuencia podría aumentar, y además se produciría una gravísima confusión en los esquemas valorativos de los ciudadanos y la sociedad...”⁽⁶⁾ (grifamos).

Com efeito, parafraseando o professor **Eugenio Raúl Zaffaroni**, pode-se asseverar que o Direito Penal não condizente com o real, ou seja, com o proporcional, corre o risco de deixar de ser o “dever ser” equivalente ao “ser que ainda não é”, para transformar-se no “dever ser” do “ser que nunca será”⁽⁷⁾.





Não são necessárias grandes incursões para chegar à conclusão de que toda vez que o legislador não observa a necessária proporcionalidade ao individualizar a pena, como no caso ora analisado, cabe ao julgador torná-la proporcional, adequando-a à Constituição Federal⁽⁸⁾.

"El establecimiento de los mínimos y máximos de las penas, en principio, resultan vinculantes para el juez, salvo que se encuentre comprometida su constitucionalidad..."⁽⁹⁾

Partindo desse pressuposto, tem-se que a pena mínima aplicável ao delito de duplicata simulada não pode ser a efetivamente cominada (de dois anos), mas sim a de um ano de duração, tal qual previsto para o estelionato, podendo-se daí concluir que, até por questões de equidade, ao delito do art. 172 do Código Penal, é aplicável o instituto da suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

NOTAS

- (1) **Mirabete, Júlio Fabbrini.** "Manual de Direito Penal. Parte Especial", Vol. 2, 4ª ed., Atlas, p. 295.
- (2) TACrim/SP, rel. **Dante Busana**, JUTACrim 87/420, in "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", Vol. 1, Tomo II, Parte Especial. Coordenação **Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, 6ª ed., Revista dos Tribunais, p. 2.782.
- (3) Acerca da modificação intentada pela Lei nº 8.137/90 no art. 172 do Código Penal, é de leitura obrigatória artigo da lavra de **Fábio Ulhôa Coelho**, intitulado "Breves notas sobre o crime de duplicata simulada", publicado na **Revista do IBCCrim** 14/167.
- (4) Sobre a falta de coerência entre as penas cominadas para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, vide **Silva Franco, Alberto.** "Crimes Hediondos", 3ª ed., Revista dos Tribunais, 1994, p. 274.
- (5) "El Estado dispone la intervención del sistema de control penal, debiendo ajustarse la reacción represiva a los criterios explícitos de proporcionalidad..." (**Gonzalo Fernández**, "El Derecho

Penal Hoy: Homenaje al Prof. David Baigún", Buenos Aires, Del Puerto, 1995, p. 172).

(6) **Luzón Peña, Diego-Manuel.** "Curso de Derecho Penal: Parte General", Madrid, Universitas, 1996, p. 85.

(7) "Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal", 2ª ed., Revan, 1996, p. 19.

(8) "...Em Itália, têm-se levantado questões de inconstitucionalidade, com base na comparação de tipos legais, tendo por fundamento o desrespeito pelo princípio da proporcionalidade, da coerência ou proporção interna do Direito Penal..." (**Cunha, Maria da Conceição Ferreira.** "Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização", Porto, Portugal, Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 328).

(9) **Ziffer, Patricia.** "Lineamientos de la Determinación de la Pena", Argentina, Ad-Hoc, 1996, p. 40.

A autora é advogada, mestranda em Direito Penal e colaboradora do **Boletim IBCCrim.**

O Crime de Tráfico de Entorpecentes e a Aplicação das Penas Restritivas de Direitos

JORGE ASSAF MALULY

1. A introdução no ordenamento jurídico da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, alterando o Código Penal e dispondo sobre as penas restritivas de direitos, deu origem à polêmica da possibilidade ou não de aplicação destas sanções alternativas ao responsável pela prática de tráfico de entorpecentes. Dispõe o artigo 44 do Código Penal, com sua nova redação determinada pela referida lei, que as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando: a) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; b) o réu não for reincidente em crime doloso; c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. No contexto de uma interpretação restrita deste dispositivo, o operador do direito pode concluir afirmativamente sobre a substituição. Contudo, o debate instalado não se resolve com a literalidade deste artigo do Código Penal.

2. A Exposição de Motivos do então Projeto de Lei (nº 689, de 18.12.96) justifica a ampliação das penas alternativas com o argumento de que "a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social". Evidencia-se por este texto que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos tem aplicação somente para os crimes de menor gravidade, nos quais a pena de prisão não é necessária para a sua prevenção.

Por outro lado, a Constituição Federal considera o tráfico de entorpecentes um delito assemelhado aos crimes hediondos, pela sua reconhecida perniciosidade à sociedade, e estabelece a mesma restrição de direitos e garantias (CF, art. 5º, inc. XLIII): inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Nesse esteio, a Lei nº 8.072, de 25.07.90, reafirmou as vedações constitucionais, ampliando-as, inclusive, para proibir a concessão de indulto e de qualquer modalidade de liberdade provisória (art. 2º, incs. I e II), e, além disso, determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta integralmente no regime prisional fechado (art. 2º, § 1º).

"Desta incompatibilidade aparente das normas conclui-se que a pena alternativa é somente aplicável à pequena e à média criminalidade, e não aos crimes de grande gravidade como o tráfico de drogas, aos quais deve ser reservada a pena de prisão."

Este tratamento mais rigoroso, que a norma constitucional e a legislação especial determinam ao transgressor da norma penal, é de todo incompatível com a aplicação da pena alternativa, reservada apenas aos crimes de menor gravidade conforme salientado supra. De fato, não é possível conciliar a fixação da pena restritiva de direitos, por exemplo, ao condenado que foi mantido preso durante todo processo em face da proibi-

ção constitucional de concessão de fiança.

É intuitivo, também, pela redação do art. 44, inc. I, do CP, que a quantidade da pena aplicada não é requisito preponderante na substituição, uma vez que, se o delito for praticado com violência ou grave ameaça, o condenado não fará jus à sanção alternativa. Apesar da violência ou grave ameaça não integrarem o tipo do tráfico e ser este crime contra a saúde pública, não se pode olvidar a existência de organizações criminosas voltadas para a sua prática, responsáveis por uma das mais violentas formas de criminalidade que flagelam a sociedade.

Desta incompatibilidade aparente das normas conclui-se que a pena alternativa é somente aplicável à pequena e à média criminalidade, e não aos crimes de grande gravidade como o tráfico de drogas, aos quais deve ser reservada a pena de prisão (cf. **Jorge Figueiredo Dias**, "Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime", Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993, p. 328). E sobre este aspecto é oportuno ressaltar que a manifesta periculosidade do tráfico de entorpecentes não decorre da quantidade da pena prevista no tipo penal, e que pode servir como argumento para a fixação da pena alternativa (desde que não aplicada pena superior a quatro anos), mas da própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), que entendeu necessário restringir direitos e garantias para assegurar a proteção de outros bens jurídicos considerados essenciais ao desenvolvimento pacífico da sociedade democrática (cf. **José Miguel Sardiña**, "O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal", Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 23).

3. Soma-se a este argumento o seguinte: a Lei de Tóxicos e a Lei dos Crimes Hediondos são especiais e a incompatibilidade apontada faz incidir a vedação que decorre da parte final do art. 12 do Código Penal: "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Ora, se a Lei de Crimes Hediondos reserva aos responsáveis pelo tráfico de entorpecentes a restrição





de benefícios processuais e de outros de natureza substantiva, que alcançam a própria execução da pena, não é válido concluir que, de modo diverso, a pena prisional pode ser substituída, quando há determinação para seu cumprimento integral no regime fechado.

E, na verdade, a Jurisprudência já viveu um semelhante debate pela concessão ou não do benefício da substituição da pena privativa de liberdade, de até seis meses, pela de multa (cf. o art. 60, § 2º, do CP) no caso de condenação pelo crime de posse de entorpecentes para uso próprio (art. 16 da Lei nº 6.368/76). A controvérsia resultou na Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça, que vedou essa possibilidade, nos seguintes termos: *"Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa"*. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que não cabe a aplicação da pena alternativa, quando há, originariamente no tipo penal,

imposição **cumulativa** da pena de prisão com a sanção pecuniária (v. HC nº 74.842-2/SP, rel. ministro **Maurício Corrêa**, 2ª Turma, DJ de 13.02.98; HC nº 70.445-RJ, rel. ministro **Moreira Alves**, 1ª Turma, RTJ 152/845).

4. Mas não é só. Para o aparente confronto entre as normas (lei especial e regra geral) o ordenamento jurídico oferece soluções. Com este propósito, pode ser colacionada a oportuna lição de **Norberto Bobbio** (cf. *"Teoria do Ordenamento Jurídico"*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996, 7ª ed., p. 108), quando trata da revogação do direito, no sentido de que *"esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se preponderância à primeira norma; aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: Lex posterior generalis non derogat priori speciali. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especiali-*

dade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente".

Este preceito clássico pode ser excepcionado se a regra geral foi concebida com o intuito claro de excluir a lei especial (cf. **Carlos Maximiliano**, *"Hermenêutica e Aplicação do Direito"*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, 16ª ed., p. 360), de modo a exigir do intérprete um exame comparativo entre as duas normas para resolver a aparente antinomia (cf. **Juarez Freitas**, *"A interpretação Sistemática do Direito"*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 74). Contudo, no caso em testilha, a severidade com que a Constituição Federal cuida do crime de tráfico de entorpecentes (restrições a direitos e garantias) e o objetivo pelo qual foi concebida a aplicação das penas alternativas, apenas para os delitos de menor gravidade, a substituição não pode ser admitida.

O autor é promotor de justiça no Estado de São Paulo.

A Aplicabilidade das Penas Restritivas de Direitos ao Condenado por Tráfico Ilícito de Entorpecentes

RAQUEL FREITAS DE SOUZA e HÉLIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA

Com o advento da Lei nº 9.714/98, que alterou o Código Penal, ampliando o rol de penas restritivas de direitos e a possibilidade de sua aplicação, criou-se polêmica acerca do cabimento de imposição das chamadas "penas alternativas" ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

O novo art. 44 do Código Penal permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se presentes os requisitos subjetivos estampados nos incs. II e III, se for aplicada pena corporal não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Por seu turno, ao delito de tráfico ilícito de drogas é cominada pena mínima de três anos de reclusão e, é ressaltado, nem a violência nem a grave ameaça são elementos constitutivos do tipo correspondente; assim, de pronto, infere-se que é perfeitamente aplicável a substituição em comento. Deveras, incide aqui a antiga e conhecida regra de hermenêutica: se a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir (*"Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"*), vale dizer, a norma, se presentes as condições por ela reclamadas, deve ser cumprida, sendo vedado o acréscimo de condições novas e não previstas que restrinjam a sua incidência.

Sustenta-se que as inovações trazidas pela Lei nº 9.714/98 não se aplicam aos que perpetraram delitos de tráfico de substância entorpecente, já que tais condutas estariam tipificadas em legislação especial (art. 12 da Lei nº 6.368/76), sendo certo que, também por força de lei extravagante (Lei nº 8.072/

90, art. 2º, § 1º), a pena corporal imposta deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

A argumentação não convence.

Da exegese da Lei nº 9.714/98, no que pertine à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, aflora a sua aplicabilidade também aos delitos definidos em legislação especial.

Com efeito, prescreve o art. 45, § 3º, do Código Penal que a *"perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressaltada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ..." (grifamos)*.

"Pelo exposto, deduz-se que a mens legis do novo diploma é no sentido de ampliar a incidência das penas restritivas de direitos, estendendo-as à legislação especial."

Ora, se a perda de bens e valores constitui-se em pena restritiva de direito (CP, art. 43, II), da norma contida no art. 45, § 3º, do Código Penal, deduz-se sua incidência inclusive para os crimes disciplinados por lei especial (v.g., Lei de Tóxicos): aplica-se tal pena expropriatória nestes casos, com a única ressalva de que os bens e valores não se reverterão ao Fundo Peni-

tenciário Nacional, caso haja disposição específica em contrário. Observe-se que, em matéria de tráfico de entorpecentes, no que pertine à expropriação de bens e valores, existe disposição normativa (CF, art. 243, caput, e Lei nº 7.560/86, art. 4º), determinando que constituirão recursos do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB), enquanto as glebas de terra, nas quais se localizem culturas de plantas psicotrópicas, também serão expropriadas e reverterão para fins de reforma agrária (CF, art. 243, § 1º e Lei nº 8.257/91).

Pelo exposto, deduz-se que a *"mens legis"* do novo diploma é no sentido de ampliar a incidência das penas restritivas de direitos, estendendo-as à legislação especial. Tal conclusão aplica-se, com mais razão, às demais penas alternativas, pois, com relação a estas, não há ressalva alguma à sua integral aplicação.

Por outro lado, não são inconciliáveis os comandos legais emanados da novel legislação e os dispositivos da Lei nº 8.072/90.

A par da inconstitucionalidade da norma estampada no art. 2º, § 1º, da chamada Lei dos Crimes Hediondos, deve o hermenauta procurar conciliar os textos legais, de tal sorte que seja preservada a vontade da Lei nº 9.714/98, qual seja, sua vocação de incidência universal, substituindo penas privativas de liberdade cominadas por legislação penal especial ou não.

Assim, v.g., se alguém for condenado pela prática do delito definido pelo art. 12 da Lei nº 6.368/76 e preencher os requisitos objetivos e subjetivos reclamados pelo art. 44 do Código Penal, deve obter a substituição da pena corporal por outras penas restritivas de direitos. Caso não preencha os requisitos legais e não granjeie a substituição em foco é que cumprirá sua reprimenda integralmente em regime fechado.

Nem se diga que causa espécie a imposição de pena substitutiva ao que comete o ilícito de tráfico de entorpecentes porque, caso descumprida a pena imposta e revogada a substituição, terá o condenado de cumprir





pena privativa de liberdade em regime fechado: a própria sistemática da Lei nº 9.714/98 prevê hipótese semelhante.

De fato, em sua nova redação, o § 3º do art. 44 permite a substituição de pena privativa de liberdade mesmo ao condenado reincidente, desde que a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não seja específica. Pois bem, neste caso, se o condenado tiver sua pena restritiva de direitos convertida em privativa de liberdade deverá cumpri-la, em tese, em regime fechado, *ex vi* do art. 33 e parágrafos do Código Penal. Ora, se se admite que o reincidente, que teve revogada a pena restritiva de direitos, desconte o restante da pena corporal em regime

fechado, não há motivo para estranhar-se que o mesmo ocorra com o traficante de substância entorpecente.

Sublinhe-se que não se está aqui advogando a irrestrita e automática substituição da pena privativa de liberdade aplicada aos que se envolvem com o tráfico de drogas. Evidentemente, no caso concreto é que se aferirá se o acusado subjetivamente fará jus ao benefício e se este é suficiente para a reprovação e prevenção do crime (CP, art. 44, III, e art. 59, *caput*): a possibilidade da substituição ora sustentada permitirá ao julgador melhor individualização da sanção penal, evitando-se longo encarceramento, com todos os seus efeitos deletérios, por exemplo, daquele que, de modo eventual, cede a outro gracioso pouca quantidade de

entorpecente ou daquele que se entrega (até porque muitas vezes também é toxicômano) esporadicamente ao pequeno comércio de drogas.

O entendimento apriorístico de que todo e qualquer traficante, apenas por ostentar tal rótulo, não preenche as condições subjetivas para receber como sanção alguma pena restritiva de direitos não se coaduna com o princípio constitucional da individualização da pena e afasta-se da culpabilidade do fato, encampada por nosso ordenamento jurídico.

Os autores são, respectivamente, procuradora do Estado de São Paulo e juiz federal em São Paulo.

Penas Restritivas de Direitos: Necessidade de Criação de Infra-Estrutura Adequada Que Possibilite a sua Execução

LOURI GERALDO BARBIERO

É torturante para um juiz criminal ter que aplicar uma pena de prisão, que ele já sabe, de antemão, que não irá recuperar o criminoso. Sim, porque o fim último da pena é a recuperação do delinquente e sua reinserção na sociedade. E cadeia, como já demonstrado inúmeras vezes, pelos altos índices de reincidência, não propicia a recuperação de ninguém, pelo menos nos moldes do sistema brasileiro. Calcula-se que hoje, segundo dados do Ministério da Justiça, o índice de reincidência nas penas de prisão passa dos 85% no Brasil e é da ordem de 70% a nível mundial, dados que, sem dúvida, comprovam a ineficiência da pena de prisão, sem contar o alto custo mensal para o Estado, de 4 a 6 salários mínimos por preso (São Paulo).

Além de não recuperar, na maioria das vezes, a prisão, tal como ocorre no Brasil (cadeias superlotadas, condições absolutas de promiscuidade, sem separação de presos provisórios e definitivos e sem trabalho), serve como escola do crime, ou seja, aquele cidadão que ainda era recuperável, após passar um período na prisão, por um delito qualquer — v.g. um furto — acaba se tornando irre recuperável, porque aprende na cadeia, com o convívio diário com outros delinquentes mais perigosos, aquilo que ele ainda não sabia do mundo do crime. **Na verdade, se pode dizer que as prisões são escolas de "pós-graduação no crime", com a agravante de serem custeadas pelo próprio Estado.**

E o juiz, como aplicador da lei, não pode deixar de aplicar a pena de prisão prevista para determinado crime, tão-só porque ele não acredita na eficácia da sanção prevista pelo legislador.

É verdade que temos as penas restritivas de direitos, que são penas substitutivas (prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), além da multa substitutiva. Mas o seu alcance até há

poucos dias, era muito restrito. Cabiam apenas nos crimes de menor gravidade, ou seja, nos dolosos quando aplicada pena de prisão de até um ano ou nos culposos. Tem-se dito que os juízes relutam em aplicar as penas substitutivas. Não é verdade. Nos poucos casos em que a lei permitia, os juízes as têm aplicado. Era necessário, contudo, que as hipóteses até então previstas fossem ampliadas, reservando-se a pena privativa de liberdade apenas para casos gravíssimos, para os criminosos que oferecem perigo à sociedade — assalto à mão armada, seqüestro, tráfico de drogas e outros, mas sempre com trabalho obrigatório, até mesmo para que o condenado possa reparar o dano causado às suas vítimas, sustentar sua família e, simultaneamente, diminuir a sua pena (remição).

É o que acaba de acontecer com a edição da

"Enquanto não houver um mecanismo viável para acompanhar o cumprimento da pena substitutiva, que inspire confiança à sociedade em geral e aos aplicadores do Direito, principalmente ao julgador, não obteremos êxito total na implantação e aplicação desse tipo de pena."

Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998 (DOU de 26.11.1998, p. 1), que modifica alguns artigos do Código Penal, alargando o alcance das penas substitutivas. A substituição agora é possível quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que

seja a pena aplicada, se o crime for culposo, desde que preenchidos alguns requisitos subjetivos. Ampliou-se o rol das penas substitutivas, acrescentando-se outras duas: a prestação pecuniária (pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades com destinação social, de importância fixada pelo juiz, deduzindo o seu valor em eventual condenação na esfera cível) e a perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, no montante do prejuízo provocado ou do proveito obtido pelo agente em consequência da prática do delito (crimes do colarinho branco). Outras duas penas substitutivas que se pretendia incluir foram vetadas: o recolhimento domiciliar, que moralizava a prisão albergue-domiciliar e a advertência, para pena privativa de liberdade inferior a seis meses (admoestação verbal ao condenado).

Mas o sucesso da pena substitutiva depende do controle e da fiscalização. É preciso criar uma infra-estrutura que possibilite a sua execução. É necessário criar um *bureau*, como na Inglaterra, um órgão vinculado ao Executivo, que se encarregue da execução desse tipo de pena junto à sociedade (asilos, creches, hospitais, necrotérios, IML, etc.), ficando com o Judiciário apenas o seu controle e fiscalização. Introduzida na legislação atual pela reforma penal de 1984 (Parte Geral do Código Penal - Lei nº 7.209/84), quando se quebrou o monopólio da pena de prisão, não se criaram até hoje as condições necessárias para a sua implantação definitiva, o que gera a impunidade e cria para a sociedade, quando aplicadas, o descrédito com relação a tais penas. Enquanto não houver um mecanismo viável para acompanhar o cumprimento da pena substitutiva, que inspire confiança à sociedade em geral e aos aplicadores do Direito, principalmente ao julgador, não obteremos êxito total na implantação e aplicação desse tipo de pena.

Pessoalmente, no entanto, entendo que a solução para a recuperação do infrator só virá com a introdução, no nosso Código Penal, da pena alternativa genuína, aquela que o juiz aplica originariamente e não em substituição à privativa de liberdade. **As penas restritivas de direitos que hoje temos são, tecnicamente, penas substitutivas e não alternativas, como erroneamente se tem falado.** As substitutivas substituem as privativas de liberdade, enquanto as alternativas são cominadas no próprio tipo





penal e aplicadas diretamente pelo juiz. A maioria dos países desenvolvidos está usando a pena alternativa (a Alemanha, por exemplo, tem 90% de penas deste tipo). Para isso, é necessária a instalação de Juizados Criminais que funcionem ininterruptamente. A pessoa detida por um crime que tivesse pena alternativa cominada seria levada à presença do juiz que, mediante um processo sumário, aplicá-la-ia. Não faz sentido, como ocorre hoje, prender o infrator em flagrante, levá-lo à prisão e, depois de sofrer as agruras do cárcere, condená-lo a uma pena de prestação de serviços ou de multa. Mas vale aqui o que já foi dito com relação à pena substitutiva. É necessário que haja controle e fiscalização. É preciso criar uma infra-estrutura adequada que permita a sua execução, com as condições necessárias para a sua implantação definitiva, para demonstrar para a sociedade a sua eficiência e não gerar impunidade. Não custa repetir. **Se não houver um mecanismo viável para a sua execução e que inspire confiança à sociedade em geral e aos aplicadores do Direito, principalmente o julgador, não obteremos êxito total na implantação e aplicação desse tipo de pena.**

Na verdade, faz-se necessária uma mudança de mentalidade. É hora de esclarecer a sociedade quanto aos males da pena de prisão, que só na aparência serve aos seus

interesses de segurança. Precisamos pensar num mecanismo de punição que não seja o da prisão. Precisamos pensar em ressocialização do infrator por vias não prisionais. Temos que punir o criminoso, sem, contudo, levá-lo ao cárcere. Faz-se mister reduzir, ao máximo, a aplicação da pena de prisão, relegando-a a *ultima ratio* do sistema. A prisão, num primeiro momento, para a sociedade em geral, parece resolver o problema, porque retira do seio social aquela pessoa violenta, que cometeu um crime contra a vida ou contra o patrimônio. Nada mais ilusório. É que esse cidadão, quando sair da cadeia, não estará recuperado e retornará à sociedade muito pior do que quando fora preso, muito mais revoltado, porque, além de não ter recebido o tratamento adequado para corrigir a sua tendência ao ilícito, sofreu os efeitos nocivos do cárcere e, certamente, tornará a delinquir e o faz, como já comprovado, com crime mais violento que o anterior.

A cadeia é o pior dos remédios, utilizável só em casos extremos. Já dizia Heleno Fragoso: "Se mandarmos o delinqüente para a prisão, a possibilidade de que ele se torne um delinqüente pior é incomparavelmente maior do que se o deixarmos em liberdade" ("Ciência e Experiência do Direito Penal - Lições de Direito Penal - Parte Geral", 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 463).

E quando a pena de prisão for mesmo indispensável, nos casos extremos de infrato-

res que oferecem perigo à sociedade (não encontramos ainda nenhum mecanismo para substituí-la nessas hipóteses), **é necessário implantar o trabalho obrigatório**, com novas filosofias para tratamento do preso, como a da APAC de São José dos Campos-SP (índice de reincidência: 4%). O trabalho já está previsto tanto no Código Penal como na Lei de Execução Penal, em todos os regimes de cumprimento da pena, ou seja, fechado, semi-aberto e aberto. Ocorre que, como é sabido, a maioria dos presos até agora ficava nas cadeias públicas e carceragens dos distritos policiais, onde não há trabalho. **Entendo que o trabalho é uma das melhores alternativas para a recuperação do preso, senão a melhor. Se os cidadãos de bem são obrigados a trabalhar diariamente para sobreviver, não se entende porque o preso não deva fazer o mesmo. É sabido que "o ócio é a mãe dos vícios".** Mas há algumas notícias alentadoras nesse sentido, como a proposta do governo estadual de transformar a Casa de Detenção do Carandiru no maior centro de formação profissional da América do Sul — uma Universidade do Trabalho — e a inauguração de 24 novas penitenciárias, 21 em regime fechado (17.520 vagas) e três delas em regime semi-aberto (860 vagas). **Mas o mais importante de tudo: todas com previsão de trabalho aos presos.**

O autor é juiz de direito em São Paulo.

Penas Alternativas: Justiça Seja Feita.

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO

No dia 25.11.98, através da Lei nº 9.714, alteraram-se alguns dispositivos do Código Penal e de forma salutar e sobretudo para atender as exigências do Direito Penal moderno, ampliaram-se as chamadas "penas alternativas".

Há, de há muito, uma luta incessante no sentido de se romper com o sistema clássico da "pena de prisão", em especial para determinadas infrações penais que podem e devem ser punidas com outras formas de sanções menos aviltantes, menos dispendiosas para o erário e, muitas vezes, com relevante alcance social e com isto, mais eficientes. Esta idéia veio tomando corpo e findou por ser recepcionada praticamente por todos os penalistas modernos não só do Brasil como do mundo todo.

É importante destacar que os estudiosos comprometidos com a adoção das penas alternativas, em momento algum endossam ou apregoam a impunidade. Ao contrário, defendem uma punição mais adequada, onde a pena de prisão deve ser reservada para os delitos mais graves como, por exemplo: homicídio, estupro, roubo, seqüestro, tráfico de drogas, etc., e também para os autores de delitos menos graves quando praticados por infratores habituais. Dentre os autores nacionais, defensores desta nova concepção de reprimenda penal, destacam-se, por exemplo, os professores **Damásio E. de Jesus, Luiz Flávio Gomes, René Ariel Dotti, Luiz Vicente Cernicchiaro, Cezar Bitencourt** e a socióloga **Julita Lemgruber**.

O Código Penal de 1940, que a par de várias alterações, ainda se encontra em vigor, não

obstante, de forma um pouco acanhada, já contemplava algumas espécies de penas alternativas, por exemplo, pena de multa, *sursis* e livramento condicional. Com a reforma penal de 1984, referidas penas foram ampliadas e a Lei nº 9.099/95, conhecida por "Lei dos Juizados", dilatou ainda mais a sua abrangência.

"Com efeito, a modalidade de sanção penal que vem despertando críticas e elogios, para o Estado de Mato Grosso do Sul, não traz nenhuma novidade. Contudo, apesar de ser seu criador e inspirador, tem merecido raríssimo reconhecimento, principalmente lá fora. Justiça seja feita."

Com efeito, com a nova lei simplesmente ampliou-se a abrangência das penas alternativas e regulamentou-se a pena de perda de bens e a prestação social alternativa, previstas na Constituição Federal vigente, sendo que esta última, ainda que em parte, já se achava disciplinada no Código Penal e na referida Lei dos Juizados.

A primeira modalidade de pena alterna-

tiva elencada pela nova lei é a **prestação pecuniária**, que também pode consistir em **prestação de outra natureza** (art. 45, § 2º), leia-se **cestas básicas**.

Em recente artigo, intitulado "*As novas penas alternativas*", de autoria do professor e criminalista **Luiz Flávio Borges D'Urso**, publicado no *Correio do Estado de Campo Grande-MS*, do dia 03.12.98, foi ressaltado que "*a primeira novidade trazida pelo projeto é a prestação pecuniária...*"

O jurista e professor da Faculdade de Direito da USP, **Miguel Reali Júnior**, igualmente em recente artigo, intitulado "*A lei penal do mínimo esforço*", publicado na *Folha de S. Paulo*, do dia 30.11.98, comentando referida lei, ainda que com crítica contundente, destacou a primazia da pena de prestação pecuniária.

Em que pesem as afirmações acima, entendo oportuno destacar que a "Lei dos Juizados" já contemplava, ainda que em parte, a pena de prestação pecuniária, porém, como **pena de reparação de dano** e a modalidade de **prestação de outra natureza**, ainda que de forma implícita, já se encontrava contemplada na prestação de serviço à comunidade, sendo certo que esta última, denominada como **cestas básicas**, já vinha sendo aplicada no Estado de Mato Grosso do Sul, desde 1992 e na maioria dos Estados com o advento da Lei nº 9.099/95, nas denominadas "*infrações penais de menor potencial ofensivo*", de competência dos Juizados Especiais Criminais, do que foi precursor o Estado de Mato Grosso do Sul não só na implantação dos Juizados como também na adoção de referida sanção penal alternativa e, aliás, com grande alcance social.

Com efeito, a modalidade de sanção penal que vem despertando críticas e elogios, para o Estado de Mato Grosso do Sul, não traz nenhuma





novidade. Contudo, apesar de ser seu criador e inspirador, tem merecido raríssimo reconhecimento, principalmente lá fora. Justiça seja feita.

O Estado de Mato Grosso do Sul, embora pouco reconhecido, conquanto tenha exportado bons exemplos para outros Estados e até para outros países, como é o caso da primazia da implantação dos Juizados, do projeto do novilho precoce, etc., de outra parte, igualmente tem exportado exemplos do que não se deve fazer. Justiça seja feita. Pela pertinência, é oportuna a alusão ao presídio classificado como de **segurança máxima de Dourados**, que de segurança ao que parece nada tem, posto que as fugas e tentativas de fugas ali têm se tornado constantes.

O custo do referido estabelecimento penal (**vinte milhões de dólares**), em uma das suas inaugurações, onde me fazia presente, foi divulgado pelo então ministro da Justiça, **Nelson Jobim**. Sabe-se que hoje referido valor já foi alterado em muito (mais dólares ali foram enterrados) e assim mesmo lá se encontram pouquíssimos presos recolhidos,

muito aquém da sua capacidade, paradoxalmente por falta de segurança.

Com o custo de **dez milhões de reais** foi recentemente inaugurado pelo vice-governador do Estado de São Paulo um estabelecimento prisional com capacidade para 760 presos (bem superior ao nosso), com geração de 400 empregos diretos, com o custo de 30% do que se gastou em outro governo em projeto semelhante (*O Estado de S. Paulo*, do dia 18.12.98, p. C5). Este dado, dentre outros, justifica a reeleição do governador **Mário Covas** e o insucesso nas urnas de vários outros políticos.

Ainda, sobre o custo para se construir um presídio para **quinhentos presos**, a socióloga **Julita Lemgruber**, ex-diretora do sistema penal do Rio de Janeiro, do governo **Nilo Batista**, recorrendo ao Censo Penitenciário Nacional/1994/Ministério da Justiça/SECPLAN/RJ, informa que seu custo equivale a **oito milhões de dólares** (*"Alternativa à pena de prisão"*, p. 41, anais da conferência promovida pela Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, outubro de 1994).

Não obstante, o Estado do Mato Grosso do Sul se dá ao luxo de gastar mais que o dobro

do custo normal, para construir um "elefante branco", que infelizmente não está servindo para nada e, oxalá, se até mesmo antes de ser utilizado adequadamente (se é que algum dia vai ser), não necessite de ampla reforma. O recorde do que não se deve fazer já está batido. Justiça seja feita.

Diante desta realidade, justifica-se, mais uma vez, a adoção e a implementação das penas alternativas. Agora não podemos olvidar que a eficiência e o êxito das penas alternativas dependem da sua aplicação com equilíbrio, da sua execução e da sua fiscalização adequadas. Daí a importância de uma justiça (juiz, promotor e advogado) identificada com esta nova concepção de sanção penal. Do contrário, mais uma vez, a lei, por melhor que seja, acabará dando lugar à impunidade. A mente arejada e criativa dos operadores do Direito é salutar e imprescindível para o êxito e efetividade de qualquer instrumento legal. Justiça seja feita.

O autor é procurador de justiça aposentado e professor de Direito Penal no Mato Grosso do Sul

A Classificação do Crime na Pronúncia

JAYME WALMER DE FREITAS

1- O Princípio da Correlação entre a acusação e a sentença

Ao findar a instrução processual, se o magistrado *"se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento"* (CPP, art. 408, caput).

A decisão interlocutória de pronúncia, como todas as decisões judiciais, deverá ser fundamentada. É garantia constitucional (CF, art. 93, IX). O CPP, recepcionado nesta parte, estatui que, comprovada a materialidade e patentes indícios suficientes de autoria, haverá o Juiz de pronunciar o réu, *"dando os motivos de seu convencimento"*. Indício suficiente *"tem o sentido de probabilidade suficiente e não a de simples possibilidade de autoria. Se apenas provável a existência do crime, não pode haver pronúncia; e o mesmo se verifica quando tão-só possível a autoria que ao denunciado se atribui"*⁽¹⁾.

Decorre do Princípio da Correlação entre a acusação e sentença, *"também chamado da congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença"*⁽²⁾, que o acusado somente poderá ser condenado por fato contido, expressa ou implicitamente, na denúncia ou queixa e, desde que lhe seja garantida a plena defesa (CF, art. 5º, LV).

O CPP prevê medidas de salvaguarda aos interesses do acusado, porquanto à acusação, somente a ela, é reservado o pedido de condenação.

Na *emendatio libelli*, tendo-se em mira que o réu se defende do fato descrito na denúncia ou queixa e não da capitulação jurídica feita pelo Ministério Público ou pelo querelante, poderá o juiz dar àquele fato outra qualificação, ainda que importe em pena mais grave (CPP, art. 383). O magistra-

do promove a corrigenda no âmbito da tipificação legal, em decorrência dos fatos emergentes no processo contra o acusado (por ex.: na denúncia está descrito um roubo, mas o Ministério Público o tipifica como furto; na sentença, em caso de condenação, basta que o Juiz emende a acusação, condenando o réu pelo roubo).

Diferentemente, se durante a instrução criminal surgirem circunstâncias elementares que alterem a qualificação legal contida na denúncia, o juiz não poderá sentenciar. Ao contrário, deverá garantir que o acusado se defenda do fato inovado, da nova definição jurídica. Para tanto, deverá observar os patamares da pena aplicável ao novo fato em cotejo com aquele contido na inicial acusatória: se idêntica ou menor, aplicará o art. 384, caput, baixando os autos, para que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas; se importar em pena mais grave, aplicará o art. 384, parágrafo único, quando deverá o órgão da acusação aditar a inicial (denúncia ou queixa). É a *mutatio libelli*.

Na desclassificação de crimes contra a vida para outros da competência do juízo singular, o princípio da relatividade também deve ser observado, resguardando-se a ampla defesa (CPP, art. 410).

E se a desclassificação versar sobre outro crime de competência do Júri?

2 - A Desclassificação para outro delito de competência do Júri

Dispõe o art. 408, § 4º, do Código de Processo Penal que, ao prolar a sentença de pronúncia, *"o juiz não ficará adstrito à classificação do crime feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais*

grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo".

Assim, ao réu processado por um crime doloso contra a vida, surgindo circunstâncias elementares durante a instrução processual que alterem o tipo penal para outra figura dolosa contra a vida, por exemplo de induzimento ao suicídio para homicídio ou vice-versa, poderá o magistrado pronunciá-lo por este novo crime sem a necessidade de se socorrer dos princípios processuais inerentes à correlação entre a acusação e sentença, não sendo necessário o aditamento da denúncia e respectiva produção de provas por parte da defesa?

É o que pensam renomados escritores. **Mirabete**, de forma categórica, assevera que *"o juiz ... pode efetuar a desclassificação, ainda que sujeito o acusado a pena mais grave. Não se aplica, assim, o art. 384, e muito menos seu parágrafo único"*, por conseguinte não é caso de se aplicar o art. 410 e seu parágrafo único, pois não se julgará o mérito na pronúncia e, havendo decisão processual de natureza interlocutória, durante a segunda fase do procedimento resguardar-se-á a ampla defesa⁽³⁾.

Também pensa assim, o mestre **Damásio E. de Jesus**⁽⁴⁾. **Fernando da Costa Tourinho Filho** trilha a mesma senda e ressalta que pode *"o juiz entender que a infração imputada é menos grave ou mais grave (p. ex.: é infanticídio e não homicídio, e vice-versa). Nesse caso, como proceder? Quer-nos parecer que, não sendo a sentença de pronúncia decisão de mérito, cabe ao Juiz, simplesmente, dar ao fato a qualificação jurídico-penal que entender acertada, de acordo com a prova dos autos. É precisamente o que diz o legislador no § 4º já citado"*⁽⁵⁾. **Vicente Greco Filho** espousa o mesmo entendimento⁽⁶⁾.

Nada obstante, ousamos pensar de modo diverso.

O procedimento bifásico estatuído para o julgamento dos crimes contra a vida pressupõe, por si só, maior amplitude na produção de provas, haja vista a gravidade da infração e de suas conseqüências de ordem penal.





O réu se defende do **fato** articulado na denúncia ou seu aditamento.

A mudança deste fato, proveniente de circunstâncias elementares não contidas, expressa ou implicitamente, na inicial, culminando com decisão de pronúncia inovadora, sem iniciativa das partes, é motivo de surpresa e postura ofensiva aos princípios em estudo e, mormente, aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Se a imputação inexistir, o juiz não pode criá-la sem provocação, ainda que fundado em circunstâncias contidas no processo. *Ne procedat iudex ex officio*. O complexo processual penal não alicerça esta interpretação. Sem o pedido, a decisão, ainda que interlocutória mista/processual, é nula de pleno direito.

Fere a ordem legal a sentença de pronúncia por **fato diverso** do contido na denúncia.

Na fase inicial do procedimento bifásico, a técnica é suprema, defronta-se com juiz togado, e forma-se o alicerce probatório do que se debaterá em plenário. O procedimento deve fornecer igualdade sólida de tratamento às partes, sem lançá-las à sorte do plenário, onde juízes leigos (sem qualquer demérito), julgarão o acusado.

3 - A Doutrina e Jurisprudência consentâneas com os Princípios Constitucionais e Processuais

Ao comentar o art. 408, § 4º, do Código de Processo Penal, **James Tubenchlak** conclui que é imprescindível a observância ao Princípio da Relatividade, porquanto *"afigura-se-nos absurda, a par de inconstitucional, pois não há negar que com isso se vulnera o direito à plenitude de defesa consagrado no art. 5º, XXXVIII, a, da Carta Magna"*⁽⁷⁾.

Hélio Tornaghi esclarece que o juiz *"pode dar ao fato descrito na peça acusatória classificação diversa da que ali lhe é atribuída, ainda que o réu fique sujeito a pena mais grave. Não pode, entretanto, pronunciar por fato que não conste da denúncia (ou quei-*

xa)"⁽⁸⁾. Para **Walter P. Acosta**, o juiz não fica adstrito à classificação original, mas, poderá *"se for o caso, reabrir ao acusado prazo para defesa e indicação de testemunhas (art. 410), prosseguindo-se, depois de ouvi-las, e uma vez que o processo permanecerá no júri, nos termos do art. 406"*⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾. **Frederico Marques**, na majestade de seus conhecimentos, leciona que *"repete-se aqui, para a pronúncia, o princípio do jura novit curia, tal como o consagra o artigo 383 do Código de Processo Penal, para as sentenças definitivas que decidem sobre a pretensão acusatória"*⁽¹¹⁾.

"Portanto, a aplicação da mutatio libelli (CPP, art. 384, parágrafo único), mesmo na hipótese do art. 408, § 4º, do CPP, é exigível, sob pena de se violarem os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório."

Comungam deste entendimento outros luminares, estudiosos do tema Júri⁽¹²⁾⁽¹³⁾, e a jurisprudência majoritária corrobora esta assertiva⁽¹⁴⁾.

4 - Conclusão

A sentença de pronúncia deve estar em consonância com a imputação. Não se pode aceitar que o juiz, sem pedido, sem ponderação técnica das partes, atipicamente em suas funções, decida. A desvantagem do réu a ser julgado perante o Tribunal do Júri é flagrante, eis que, originalmente, processado por um crime menor (infanticídio, aborto ou induzimento ao suicídio), sem chance de defesa, passa a responder por crime mais grave (homicídio). Conquanto a pronúncia seja uma decisão interlocutória, tem conteúdo preponderante perante os jurados, vincula o libelo e, por conseguinte, o órgão acusador.

Não se pode olvidar que, ao pronunciar por crime mais grave, deve o juiz fundamen-

tar, quando, fatalmente, exercerá influência no espírito do Conselho de Sentença, descaracterizando a linguagem da decisão de pronúncia.

Portanto, a aplicação da *mutatio libelli* (CPP, art. 384, parágrafo único), mesmo na hipótese do art. 408, § 4º, do CPP, é exigível, sob pena de se violarem os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

NOTAS

- (1) **José Frederico Marques**, *"A Instituição do Júri"*, p. 224, 2ª ed. Saraiva, 1955.
- (2) **Grinover, Scarance e Magalhães**, *"As Nulidades do Processo Penal"*, 3ª ed., Malheiros Editores, 1994, p. 173.
- (3) **Júlio Fabbrini Mirabete**, *"Código de Processo Penal Interpretado"*, Atlas, 5ª ed., p. 536.
- (4) **Damásio E. de Jesus**, *"Código de Processo Penal"*, Saraiva, 1993, 10ª ed., p. 271.
- (5) **Fernando da Costa Tourinho Filho**, *"Código de Processo Penal Comentado"*, Saraiva, 2ª ed., 1997, p. 28.
- (6) **Vicente Greco Filho**, *"Manual de Processo Penal"*, Saraiva, 4ª ed., 1997, 419.
- (7) **James Tubenchlak**, *"Tribunal do Júri - Contradições e Soluções"*, Forense, 1990, p. 56.
- (8) **Hélio Tornaghi**, *"Curso de Processo Penal"*, Saraiva, 1990, p. 208.
- (9) **Walter P. Acosta**, *"O Processo Penal"*, Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1991, p. 466.
- (10) **E. Magalhães Noronha** leciona, tal qual **Walter Acosta**, que *"o juiz deverá mandar abrir vista para o réu apresentar defesa e arrolar testemunhas, seguindo-se após a inquirição destas a defesa final e a pronúncia"* (*"Curso de Direito Processual Penal"*, Saraiva, 18ª ed., 1987, p. 253).
- (11) **José Frederico Marques**, *"Elementos de Direito Processual Penal"*, Bookseller, 1997, p. 182.
- (12) **Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, *"Teoria e Prática do Júri"*, Revista dos Tribunais, 1994, p. 161.
- (13) **Grinover, Scarance e Magalhães**, *"As Nulidades do Processo Penal"*, Malheiros Editores, 1994, p. 178.
- (14) STF: HC 64.171-PA, j. 21.11.86, DJU 03.04.87; RTJ 106/142 e RT 598/323.

O autor é juiz de direito e professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Crimes Contra a Fauna na Lei nº 9.605/98

LAERTE FERNANDO LEVAI

a) Competência

Segundo proclamado na Súmula nº 91 do Superior Tribunal de Justiça, *"compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a fauna"*. O art. 1º da Lei nº 5.197/67, por sua vez, considera os animais silvestres como propriedade da União Federal. Essas premissas, por si só, levariam à precipitada conclusão de que, com a entrada em vigor da Lei dos Crimes Ambientais, os promotores de justiça não mais teriam legitimidade para oficiar nessa matéria. A questão, apesar de controvertida, merece ser examinada sob ótica diversa da convencional.

É que o espírito do nosso moderno ordenamento jurídico ambiental, ao considerar a fauna como **bem de uso comum do povo** (art. 225 caput, da CF), sugere que a competência para o processo e o julgamento dos crimes a ela refe-

rentes — desde que não haja interesse preponderante da União — fique afeita, em inúmeras hipóteses, à Justiça Estadual. Isso porque a tutela dos animais é exercida com maior facilidade no *forum rei sitae* — seja na colheita de provas, seja no próprio ajuizamento das ações penais — pelo promotor de justiça que atua junto à comarca atingida pelo dano. Não foi por acaso que o legislador ambiental elencou as condutas delituosas envolvendo a fauna no capítulo dos Crimes Contra o Meio Ambiente, cuja defesa é do interesse do Estado-membro, inclusive.

Não foi por acaso, também, que o Chefe do Executivo **vetou** o parágrafo único do art. 26 da Lei nº 9.605/98, que atribuía à Justiça Estadual competência apenas supletiva nos crimes ambientais, fazendo-nos nos seguintes termos: "A

formulação equivocada contida no presente dispositivo enseja entendimento segundo o qual todos os crimes ambientais estariam submetidos à competência da Justiça Federal. Em verdade, são da competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens e serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim sendo, há crimes ambientais da competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal".

Ora, a fauna silvestre não se encontra textualmente inserida entre os bens da União relacionados no art. 20 da CF. Ainda que assim não fosse, a competência para proteger o meio ambiente e preservar a fauna é comum às três esferas de poder — União, Estados e Municípios (art. 23, VI e VII da CF) — afastado o estigma centralizador que, nas Constituições pretéritas, conferia exclusividade à União para legislar sobre caça e pesca, com intuito outro, certamente, que não o ecológico.

Justificar-se-ia, na esteira desse raciocínio, a competência da Justiça Federal em situações específicas de atentados contra a fauna, a saber: a) quando o crime envolver espécies silvestres





ameaçadas de extinção, assim oficialmente reconhecidas, eis que o Brasil é signatário da CITES; b) quando a conduta delituosa extrapolar os limites de um único Estado-membro ou, ainda, as fronteiras do País; c) quando envolver atos de contrabando de animais silvestres, peles e couros de anfíbios ou répteis, para o Exterior; d) quando, em sentido inverso, ocorrer introdução ilegal de espécie exótica no País; e) quando se referir à pesca predatória no mar territorial brasileiro ou a molestamento intencional de cetáceos; f) quando o dano faunístico se consumir em parques ecológicos, reservas florestais ou áreas sujeitas ao domínio eminente da Nação.

No tocante aos animais domésticos ou domesticados submetidos a atos de crueldade (abusos, maus tratos, lesões ou mutilações), todavia, essa polêmica inexistente. A competência é da Justiça Estadual, eis que o objeto jurídico tutelado abrange a moral pública e o sentimento de compaixão que se deve nutrir por todas as criaturas vivas. Com a vigência da Lei nº 9.605/98, que estendeu a proteção da fauna a todos os animais, sem distinções por espécies ou categorias, reforçou-se a tese de que os bichos silvestres não pertencem única e exclusivamente à União, e sim ao Poder Público de todas as esferas. Daí por que, com o devido respeito às opiniões contrárias, a regra contida no artigo 1º da Lei nº 5.197/67 não deve ser interpretada de maneira absoluta. Da mesma forma a Súmula nº 91 do STJ que, longe de possuir força normativa, afigura-se hoje em desconformidade à nova ótica jurídica instaurada pela atual legislação do meio ambiente, que trata a fauna sob a inovadora perspectiva de **bem ambiental da coletividade**.

b) Figuras Típicas

Ainda que imperfeita e susceptível, em vários tópicos, de regulamentação, a Lei nº 9.605/98 constitui importante passo na luta pela preservação da natureza. A fauna silvestre — fator de bem-estar do homem na biosfera — assim como seus ninhos, ovos, abrigos e criadouros naturais, mereceu a devida atenção do legislador que, em boa hora, estendeu sua proteção “às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras” (art. 29, § 3º). A conduta típica definida pelos verbos “matar”, “perseguir”, “caçar”, “apanhar” ou “utilizar”, indevidamente, espécies da fauna selvagem (art. 29, *caput*) sujeita o autor à pena de 6 meses a 1 ano de detenção e multa. Essa reprimenda pode ser aumentada pela metade se o crime envolver espécie ameaçada de extinção (art. 29, § 4º, I) ou, ainda, no triplo, se decorrente de caça profissional (art. 29, § 5º). O art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais (exportação de peles e couros de anfíbios e répteis, em bruto) revogou, por sua vez, o art. 18 da Lei nº 5.197/67, que assim disciplinou por igual a matéria, da mesma forma que seu art. 4º foi revogado pelo disposto no art. 31 da Lei nº 9.605/98 (introdução irregular de espécie animal no País).

A Lei Ambiental, por outro lado, transformou em crime a crueldade contra animais (art. 32), conduta antes considerada mera contravenção penal (art. 64 da LCP, também revogada). A esse respeito — atos de abuso, maus tratos e crueldades em geral — a tutela jurídica dos animais tornou-se ampla, abrangendo todas as espécies da fauna (silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos). Não se faz necessário, para a caracterização dos atos de

abuso ou maus tratos, o efetivo dano físico, bastando o sofrimento, a dor, a tortura, para se caracterizar a infração. **Dor**, segundo interpretação médica anotada em qualquer bom dicionário, é “a sensação desagradável ou penosa causada por um estado anômalo do organismo ou parte dele; é o sofrimento físico; é o sofrimento moral” (“*Michaelis - Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*”, Editora Melhoramentos, 1998, p. 749). Tem-se, portanto, que o elemento normativo do tipo penal que trata da crueldade a animais é o sofrimento, a dor, aquilo que maltrata ou tortura. Há que se ressaltar, ainda, que o delito é agravado pelo resultado se ocorrer a morte do animal (art. 32, § 2º). Já as experiências dolorosas em animal vivo, ainda que para fins didático-científicos, passam a ser crime (art. 32, § 1º) caso não observados os preceitos contidos na Lei nº 6.638/79, que só permite a viviseção em animais de laboratório mediante emprego de anestesia.

“... a fauna é comum às três esferas de poder, afastado o estigma centralizador que, nas Constituições pretéritas, conferia exclusividade à União para legislar sobre caça e pesca, com intuito outro, certamente, que não o ecológico.”

Na proteção da fauna aquática — peixes, crustáceos, moluscos, etc. — a nova lei considera crime a poluição em águas jurisdicionais brasileiras (art. 33), cominando ao infrator pena de reclusão de 1 a 3 anos ou multa. Os cetáceos (baleias, golfinhos, botos e outros mamíferos marinhos) não se incluem neste dispositivo, eis que já protegidos por diploma específico, a Lei nº 7.643/87. Os arts. 34 e 35 da Lei nº 9.605/98 disciplinam a pesca, proibindo tal atividade em períodos de piracema, em locais interditados, com uso de métodos não permitidos e em desconformidade a critérios predeterminados (**normas penais em branco**, portanto, cuja complementação incumbe às autoridades administrativas da União e dos Estados).

As excludentes de ilicitude estão no art. 37 da Lei Ambiental, que dispõe não ser crime o abate de animais quando realizado em estado de necessidade, em defesa de propriedade ou em se tratando de espécie nociva. Faz-se necessária, nesse tópico, redobrada cautela e fiscalização dos órgãos competentes para evitar que caçadores profissionais utilizem tais circunstâncias, direta ou indiretamente, como salvo-conduto à impunidade. Por outro lado, pode ficar isento de pena — dependendo das circunstâncias — aquele que mantém a guarda doméstica de espécie silvestre não ameaçada de extinção, conforme ressalva contida no art. 29, § 2º, da Lei dos Crimes Ambientais.

c) Aspectos processuais

Todos os crimes contra a fauna têm natureza pública incondicionada, devendo a ação penal — salvo nas hipóteses do art. 109, IV, da CF — ser proposta no Juízo onde ocorreu o dano ambiental, pela regra do art. 70 do Código de Processo Penal. Tornam-se passíveis de denúncia todas as pessoas físicas que, de qualquer

forma, concorram para a prática da infração, assim como as pessoas jurídicas. Neste particular o legislador ambiental, sobrepondo-se à máxima “*societas delinquere non potest*”, erigiu responsabilidades penais cumulativas, tanto do indivíduo em si considerado, como de uma empresa, inaugurando o sistema da dupla imputação a que se referia nossa Constituição Federal.

Nos delitos tidos como de menor potencial ofensivo — quando a pena máxima não for superior a um ano — a autoridade policial poderá lavrar termo circunstanciado ou, dependendo da complexidade da investigação, instaurar inquérito policial. Recebidos os autos no Juizado Especial Criminal proceder-se-á à audiência de conciliação, onde a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa somente poderá ser feita após prévia tentativa de composição do dano ambiental.

Dentre os crimes contra a fauna são de competência do Juizado os previstos no art. 29 (caça, perseguição ou captura de animal silvestre), 31 (importação de animal sem licença) e 32 (maus tratos). Os demais delitos, incluindo-se os crimes de poluição e de pesca ilegal (arts. 33, 34 e 35), embora não sejam de menor potencial ofensivo, permitem a suspensão condicional do processo, eis que têm sanção privativa de liberdade fixada no patamar mínimo de um ano. Também nessas hipóteses a extinção da punibilidade fica condicionada à reparação do dano ambiental, o que, se ocorrer, poderá evitar ajuizamento de eventual ação civil contra o réu.

A Lei Ambiental prevê, no art. 25, a apreensão dos produtos e instrumentos relacionados ao crime, providência essa que incumbe à autoridade policial e administrativa. Os animais apreendidos, se estiverem vivos, serão libertados em seu *habitat* ou encaminhados a jardins zoológicos, fundações ou entidades semelhantes (§ 1º), enquanto que os produtos e subprodutos da fauna, caso não perecíveis, destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais (§ 3º).

Tendo em vista que se aplicam subsidiariamente a esta lei as disposições do CP e do CPP, conforme disposto no art. 79, as provas destinadas à apuração dos crimes nela previstos devem obedecer aos critérios subsumidos na lei adjetiva penal (arts. 155 a 250). O exame de corpo-de-delito, imprescindível nos delitos que deixam vestígios, pode ser suprido, caso impossível sua realização direta, pela prova testemunhal. Válida, igualmente, nas infrações praticadas na clandestinidade, a prova emprestada, advinda do inquérito civil ou dos autos de ação civil pública. A prisão em flagrante deve ser presidida sempre por delegado de polícia — estadual ou federal, dependendo da natureza do crime — incumbindo-se aos órgãos ambientais, de outra parte, a apuração do ilícito administrativo.

Quanto à liberdade provisória sua concessão tornou-se regra. É que os crimes contra a fauna tiveram sensível redução de pena se comparados às reprimendas cominadas na legislação anterior — e, neste tópico, revogadas — restando nítida a intenção do legislador ambiental em substituir a pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos ou pela prestação de serviços à comunidade, sem prejuízo das implicações pecuniárias e reparatórias decorrentes do ato ilícito. Isso, certamente, contribuirá para a dinamização do processo, cuja finalidade instrumental é, acima de tudo, a célere realização da Justiça.

O autor é promotor de justiça em São José dos Campos (SP).

Crimes Contra o Meio Ambiente e Justiça Criminal Consensual - A Composição Civil dos Danos Ambientais

JOSÉ EDUARDO DO NASCIMENTO

1 - A Justiça Criminal no Estado Democrático de Direito

Os preceitos fundamentais de liberdade assegurados na Constituição de 1988 idealizam modelo de Estado Democrático de Direito que, no âmbito penal e processual penal, limita harmoniosamente a atuação da jurisdição criminal face aos direitos e garantias individuais. Nesta perspectiva, duas linhas de pensamento delineiam a persecução criminal.

De um lado, a que propugna um Direito Penal mínimo, não intervencionista, que atua, apenas, em última instância de proteção aos bens jurídicos fundamentais da sociedade.

De outro, a que concebe a atuação legislativa e jurisdicional como fontes, cada vez menos subsidiárias, de repressão às condutas socialmente inadequadas. Atribui-se à norma penal a finalidade de reduzir a criminalidade, através da ideologia da punição, como fonte primária de controle social, reduzindo-se a esfera de liberdade do indivíduo, seja no plano da conduta, com inflação legislativa de tipos penais, seja no plano processual, reduzindo-se as garantias do acusado no curso do processo.

A Lei nº 9.099/95 representa, mais que um novo procedimento legal, a inserção de um novo modelo de Justiça Criminal, que tem por finalidade precípua evitar a aplicação da pena, prestigiando a reparação dos danos e a solução consensual dos conflitos, em superação ao modelo penal baseado na ideologia do castigo como resposta penal eficaz.

Outra tendência pouco a pouco implantada pelo legislador é a utilização do processo penal não apenas como instrumento de salvaguarda das garantias individuais face ao poder punitivo estatal, mas, também, como instrumento de proteção à vítima, consagrando o princípio da reparação do dano.

2 - A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal.

2.1 - Natureza jurídica da composição civil

Nos exatos termos do artigo 27 da Lei nº 9.605/98, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de transação penal somente poderá ser formulada se houver sido efetuada a prévia composição dos danos ambientais. Inovação na legislação processual penal pátria.

O instituto da composição dos danos civis, na sistemática da Lei nº 9.099/95, possui natureza despenalizadora, na exata medida em que restringe o campo do *ius puniendi*, ao extinguir os direitos de queixa e representação, nos casos de ação penal privada e pública condicionada, respectivamente. Versa sobre objeto de natureza patrimonial disponível.

Os crimes previstos na Lei nº 9.605/98 são todos de ação penal de iniciativa pública incondicionada (art. 26). A composição civil dos danos ambientais, na sistemática da Lei nº 9.605/98, tem a natureza de requisito para o exercício da transação penal. Seu objeto, em qualquer hipótese, identifica interesses sociais primários indisponíveis.

Consubstancia, esta inovação, a utilização, pelo legislador, da celeridade do modelo de Justiça Criminal consensual para valorizar a figura da vítima e do bem jurídico tutelado, propiciando maior efetividade na reparação do dano civil.

2.2 - Sujeitos da composição civil dos danos ambientais

Os crimes contra o meio ambiente possuem como objetividade jurídica bem jurídico difuso: o meio ambiente sadio e bem equilibrado. Seu titular é a coletividade, integrada pelas gerações presentes e futuras (art. 225 da Constituição de 1988).

"Possuem legitimidade para realizar a composição civil dos danos ambientais com o suposto autor do fato quaisquer das pessoas mencionadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 como legitimadas à propositura da ação civil pública para a reparação dos danos ambientais."

Ainda quando a objetividade material sobre a qual recai a conduta lesiva pertencer a determinado sujeito individual, este somente surge como sujeito passivo secundário ou por via reflexa. Sujeito passivo principal permanece sendo a sociedade, titular do bem que constitui a objetividade jurídica dos crimes contra o meio ambiente descritos na Lei nº 9.605/98.

Possuem legitimidade para realizar a composição civil dos danos ambientais com o suposto autor do fato quaisquer das pessoas mencionadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 como legitimadas à propositura da ação civil pública para a reparação dos danos ambientais.

O art. 5º da Lei nº 7.347/85 versa sobre legitimização processual *ad causam*, ou pertinência subjetiva, para pleitear em juízo a reparação dos danos ambientais. A lei expressamente legitima determinadas pessoas a representar a sociedade em juízo na defesa de bens jurídicos difusos.

Dentre eles, o único que atua mediante

legitimação ordinária é o Ministério Público. Quando o Ministério Público propõe ação na defesa de interesses sociais primários indisponíveis, é a própria sociedade que vai a juízo. Os demais (Estado, enquanto administração direta e indireta, e associações civis) o fazem mediante legitimação extraordinária ou anômala.

Nos crimes contra o meio ambiente, o resultado dano ambiental produz lesão a interesse público primário indisponível, cuja defesa incumbe ordinariamente ao Ministério Público, em função de atribuição institucional constitucionalmente atribuída. O Estado, enquanto sociedade politicamente organizada, defende ordinariamente interesses públicos também indisponíveis, porém secundários.

E, sendo a sociedade titular da pretensão primária de reparação dos danos ambientais, para fins de composição civil deve ser representada pelo Ministério Público, legitimado ordinário para a promoção da ação civil pública para a proteção do meio ambiente, nos exatos termos do art. 129, III, da Constituição de 1988.

Assim, ordinariamente o acordo civil que resultará na composição dos danos ambientais, requisito para a transação penal, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, deverá ser realizado entre o Ministério Público e suposto autor do fato. Com legitimação extraordinária, poderá figurar no acordo sujeito diverso, dentre aqueles elencados no art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Neste caso, porém, o Ministério Público deverá, obrigatoriamente, atuar como *custos legis*, em obediência ao princípio da indisponibilidade subjacente ao interesse público primário referente ao meio ambiente sadio e equilibrado, e que justifica a norma do art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, sob pena de nulidade.

Nulo ou incompleto acordo de composição civil, deverá o membro do Ministério Público oferecer denúncia, propondo a suspensão condicional do processo, se cabível, onde, então, será reaberta a possibilidade de completa reparação dos danos ambientais, prestigiando a finalidade primária da lei.

Sem a submissão do acordo civil à fiscalização do Ministério Público não restará aperfeiçoado o requisito para a transação penal. A avaliação da validade e da efetiva composição dos danos ambientais passa a integrar o juízo de pertinência do membro do Ministério Público, na formação da *opinio delicti*. Somente à vista de acordo, no qual efetivamente sejam compostos os danos ambientais, poderá o membro do Ministério Público oferecer proposta de transação penal.

Resta enfrentar a delicada questão concernente à possibilidade de o indivíduo particular, eventualmente lesado pela conduta do suposto autor do fato, realizar com este a composição civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/95.

No sentido da possibilidade: a posição do particular como eventual sujeito passivo secundário da conduta delitiva contra o meio ambiente e, ainda, a necessidade de promover a plena satisfação dos interesses lesados, em coerência com o princípio da reparação, informador da tutela penal ambiental e da justiça criminal consensual. Entretanto, este não se vislumbra o posicionamento mais acertado.

O bem jurídico difuso penalmente tutelado — o meio ambiente — tem por titular a sociedade. O indivíduo particular não tem





legitimidade para representar este interesse.

Nem como sujeito passivo secundário, pois neste caso o particular surge como vítima de ação que, além de lesar o meio ambiente, provoca dano patrimonial.

Mas o dano que o art. 27 da Lei nº 9.605/98 determina seja composto, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.099/95, não é o dano patrimonial. É o dano ao meio ambiente. Não é a diminuição do patrimônio (valor econômico) de determinado bem, mas o desequilíbrio ambiental causado pela ação delituosa, e quem sofre este dano é a sociedade, não o particular individualmente considerado.

Sendo este, e apenas este, o dano a ser objeto de composição civil, em atenção ao princípio da reparação, não há que se falar em alçar a figura do particular, eventualmente lesado economicamente, a acordante de dano ambiental, sem ferir o princípio de que não se promove a tutela individual de bem jurídico difuso.

Particular não possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando a reparação dos danos ambientais. Não pode, pela mesma razão, realizar acordo para a composição dos danos ambientais.

O tema envolve, na verdade, questão de fundo, consistente na definição da tutela que a Lei nº 9.605/98 visa promover. Neste passo, não é seu objetivo proteger o patrimônio privado que, de resto, encontra suficiente proteção nas leis civis e penais já existentes. Protege o meio ambiente, que tem por titular a sociedade.

Esta inovação da Lei nº 9.605/98 se insere em modelo que prestigia o ofendido, trazendo a reparação do dano para o processo penal. Mas não qualquer ofendido; a lei determina: somente a vítima do dano ambiental (art. 27), pelo que se afasta a hipótese do particular realizar a composição civil.

3 - Conclusão

A composição civil dos danos ambientais

tem natureza de requisito para a transação penal.

A composição civil, prevista nos arts. 74 da Lei nº 9.099/95 e 27 da Lei nº 9.605/98, tem como sujeitos o autor do fato e, ordinariamente, o Ministério Público, enquanto representante da sociedade, titular do bem jurídico primário e lesado pela conduta delitiva — o meio ambiente, e extraordinariamente, os demais legitimados a propor ação civil pública, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/85, neste caso, observada a atuação do Ministério Público como fiscal da lei, nos termos de seu § 1º, para o aperfeiçoamento da composição como requisito para a transação penal.

Atuando como *custos legis*, a análise da efetividade da reparação do dano ambiental se insere na formação da *opinio delicti* para fins de proposta de transação penal.

O autor é promotor de justiça no Estado de Goiás.

Telecomunicações: O Crime do Art. 183 da Lei nº 9.472/97

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

A Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, em seu art. 183, define a seguinte conduta criminosa:

"Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação. Pena: detenção de 2 a 4 anos, aumentada de metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)."

Observa-se, de imediato, que estamos diante de um crime de perigo abstrato, no qual o objeto da incriminação não está claramente definido. Trata-se de um tipo aberto, flagrantemente inconstitucional, por violar o princípio da reserva legal. A expressão *"atividades de telecomunicação"* é tudo e ao mesmo tempo é nada, deixando perplexo o destinatário da norma, assim como o intérprete e o aplicador. A lei, que possui um Capítulo de Definições, define *"serviços de telecomunicação"*, mas em nenhum momento define o que venha a ser *"atividade de telecomunicações"*. Serviço é uma coisa, atividade é outra. Em suma, a norma é inaplicável por ser inconstitucional.

O tipo objetivo - O núcleo do tipo

O núcleo do tipo objetivo está no verbo **desenvolver**. Este verbo, do ponto de vista etimológico, tem origem, segundo Antônio Geraldo Cunha⁽¹⁾, no verbo **volver**, que significa *"mudar de posição ou direção"*. Segundo a mesma fonte, o verbo **volver** acrescido das partículas *"des"*-*"en"* forma o verbo **desenvolver**, que significa *"fazer crescer, progredir"*. Nesse sentido fundamental, é um verbo transitivo⁽²⁾, tendo como sinônimos: aumentar, prosperar, propagar⁽³⁾. **Aurélio Buarque**, em seu conceituado Dicionário, nos dá todas as acepções do verbo **desenvolver**, mostrando que o mesmo dá idéia de movimento contínuo, habitualismo.

Dessa interpretação literal do núcleo do tipo objetivo, chegamos a uma conclusão de natureza jurídica, qual seja, a de que estamos diante de um **crime** que se classifica como **habitual**, isto é, **de um crime que, para a sua configuração, exige a reiteração da conduta**, pois habitual é aquilo que se faz ou que sucede por hábito e hábito é a disposição duradoura, adquirida pela repetição frequente de um ato, como nos ensina o Dicionário de **Aurélio Buarque**. Trata-se de situação semelhante àquela do crime do art. 229 do Código Penal, no qual o verbo *"manter"* *"exige a prova da habitualidade"*⁽⁴⁾. **Heleno**

"Observa-se, de imediato, que estamos diante de um crime de perigo abstrato, no qual o objeto da incriminação não está claramente definido. Trata-se de um tipo aberto, flagrantemente inconstitucional, por violar o princípio da reserva legal."

Fragoso afirmava que, no crime habitual, *"é indispensável que se trate de atividade reiterada"*⁽⁵⁾. No caso do crime em exame, a exigência dessa pluralidade de condutas é ainda mais manifesta, por exigir a lei que o sujeito ativo da relação criminal desenvolva atividades de telecomunicação. O emprego da palavra atividade no plural quer significar, em concordância com o verbo **desenvolver**, a necessidade de mais de uma atividade para que o crime se caracterize.

As circunstâncias do tipo objetivo

O tipo em análise completa-se por duas circunstâncias: a) clandestinamente e b) atividades de telecomunicação.

A circunstância da clandestinidade não deve ser interpretada no seu sentido comum de *"feito às ocultas"*, sub-repticiamente, pois, em verdade, estamos diante de um elemento normativo do tipo, isto porque a Lei nº 9.472/97, no parágrafo único do seu art. 184, expressamente declara que *"considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de rádio-frequência e de exploração de satélite"*.

Assim, a clandestinidade não consiste no emprego de um expediente fraudulento para a realização, às ocultas, de transmissões de telecomunicações. Não há necessidade de uma atividade disfarçada, camuflada.

A existência do crime depende, portanto, de uma simples manifestação administrativa, seja da concessão, permissão ou autorização. Tal fato dá a essa circunstância normativa do tipo o verdadeiro *status* de uma condição objetivo/normativa da punibilidade, que provocará uma situação absolutamente estranha, que pode ser assim descrita: se a concessão, permissão ou autorização vier a ser obtida *a posteriori*, o crime desaparecerá, pois o ato administrativo que concede, permite ou autoriza opera efeitos desde sempre, pois entende-se que o beneficiário sempre teve direito à concessão, à permissão ou à autorização.

Assim, melhor teria sido que o legislador não tivesse empregado a palavra clandestinamente, nem a palavra atividades. Bastaria ter assim definido o crime: *"desenvolver serviço de telecomunicação sem a necessária concessão, permissão ou autorização da autoridade competente"*. Com essa redação o tipo não seria aberto, pois a lei conceitua o que vem a ser *"serviço de telecomunicação"*.

A segunda circunstância do tipo objetivo é, também, uma circunstância normativa. Vejamos.

Na interpretação do artigo em tela, não podemos perder de vista, em nenhum momento, o conteúdo da Lei nº 9.472/97. Não se trata de uma lei penal, mas sim, de um diploma destinado a organizar administrativamente os serviços de telecomunicações através da criação de uma agência chamada ANATEL. A lei cuida da prestação de servi-





ços de telecomunicações, estabelecendo seus princípios fundamentais, cuidando da criação da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), definindo sua competência, suas receitas; organizando os serviços de telecomunicações, estabelecendo definições, regulando tarifas, obrigações e direitos dos prestadores de serviços, direitos e deveres dos usuários, etc.

Em razão disso, a Lei nº 9.472/97, em seu art. 60, assim define serviços de telecomunicação: **"Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações"**. No § 1º do mesmo artigo define telecomunicação dizendo: **"Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletridade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informação de qualquer natureza"**.

Neste ponto, nos permitimos fazer uma crítica, que envolve uma pilhéria. Essa definição inclui no conceito de telecomunicação a **recepção de sons** ou informação. A prevaler o critério da interpretação literal nós, pobres mortais, que temos um rádio (receptor) em nosso automóvel, uma televisão em casa ou estamos com nosso computador interligado à Internet, recebendo informações, estaremos, a qualquer momento, sujeitos a que um fiscal da DRMC, num gesto de sublimar esquizofrenia funcional, nos mande pro-

cessar por não termos autorização para o uso de tais aparelhos de telecomunicação... Estamos nos recordando da infância, do tempo do "getulênio" e da guerra, quando nossas famílias eram obrigadas a ouvir o rádio baixinho porque não tinham licença para ter rádio... e os fiscais eram verdadeiros abutres famintos... **por dinheiro**. O tempo passa, **mas os costumes continuam...**

A mens legis

Em verdade, o que pretende a Lei nº 9.472/97 e para isso se socorreu, ilegitimamente, da sanção penal, é coibir a "pirataria" em matéria de telecomunicação, ou seja, as estações de rádio, televisão e outras formas de comunicação, que operam como "fantasmas", sem o controle da administração pública, não pagando tributos, violando a concorrência e não dando garantias aos usuários.

A lei não está preocupada com os rádios dos automóveis, nem com as televisões domésticas, embora estes sejam receptores, nem, muito menos, com pequenos transceptores de uso restrito no âmbito das empresas ou das famílias. A lei, que usa a sanção penal como instrumento de coação, no velho sentido da prevenção geral negativa, quer atuar contra aqueles que exploram serviços públicos ou privados de telecomunicações, isto é, que cobram pelos serviços, sem a necessária licença do poder público. Daí estabelecer o art. 132 da lei: **"Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime**

privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias".

O entendimento aqui exposto se torna óbvio se observarmos o texto do art. 75 da lei: **"Independência de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel..."**.

Conclusão

Não há crime a ser punido, no uso de aparelhos domésticos de recepção de sons, imagens ou informações ou de uso restrito no campo de atividade laborativa.

NOTAS

- (1) Antônio Geraldo Cunha. "Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa", Nova Fronteira, Rio, 1982.
- (2) Francisco Fernandes. "Dicionário de Verbos e Regimes", Editora Globo, Porto Alegre, 1940, 40ª ed.
- (3) Francisco Fernandes. "Dicionário de Sinônimos e Antônimos", Editora Globo, Porto Alegre, 1945.
- (4) Luiz Régis Prado e Cezar Bitencourt. "Código Penal Anotado", RT, São Paulo, 1997, p. 721.
- (5) Heleno Cláudio Fragoso. "Lições de Direito Penal, Parte Especial", vol. II, 5ª ed., Forense, Rio, 1986, p. 63.

O autor é diretor da Faculdade de Direito de Valença (RJ).

As Bases Filosóficas da Reforma Penal⁽¹⁾

JOSÉ AMÉRICO ABREU COSTA

1. Introdução

O fato social há de ser o ponto de partida no processo de elaboração do Direito, haja vista que a norma jurídica, em sua formação, é condicionada pelos fatos sociais. Não se admitem, portanto, princípios cartesianos no processo de reconstrução das ciências jurídicas, que devem estar atentas ao dinamismo da sociedade para melhor atualização da lei.⁽²⁾

O Direito é, em essência,⁽³⁾ interdisciplinar. A doutrina penal contemporânea aponta no sentido da necessidade do empirismo criminológico para melhor interpretação da norma penal⁽⁴⁾, uma vez que a dogmática, tomada isoladamente, não consegue captar o ser humano em sua realidade holística⁽⁵⁾.

Deverá existir, portanto, uma filosofia penal⁽⁶⁾, mormente em sede de reforma, haja vista que somente a Filosofia poderá informar corretamente o espírito científico de um ramo da ciência social em sede de mutação, mormente quanto ao Direito Penal, cujos conceitos, antes de serem de dogmática, são categorias filosóficas.

2. Direito Penal e criminalidade

Diz Zaffaroni que a única coisa que o Direito Penal não consegue resolver, tomado em caráter singular, é o problema da

criminalidade, pois o crime é fato social antes de ser jurídico, oriundo de uma multicausa de fatores sociológicos e psicológicos.⁽⁷⁾

A observação do fato social⁽⁸⁾ deve, portanto, preceder a elaboração científica, sob pena da ciência não atingir qualquer fim prático e resultar num vazio quanto à sua experiência⁽⁹⁾.

"...a reforma do Código Penal, no atual contexto histórico, deve estabelecer um equilíbrio entre a censura penal e a reprovação penal, procurando, ainda, mecanismos de resgate da pena de prisão como forma de controle social."

Por isso, não se pode admitir o reducionismo epistemológico que define o Direito Penal como destinado a combater a criminalidade⁽¹⁰⁾, quando o repúdio ao crime é mera consequência da natureza jurídica (preventiva e repressiva) da sanção penal.

Hans Welzel⁽¹¹⁾, sobre o sentido do Direito Penal, afirma que a norma penal deve criar uma consciência nova no cidadão, pois somente assim não haverá tipicidade penal. Parte o doutrinador alemão de que a missão do Direito Penal é proteger valores. Esse o núcleo conceitual de sua visão finalística.

Seja como for, dissociado da Criminologia e da Política Criminal, o Direito Penal mostra-se impossibilitado de resolver adequadamente o problema da criminalidade.

3. Situação histórica

Vivemos numa época de muitas cobranças ao Direito Penal. Algumas justas, outras injustas. A sociedade exige maior segurança pública e responsabiliza a impunidade dos criminosos, por omissão do Estado, pela atual situação. Nisso nuclearam-se os chamados Movimentos da Lei e da Ordem, que fecundaram a edição de *novatio legis in pejus*, a exemplo dos crimes hediondos.

Diante disso, corre-se o risco de um desequilíbrio entre a censura penal e a reprovação penal, com afetação da moderna tendência de descriminalização e intervenção mínima do Direito Penal⁽¹²⁾.

Toda e qualquer resposta social deverá ser oferecida, portanto, dentro dos limites que a ciência impõe, sob pena de ser reproduzido, na história, o célebre drama de Pilatos⁽¹³⁾.

4. Validade da pena de prisão

A partir dos teóricos alemães⁽¹⁴⁾, a pena de prisão passou a ser analisada sob triplice enfoque: punir, prevenir e corrigir, desfa-





zendo-se o caráter primitivo esposado na antiguidade.

A pena, de uma forma geral, chegou a ser vista pelos penalistas italianos⁽¹⁵⁾ como necessária à própria sobrevivência social, sendo considerada indispensável por **Nélson Hungria**⁽¹⁶⁾.

Sem uma correta política criminal a pena de prisão converter-se-á em fator estrutural criminógeno, reclamando a sociedade a normatização de outras formas de controle social a nível de dogmática⁽¹⁷⁾.

Ainda que a prisão venha a ressocializar o homem delinqüente, nada adiantará se não houver mudanças na estrutura social e familiar desse homem, impondo-se, dessarte, uma modificação nos seus condicionamentos sociais⁽¹⁸⁾.

Conclui-se, portanto, que a reforma do Código Penal, no atual contexto histórico, deve estabelecer um equilíbrio entre a censura penal e a reprovação penal, procurando, ainda, mecanismos de resgate da pena de prisão como forma de controle social.

Somente assim a resposta da ciência penal será uma resposta científica, séria e sobretudo voltada com segurança para os tormentos penais da sociedade contemporânea.

NOTAS

- (1) Palestra proferida na *II Jornada Jurídica Maranhense*, no painel sobre a *Reforma do Código Penal*, em 06.11.98.
- (2) Em relação às ciências sociais não se pode admitir a estagnação da existência humana, a exemplo dos dados cartesianos. A vida social não é composta de uma sucessão de fatos predefinidos, como ocorre na Física Quântica, sobretudo no que concerne à interpretação do processo cósmico à luz da teoria das linhas cósmicas tetradimensionais de **Einstein**.
- (3) **S. Tomás de Aquino** define essência relacionada à existência. *Essentia autem est secundum quam res esse dicitur*. A essência é segundo o que se diz que a coisa é, nem só forma, nem só matéria, mas ambas em síntese vital (conf. "*O Ente e a Essência*", Rio, 1981, pp. 42/67).
- (4) **René Ariel Dotti** aponta o triplice movimento vital da realização da ciência penal: exegese, dogmática e crítica (conf. "*Bases Alternativas para o Sistema de Penas*", RT SP, 1998, p. 146).
- (5) Entende-se por holismo, segundo **Kapra**, a percepção total da realidade humana pela ciência, o que conduz à transcendência.
- (6) **Manzini** ("*Diritto Penale Italiano*", Tomo I, p. 11) refere-se aos danos que a filosofia causa ao Direito Penal, com base na experiência dos

criminalistas e criminólogos do século XVIII. **Giuseppe Maggiore**, no entanto, defende a Filosofia Penal, com base nas categorias filosóficas, exemplificando que a doutrina penal sem a filosofia penal é como uma estátua grega, esculpida no melhor mármore, mas cujos olhos não têm pupilas.

- (7) A escola de Chicago defende a criminologia multicausal, encontrando resistência na criminologia espanhola (**Pablos de Molina**). É pacífico, entretanto, que o crime não pode mais ser visto e entendido somente pela ótica da dogmática penal.
- (8) Nesse sentido **Durkheim**: "(...) de fato, a reflexão é anterior à ciência, que apenas se serve dela com mais método" (conf. "*As Regras do Método Sociológico*", Martins Fontes, SP, 1995, p. 15).
- (9) Pontifica o jurista maranhense **José Maria Ramos Martins** ("*Estudos Jurídicos*", Ceuma, 1997, p. 60) que "*Para normatizar é preciso conhecer antes aquilo que deve ser normatizado, ou seja, a realidade social a ser disciplinada pelo Direito*".
- (10) **Galdino Siqueira** ("*Tratado de Direito Penal*") defende esse ponto de vista. **Basileu Garcia** ampliou essa noção e conceituou o Direito Penal como o "*conjunto de preceitos legais, fixados pelo Estado, para definir os crimes e determinar aos seus autores as correspondentes penas e medidas de segurança*" (conf. "*Instituições de Direito Penal*", Max Limonad, 1952, vol. I, tomo I, p. 8).
- (11) "*Derecho Penal Alemán*", México.
- (12) Neste ponto, vide "*Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas*", por **Ariosvaldo de Campos Pires**, *Revista do IBCCrim*, nº 20, p. 75.
- (13) **Pilatos**, transferindo o poder de julgar O Redentor da humanidade ao povo, atendeu aos "reclamos sociais" de sua época, perguntando à turba quem deveria ser solto, **Jesus** ou **Barrabás**. O resultado foi a maior de todas as injustiças da história da humanidade.
- (14) Maior expoente do pensamento alemão no final do século passado, **Franz Von Liszt** defendia que a prisão deveria devolver o homem delinqüente moralmente à sociedade, estabelecendo o caráter corretivo da pena, no que foi atualizado por **Claus Roxin**.
- (15) Nesse caminho **Antolisei**, ao afirmar que a pena "*es indispensable para que la comunidad social pueda existir y progresar*" (conf. "*Manual de Derecho Penal*", vol. I).
- (16) "*Comentários ao Código Penal*", vol. II.
- (17) Vide "*Penas Alternativas: Desafiando Velhas Mentalidades*", por **Eneida Gonçalves de Macedo Haddad e Luci Gati Pietrocola**, in *Boletim IBCCrim*, nº 66.
- (18) Essa a doutrina penal uruguaia, esposada por **Raúl Cervini** (conf. "*Os processos de descriminalização*", RT, SP., 1995, p. 36).

O autor é juiz de direito e membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas.

Se você, leitor do **Boletim IBCCrim**, não é associado do Instituto, não perca tempo e associe-se agora mesmo, desfrutando de todos os serviços e benefícios que o **IBCCrim** oferece.

- Recebimento mensal em seu endereço do **Boletim IBCCrim**;
- Desconto de 30% na assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)**;
- Descontos nos eventos (cursos e seminários) realizados pelo Instituto;
- Utilização para consulta da biblioteca e locação do acervo da videoteca;
- Recebimento trimestral de um exemplar da coleção de monografias.

Estes são alguns dos benefícios aos associados do **IBCCrim**.
Seja você também um associado do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**.
Visite nossa home-page: <http://www.ibccrim.com.br>

Entidades conveniadas com o IBCCrim que recebem mensalmente o Boletim:

AMAZONAS

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

CEARÁ

- Assoc. Cearense de Magistrados
- Assoc. Cearense do Ministério Público
- Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará

DISTRITO FEDERAL

- Assoc. dos Magistrados do Distrito Federal

GOIÁS

- Assoc. Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

- Fund. Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

MATO GROSSO DO SUL

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

MINAS GERAIS

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

PARÁ

- Assoc. do Ministério Público do Estado do Pará

SANTA CATARINA

- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Assoc. Paulista dos Magistrados
- Assoc. de Ensino Superior Paulista - UNICID
- Assoc. Paulista do Ministério Público
- Assoc. dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Fund. de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - Marília
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Triunphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredicto Curso Preparatório às Carreiras Jurídicas - Campinas

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA