



O IBCCrim na luta contra os abusos e maus-tratos aos idosos

A questão dos abusos e maus-tratos em idosos é um desafio a ser enfrentado pela sociedade brasileira. Assim, o **Núcleo de Pesquisas do IBCCrim**, juntamente com outras instituições comprometidas com os direitos sociais dos idosos — Associação Brasileira de Alzheimer (ABRAZ), Associação Nacional de Gerontologia (ANG) e Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG) — organizou, no auditório do IBCCrim, em 21 de agosto p.p., um *work-shop* a fim de discutir o problema, definir as atitudes a serem tomadas e os encaminhamentos a serem feitos.

Na ocasião, decidiu-se por uma moção de apoio contra a desativação da Delegacia Policial de Proteção ao Idoso na cidade de São Paulo. Na sede do **IBCCrim**, a moção de apoio abaixo transcrita, encontra-se à disposição de todos aqueles que quiserem participar dessa luta.

Moção de apoio

"Frente aos desrespeitos, negligência e abusos que atingem os idosos, nós, os abaixo assinados, solicitamos às autoridades competentes medidas urgentes no sentido de impedir a desativação da Delegacia Policial de Proteção ao Idoso da cidade de São Paulo, única instituição que dá atendimento específico ao idoso atingido por alguma forma de violência. Aproveitamos para lembrar que a referida instituição está ameaçada de extinção quando, mundialmente, aumentam as medidas legais para proteger esse segmento social, proliferando as delegacias destinadas exclusivamente a indiciar os que violentam os idosos."

ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

**Lei nº 9.695,
de 20 de agosto de 1998**

Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências.

O Presidente da República

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

Art. 1º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, alterado pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

"Art. 1º ...

VII-A - (Vetado).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998)."

Art. 2º Os arts. 2º, 5º e 10 da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º ...

IX - proibição de propaganda;

X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa;

XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento;

XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera.

§ 1º-A. A pena de multa consiste no pagamento das seguintes quantias:

I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

§ 1º-B. As multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 1º-C. Aos valores das multas previstas nesta lei aplicar-se-á o coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975.

§ 1º-D. Sem prejuízo do disposto nos arts. 4º e 6º desta lei, na aplicação da penalidade de multa a autoridade sanitária competente levará em consideração a capacidade econômica do infrator."

"Art. 5º A intervenção no estabelecimento, prevista no inciso XI-A do art. 2º, será decretada pelo Ministro da Saúde, que designará interven-

tor, o qual ficará investido de poderes de gestão, afastados os sócios, gerentes ou diretores que contratual ou estatutariamente são detentores de tais poderes e não poderá exceder a cento e oitenta dias, renováveis por igual período. (NR)

§ 1º Da decretação de intervenção caberá pedido de revisão, sem efeito suspensivo, dirigido ao Ministro da Saúde, que deverá apreciá-lo no prazo de trinta dias. (NR)

§ 2º Não apreciado o pedido de revisão no prazo assinalado no parágrafo anterior, cessará a intervenção de pleno direito, pelo simples decurso do prazo. (NR)

§ 2º-A. Ao final da intervenção, o interventor apresentará prestação de contas do período que durou a intervenção".

"Art. 10 ...

III - instalar ou manter em funcionamento consultórios médicos, odontológicos e de pesquisas clínicas, clínicas de hemodiálise, bancos de sangue, de leite humano, de olhos, e estabelecimentos de atividades afins, institutos de esteticismo, ginástica, fisioterapia e de recuperação, balneários, estâncias hidrominerais, termas, climatéricas, de repouso, e congêneres, gabinetes ou serviços que utilizem aparelhos e equipamentos geradores de raios X, substâncias radioativas, ou radiações ionizantes e outras, estabelecimentos, laboratórios, oficinas e serviços de ótica, de aparelhos ou materiais óticos, de prótese dentária, de aparelhos ou materiais para uso odontológico, ou explorar atividades comerciais, industriais ou filantrópicas, com a participação de agentes que exerçam profissões ou ocupações técnicas e auxiliares relacionadas com saúde, sem licença do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto nas demais normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento da licença e/ou multa; (NR)

X - ...

Pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento de licença e/ou multa; (NR)

XIII - ...

Pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento da licença e registro e/ou multa; (NR)

XIV - ...

Pena - advertência, intervenção, interdição, cancelamento da licença e registro e/ou multa; (NR)"

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de agosto de 1998;
177º da Independência e 110º da República.

Fernando Henrique Cardoso
Paulo Affonso Martins de Oliveira
José Serra

OMISSÃO DE SOCORRO NO TRÂNSITO

(Walter Lucio de Lima)

O Boletim de dezembro/97 trouxe, na página 3, interessante artigo assinado pelo presidente do IBCCrim, professor **Sérgio Salomão Shecaira**, intitulado *"Primeiras Perplexidades Sobre a Nova Lei do Trânsito"*. Observa o autor, entre outras questões, que o art. 304 do CTB não se aplica aos casos de homicídio ou lesões corporais culposos no trânsito, porque a omissão de socorro já é causa expressa de aumento de pena em ambos os delitos. Informa que a única hipótese possível de aplicação do art. 304 do CTB, descoberta em seminário promovido pela Escola do Ministério Público, *"é a de um motorista — sem qualquer culpa — atropelar alguém e omitir-se a prestar socorro"*.

Reflito de forma diferente, *data venia*.

Penso que o crime previsto no art. 304 do CTB aplica-se somente ao condutor culpado.

Ora, pode ocorrer um atropelamento por culpa exclusiva do condutor, em que a vítima, sem sofrer qualquer lesão corporal, necessita de socorro. Não é somente a pessoa ferida que carece de socorro. Qualquer pessoa, ainda que ileso, em grave e iminente perigo deve ser socorrida. Imaginemos a hipótese de um atropelamento culposos, sob chuva, em canteiro de obras, onde a vítima é lançada em buraco razoavelmente profundo, à iminência de ser alagado, sem condições de sair sem assistência, inobstante ileso. Neste caso (e em tantos) há perigo concreto e iminente, situação que desafia a assistência de qualquer pessoa e, agora, mais ainda do próprio condutor culpado.

Há, também, conduta típica se o condutor culpado omitir socorro à vítima que teve

ferimentos leves. Os ferimentos leves de que fala o art. 304, parágrafo único, do CTB, são aqueles que não comprometem anatômica, fisiológica ou mentalmente o corpo humano e, por isso, não se caracterizam como lesões corporais (como ocorre nas vias de fato). Mesmo porque, se o legislador quisesse se referir à lesão corporal, teria procedido da mesma forma explícita que o fez no art. 303 do CTB.

Destarte, entendo que o destinatário dos dispositivos comentados será sempre o condutor culpado que não presta socorro à vítima que dele necessita, assim: o art. 304, caput, quando a vítima não sofre qualquer ferimento; o parágrafo único deste artigo, quando a vítima tem ferimentos leves; o art. 302, parágrafo único, III, em caso de morte; e o art. 303, parágrafo único, em caso de lesão corporal.

Não vejo como aplicar o art. 304 do CTB ao motorista inocente.

Suponhamos que, em virtude da omissão do motorista inocente (verificado o nexo normativo), a vítima, única culpada, morra. Responderia, o condutor, pela omissão prevista no CTB, como se a vítima nada sofresse ou sofresse ferimentos leves? Como se vê,

a pena seria uma só, independente do resultado experimentado pela vítima. Se o legislador, no art. 304 do CTB, estivesse chamando à responsabilidade o motorista inocente, haveria de puni-lo mais gravemente, à medida que o resultado experimentado pela vítima fosse mais grave, como o fez em relação ao motorista culpado, a quem, sem dúvida, se destinam as regras dos arts. 302 e 303 do CTB.

No caso de haver culpa exclusiva da vítima, o condutor inocente que a atropelou, caso não preste a assistência necessária, responderá pela omissão de socorro prevista no Código Penal, com a qualificadora, se for o caso, da mesma forma que responderia um transeunte qualquer que passasse pelo local e se negasse a prestar o socorro. O motorista inocente não é mais culpado que o transeunte, também, omissão. O condutor inocente viola o dever de solidariedade: projeta-se como mau cidadão, não como mau motorista. Este, contudo foi quem despertou a ira do legislador, fazendo-o criar tipos com penas exasperadas.

O autor é advogado em Araxá (MG).

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira
Vice-presidente: Roberto Podval
2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas
1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr
2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro
3º Secretário: Rosier B. Custódio
Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins
Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni
Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Sérgio Sanchez (MTb. 16.338)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 18.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP -
Tels. (011) 3107-6743, 3105-6482,
3105-4607 e 3106-9306
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

O Centro de Extensão Universitária promove:

6º Simpósio Justiça Penal

Coordenador: Jaques de Camargo Penteadó

1º Painel:

"10 Anos da Constituição Federal e a Justiça Penal"

Palestrantes:

Dr. **Miguel Reale Júnior**,
professor titular de
Direito Penal da USP
Dr. **Maurício Antonio R. Lopes**,
Promotor de Justiça
Dr. **José Renato Nalini**,
Juiz do TACrim-SP

2º Painel:

"A Globalização e a Justiça Penal"

Palestrantes:

Dr. **Guido F. Silva Soares**,
professor titular de Direito
Internacional Público da USP
Dr. **Walter F. Maierovitch**,
Juiz do TACrim-SP
Dr. **Ricardo Henry M. Dip**,
Juiz do TACrim-SP

Dia: 21 de novembro de 1998 (sábado) - Horário: das 8h30 às 18h

Local: Rua Maestro Cardim, 370 - Bela Vista (Metrô S. Joaquim)
01323-000 - São Paulo - SP - Fone: (011) 251-5377 - Fax: (011) 285-5373
E-mail: ceu_dir@dialdata.com.br

Inscrições: de 2ª a 6ª das 8h30 às 13h30 (no local)

Taxas:

Até 06.11.98 - R\$ 80,00 (profissionais) - R\$ 50,00 (estudantes)
Após 06.11.98 - R\$ 100,00 (profissionais) - R\$ 60,00 (estudantes)

Vagas limitadas - Emissão de certificados

NOTAS DA REDAÇÃO

• No artigo intitulado *"Do Porte de Arma de Defesa por Membros do Ministério Público e do Poder Judiciário"*, de autoria do dr. **José Damião Pinheiro Machado Cogan** (Boletim nº 69/4-5), o autor refere-se, no parágrafo vigésimo-primeiro (21º), terceira linha, ao Decreto-Lei nº 55.649, de 28 de janeiro de 1965, e não ao Decreto nº 55.646, de 28 de janeiro de 1965, como foi publicado.

• Os artigos intitulados *"Anteprojeto de Código Penal: Primeiras Reflexões sobre Alterações Relativas ao Crime de Homicí-*

dio" e *"Anteprojeto de Código Penal: Reflexões Relativas ao Crime de Eutanásia"*, ambos publicados no Boletim de agosto (nº 69, páginas 10, 11 e 12), são em verdade de autoria conjunta das dras. **Alice Bianchini**, **Celeste P. Gomes**, **Maria Celeste C. L. Santos** e do dr. **José Américo dos Santos**. Ademais, no artigo referente a considerações sobre a eutanásia, onde constou o § 2º como causa de exclusão de ilicitude, leia-se § 4º (quanto ao anteprojeto). Quanto ao texto do Código Penal atual não há previsão legal.

O PROMOTOR DE JUSTIÇA E O CONCILIADOR NA LEI Nº 9.099/95

(Rômulo de Andrade Moreira)

Questão que suscita certa controvérsia, na disciplina dos Juizados Especiais Criminais, diz respeito à obrigatoriedade da presença de um promotor de justiça junto ao conciliador, quando da tentativa de composição dos danos civis na audiência preliminar.

Autores há, como por exemplo, **Marino Pazzagliani Filho** e outros, que só vislumbram a necessidade da participação do Ministério Público nesta fase, caso o ofendido seja incapaz, oportunidade em que o promotor de justiça atuaria especificamente para proteger interesse seu (do incapaz) que estivesse sendo prejudicado (cfr. *"Juizado Especial Criminal"*, Atlas, 1995, p. 40).

Neste mesmo sentido, editou-se a Súmula nº 7 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais (São Paulo, 22 de novembro de 1995).

Nada obstante o posicionamento em contrário, temos para nós que o entendimento mais acertado é exatamente o oposto, ou seja, aquele segundo o qual a necessidade do representante do Ministério Público junto ao conciliador é, em qualquer hipótese, impostergável.

A fim de que possamos exarar a nossa opinião a respeito do assunto, necessário se nos afigura a análise dos arts. 72, 73 e 74, da Lei nº 9.099/95, que dizem respeito à matéria ventilada.

Com efeito, lê-se nos três dispositivos citados o seguinte (grifados por nós):

"Art. 72 - Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade."

Art. 73 - A conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação."

Parágrafo único - Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal."

Art. 74 - A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente."

Parágrafo único - Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação."

Diante dos dispositivos legais acima transcritos, necessariamente são extraídas, desde já, quatro ilações:

1ª) a presença do representante do Minis-

tério Público na audiência preliminar é obrigatória;

2ª) é nesta audiência preliminar que se dará a (primeira) tentativa de composição dos danos (poderá haver uma segunda oportunidade prevista no art. 79);

3ª) esta tentativa de conciliação para composição dos danos pode ser conduzida por um conciliador, que agirá sob a orientação do juiz de Direito;

4ª) a homologação do acordo acaso efetivado só poderá ser feita pelo juiz de Direito, vedada ao conciliador esta ou qualquer outra tarefa de cunho jurisdicional.

A primeira das nossas assertivas é forçada pela literalidade do texto transcrito (art. 72), o qual não dá margem a interpretação diversa; talvez por isso, aliás, a doutrina não discrepa, como veremos a seguir (todos os grifos são nossos):

"Mas a audiência preliminar, conduzida por quem estiver imbuído da adequada mentalidade de mediador, deverá ser o mais informal possível, atendendo aos critérios do art. 62. O juiz (ou conciliador) conversará abertamente com os interessados, deixará que troquem idéias entre si e com ele, induzirá os advogados e o promotor ao mesmo comportamento" (Ada Pellegrini Grinover et alii, in "Juizados Especiais Criminais", 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 108).

Nesta mesma obra lê-se adiante:

"Os conciliadores funcionarão nos Juizados como multiplicadores da capacidade de trabalho do juiz. Sentarão junto aos protagonistas principais (MP, autuado, vítima, responsável civil e seus advogados) para conduzir o entendimento destes com vistas à autocomposição" (p. 118).

Damásio de Jesus afirma que o "promotor de justiça participa da composição civil, ainda que o ofendido não seja menor ou incapaz" (*"Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada"*, Saraiva, 4ª ed., p. 70).

Mas não é só. Para ilustrar vejamos outros doutrinadores:

"A audiência de conciliação é o momento mais importante do procedimento prévio. Presentes o órgão do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz dará início à audiência preliminar (...).

Sua participação, bem como a do Ministério Público, deve ser a mais informal possível, não apenas conduzindo, como está no art. 72, mas intervindo nos momentos apropriados, quando a conciliação das partes depender de uma palavra, de um conselho, de uma pequena mudança na proposta" (Weber Martins Batista, "Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo", Forense, 1996, p. 313).

A seguir esclarece este mesmo autor que, como "estabelece o art. 73, a conciliação

será conduzida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação", que deverá "esclarecer o autor do fato e a vítima sobre as vantagens que a conciliação traz para ambos" (p. 314).

O sempre lembrado **Mirabete** assevera: *"Por essa razão, devem estar presentes, obrigatoriamente, para a tentativa de conciliação e transação, além do juiz o representante do Ministério Público, o autor do fato, seu advogado constituído por instrumento próprio ou verbalmente na própria audiência" ("Juizados Especiais Criminais", Atlas, 1997, p. 68).*

Para este autor, os conciliadores *"terão a condição de auxiliares da Justiça e que tentarão, sob orientação do magistrado, promover o acordo entre a vítima, ou eventualmente o responsável civil, e o autor do fato"*, tendo *"como função apenas presidir, sob a orientação do juiz, a tentativa de conciliação entre as partes, como auxiliares da Justiça que são, nos limites exatos da lei"* (pp. 73/74).

O professor gaúcho **Cezar Roberto Bitencourt**, em ótima obra, afirma também que à audiência preliminar *"devem comparecer o Ministério Público, as partes — autor e vítima — e se possível, o responsável civil, todos acompanhados por seus advogados"*, asseverando, ademais, que *"a conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador"* (cfr. *"Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão"*, Livraria do Advogado Editora, 3ª ed., pp. 76 e 78).

Neste mesmo sentido **Fátima Nancy Andrichi** e **Sidnei Beneti**, além de **Liberato Póvoa** e **José Maria de Melo** (em duas recentes obras a respeito do assunto); estes dois últimos escreveram:

"Como a finalidade precípua da audiência preliminar é a conciliação do autuado com o Ministério Público (com vistas à transação penal) e com a vítima (levando à transação, renúncia ou submissão), a lei determina a imprescindibilidade da presença das partes e do Ministério Público" ("Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais", Jurua Editora, 1996, p. 44).

Vê-se, portanto, que a presença de um promotor de justiça na audiência preliminar é necessária e indeclinável, até porque, acaso não logrado êxito na composição civil (e tendo havido representação ou tratando-se de ação penal pública incondicionada), imediatamente deverá ser dada a palavra ao representante do Ministério Público (providência a ser tomada exclusivamente pelo juiz de direito) para que se pronuncie sobre a possibilidade de arquivamento, transação penal ou oferecimento da denúncia oral.

Ora, se ausente estiver o promotor de justiça (e sendo o caso de oportunizar-se a





transação penal), como se passará à segunda fase desta primeira audiência se não se encontrava no recinto o representante do Ministério Público?

Observa-se, a propósito, que a audiência preliminar não tem como fim apenas a tentativa de composição civil dos danos, mas, como bem advertem **Marino Pazzaglini Filho** e outros, "*compõe-se de três fases: composição dos danos civis; transação penal; e oferecimento oral de denúncia*" (ob. cit., p. 39); indaga-se: sem o promotor de justiça, como haverá a transação penal ou o oferecimento de denúncia oral?

É sempre bom lembrar, por outro lado, que a participação do conciliador se reduz à primeira fase da audiência preambular, visto que, à evidência, não possui ele qualquer poder jurisdicional.

Como adverte o mesmo **Mirabete**, "*o conciliador tem como função apenas presidir, sob a orientação do juiz, a tentativa de conciliação entre as partes (...), portanto, função meramente administrativa (...)*", nada impedindo "*que o juiz interfira nas negociações, devendo fazê-lo obrigatoriamente no caso de apurar alguma irregularidade no decorrer das negociações (...)*", sem obstar, ademais, "*que o juiz promova várias audiências concomitantes, a cargo cada uma de um auxiliar, supervisionando o andamento delas e interferindo apenas quando necessário ou aconselhável*" (ob. cit., p. 74).

Sobre esta nobre função assim se pronunciou a Confederação Nacional do Ministério Público:

"*Conclusão 11 - A participação dos conciliadores na audiência prevista pelo art. 72 da lei cessa com o encerramento da fase*

de reparação civil dos danos entre ofensor e ofendido, qualquer que seja o seu resultado".

Aliás, a mesma Confederação na sua conclusão anterior assentou:

"*É indispensável a presença do promotor de justiça à audiência prevista pelo art. 72 da Lei nº 9.099/95.*"

Ressalte-se que, mesmo havendo a composição civil entre as partes, ainda assim termina a participação do conciliador, pois a homologação do respectivo acordo (como ato tipicamente jurisdicional), só poderá ser feita pelo juiz togado (cfr., neste sentido, **Damásio de Jesus**, ob. cit., p. 69 e **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**, in "*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*", Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 335).

É evidente que não há falar-se em submissão do promotor de justiça ao conciliador, absolutamente. Estar ao lado deste auxiliar da Justiça não significa estar a ele submetido, mesmo porque, como já se disse, não haverá nesta fase da conciliação civil nenhum ato que se revista de caráter jurisdicional, fato que redundaria, se assim não o fosse, em grosseira inconstitucionalidade, como advertiu **Ribeiro Lopes**, para quem "*é preciso que se afaste por completo qualquer possibilidade de se conferir ao conciliador poderes superiores ao de mediar a composição dos danos civis*", não sendo possível submeter-se o Ministério Público "*na conciliação à disciplina do conciliador, mero auxiliar da Justiça (arts. 7º e 73, parágrafo único, desta lei), subvertendo a hierarquia constitucionalmente desenhada*" (ob. cit., p. 336).

Relembra-se, ademais, que a condução da composição civil pelo conciliador está submetida à supervisão do juiz togado, in-

clusive para prosseguir na audiência, seja homologando o acordo, colhendo a representação da vítima, ouvindo o Ministério Público para a transação penal ou denúncia oral, ou mesmo interferindo na própria conciliação. A atividade do conciliador, repita-se, restringe-se à condução da conciliação entre o autor do fato e o ofendido, e só.

Diante deste quadro, é perfeitamente possível, como aliás acima foi mostrado por **Mirabete**, a realização de mais de uma audiência simultaneamente, cada uma com o seu conciliador, inclusive em horário noturno e em qualquer dia da semana (art. 64).

Diante do exposto, entendemos necessária a presença do representante do Ministério Público na audiência preliminar, inclusive na fase em que esta é **conduzida** pelo conciliador; a audiência preliminar será presidida sempre por um juiz togado, ficando a cargo do auxiliar apenas o encaminhamento da composição civil dos danos; a participação do *Parquet* servirá também para fiscalizar os esclarecimentos prestados pelo conciliador, funcionando neste primeiro momento da audiência, tipicamente, como fiscal da lei, pugnando ao juiz togado pela correção de possíveis irregularidades.

É salutar, a fim de que o promotor de justiça não se assoberbe de atribuições, que a Procuradoria Geral de Justiça de cada Estado da Federação discipline a atuação dos promotores de justiça atuantes junto aos Juizados Especiais Criminais, no sentido de que possa o representante do Ministério Público exercer com equilíbrio e tranqüilidade as suas demais atividades ministeriais (que não são poucas).

O autor é promotor de justiça em Salvador (BA) e coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIGURA DO DELEGADO ESPECIAL

(Grecianny Carvalho Cordeiro)

A Constituição Federal de 1998, no § 4º do art. 144 dispõe que as polícias civis serão "*dirigidas por delegados de polícia de carreira*", as quais estão incumbidas de exercer "*as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*". Portanto, a investidura no cargo de delegado de polícia não prescinde da "*aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos*", nos termos do art. 37, II da Carta Magna.

Todavia, a despeito desse mandamento constitucional, tem-se verificado que a realidade prática mostra-se-nos completamente diferente, senão vejamos.

A carência de delegados de carreira concursados tem levado o Estado-administração a lançar mão de "meios alternativos" para suprir tal falta, criando, assim, através de ato do secretário de Segurança Pública, tal como no Estado do Ceará, a figura denominada de delegado especial, formada, via de regra, por policiais civis bacharéis em Direito, policiais militares ativos e inativos.

A esses delegados, ditos especiais, tem

sido dada a incumbência de representar a polícia judiciária nas inúmeras delegacias de polícia espalhadas pelo interior do Estado, exercendo todas as atribuições constitucionais inerentes aos delegados civis de carreira.

A outra conclusão não podemos chegar senão à de que a criação de delegados especiais é flagrantemente inconstitucional, posto não serem os mesmos concursados, e no mais das vezes, sequer são policiais civis, ferindo, destarte, de forma frontal, os dispositivos constitucionais acima referidos.

O próprio Supremo Tribunal Federal, numa ação direta de inconstitucionalidade, Acórdão nº 070.787, Boletim 87, ano 15-1995, chegou a se pronunciar da seguinte forma: "*Os ocupantes de cargos outros na Polícia Civil não podem ser 'transferidos' para o cargo de delegado de Polícia, sem que essa nova investidura seja necessariamente precedida de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. A jurisprudência do STF não tem transigido com a*

necessidade de observância, pelo Poder Público, do postulado constitucional do concurso público, eis que a investidura em cargo ou em emprego público — ressalvadas as nomeações para cargos em comissão — não prescinde da prévia aprovação do candidato naquele certame" (STF, em Ses. Plen., publ. em 18.08.95, ADIn nº 1.254-1-RJ. min. **Celso de Mello**, Governador do Estado x Assembleia Legislativa).

Todavia, diante da realidade interiorana, notadamente naqueles municípios onde a criminalidade, via de regra, é elevada, onde o efetivo policial militar é irrisório, onde a delegacia/cadeia pública possui estruturas precárias, onde inexistem sequer viatura policial, como fica a figura do delegado especial que pratica os atos próprios de delegados civis de carreira, qual seja, instaurando e presidindo a feitura de inquéritos policiais, procedendo as diligências necessárias à apuração e elucidação das infrações penais, representando pela decretação da prisão





preventiva e temporária, realizando o auto de prisão em flagrante, etc.?

No que pertine à confecção do inquérito policial por delegado especial, há que se dizer que o mesmo, enquanto inquérito policial é nulo, posto que elaborado por pessoa estranha àquela constitucionalmente competente (art. 144, § 4º); no entanto, isso não o torna totalmente imprestável, afinal, se ocorrido um crime, este foi elucidado em sua autoria e materialidade, embora através de delegado especial, pode ser o mesmo considerado como mera peça informativa, da qual pode se servir o Ministério Público para propor a ação penal cabível.

Desse modo, embora respeitando os posicionamentos em contrário, **considero absurda a opinião defendida por alguns, de que qualquer peça confeccionada por delegado especial deveria ser completamente rejeitada ou desmerecida pelo Ministério Público, não devendo este aceitá-la sob hipótese alguma, quer como inquérito policial, quer como mera peça informativa.**

Ora, como é fartamente sabido, o inquérito policial não é considerado como imprescindível para o oferecimento da denúncia por parte do promotor de justiça, tanto assim que

este poderá dispensá-lo, conforme prevê o art. 39, § 5º, e art. 46, § 1º, do CPP.

Consideramos ainda imprudente, *data venia*, o entendimento de que, diante do cometimento de um crime, não havendo delegado civil de carreira na comarca, deveria ser a infração penal apurada somente pelo respectivo delegado civil regional, então competente para instaurar e presidir o competente inquérito.

Os promotores de justiça do interior do Estado — que vivenciam a realidade de seus marcandos, marcada pela miséria e pela descrença na Justiça, principalmente no nosso sertão nordestino, onde o coronelismo e o voto de cabresto sempre imperaram, onde o Estado Democrático de Direito é um termo por muitos ainda desconhecido —, sabem que esperar meses e meses para que um delegado civil regional conclua um inquérito policial é algo no mínimo desumano, afinal, aquela comunidade interiorana, já tão pequena, espera ver seus crimes solucionados e seus responsáveis devidamente punidos o quanto antes.

Não se está dizendo aqui que o Ministério Público deva ser conivente com a figura inconstitucional do delegado especial, de modo algum, mas tão-somente que o promotor de justiça, diante da omissão do Estado-administração, não pode simplesmente cru-

zar os braços e aguardar por meses que o delegado regional respectivo confeccione um inquérito policial, ou por anos, para que o Estado realize concurso para delegado civil de carreira, para, então oferecer a denúncia.

Ademais, nada obsta a que as informações elucidativas — que são —, colhidas por um delegado especial, sejam recebidas pelo Ministério Público como peças informativas para o embasamento da peça delatória.

O que não se pode admitir é que o Ministério Público se omita, deixe de promover a *persecutio criminis* sob o pretexto amarelo de que inexistente delegado civil de carreira na sua respectiva comarca para elaborar um inquérito policial; afinal, o Ministério Público, como fiscal da lei e representante da sociedade, *"incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"*, deve utilizar-se dos meios legais alternativos disponíveis ao exercício de suas funções, procurando contornar as deficiências materiais do Estado-administração, sob pena de cair no mais absoluto descrédito.

A autora é promotora de justiça em Jaguaratama (CE) e mestranda em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.

A SÚMULA 174 DO STJ E O ART. 10, § 1º, II, DA LEI Nº 9.437/97

(José Carlos Gobbis Pagliuca)

No crime de roubo, a utilização de arma de brinquedo sempre foi palco de múltiplas discussões no que diz respeito à configuração da causa de aumento de pena do § 2º, I, do art. 157 do nosso Código Penal.

A princípio, duas falanges distintas, quer na hermenêutica, quer no magistério, bem se posicionaram, ora para a positividade do aumento, ora pela negação.

Apenas para ilustrar, na área doutrinária consideram como validade para qualificadora da arma de brinquedo **Hungria**, **Bento de Faria** e **Noronha**, ao reverso de **Damásio e Frago**⁽¹⁾.

Não apenas a materialidade da arma em si, mas também sua potencialidade atemorizadora é levada em conta na discussão, já que a essência do uso de uma arma é, com certeza, sua maior possibilidade de dano ao ofendido, que assim se vê em situação de inferioridade ao agente; incapaz, pois, de poder oferecer a resistência que a situação demandaria.

Daí por que a curial intervenção de **Alta-villa**:

"Il codice prevede come aggravante l'essere armati, ma questa è una frequente modalità della rapina, che rivela criminali eccezionalmente pericolosi, per i quali l'arma non è soltanto mezzo di intimidazione, ma è portata per vincere una qualsiasi resistenza e com facilità si transforma in uno strumento di morte"⁽²⁾.

A par disso, pertinente também se conceituar o vocábulo *arma*. Para a língua portuguesa, *arma*, substantivo feminino, é *"instrumento de ataque ou defesa"*⁽³⁾.

Entretanto, para o Direito Penal, tal conceito é assaz restrito, daí por que sua amplitude doutrinária. Consoante **Galdino Siqueira**, entende-se por arma, *"em falta de definição legal, em geral, todo instrumento apto para ferir, matar, ameaçar, seja propriamente dita (faca, revólver, etc.), ou não, como uma pedra, uma pesada chave de porta, etc."*⁽⁴⁾.

Verificada a parte doutrinária, em nossos pretórios a dúvida também persistia. Contudo, a matéria foi resolvida em súmula do augusto Superior Tribunal de Justiça, traduzida na Súmula nº 174: *"No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena"*.

Destarte, quando então parecia dirimida a contenda, surge a Lei nº 9.437/97, referente ao porte de arma, embutindo, em seu art. 10, § 1º, II, as mesmas penas da cabeça do artigo para quem *"utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar ou trem, para o fim de cometer crimes"*.

Assim, ao que se apresenta ao roubo, no tocante às armas de fogo, não há mais pertinência para a Súmula nº 174, eis que a conduta foi totalmente tipificada em delito autônomo, constituindo-se, pois, no princípio reserva legal, já que a mencionada súmula limitava-se a mencionar arma de brinquedo, sendo ensejada pelo uso constante, no roubo, de armas de brinquedo ou objetos similares às armas de fogo propriamente.

Deveras, foi além a Lei nº 9.437/97, pois, não obstante considerar a arma lúdica, abor- dou também qualquer coisa ou instrumento

transformado artificialmente para aparentar arma, ou seja, um simulacro, levando o ofendido ao apavoramento, situação já estudada por **Hungria**, ao exemplificar o uso de um *"isqueiro com feito de revólver"*⁽⁵⁾.

Ademais, não somente o roubo é agravado pelo emprego de arma, como ainda, v.g., o constrangimento ilegal, a violação de domicílio, a extorsão e outros delitos. Aplicável, então, tanto a súmula como o dispositivo, a quaisquer infrações, pois não há diferenciação no conceito de arma.

Com efeito, não é de se acreditar ser o dispositivo sobre emprego de arma, previsto na Lei nº 9.437/97, crime-fim, mas sim crime-meio, sem, contudo, ser absorvido por outra figura típica.

Sendo entendido como crime-fim ou subsidiário, não existiria nunca, a não ser individualizadamente, o que, contudo, traduz absurda situação. Claro, o agente seria detido com uma arma de brinquedo ou similar e diria que possuía tal coisa para cometer delitos! Trata-se de crime concreto, de dano e não de perigo abstrato.

Este fim mencionado na lei refere-se, obviamente, a ação realizada, o que poderia o legislador ter descrito de forma mais evidente, por exemplo, *"...cometendo crimes"*, sendo mais claro na sintaxe.

Então, havendo norma específica para o uso de arma de brinquedo, não se justifica a aplicação da causa de aumento do Código Penal, sob risco de passar por mera disposi-





ção inócua o inc. II do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.437/97, o que, com certeza, não é o esperado, pois, ao que se extrai deste tipo, nada mais é senão coibir o uso efetivo de arma de brinquedo ou similar, tornando lei a matéria então sumulada.

Na prática, excluindo-se a súmula, há benefício ao agente que utiliza arma de brinquedo, já que responderá por roubo simples em concurso real com porte de arma de brinquedo, e, tomando-se as penas mínimas, exemplificadamente, somarão quatro anos de reclusão pelo roubo e um ano de detenção pelo porte de arma.

A situação, todavia, não deixa de ser despropositada, já que aquele que cometer roubo em concurso de pessoas (art. 157, § 2º, II, do Código Penal), sem uso de qualquer arma, ficará com pena mínima de cinco anos e quatro meses de reclusão, superior ao primeiro caso (emprego de arma de brinquedo), que, teoricamente, poderia ser mais vulnerante na suscetibilidade da ameaça em face da subjetividade da vítima.

Entretanto, tais considerações escapam à reserva legal, não podendo, o julgador, conjecturar pela melhor ou pior aplicação da lei quando esta assim determina, sob pena de também legislar.

Tal situação parece tendência atual, em face da astronômica difusão legislativa, o que dificulta, sobremaneira, a hermenêutica e até mesmo a postura das pessoas diante das normas.

Isso também se verifica na Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), no que se refere aos crimes culposos na condução de veículos automotores — arts. 302 e 303.

De outra banda, o abismo do antagonismo é maior.

A Lei nº 9.437/97 refere-se tão-somente a armas de fogo, a teor de seu art. 2º, pelo que não pode ser considerada a infração do art.

10, § 1º, II, para punhais, barras de ferro, tacos de beisebol...

Assim, tomemos exemplo de roubo com grave ameaça exercida mediante lança-chamas verdadeiro. Haverá emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do Código Penal).

De igual modo, no entanto, se a mesma conduta se realizar com lança-chamas simulado, sob a ótica da Súmula nº 174.

Imaginemos, porém, três hipóteses para um mesmo delito, com tipo descritivo *grave ameaça*, sem contudo, prever causa de aumento ou outra agravante qualquer para o emprego de arma, tomando-se como exemplo prático o crime de ameaça — art. 147 do Código Penal:

a) se o agente ameaçar alguém, mediante uso de arma de fogo, de sua propriedade, legalmente registrada e autorizado o porte, cometerá unicamente o delito de ameaça;

b) todavia, outro ou até o mesmo agente, praticando ameaça com arma de fogo irregular, estará incurso no art. 147 do Código Penal e também no art. 10 da Lei nº 9.437/97, teoricamente;

c) destarte, se a conduta ameaçadora consistir no emprego de **arma de brinquedo ou simulacro, responderá pela ameaça e mais o art. 10 e seu § 2º, II, da Lei nº 9.437/97.**

A questão será resolvida pelo concurso aparente de normas?

Ao que consta não, pois a ameaça com arma de fogo não é elementar da infração de ameaça, inexistindo, pois, qualquer consunção, salvo, quiçá, o item "b", o único aparentemente discutível, pois anteriormente à Lei nº 9.437/97 o porte de arma configurava contravenção penal do art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Assim, a ameaça potencialmente mais lesiva — uso de arma verdadeira — será penalizada inferiormente àquela exercida com arma falsa ou de brincadeira, o que não deixa de ser, sinceramente, um disparate jurídico em face da objetividade e racionalização do conceito de pena, já que se destina esta a

adequar-se ao fato, consoante sua gravidade.

A situação seria juridicamente melhor resolvida se, ao invés de isoladamente tipificar o uso do brinquedo, o legislador efetuas-se mais uma causa de aumento de pena, talvez um inc. VI ao art. 157 do Código Penal, como já havia ocorrido com a Lei nº 9.426/96, que acrescentou ao art. 157 dois outros incisos⁽⁶⁾.

Tirante tais considerações quanto às situações indevidas, certo é concluir-se pois, num primeiro momento, pela revogação, ou melhor, pela impraticabilidade, hoje, da Súmula nº 174 do eg. STJ no que tange ao crime de roubo ou outro em que a utilização de arma seja causa de aumento ou qualquer outro gravame, levando-se em conta arma de brinquedo ou similar à guisa de arma de fogo, restando crime simples em concurso com a Lei nº 9.437/97.

No entanto, a súmula prevalece, em sendo o delito cometido com outra arma descaracterizada que não de fogo, já que a tipificação para esta permanece supletiva pela interpretação extensiva jurisprudencial, ausente a reserva legal para arma que não de fogo, uma vez que, como visto, a Lei nº 9.437/97 regula tão-somente armas de fogo.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

(1) Hungria, *Comentários*, v. 6; Bento de Faria, *Código Penal Brasileiro Comentado*, vol. 5; Noronha, *Direito Penal*, vol. 2; Damásio, *Direito Penal*, vol. 2; Frago, *Lições*, P. Esp. vol. 1.

(2) Altavilla, *La Dinamica del Delitto*.

(3) Alpheu Tersariol, *Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*.

(4) Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal*, Tomo IV.

(5) Hungria, *Comentários*, vol. 6.

(6) Lei nº 9.426/96, deu nova redação ao art. 157 do Código Penal: "IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade".

PORTE DE ARMA - INAPLICABILIDADE DO ART. 10, § 3º, IV, DA LEI Nº 9.437/97

(Victor Eduardo Rios Gonçalves)

A nova lei que regulamenta o porte de arma de fogo (Lei nº 9.437/97), tentando traçar regras mais modernas em relação ao tema, trouxe à baila uma série de impropriedades jurídicas justamente em sua parte criminal.

Com efeito, após transformar em crime, punido com detenção de um a dois anos, o porte de arma de fogo sem autorização da autoridade (art. 10, *caput*), o legislador criou uma qualificadora, punida com reclusão de dois a quatro anos, para o agente que porta arma de fogo *possuindo condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*.

Ora, crimes contra a pessoa são todos aqueles previstos nos arts. 121 a 154 do Código Penal, enquanto crimes contra o patrimônio são aqueles descritos nos arts.

155 a 183 do mesmo estatuto. Haveria, nesse contexto, motivo para que um indivíduo tivesse a pena do delito de porte de arma aplicada bem mais severamente pelo simples fato de possuir condenação anterior por crime de *injúria* ou de *receptação culposa*, que estão abrangidos pelo texto legal? Qual a especial periculosidade dessa pessoa a justificar tamanha exasperação da pena?

Apenas por esse aspecto o dispositivo já se mostra extremamente draconiano, de forma a merecer ressalvas.

Mas não é só!!!

Salta aos olhos que a aplicação de uma qualificadora em razão de condenação anterior por outro crime constitui incrível *bis in idem*, ou seja, uma dupla punição pelo mesmo fato. Com efeito, o reconhecimento de uma qualificadora implica em alteração da própria estrutura jurídica do delito, que pas-

sa a ter uma nova pena em abstrato como consequência do acréscimo de uma nova elementar (ou circunstância — de acordo com parte da doutrina), que traz à tona uma infração penal autônoma em relação ao tipo fundamental. Tanto o crime qualificado é autônomo que se torna possível, por exemplo, estabelecer que o homicídio qualificado é hediondo, enquanto o simples não.

Assim, retomando o raciocínio, se uma pessoa foi condenada a pena de multa, anos atrás, por crime de apropriação de coisa achada e vem a ser flagrada portando uma arma de fogo, sua pena, em razão da condenação anterior, passará do patamar de um a dois anos de detenção, para dois a quatro anos de reclusão. Ora, é inegável que a





exasperação da pena tem como base um fato anterior, pelo qual o agente já foi punido, sendo óbvio, portanto, que não poderá sofrer nova punição por esse fato.

Suponha-se, por exemplo, que tal indivíduo seja surpreendido portando arma de fogo em dois dias diversos. Teria ele cometido dois crimes de porte de arma de fogo. Seria possível, então, que em ambos a mesma condenação anterior embasasse o reconhecimento da qualificadora do § 3º, IV. O *bis in idem* é evidente, já que, pelo texto da lei, a mesma condenação anterior poderia infinitamente servir de base para o reconhecimento de qualificadoras.

Saliente-se que pela técnica do Direito Penal não existe qualquer ilegalidade no reconhecimento da agravante genérica da reincidência ou de Maus antecedentes para se fixar pena acima do mínimo legal. Ocorre, entretanto, que a reincidência e os Maus antecedentes são reconhecidos pelo juiz, no caso concreto, durante a *individualização* da pena, respeitando o próprio texto da

Constituição Federal que, em seu art. 5º, XLVI, determina que a lei regulará a sua individualização, para que a pena esteja em consonância com a situação particular de cada infrator. Não pode o legislador, entretanto, estabelecer como elementar ou como qualificadora de um crime, a prática de infração penal anterior pela qual o agente já foi punido. Se admitirmos essa falácia, teremos também que aceitar uma hipotética lei que venha a criar qualificadora, aumentando a pena do homicídio para 20 a 30 anos de reclusão, se o agente possuir condenação anterior. Seria logicamente uma aberração.

Em suma, parece-nos que ao agente flagrado portando arma de fogo que já possua condenação anterior poderá apenas ser aplicada a agravante genérica da reincidência e nunca a qualificadora do § 3º, IV, da Lei nº 9.437/97.

É claro que existem os que sustentam a aplicabilidade do dispositivo. Por respeito à discussão, parece-nos, entretanto, que mesmo para os seguidores de tal entendimento algumas regras devem ser respeitadas:

a) aplicação da qualificadora apenas para pessoas que ostentem condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio ou tráfico de entorpecentes *cometidos após a entrada em vigor da nova lei*, em respeito ao princípio da legalidade (que tem como corolário o princípio da anterioridade);

b) a condenação anterior deve ter transitado em julgado e somente poderá gerar o reconhecimento da qualificadora dentro do prazo de cinco anos a que se refere o art. 64, I, do Código Penal, pois, se nem mesmo a reincidência prevalece após esse período, não há como se pensar que a qualificadora possa sê-lo;

c) por uma questão de lógica, a qualificadora somente poderá ser reconhecida para os crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio cometidos com emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, pois apenas nesses o legislador pode presumir uma maior periculosidade do agente que porta arma de fogo.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e professor de Direito Penal e Processo Penal.

LEI Nº 9.437/97: QUEM É SERVIDOR PÚBLICO?

(Eloy Ojea Gomes)

Considerações Gerais

Criticada por uns, aplaudida por outros, a Lei nº 9.437/97, com seu ingresso no ordenamento jurídico, trouxe novo regimento acerca do registro e porte de arma de fogo.

Dentre as inovações apresentadas chama atenção a locução presente no art. 10, § 4º, justamente porque discrepa da terminologia — criticável — mas já corrente no Direito Penal pátrio.

Cabe ressaltar, por primeiro, que a *tollitur quaestio* não pode ser tida como de somenos importância, já que, dependendo do sentido que se dê à locução, pode-se dilatar ou restringir o alcance da norma referida, com o conseqüente aumento, ou não, da sanção do eventual agente.

Noutros termos, vê-se que se trata de causa de aumento de pena composta por um elemento normativo do tipo; logo, dependendo, para sua configuração, de um juízo de valor do operador.

Abordagem do tema pela doutrina

Num dos primeiros comentários à lei em pauta, diz **Fernando Capez**⁽¹⁾:

"O novo texto legal emprega a expressão 'servidor público' no lugar de 'funcionário público', elementar já tradicional em nosso Direito Penal. Não devemos, contudo, fazer qualquer distinção entre os termos 'servidor' e 'funcionário', porventura existente no Direito Administrativo, até porque a definição constante do artigo 327 do Código Penal é bastante satisfatória e abrangente, não necessitando de modificações".

Crítica

Venia concessa, ousou discordar do professor, nem tanto pela conclusão, mas pela linha de raciocínio seguida.

Com efeito, penso que a fundamentação

não se mostra válida em relação à ilação a que se chegou.

É que, em Direito — ou melhor, em lógica — se as premissas não são válidas — como *in casu* imagino não serem — perde credibilidade — ou torna-se sem valor — a conclusão, muito embora seja ela verdadeira.

Na lição em cotejo, vê-se que o professor dá a entender que está fazendo uso de interpretação autêntica em nível legislativo ordinário.

Creio, entretanto, incabível o método aplicado.

Primeiro, porquanto, se tivesse desejado o legislador tal tipo de equiparação, impossível seria explicar o porquê da escolha de locução diversa da do Código Penal, em especial quando se tem em mente princípio hermenêutico segundo o qual *a lei não contém palavras inúteis*.

Segundo, outro princípio fundamental de hermenêutica determina que as palavras ou termos da lei devem ser interpretados no seu sentido normal, usual, comum, ordinário ou popular, salvo quando se utilizam termos técnicos, pois estes devem ter o sentido técnico.

Nesse sentido o magistério de **Canotilho**⁽²⁾, ao aludir aos cânones de *constitutional constructions* de jurisprudência norte-americana.

Por fim, nem se diga ser de mera impropriedade do legislador, mas com intenção de dar idêntico significado ao contido no art. 327 do Código Penal, já que tal interpretação seria por demais simplista, senão comodista.

Tecnicamente, portanto, insustentável a assemelhação espousada.

Crítica incidente

Fazendo-se um pequeno intervalo à argumentação, imperioso salientar a infelicidade do legislador de 1940 ao rotular aquele que

se enquadra na definição do art. 327 do Código Penal como *funcionário público*.

Primeiro, porque, à época, já controvertida era a definição de funcionário público.

Alberto Silva Franco⁽³⁾ faz alusão à dissensão existente quanto à exegese do termo:

"Diz **Nelson Hungria** que sobre o que seja *funcionário público*, na órbita do *Direito Administrativo*, duas principais teorias são formuladas: uma restritiva, outra ampliati-va".

Temístocles Brandão Cavalcanti⁽⁴⁾, igualmente, reconhece o problema, salientando que:

"Não há uniformidade na doutrina e a legislação, para pôr termo às dificuldades, procura geralmente um sentido formal. Não há coincidência mesmo na legislação especializada. As disposições legais nem sempre são claras, raramente permitem delas tirar um critério jurídico seguro, abstraindo conceitos doutrinários. Outras vezes, a própria legislação é contraditória.

Vemos, por aí, que nada é mais difícil do que definir o que seja *funcionário público*".

Segundo, porque não é tarefa do legislador impor ou formular conceitos, mas sim da doutrina, esta a legítima mandatária da função interpretativa.

Tendo o legislador, todavia, optado pela definição legislativa, penso que, então, deveria ter sido técnico, haja vista que o *nomen juris* do preceito *retro* referido guarda verdadeiro descompasso para com a noção que exprime.

E a assertiva *supra* se justifica na medida em que, sendo o Direito sistema, deve haver identidade de adoção conceitual ante a ocorrência de idênticos fenômenos nos diversos ramos da ciência jurídica, pois a duplicidade de denominações para estes gera intranquilidade





dade jurídica, situação com a qual o Direito não pode compactuar.

Prosseguindo, bem se vê que a intenção do legislador foi abarcar, no conceito do art. 327 do Código Penal, todo aquele que, de alguma forma, "*serve ao Estado*"⁽⁵⁾.

Dessa maneira, deveria o legislador, constitucional e ordinário, ter falado em **agente público**.

Nesse sentido a lição de **José Cretella Junior**⁽⁶⁾:

"A expressão agente público é então muito mais ampla do que a expressão funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos propriamente ditos, uma grande quantidade de outros indivíduos incorporados ao Estado".

Além do mais, o conceito acerca desse termo é pacífico na doutrina⁽⁷⁾.

Solução proposta

Assim, a meu juízo, correta seria a admissão, na legislação, da expressão **agente público**, esta sim designativa do conteúdo do art. 327 do Código Penal e em consonância com a melhor técnica jurídica.

Foi o que se fez na Lei nº 9.455/97 ("Lei de Tortura"):

"Artigo 1º - ...omissis...

§ 4º - aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até 1/3 (um terço):

I - se o crime é cometido por agente público;"

Se não for o caso, contudo, de se acolher os conceitos técnicos unanimemente delineados por nossa doutrina, mediante alteração legislativa, haja vista a equivocada escolha do legislador de 1940, bem como o oportuno

momento, considerando-se a recente nomeação da comissão de reforma do Código Penal, deve-se procurar argumentação compatível com a acepção extensiva que se quer dar à locução **servidor público**.

E tal pode ser obtido por meio da mesma interpretação autêntica de que se objetivava fazer uso, mas com dois acréscimos argumentativos pretensiosamente irresponsáveis, a saber: primeiro, a identidade entre os termos utilizados; segundo, a autoridade do legislador constituinte.

Explico.

A Carta Política, em diversas passagens do Capítulo VII, Seção I, utiliza a expressão **servidor público**.

E, se inserida está naquela seção, naquele capítulo, *id est*, nos dispositivos **gerais** aplicáveis a todos que atuam em nome do Estado, é porque a própria Constituição desejou lhe dar amplo conceito.

Nesse sentido o escólio de **Celso Antonio Bandeira de Mello**⁽⁸⁾:

"A expressão servidor público, na Constituição, é designativo genérico abrangente de todos os que, sob regime de cargo ou emprego, estão vinculados por relação de caráter profissional à Administração direta, indireta ou fundacional em quaisquer dos Poderes ou órbitas de governo. Não é, pois, denominação restrita aos agentes titulares de cargos ou apenas dos que estejam ligados a entidades de Direito público".

Assim, de se ver que decorre da própria técnica constitucional a larga abrangência da locução **servidor público**, pois, do contrário, expressiva parcela dos profissionais que atuam em nome da Administração restaria carecedora de disciplina constitucional, o que não parece lógico, por conduzir ao absurdo.

E essa interpretação, como já se disse alhures, não vai além da conclusão do professor; ao revés, com ela se coaduna, mas com o *plus* da pertinência lógica.

Mesmo se, entretanto, essa exegese desse margem a ir além, deveira ela, com razão, prevalecer, pois se o legislador editou específica lei para tratar do assunto, é porque intuía ser rigoroso no tratamento da matéria.

Nesses termos, e com o nítido escopo de tentar contribuir para o entendimento e aplicação da recente lei, submeto-se a presente à crítica dos diletos leitores deste **Boletim**.

O autor é procurador do município da Estância Balneária de Praia Grande (SP).

(1) In "Arma de Fogo, Comentários à Lei nº 9.437, de 20.02.97", Saraiva, 1997, p. 70.

(2) In "Direito Constitucional", 6ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 220, nota 12.

(3) Et alii in "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1993, p. 1.678.

(4) In "Tratado de Direito Administrativo", 3ª edição, 1956, volume IV, p. 59.

(5) **Celso Antonio Bandeira de Mello**, in "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 9.

(6) In "Tratado de Direito Administrativo", Volume IV, Editora Forense, 1967, 1ª edição, p. 72.

(7) **Celso Antonio Bandeira de Mello**, in "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", 2ª edição, RT Editora, 1991, p. 9; **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, in "Direito Administrativo", Editora Atlas, 1990, p. 306; **Hely Lopes Meirelles**, in "Direito Administrativo Brasileiro", RT Editores, 191, pp. 66/67.

(8) In "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 50/51.

O PRAZO DE DURAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA RENOVACÃO

(Eduardo Luiz Santos Cabette)

A Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inc. XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, procura ensejar a devida proteção constitucionalmente assegurada, ao sigilo das comunicações e ao direito à intimidade dos indivíduos.

Seguindo a orientação doutrinária de que nenhum direito individual pode ser concebido de maneira absoluta frente aos interesses públicos ou coletivos, especialmente no que se refere à esfera de apuração de fatos penalmente relevantes e, principalmente, aqueles que são portadores de maior potencial lesivo à sociedade, a referida legislação deve ser interpretada tendo como parâmetros os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Tais princípios, certamente, foram os germes desde o tratamento constitucional até a edição da Lei nº 9.296/96.

Assim sendo, quando se aborda a devida exegese e amplitude do prazo em que a diligência poderá desenvolver-se sem extrapolar as condições excepcionais autorizadas da medida, há que se ter em conta um limite bem definido, que traga em si uma segurança

jurídica, sem prejudicar a atuação estatal, mas em equilíbrio no que tange à intromissão na esfera privada. Em suma e sem temer ser redundante, há que ter-se sempre em vista os dois princípios norteadores acima mencionados (proporcionalidade e razoabilidade).

Reza o art. 5º do diploma sob comento:

"A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova" (grifo nosso).

A questão que se coloca versa sobre a possibilidade de renovação da medida apenas uma vez ou sua reiteração indeterminada, somente de acordo com o "*prudente arbítrio do juiz*", na determinação de continuar sendo necessária, "*uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*".

A doutrina apresenta-se ainda incipiente e heterogênea no tratamento da matéria.

Luiz Flávio Gomes⁽¹⁾ expõe as posições de **Paulo Napoleão Quezado**, **Clariser Ca-**

valcante e **Altamiro Lima Filho** no entendimento de que "*a renovação só pode ocorrer uma vez*". Em contrapartida, apresenta as colocações de **Damásio E. de Jesus**, **Vicente Greco Filho** e **Antonio Scarance Fernandes**, afirmando que "*não há limite*" às renovações, tudo dependendo da demonstração *in casu* da necessidade e indispensabilidade da medida, dentro da proporcionalidade a ser aferida pelo "*prudente arbítrio do juiz*", filiando-se a esta segunda corrente.

Malgrado as abalizadas conclusões em prol da possibilidade de renovações indeterminadas da interceptação, conforme acima mencionado, ousa-se discordar. Na realidade, considerar a possibilidade de renovações indeterminadas seria conceder uma "carta branca" ao magistrado para uma contínua intromissão na esfera privada das comunicações telefônicas das pessoas, para fins de investigação criminal.

Já de muito tempo remonta a lição de **Beccaria**⁽²⁾ de que "*cabe exclusivamente às leis fixar o espaço de tempo que se deve*





empregar para a investigação das provas do delito, e o que se deve conceder ao acusado para sua defesa. Se o juiz tivesse esse direito estaria exercendo as funções de legislador".

Ademais, tratando-se de norma que restringe a esfera de irradiação dos direitos individuais, não cabe ao intérprete sua ampliação no sentido de estender a aplicação da restrição àquilo que o texto legal não determina expressa e indubitavelmente.

O entendimento quanto à possibilidade de renovações ao arbítrio do juiz, conduziria à mesma conclusão nos casos da prisão temporária previstos no art. 2º da Lei nº 7.960/89 e no art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, fato este plenamente inadmissível à consciência geral, mas que, em essência, não diverge do caso das interceptações. A redação dos dispositivos é bastante semelhante⁽³⁾ e os argumentos expedidos para a defesa de reiterações indeterminadas da interceptação teriam pleno cabimento, sob a alegação de que sempre que fosse comprovada a "extrema necessidade" para as investigações, poder-se-ia renovar o prazo de restrição da liberdade.

O que nos faz pensar, numa análise perfunctória, que se trata de situações absolutamente díspares, é o fato de que a prisão temporária afeta diretamente a liberdade, o que torna sua atuação mais sensível ao espírito crítico e garantista. No entanto, o sigilo

das comunicações e o direito à intimidade são valores de alto relevo, não menos prestigiados pelo sistema de garantias em que se baseia o Estado Democrático de Direito.

Chama ainda a atenção o fato de que a renovação da interceptação, em tese, seria de fácil comprovação no que tange à "indispensabilidade do meio de prova", pois a partir do momento em que foi deferida inicialmente e, mesmo com ela, não se logrou a obtenção dos resultados colimados, claro se afigura sua necessidade prática à otimização das atividades persecutórias.

Ficaria, posta em segundo plano a "imprescindibilidade" como acima demonstrado, ao critério de cada juiz a delimitação considerada razoável e proporcional para o prolongamento da diligência.

Tudo isso ainda com uma agravante; porque além da interceptação ser uma medida por natureza tomada *inaudita altera parte*, possui o caráter de "segredo de justiça" e toda sua operacionalização se faz com base na preservação do sigilo (Lei nº 9.296/96, arts. 1º e 8º, parágrafo único). Desse modo, o sujeito passivo da interceptação sequer tem possibilidade de atacar de qualquer maneira sua realização durante esse período, pois nem mesmo tem ciência de sua ocorrência, diferentemente do que acontece com a prisão, onde, ao menos, poderá utilizar os meios e recursos para fazer prevalecer seu *ius libertatis*.

Portanto, a conclusão em relação à reno-

vação das interceptações somente pode ser ponderada no sentido da possibilidade de uma única reiteração pelo período de 15 dias, totalizando o tempo máximo de 30 dias de intromissão insidiosa na esfera do sigilo das comunicações do indivíduo.

Observe-se, no entanto, que certamente não será o fato de que determinada pessoa foi, um dia, sujeito passivo de uma interceptação que irá impedir *ad perpetuum* novas investigações por esse meio contra ela. Haverá porém, segundo nosso entendimento, necessidade de que o outro pedido se funde em fatos novos e não naqueles mesmos que ensejaram a primeira atuação eventualmente renovada no prazo máximo. Poderão até mesmo versar sobre as antigas suspeitas e infração penal, mas alguma nova informação que justifique a reiteração da medida pelo prazo legal deverá ser demonstrada⁽⁴⁾.

O autor é delegado de polícia em São Paulo e professor de Processo Penal na Unisal.

⁽¹⁾ Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, "Interceptação Telefônica", pp. 218/219.

⁽²⁾ Cesare Beccaria, "Dos Delitos e das Penas", p. 55.

⁽³⁾ Os dispositivos da prisão temporária condicionam a sua renovação a casos "de extrema e comprovada necessidade".

⁽⁴⁾ Isso não pode ser considerado novidade no nosso ordenamento processual penal à vista do disposto no art. 18 do CPP.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS NOS DELITOS DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA

(Cássio Juvenal Faria)

Conceito

Ocorre o conflito aparente de normas penais quando o mesmo fato se amolda a duas ou mais normas incriminadoras. A conduta, única, parece subsumir-se em diversas normas penais. Ou seja, há uma **unidade de fato** e uma **pluralidade de normas contemporâneas** identificando aquele fato como criminoso.

Não há conflito aparente de normas penais se houver um conflito de leis no **tempo**, a ser resolvido pelo princípio da continuidade das leis: a lei posterior revoga a anterior, obedecido, em Direito Penal, o princípio da extra-atividade da lei benéfica.

No conflito aparente de normas, diferentemente, a questão é apenas de subsunção do fato ao tipo, sendo as normas contemporâneas. O conflito é aparente e não real porque ele é solúvel, por meio da aplicação de certos **princípios** que permitem estabelecer, entre as normas, uma relação de hierarquia e, conseqüentemente, o prevalecimento de uma delas sobre a outra.

Estes princípios, como se sabe, são os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção.

Crimes de trânsito

e conflitos aparentes de normas

O conflito aparente poderá surgir entre normas incriminadoras previstas: a) no próprio Código de Trânsito ou b) no Código de Trânsito e no Código Penal.

O conflito que se estabelece entre normas

incriminadoras do Código de Trânsito e normas da Lei das Contravenções Penais (por exemplo, art. 32 da LCP e art. 309 do CTB; art. 34 da LCP e art. 306 do CTB), configura, mais propriamente, conflito de leis no tempo, a ser solucionado pela aplicação do referido princípio da continuidade.

a) Quanto à primeira hipótese mencionada, de conflitos entre **normas incriminadoras previstas no próprio Código de Trânsito**, o problema pode ser resolvido de forma genérica, pela aplicação do **princípio da consunção**, vez que **sempre haverá relação consuntiva entre o crime de dano** (homicídio culposos e lesão corporal culposa — arts. 302 e 303) e **os crimes de perigo** dos arts. 304, 306, 308, 309 e 311, os quais, diante da ocorrência de dano efetivo à vida ou à incolumidade de uma pessoa, ou de pessoas determinadas, serão absorvidos por aqueles, perdendo, no caso concreto, a sua autonomia típica, mas podendo configurar, eventualmente, uma causa específica de aumento de pena (como, por exemplo, o fato de o agente causador de morte culposa na direção de veículo automotor não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação — inc. III do art. 302).

b) Quanto à segunda hipótese mencionada, de conflitos entre **normas incriminadoras previstas no Código de Trânsito e no Código Penal** (arts. 302 e 303 do CTB — arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, do CP; art. 312 do CTB — art. 347 do CP), as questões devem ser resolvidas pela aplicação do **princípio da especialidade**. Por meio de comparação

das definições abstratas contidas nas normas em aparente conflito, poderão ser identificados os **elementos especializantes**, com o conseqüente prevalecimento da norma especial do Código de Trânsito, sobre a norma geral, do Código Penal.

Homicídio culposos e lesão corporal culposa

Cabem, em razão do interesse prático, algumas considerações mais extensas sobre os elementos especializantes dos crimes de homicídio culposos e lesão corporal culposa.

Assim, se o agente, na direção de veículo automotor, matar alguém culposamente, a sua conduta se subsume em dois tipos: art. 121, § 3º, do CP e art. 302 do CTB.

Por igual, se o agente, na direção de veículo automotor, ofender culposamente a integridade corporal ou a saúde de outrem, a sua conduta se subsume em dois tipos: art. 129, § 6º, do CP e art. 303 do CTB.

O conflito aparente é solucionável pelo **princípio da especialidade**. O prevalecimento da norma especial, do CTB, que é mais gravosa (no caso do homicídio culposos, por exemplo, pena de detenção de dois a quatro anos), sobre a norma geral, do CP (pena de detenção de um a três anos), decorre da identificação, na comparação das definições abstratas, de um **elemento especializante**, que consiste em estar o agente na **direção de veículo automotor**.





Duas questões decorrem da identificação do citado elemento especializante, que configura, tecnicamente, uma elementar modal.

1ª) O que é veículo automotor?

O art. 4º do CTB estabelece que "os conceitos e definições estabelecidos para os efeitos deste Código são os constantes do Anexo I".

No Anexo I se encontra a definição de **veículo automotor**, que integra as normas incriminadoras: "Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)".

São, assim, veículos automotores, o automóvel, o caminhão, a caminhonete, a camioneta, o ônibus ou o microônibus, o ônibus elétrico, os tratores (de rodas, de esteiras ou misto), a motocicleta e motoneta (mas não o ciclomotor, que continua equiparado aos ciclos). No Anexo I são encontradas todas as definições.

Com relação aos **tratores**, é preciso registrar que a legislação anterior expressamente os excluía do conceito de veículo automotor (Convenção de Viena sobre Trânsito Viário, promulgada pelo Decreto nº 86.714, de 10.12.81, Capítulo I, Artigo I, alínea p).

O atual CTB, diferentemente, define o trator como "veículo automotor construído para realizar trabalho agrícola, de construção e pavimentação e tracionar outros veículos e equipamentos".

Assim, se alguém, dirigindo um trator de rodas, destinado a uso agrícola, pela via pública de uma pequena cidade do interior (e

para o fazer precisa, agora, ser **condutor habilitado** nas categorias C, D ou E, conforme art. 144 do CTB, ficando superada, dessa forma, a controvérsia que antes existia a respeito da exigência), vier a matar, culposamente, uma pessoa, o crime terá sido cometido **na direção de veículo automotor**, aplicando-se, por consequência, a norma especial do CTB.

Este novo conceito, que passou a integrar o ordenamento jurídico e assim deve prevalecer sobre qualquer outro, de conteúdo empírico, projetou-se também sobre as formas de furto qualificado e roubo agravado introduzidas pela Lei nº 9.426, de 26.12.96 (art. 155, § 5º, e art. 157, § 2º, inc. V, do Código Penal), de tal forma que, a partir da vigência do CTB, com a modificação do complemento preceptivo das normas penais, o trator, que antes não era, passou a ser objeto material possível daqueles delitos patrimoniais.

2ª) O delito culposos na direção de veículo automotor precisa ter ocorrido no trânsito, em via terrestre aberta à circulação, ou seja, em via pública, para que incida a norma penal do CTB? Há um segundo elemento modal do tipo?

Esta questão pode ser desdobrada em várias outras indagações de ordem prática, envolvendo delito culposos praticado por condutor de veículo automotor, nos seguintes locais:

1. no pátio interno de uma indústria;
2. em estrada (via rural não pavimentada), existente nos limites internos de uma fazenda;
3. em rua de condomínio fechado;
4. em praia aberta à circulação;
5. em praia não aberta à circulação.

Com relação às duas primeiras questões haverá, provavelmente, duas posições:

- a) só haverá a incidência da norma penal especial se o delito culposos, praticado na direção de veículo automotor, ocorrer em via

terrestre aberta à circulação, ou seja, em via pública, dada a existência de um segundo elemento modal, decorrente do art. 1º do CTB: "O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, **abertas à circulação**, rege-se por este Código";

b) haverá a incidência da norma especial ainda que o delito culposos não seja praticado em via pública, porque os arts. 302 e 303 não contêm este elemento modal, sendo certo que, quando o mesmo é exigido, os tipos penais fazem a ele referência expressa (arts. 308 e 309).

Parece correta esta segunda posição, mesmo porque o fato de o veículo se encontrar no pátio interno de uma indústria, ou mesmo trafegando por via interna de uma fazenda, não desobriga o seu motorista de observar as normas de segurança do trânsito.

A terceira e a quarta questões encontram resposta no próprio CTB, cujo art. 2º, parágrafo único, ao considerar vias terrestres "as praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas", atribuiu-lhes, por extensão, a natureza de vias públicas.

Assim, com mais razão deverá incidir a norma especial, que é mais gravosa, se o delito culposos, na direção de veículo automotor, ocorrer em praia **não** aberta à circulação (quinta questão). Esta circunstância indica maior reprovabilidade da conduta, de tal sorte que resultaria em absurdo a sua punição pela norma do Código Penal, menos gravosa. Aí se encontra, portanto, um argumento de reforço para demonstrar a desnecessidade do elemento modal "em via pública", para a caracterização dos delitos culposos de trânsito.

O autor é procurador de justiça em São Paulo e professor de Direito Constitucional e Direito Penal.

A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO ART. 303 DA LEI Nº 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO)

(Pedro Krebs)

Em decorrência do princípio da separação dos poderes, esculpido no art. 2º, de nossa Constituição Federal, sempre houve o entendimento de que a atividade legislativa é aquela que menos sofre restrições ou limites. Nem poderia ser diferente, eis que o Poder Legislativo se apresenta, no plano teórico, como aquele que substitui toda uma sociedade nas suas aspirações.

Entretanto, a Lei nº 9.503/97 foi, talvez, a maior demonstração de que esta ilimitação pode levar a verdadeiras situações de absurdos jurídicos.

Um dos tantos exemplos das incongruências referidas é o novo tipo penal previsto no art. 303, que assim determina: "Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

É a respeito deste novo delito que discutiremos neste pequeno estudo.

O novo Código de Trânsito conseguiu

algo de fenomenal ao estabelecer somente o tipo penal culposos do crime de lesão corporal, tendo esquecido de fazer referência a sua modalidade dolosa. Assim sendo, devido a esta omissão legislativa, é de se entender o seguinte: se o agente, por exemplo, dirigindo o seu veículo, vier a atropelar alguém, e ficar constatado que aquele agiu por imprudência ou negligência, responderá por um crime apenado de seis meses a dois anos de reclusão; se o mesmo agente, entretanto, agir dolosamente, a pena será aquela prevista no art. 129, *caput*, do Código Penal, que é de três meses a um ano de detenção. Em suma, aquele que deseja praticar as lesões sofrerá uma pena menor do que aquele que, por exemplo, sequer previu o resultado.

Tal entendimento, entretanto, não poderá prevalecer frente aos dispositivos constitucionais do princípio da legalidade, da dignidade humana, da proporcionalidade e da igualdade. Além da violação à nossa Lei Maior, existe a incompatibilidade com as discriminantes putativas,

instituto jurídico do Código Penal.

Princípio consagrado em matéria penal é o da legalidade, onde se impede a criação de tipos penais e de cominação de sanções sem que seja através de lei (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º).

Entretanto, é óbvio que tal limitação não se aplica apenas a aspectos formais. É, pois, de suma importância a análise do conteúdo do dispositivo. A tipicidade não se limita apenas à adequação de um fato humano a uma norma penal incriminadora. É, isto sim, a adequação de um fato a uma norma inserida em um sistema jurídico lógico e coerente.

Quando o legislador estipula quais as condutas que devem ser passíveis de pena, é óbvio que está ele expressando uma concepção de Estado⁽¹⁾. Assim, em termos de Brasil, podemos concluir que a idéia de *Estado Democrático de Direito* acaba por gerar limites à atividade do próprio legislador. Isto porque a Constituição Federal elegeu a dig-





nidade da pessoa humana como *fundamento da razão de ser do próprio Estado* (CF, art. 1º, III), acarretando, por consequência, no reconhecimento de determinados direitos e garantias individuais (a impossibilidade de se adotar penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou cruéis — CF, art. 5º, XLVII).

Assim entendido o princípio da legalidade, é de se aceitar como vedado ao legislador, por maior que seja a sua liberdade em criar leis, determinar penas desproporcionais. Isto porque são penas desumanas, injustas, indignas, eis que evidenciam um efetivo desvalor de condutas⁽²⁾. Associar penas a determinadas condutas, em suma, não é uma atividade fácil ou desprovida de qualquer seriedade. O ser humano, pois, não pode estar à mercê de eventuais extravagâncias do legislador.

De outra forma, a Constituição Federal, embora não de forma direta, preconiza um outro princípio de suma importância. É o princípio *nulla poena sine culpa* (art. 5º, XLV — onde a pena não deve passar da pessoa do condenado, ou seja, do *culpado* —, e XLVI — onde é reconhecido o princípio da individualização da pena, ou seja, a sanção deverá sempre ser justa, proporcional à *culpa* do agente). Tal princípio, além de servir como uma necessária proteção do cidadão frente aos desmandos do Estado, faz com que a pena, como censura pública que é, seja sempre interpretada de forma restrita, ou seja, somente pode ser dirigida às condutas que merecem um efetivo juízo de desvalor ético e social. Pena, assim, é sinônimo de reprovabilidade⁽³⁾.

Assim sendo, como podemos aceitar que a pessoa que age de forma negligente ou imprudente apresenta uma conduta mais reprovável do que aquele que atua dolosamente? Não se pode conceber, pois, a idéia que o desvalor do resultado *lesão corporal culposa* seja muito maior — pelo simples fato de o agente estar dirigindo um veículo — do que aquele que, por exemplo, fazendo uso de um porrete, pratica *lesões corporais dolosas*.

Como se não bastasse, a criação de tipos penais não pode infringir o princípio da igualdade, esculpido no *caput* do art. 5º de nossa CF, uma vez que o referido preceito tem como destinatário o próprio legislador⁽⁴⁾. Assim sendo, ao efetuar discriminações (determinar um tratamento desigual aos desiguais), o legislador deve levar em conta fatores relevantes para o bom desenvolvimento social, e não meros caprichos ou fantasias. Neste sentido, constatamos que o legislador resolveu punir de forma muito mais severa aquele que pratica um crime de *lesão corporal culposa* no trânsito (CTB, art. 303, apenado de seis meses a dois anos de detenção) que aquele que, de qualquer forma, pratica o mesmo resultado por intermédio de inúmeras outras condutas (CP, art. 129, § 6º, cuja pena é de dois meses a um ano).

Tal discriminação, salvo melhor juízo, é inaceitável. Não pode o legislador diferenciar, da forma como o fez, com *tamãha severidade*, a falta de dever de cuidado do sujeito que dirige um automóvel em relação àquele que deixa a arma ao alcance de um menor, por exemplo. É sabido que o crime culposos possui, em seu tipo, a falta do dever de cuidado objetivo, dever este exigido pelo ordenamento jurídico, que é, em suma, a razão de se punir estas condutas. O fato, pois,

de a conduta ser praticada ou não no trânsito, pode (ou não) acarretar uma variação de reprovabilidade na ausência do dever de cuidado. A conduta do pai que deixa a arma ao alcance de seu filho pode ser tão negligente (ou mais, ou menos) quanto a de um motorista.

Neste sentido, **Maren Guimarães Taborda**, citando **Canotilho**, informa que existe uma violação arbitrária do princípio da igualdade quando a discriminação não se basear em um *fundamento sério*, não tiver um *sentido legítimo* ou estabelecer uma diferenciação jurídica *sem um fundamento razoável*⁽⁵⁾.

O simples fato, pois, de a conduta ter se dado no trânsito, em comparação a todas as outras possíveis e imagináveis de ocorrer, está longe de ser uma distinção dotada de seriedade, sendo, pois, desprovida de qualquer sentido. Não é, portanto, razoável a criação deste novo tipo penal, eis que estamos diante de uma discriminação inaceitável.

Outra incompatibilidade existente no tipo penal em questão diz respeito às discriminantes putativas, previstas no CP, em seus arts. 20, § 1º, e 21. No caso, desinteressa a análise do erro sobre os limites da causa de justificação, previsto no art. 21. É que, nestes casos, a discriminante putativa é tratada como erro de proibição, sem a exclusão do dolo.

O problema é que, por força da adoção da teoria limitada da culpabilidade, a discriminante putativa, decorrente de um erro sobre situação de fato, é tratada de forma diferenciada. Nestes casos, considerando o § 1º do art. 20, há a exclusão do dolo, devendo o agente responder pela modalidade culposa, se prevista em lei.

A razão para a exclusão do dolo — e a consequente responsabilização pela modalidade culposa — decorre de um favor concedido pelo legislador para o agente que acabou por praticar uma conduta em erro. O agente tem a vontade de agir de acordo com o Direito, mas, devido ao erro, acabou por praticar um ilícito. Assim, o Direito Penal brasileiro acabou por adotar uma teoria menos rigorosa, mais humana, objetivos, enfim, que sempre devem orientar o legislador em matéria criminal. *"Para estes casos não se torna justa a teoria extrema da culpabilidade; suas conclusões, às vezes, só dificilmente podem concordar com o sentimento jurídico"*⁽⁶⁾.

Entretanto, tal entendimento esboçado em todo o ordenamento jurídico penal (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP, item 17) não pode prevalecer no tipo penal que aqui se analisa. Isto porque, de forma totalmente injustificada, a pena do crime culposos é maior do que a do crime doloso. Quando a doutrina mundial criou a teoria limitada da culpabilidade, por óbvio que não imaginava tamanha aberração. Incrível, mas neste caso, é preferível, para o réu, a submissão aos rigores da teoria extrema da culpabilidade — onde toda a discriminante putativa é tratada como erro de proibição, sem a exclusão do dolo — a ter de se sujeitar a um crime menos reprovável.

Neste sentido, podemos concluir o seguinte: I) o art. 303 da Lei nº 9.503/97, é inconstitucional porque: a) fere o princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), eis que a pena do crime culposos é maior do que a do crime doloso; b) pela mesma razão, fere o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), eis que trata desproporcionalmente condutas humanas; c) fere o princípio da legalidade

quando não respeita a proporcionalidade entre a pena em abstrato e a culpabilidade; d) fere o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), eis que cria discriminações sem nenhum fundamento sério, lógico ou jurídico; II) o art. 303, do CTB, é ilegal, evidenciando uma total falta de critérios do legislador, se analisarmos dentro de todo o *sistema jurídico* esboçado pelo Código Penal, eis que, pelo dispositivo no § 1º do art. 20, conclui-se que o Direito Penal não admite um crime culposos com uma pena superior a de um crime doloso correspondente.

O autor é procurador do estado no Rio Grande do Sul e professor de Direito Penal.

- (1) **Bacigalupo, Enrique**, "Derecho Penal - Parte General", Buenos Aires, Hammurabi, 1987, p. 78.
- (2) **Bacigalupo**, *ibid*, p. 80.
- (3) **Jescheck, Hans-Heinrich**, "Tratado de Derecho Penal - Parte General", Granada, Comares, 4ª ed., 1993, p. 19.
- (4) **Taborda, Maren Guimarães**, "O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções", *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 30, nº 80, 1997, p. 128.
- (5) **Taborda**, *ibid*, p. 130.
- (6) **Wessels, Johannes**, "Direito Penal - Parte Geral", Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1976, p. 102.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Paulista de Magistrados
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Curso C.P.C., SP
- Curso Forense - Ribeirão Preto, SP
- Curso do Professor Damásio, SP
- Curso Vocação Preparatório à Carreira de Delegado de Polícia e Exame de Ordem, Presidente Prudente, SP
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípides Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Meta Juris - Curso de Aperfeiçoamento Jurídico, Presidente Prudente, SP
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Sociedade Civil de Educação das Américas - CPA
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas, Sorocaba, SP
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA