



ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

LEI Nº 9.677, DE 2 DE JULHO DE 1998

Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências.

O Presidente da República,

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

Art. 1º Os dispositivos a seguir indicados do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios" (NR).

"Art. 272. Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo" (NR).

"Pena - reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa" (NR).

"§ 1º Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico" (NR).

"§ 1º-A. Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado".

"Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposamente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa" (NR).

"Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais" (NR).

"Art. 273. Falsificar, corromper, adulte-

rar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais" (NR).

"Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" (NR).

"§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado" (NR).

"§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico".

"§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente".

"Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposamente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa" (NR).

"Emprego de processo proibido ou de substância não permitida

Art. 274. ...

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa" (NR).

"Invólucro ou recipiente com falsa indicação

Art. 275. Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada" (NR).

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa" (NR).

"Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores

Art. 276. ...

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa" (NR).

"Substância destinada à falsificação

Art. 277. Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais" (NR).

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa" (NR).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de julho de 1998;
177º da Independência e 110º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Renan Calheiros

José Serra

(DOU de 03.07.98)

ARTIGOS PARA O BOLETIM

Todos os artigos encaminhados ao Instituto com o propósito de publicação no **Boletim** devem ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3½ e processador de texto Word for Windows, acompanhado do texto impresso. Lembramos, ainda, que os artigos devem ter no máximo 120 linhas, em letra tamanho (corpo) 12, espaço duplo. Sua presença conosco é fundamental! Colabore.

EDITORIAL

O IBCCrim E O ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Em finais do ano passado, o então Ministro da Justiça, **Íris Rezende**, nomeou Comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto de Código Penal. O resultado final veio a conhecimento do público através de sua publicação no DOU de 25.03.98. Estabeleceu-se, outrossim, a data de 31.08.98 como limite para apresentação de sugestões ou críticas, criando-se Comissão Revisora encarregada de elaborar a redação final do texto a ser encaminhado ao Congresso Nacional.

Para que serve um Código?

Inicialmente para explicar que é essencialmente a arte de apaziguar a imaginação e inescapavelmente tornar as coisas mais simples do que elas são. Pensar cientificamente é submeter o processo de simplificação a uma certa disciplina: é descobrir como tornar as coisas **radicalmente** mais simples do que são, elucidando seu mecanismo interno de funcionamento e o sistema de relações básicas do qual resultam.

Surgem daí cinco grandes finalidades de um novo Código Penal. A precípua é a **finalidade garantidora**: a sistematização racional da lei como exigência do próprio princípio da legalidade. Não é por outra razão que os primeiros códigos nascidos com a feição que conhecemos hoje surgiram no bojo do Iluminismo. Note-se que é a função garantidora que explica a existência da dicotomia parte geral/parte especial ter surgido primeiramente na esfera penal e

posteriormente na área civil (Código Civil Napoleônico de 1810).

Uma segunda função, igualmente importante, é a de se **ordenar** os bens jurídicos. Isto é, a necessidade que se tem de se ponderar, em face do desvalor da conduta e do resultado, quais são os bens jurídicos mais importantes e quais merecem maior ou menor reprovação.

Ademais, tem um Código uma função **compiladora**. Sintetiza ele todas as leis vigentes em um único corpo, organizando-as e sistematizando-as.

Preenche, ainda, um objetivo **reorientador**, traduzindo-se em um melhor equacionamento dogmático em face das situações fáticas existentes e das modernas tendências imperantes em outros países, que tiveram reformas contemporaneamente.

Por fim, e não para terminar, cumpre uma finalidade **transformadora** que é a de permitir a reformulação como motivo de superação das referências penais tradicionais para a adequação a uma sociedade do presente com perspectivas de futuro.

O anteprojeto elaborado não cumpre qualquer dessas funções. Senão vejamos.

A perspectiva **garantidora** não foi cumprida pelo simples fato de não se alterar a Parte Geral do Código. Com a Reforma de 1984, que entrou em vigor em janeiro de 1985, passamos a conviver com uma dicotomia profunda. De um lado, uma Parte Geral bastante moderna. De outro, uma desatualizada Parte Especial. Posteriormente, ainda tivemos inúmeras alterações legais, através de reformas pontuais, que tiraram a coerência intrínseca do sistema dual, de forma a não mais permitir interpretações seguras no sentido de se garantirem direitos teleologicamente pensados pelo legislador da Reforma. Resultado: não se tem qualquer coordenação entre Parte Geral e Especial e, com isso, o principal objetivo colimado por um ordenamento não se atinge, pois parecem ser dois corpos estranhos.

A Comissão encarregada deste anteprojeto descuroou-se da função **ordenadora** dos bens jurídicos. A pena mínima de uma extorsão mediante seqüestro (art. 183 — 8 a 15 anos) é mais alta que a de um homicídio simples (6 a 20 anos), como se o patrimônio pudesse valer mais do que a vida! O mesmo ocorre em relação a inúmeros outros crimes, como por exemplo no caso de "violência sexual de menor ou incapaz", crime esse que tem pena mínima superior a do homicídio doloso (vide art. 163, cuja pena mínima é de 8 anos).

Some-se a isso o fato de não terem sido incluídas inúmeras leis na presente legislação: nova lei ambiental, nova lei de trânsito, lei de entorpecentes, lei de lavagem de dinheiro, lei contra a ordem econômica, etc. Assim, mesmo com a eventual aprovação deste anteprojeto, teríamos que conviver com diversas outras leis esparsas, com a mesma balbúrdia hoje vigorante em face da inflação legislativa. Ademais, ao final deste corpo legislativo, a Comissão propõe a "revogação das disposições em contrário" sem especificar quais leis continuariam em vigor

e quais estariam revogadas. Se o anteprojeto for aprovado, inúmeras serão as discussões sobre quais normas continuarão em vigor e quais não, pelo simples fato do legislador desconhecer que uma das finalidades de uma nova legislação é a de **compilar** e organizar toda a matéria jurídico-penal. Quando do advento do Código de 40 foram revogadas determinadas leis e ressaltadas outras para se ter a exata dimensão daquilo que conviveria paralelamente ao Código que então entrava em vigor. Infelizmente, a Comissão ignorou nossa própria história.

Se tudo isso não bastasse, cria o anteprojeto um capítulo de crimes contra a "dignidade sexual" como a ignorar que o sexo faz parte do ser humano e, portanto, deveria estar no capítulo de "crimes contra a pessoa", como outras legislações estrangeiras já o fizeram. Não estabelece qualquer alteração na dicotomia crimes comuns/crimes hediondos, passando por cima de todas as críticas doutrinárias feitas contra a Lei nº 8.072/90. No que concerne a este aspecto, cria ainda uma grande confusão. No Título I, Cap. 1, reduz a pena do "atentado violento ao pudor" (cujo *nomen juris* o qualifica de hediondo) para 4 a 8 anos, e cria um novo crime (art. 163), de "violação sexual de menor ou incapaz", com pena de 8 a 12 anos, que não será hediondo por não estar expressamente previsto naquela lei, que é anterior à futura Parte Especial! A grande confusão que advirá, caso seja aprovado o anteprojeto, desorienta os operadores do Direito, mais do que **orienta**, o que deveria ser uma de suas funções.

Por fim, a função esperada de **transformação** simplesmente não é exercida. Continua a conservar a dicotomia detenção/reclusão para as penas privativas de liberdade, quando poderia superá-la. Não ousa prever nos tipos proibitivos, desde logo, penas restritivas de direitos. Não amplia o leque de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, sempre tão criticada. Não amplia suficientemente o alcance das penas substitutivas, como faz lei que já tramita no Congresso Nacional. As causas autorizadas do aborto são de tibieza ímpar (art. 128). Cria-se a figura esdrúxula do assédio sexual (art. 169), em flagrante contrariedade ao princípio da *ultima ratio*. Enfim, não existe qualquer transformação superadora, mas sim deformação conservadora.

Há um ditado helênico, atribuído a **Pitágoras**, segundo o qual o corpo é o túmulo da alma. Assim, a morte libertaria a alma de seu túmulo. Se é verdade, como diziam na Hélade, que o corpo é o túmulo da alma, devemos matar este corpo para que a alma das verdadeiras mudanças assuma outro mais digno de portá-las.

A Diretoria do **IBCCrim**, em agosto de 1998

(Obs.: O presente Editorial será enviado ao ilustre presidente da Comissão Revisora, Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, bem como ao sr. Ministro da Justiça e membros da Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional).

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: 16.500 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 -
Tels. (011) 3107-6743, 3105-6482,
3105-4607 e 3106-9306
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

O PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL⁽¹⁾

(Fauzi Hassan Choukr)

A discussão acerca da necessidade da criação de um tribunal penal internacional permanente não é nova no cenário internacional, tendo ganhado particular destaque após a instalação da corte para julgamento dos crimes de guerra na antiga Iugoslávia⁽²⁾ e que teve, não muito tempo depois, acrescida sua competência⁽³⁾ para julgamento dos crimes contra a humanidade cometidos em Ruanda. Em comum com as experiências históricas anteriores (Tokio e Nuremberg, ambos no final da 2ª Grande Guerra) está o fato de serem tribunais *ad hoc*, violando desta maneira o princípio do “juiz natural” tal como o entendemos no cenário europeu continental, sobretudo na sua face da “impossibilidade de criação de tribunais de exceção”.

Vencidas a maior parte das inúmeras barreiras diplomáticas naturalmente existentes num contexto tão complexo quanto esse, o Tribunal encontra-se em fase de criação concreta, com a elaboração do Tratado de Roma (junho-julho/98), e de particular interesse tem-se a discussão acerca do perfil do órgão acusatório junto à Corte⁽⁴⁾.

Inicialmente é forçoso lembrar que o modelo de persecução penal adotado é o acusatório, com a necessária distinção entre os órgãos de promoção e de julgamento da ação penal. Nesse modelo, a defesa obviamente ocupa papel preponderante na construção de um “processo de parte”, possuindo o acusado o *status* de sujeito de direitos e não objeto da investigação ou da persecução.

Entendido assim o perfil da relação processual penal, inúmeras perguntas devem ser colocadas no que tange ao órgão acusatório e, dentre elas, destacam-se a vinculação (ou não) ao “Poder Judiciário” junto à Corte, a forma de controle de propositura (ou não ação penal), o relacionamento entre o órgão de promoção da ação e os órgãos investigativos (polícia judiciária) e, ainda, a forma de justificação (social, política) do promotor da ação pelos seus atos (*accountability*).

A primeira dessas questões, em face do modelo acusatório atrás mencionado não oferece maiores dificuldades, tendo sido descartada qualquer vinculação entre a magistratura (no sentido que no Brasil se lhe dá) e o promovedor da ação, restando o relacionamento entre ambos ligado à viabilidade (ou não) do ajuizamento da ação.

Nesse particular, o mecanismo de controle da propositura da causa mereceu destaque quanto à sua forma. Basicamente a idéia de uma “audiência preliminar” ou, ao menos, de contraditório prévio ao recebimento da acusação, já consagrada no direito comparado (e muito tímida entre nós, na medida em que a conhecemos em situações pontuais como a Lei de Imprensa, nos Crimes de Funcionários Públicos, Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores e, em certo sentido, na Lei nº 9.099/95), acabou sendo naturalmente adotada, com o perfil que se lhe dá no direito da *common law*.

A preocupação com esse ponto dispensa comentários, na medida em que o exercício

da ação penal não pode ser encarado como uma rotina banal, não somente pela projeção internacional dos casos que lhe são próprios como, também, porque existe um conceito de eficiência da persecução que está intimamente ligada com a natureza do provimento.

Enfim, eficiência nesse sentido tem uma estreita conexão com resultados positivos, entendendo-se, condenações.

Um efeito colateral perverso — e que também é alvo de preocupações — é exatamente o fundo ético desse conceito de eficiência. Embora a idéia dominante seja a atrás exposta, existe (ao menos no meio acadêmico) uma preocupação com os valores da Corte em geral, para não transformá-la num simples mecanismo revanchista. Enquanto ideal a ser alcançado, a Corte (e a acusação, em particular) deve servir como um grande espelho da realização de uma Justiça racional, com a ética de um processo justo, vale dizer, uma ética de princípios e não de resultados. Como consequência dessa postura de princípios, a comunidade acadêmica rechaçou qualquer possibilidade de ingerência política na propositura (ou não) da ação penal.

Já no que tange ao relacionamento entre a “acusação” e as forças investigativas, ficou assentando, após árduo debate, que a acusação contará com seus meios próprios de investigação (como se, para fazer uma comparação com o Direito brasileiro, a Polícia Judiciária pertencesse aos quadros do Ministério Público). Tal solução elimina o problema da necessidade de um “controle externo da atividade policial”, como é natural em todos os países onde não há dualidade desses organismos. A cooperação internacional é sempre bem vinda para fazer com que as polícias nacionais sejam engajadas em atividades investigativas locais⁽⁵⁾.

Outro ponto de dificuldade acentuada é o de definir a forma pela qual o órgão promovedor deverá dar conta de seu trabalho junto à comunidade internacional, entendidos aí os agentes públicos diretamente interessados (Estados), organizações não governamentais (ONGs) e as próprias vítimas, alvo que são de proteção especial pelo órgão promotor da ação⁽⁶⁾. A sensibilidade da questão é grande na exata proporção dos conflitos aí apurados, sendo que a legitimidade da atuação funcional se dará pela estrita legalidade de suas decisões de exercitar ou não a ação penal, tendo como ponto de partida a valoração ética atrás mencionada.

O autor promotor de justiça em Jundiá (SP), mestre e doutorando em processo penal pela USP e 1º secretário do IBCCrim.

⁽¹⁾ Comentários aos trabalhos realizados no Instituto Max Plank, Freiburg im Breisgau, em 28 e 29 de maio de 1998 sobre o tema, com a participação de representantes dos meios acadêmicos de quatro continentes onde se trabalhou a matéria sob a ótica do Direito Comparado.

⁽²⁾ En su resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad decidió que se estableciera un tribunal internacional para el

enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 y pidió al Secretario General que presentara un informe sobre esta cuestión. El informe del Secretario General, que contenía el estatuto del Tribunal Internacional, fue presentado al Consejo de Seguridad, el cual, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo aprobó en su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993, estableciendo así el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. Serie de Libros Azules Vol. VII “Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos, 1945-1995.

⁽³⁾ Basicamente, como aponta Tarcísio Dal Maso Jardim, a competência para a corte ora em funcionamento (e que, provavelmente, deve ser mantida no futuro tribunal permanente), gira em torno do crime de genocídio, este que foi uma das principais preocupações do pós-guerra, sendo tal *animus* convertido em instrumento internacional já em 9 de dezembro de 1948... Essa Convenção, em seu Art. 2º, identifica o genocídio em qualquer ato, em tempo de paz ou guerra (Art. 1º), com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como assassinato ou dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; subjugação intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasione a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo e transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.” Outra tipificação diz respeito aos Crimes contra a Humanidade. “Caracterizariam esse tipo de crime as violações maciças e sistemáticas contra um segmento da população civil. Os tipos de crimes seriam: a. assassinato; b. extermínio; c. escravidão; d. deportações arbitrárias e discriminatórias; e. prisão arbitrária; f. tortura e outros tratamentos cruéis; g. estupro e agressão sexual; h. perseguição por motivos políticos, étnicos, culturais ou religiosos; i. outros atos desumanos.”

⁽⁴⁾ Junto ao atual tribunal está assim disciplinado o perfil, forma de atuação e nomeação do promovedor da ação, em seu artigo 16: 1. The Prosecutor shall be responsible for the investigation and prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991; 2. The Prosecutor shall act independently as a separate organ of the International Tribunal. He or she shall not seek or receive instructions from any Government or from any other source; 3. The Office of the Prosecutor shall be composed of a Prosecutor and such other qualified staff as may be required.; 4. The Prosecutor shall be appointed by the Security Council on nomination by the Secretary-General. He or she shall be of high moral character and possess the highest level of competence and experience in the conduct of investigations and prosecutions of criminal cases. The Prosecutor shall serve for a four-year term and be eligible for reappointment. The terms and conditions of service of the Prosecutor shall be those of an Under-Secretary-General of the United Nations; 5. The staff of the Office of the Prosecutor shall be appointed by the Secretary-General on the recommendation of the Prosecutor.

⁽⁵⁾ Tais princípios são conhecidos do teatro internacional, onde existem explicitados os “Princípios





de cooperação internacional na identificação, detenção, extradição e castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidade", através da "Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973", que, "teniendo en cuenta la necesidad especial de adoptar, en el plano internacional, medidas con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad,... Declara que las Naciones Unidas, guiándose por los propósitos y principios enunciados en la Carta referentes al desarrollo de la cooperación entre los pueblos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, proclaman los siguientes principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradição y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad: 1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y

cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. ...3. Los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin. 4. Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes, y, en caso de ser éstos declarados culpables, de su castigo.... 9. Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre los

principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas".

(6) Neste ponto é importante lembrar as diretrizes das Nações Unidas sobre a Função dos Promotores de Justiça, aprovadas em Havana, Cuba, em 1990, que, "considerando que los fiscales desempeñan un papel fundamental en la administración de justicia, y que las normas que rigen el desempeño de sus importantes funciones deben fomentar el respeto y el cumplimiento de los principios mencionados y contribuir de esa manera a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia", determinaram que (art. 13) "...d) Considerarán las opiniones e inquietudes de las víctimas cuando se vean afectados sus intereses personales y asegurarán que se informe a las víctimas de sus derechos con arreglo a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder."

DO PORTE DE ARMA DE DEFESA POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO

(José Damião Pinheiro Machado Cogan)

Problema recentemente surgido diz respeito às armas de defesa que podem ser portadas por membros do Poder Judiciário (juizes substitutos, juizes de direito, juizes de alçada e desembargadores) e do Ministério Público (promotores e procuradores de justiça), face à edição da Lei nº 9.437/97, que regulamenta o registro e porte de armas de fogo, bem como define as figuras dos crimes.

Inicialmente é de se observar que os membros do Poder Judiciário têm na Lei Complementar à Constituição Federal nº 35, de 14 de abril de 1979, regulamentação expressa no art. 33, dentro do capítulo II, "Das Prerrogativas do Magistrado", que estabelece que são direitos:

"V - portar arma de defesa pessoal".

No mesmo sentido estabelece a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que são prerrogativas ministeriais:

"Art. 42 - Os membros do Ministério Público terão carteira funcional, expedida na forma da Lei Orgânica, valendo em todo o território nacional como cédula de identidade, e porte de arma, independentemente, neste caso, de qualquer ato formal de licença ou autorização".

Estabelece, por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, Lei nº 734, de 26 de novembro de 1993:

"Art. 223 - Os membros do Ministério Público, na ativa ou aposentados, terão carteira funcional que valerá em todo o território nacional como cédula de identidade e porte permanente de arma, independentemente de qualquer ato formal de licença ou autorização".

Anotase que, no caso dos magistrados, trata-se de Lei Complementar à Constituição Federal e no caso da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo trata-se, também, de Lei Complementar à Constituição, no caso, Estadual.

Face ao princípio da hierarquia das nor-

mas, já ensinado de há muito por Kelsen em sua pirâmide, inicialmente se encontram no topo as **normas constitucionais**, seguidas das Convenções e Tratados aos quais o país aderiu, seguidas das **normas complementares à Constituição**, vindo logo após as **leis ordinárias** e, depois, as normas menos relevantes (portarias, provimentos, regulamentos, etc.).

As normas superiores não podem ser revogadas ou derogadas pelas inferiores, como é o caso das normas complementares à Constituição, que não podem ser revogadas pelas leis ordinárias, por serem superiores a estas.

Assim, a Lei nº 9.437/97, que é lei ordinária, não pode de per si revogar as leis que concederam porte de arma como prerrogativa funcional aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público.

Nem o argumento de que se trata de lei específica mais recente, que regulamentou amplamente a matéria, colhe.

Basta uma simples leitura da Mensagem nº 248/97, onde o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao **vetar** o § 2º, do art. 7º da Lei nº 9.437/97, deu suas razões.

O texto vetado do art. 7º dizia:

"§ 2º - O Porte Federal de Arma de Fogo, registrada, é inerente ao cargo ou função de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros de Tribunais Superiores, Congressistas, Juizes Federais, Membros do Ministério Público da União, da Advocacia Geral da União e da Defensoria Pública, Oficiais Integrantes das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, Policiais Civis dos Estados e do Distrito Federal e Auditores Fiscais do Tesouro Nacional".

Explicitou Sua Excelência que "algumas dessas autoridades, como por exemplo o Presidente e o Vice-Presidente da República, contam com segurança pessoal, devidamente armada".

"Além disso, a legislação ora vigente

confere porte de arma aos exercentes da maioria dos cargos contemplados pelo § 2º do artigo 7º".

Isso quer dizer, claramente, que a nova legislação recepcionou as leis específicas que atribuem porte de arma a integrantes de determinadas carreiras, entre elas, aos magistrados e membros do Ministério Público.

Dessa forma não se pode pretender que, na posse de arma de defesa, juizes e promotores cometam algum ilícito penal.

Anotase que até a Constituição dos Estados Unidos da América, exemplo de democracia, que conta mais de 200 anos, prevê na sua 2ª Emenda que, "sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, não se impedirá o direito do povo de possuir armas" ("A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual", Edward S. Corwin, Jorge Zahar Editor, RJ, 1986, p. 378).

Do outro lado é de se analisar o problema atinente a calibres.

Estabelece o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados, Decreto nº 55.646, de 28 de janeiro de 1965, conhecido no Ministério do Exército como R-105, em seu art. 161, quais são as armas consideradas de **uso proibido**, relacionando entre elas os revólveres de calibres superiores ao 38 (9,65mm), carabinas (espingardas raíadas), rifles e todas as armas raíadas congêneres de calibre superior ao 44 (11,47mm), pistolas semi-automáticas de calibres superiores ao 9mm curto ou 380 auto (alteração feita pela Portaria do Ministro do Exército nº 1.237, de 1º de dezembro de 1987).

Ocorre que numa rigorosa análise da norma regulamentadora, o calibre 38 tem o projétil padrão com o mesmo diâmetro do 357 Magnum, bem como o 9mm curto ou 380 tem o mesmo diâmetro do 9mm Luger, ou 9X19.





É certo que as armas de padrão Magnum têm como diferenciador a qualidade da pólvora e não são usadas como dotação militar.

Já o calibre 9mm Luger é o calibre padronizado para as Forças Armadas Nacionais para uso em pistolas semi-automáticas.

Sendo um calibre que é o equivalente à munição 38 para pistola, sendo apenas mais veloz face ao peso inferior do projétil, é o calibre de maior venda no mundo inteiro para pistolas semi-automáticas, sendo de venda popular nos EUA e na Argentina, onde o mesmo calibre é usado como padrão militar.

Anote-se que o calibre 38, na medida milimétrica, tem 9,65mm.

Embora seja o calibre de dotação das Forças Singulares, é certo que há autorização da venda de armas desse calibre para policiais federais (delegados e agentes) e militares federais da ativa, reserva e reformados.

Basta uma simples leitura da Portaria do Ministro do Exército nº 986, de 7 de dezembro de 1990, que estabelece:

"1. Autorizar a venda, pela indústria, de Pistola 9mm, arma de uso privativo das Forças Singulares, aos oficiais de carreira (ativa, reserva e reformados) da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, para uso próprio".

Anote-se que essa portaria é alteração da de nº 384, de 19 de outubro de 1983, que já concedia regulamentação a oficiais das Forças Armadas para aquisição de pistolas desse calibre.

Por sua vez, a Portaria Ministerial nº 889, de 13 de setembro de 1988, estabelece que o sr. ministro do Exército resolve:

"1. Autorizar a venda, pela indústria, de pistola cal. 45 e revólver cal. 357 Magnum, para uso próprio dos policiais federais, em efetivo exercício".

No mesmo sentido é a Portaria Ministerial nº 890, de 13 de setembro de 1988, que estabelece:

"1. Autorizar a venda, pela indústria, mediante pedido do DPF, de pistola cal.

9mm, para uso próprio dos policiais civis federais em serviço ativo".

Assim, como se vê, as armas de calibre 357 Magnum, 9mm e 45 podem ser adquiridas na indústria por policiais federais (agentes e delegados) e por militares federais da ativa, reserva e reformados, para o especial fim de **uso próprio**.

Não se trata de destinação decorrente do exercício da função, mesmo porque o oficial reformado é civil para todos os fins, não podendo ser reconvocado para a ativa.

Anote-se, outrossim, que no Estado de São Paulo a Polícia Civil recebeu dotação de pistolas 40 Smith & Wesson (equivalente ao 10mm curto) e 45, bem como a Polícia Militar também tem em unidades específicas (Batalhões de Choque) pistolas 45, 9mm e revólveres 357 Magnum.

A Polícia Militar do Rio de Janeiro recebeu lote de pistolas 9mm para uso diário.

Lembro-me de que, em 1978, ao cursar a pós-graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, durante o curso de *"Contravenções Penais"*, ministrado pelo saudoso professor **Manoel Pedro Pimentel** — que foi presidente do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal —, quando as Leis Orgânicas da época do Ministério Público e da Magistratura não deferiam expressamente a seus membros como prerrogativa funcional o porte de arma de defesa, sendo que os delegados de polícia já tinham previsão expressa, ensinava que **a autorização de porte se encontrava no princípio da equidade**, que deve sempre nortear o Direito Penal.

Assim, se por Portaria Ministerial se deferiu a agentes e delegados federais, bem como a oficiais da ativa, reserva e reformados, o porte de arma de calibres proibidos para civis, não é de se entender que membros do Ministério Público ou Magistratura tenham tratamento diverso.

As armas desses calibres podem estar registradas no Ministério do Exército, no Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados.

Pensar-se o contrário criaria situação esdrúxula: o tenente reformado do Exército

pode portar armas desse calibre e um ministro do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, ou um desembargador, não teria esse direito.

Além disso, se o porte de arma foi colocado como prerrogativa funcional dos juizes e promotores, é certo que teve uma razão de ser e não mera vaidade, pois essas autoridades lutam contra o crime organizado, contra o tráfico, entre outras atribuições, e se encontram mais expostas ao rancor e à vingança, ainda que tardia (razão da manutenção do porte na **inatividade**), pelo fato de contrariar inúmeros interesses e, diversamente do constante das razões do veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, tais autoridades não contam com guarda armada no exercício do seu mister, estando irremediavelmente sós nas comarcas mais distantes.

Só pode ser por essa mesma razão que se autorizou aos policiais federais e militares reformados a aquisição de armas de calibres superiores aos vendidos no comércio ordinário.

A inexistência de registro regular pode gerar, quando muito, sanção administrativa, nunca, entretanto, ilícito penal.

Se a população não confiar naqueles a quem, após rigorosa seleção, deferiu a promoção da ação pública ou o exercício da jurisdição, em quem acreditará?

A interpretação restrita da Lei nº 9.437/97 só pode gerar uma situação gratuita de terrorismo de Estado, própria dos regimes totalitários.

A arma não tem vontade própria.

O que vai diferenciar o bom ou mau uso de arma de fogo é a mão e a vontade daquele que a empunha, pois tanto uma arma serve para a prática de um perverso latrocínio como pode servir para conter o estuprador desalmado.

Anote-se, por fim, que o simples porte não elidirá qualquer crime que venha a ser praticado com o mau uso da arma, independente do calibre.

O autor é juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

ARMAS DE FOGO E CONTROLE DA VIOLÊNCIA

(William Terra de Oliveira)

Existem escolhas que estão muito mais além do âmbito de nossas vontades. Nesse fim de século, o ser humano cada vez mais é levado a tomar decisões sobre assuntos que, apesar de lhe afetarem diretamente, estão intrinsecamente relacionados aos demais. Quando alguém decide manipular o genoma humano, cindir o átomo, interromper a vida humana já corrompida irreversivelmente pela doença, ou simplesmente, portar uma arma de fogo, realiza uma escolha que afetará todo o grupo social. Mas as opções individuais nesses casos também estão determinadas pela vontade coletiva.

Tomemos a questão da posse e do porte de uma arma de fogo. O tema é polêmico, e mesmo em sociedades bastante desenvolvidas e com alto nível de segurança pública (como as européias e a americana) o assunto é muito preocupante. Tanto as estatísticas

como as notícias cotidianas revelam que as armas de fogo estão diretamente relacionadas com a violência. E é o receio dos cidadãos de se tornarem *vítimas indiscriminadas* que determina a escolha de "andar armado". Nos Estados Unidos, país onde existem 235 milhões de armas de fogo nas mãos da população civil, as restrições ao porte de arma sempre foram tradicionalmente pequenas (31 Estados americanos garantem o direito de porte de armas a qualquer cidadão sem registros policiais). A própria Constituição menciona o direito de posse de armas. Mas, em razão do crescimento da violência urbana e dos muitos acidentes que envolvem armas de fogo, tanto os americanos (em segundo lugar no mundo em acidentes com armas) como o resto dos países, estão começando a rever a política pública em relação ao tema. No cenário mundial vemos desde Estados

com duras restrições (como o Japão) como nações que somente agora passam a enfrentar o problema de maneira sistemática, como é o caso do Brasil (as Nações Unidas, desde o 9º Congresso Mundial de 1995, no Cairo, vêm demonstrando a imperiosa necessidade de um rígido controle das armas de fogo, sejam as que circulam internamente, sejam as relacionadas ao tráfico ilícito de armas), de maneira que várias nações estão adotando medidas internas, como leis especiais, amplas campanhas de desarmamento, controle rígido da fabricação e movimentação das armas, assim como firmando declarações coletivas como a recente "Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo".

A Lei nº 9.437/97 foi um marco normativo





que inaugurou uma nova postura estatal com relação ao problema, e foram muitas as novidades introduzidas (crimes novos, um cadastro especial — o SINARM — e um novo tratamento jurídico para a posse e porte de armas de fogo).

Uma das principais mudanças trazidas pelo novo sistema legal foi a adoção do **princípio da responsabilidade substancial** em relação ao porte e à posse de armas de fogo. Ampliando o controle estatal sobre a posse e o porte de armas de fogo, o legislador criou uma legislação bastante severa que busca estabelecer um controle efetivo sobre o número de armas em circulação. Mas não podemos esquecer que o fim último da lei é um outro tipo de controle: **o controle da violência**.

É desnecessário mencionar o grande número de trágicos eventos que diariamente figuram nos noticiários, onde a arma de fogo é uma importante protagonista. Portanto, a *ratio* do novo sistema é a busca de um *controle aproximado da criminalidade*, assim como da *reserva de autodefesa* que reside em mãos de cada cidadão.

É por isso que deve ficar bastante claro que com a Lei nº 9.437/97, ninguém pode possuir ou portar uma arma de fogo sem que o Estado saiba e permita. O "monopólio da segurança" é estatal, e a "defesa individual", se armada, está sujeita ao controle público. Nesse passo, tanto a segurança individual como coletiva são tuteladas pela lei.

Determinadas regras mínimas ficaram bastante claras:

1) a *posse* e o *porte* de uma arma de fogo são institutos jurídicos diferentes, regidos e condicionados ao cumprimento de requisitos legais.

2) ninguém pode possuir uma arma de fogo sem o respectivo registro, sob pena de estar cometendo um crime.

3) as armas de fogo são classificadas basicamente como "de uso permitido" e de "uso proibido ou restrito", e sua posse ou porte estão sujeitos a regras especiais.

Uma das regras mais relevantes é a obrigatoriedade do registro. Atualmente, a posse sem autorização, em qualquer circunstância, configura um crime. A própria lei menciona os requisitos normativos do tipo "autorização" e respeito à "determinação legal ou regulamentar" como integrantes da tipicidade do art. 10 da Lei nº 9.437/97. A legitimação da posse somente é possível mediante o cumprimento de todos os pressupostos elencados na lei e em seus regulamentos. O **registro** da arma de fogo é o único documento capaz de conferir titularidade e domínio sobre a arma, retirando-a da situação de clandestinidade. Em decorrência disso, para possuir uma arma de fogo é necessário um documento especial disciplinado no Capítulo II da Lei de Armas, sob pena da falta de registro ser considerada assim um delito autônomo. O ilícito reside em burlar os regulamentos e normas, postos para evitar a existência de armas à margem dos controles estatais. Trata-se de uma visão formal do bem jurídico "segurança pública", atingido de maneira bastante sutil pela conduta do agente. Nessa equação jurídica os níveis de segurança pública são rebaixados pela exis-

tência de uma arma ignorada pelo Estado, a qual poderá saltar às ruas em qualquer momento, sem controle. Fica afastada a posição jurisprudencial tradicional e majoritária até hoje de que a posse sem registro é tida como uma mera infração administrativa (a falta de registro da arma mantida sob guarda domiciliar tem sido encarada por parte da jurisprudência com um mero ilícito administrativo, em função de uma tradição histórico-social brasileira). Com a lei nova ocorreu uma mudança significativa no ordenamento jurídico, de maneira que o registro é condição inafastável para a posse legítima de armas de fogo. Os argumentos em favor da criminalização são os seguintes: a) sistematicamente, a lei criou dois tipos distintos de autorização: o registro e o porte. Ambas autorizações, apesar de gozarem do mesmo *status* jurídico (pois foram consagradas em "capítulos" autônomos), cumprem finalidades distintas. Para *possuir* a arma, unicamente no interior de sua residência ou de seu local de trabalho, o interessado necessita apenas de um **registro**. Para *portar* a arma, trazendo-a consigo, o possuidor necessita do **porte** de arma de fogo. São autorizações diferentes para objetivos distintos. O registro gera um tipo específico de autorização relacionada apenas à propriedade, depósito e guarda da arma. O porte, por sua vez, autoriza a circulação com o objeto; b) diferentemente do antigo art. 19 da Lei das Contravenções Penais, o art. 10, *caput*, não contempla apenas o porte ilegal, mas utiliza verbos típicos distintos, erigindo à categoria de ilícito uma série de outros comportamentos (como a guarda, o depósito, a venda...) dentre eles a posse. O tipo é a fusão de outros tipos, alguns contravençionais. Notadamente ocorreu uma ampliação do injusto; c) estamos diante de uma nova política-criminal sobre o tema, impregnada de uma maior severidade no tratamento das armas, razão pela qual a posse clandestina passa a ser um crime autônomo; d) a previsão do verbo *possuir* no *caput* do art. 10 indica que a posse sem autorização não pode ser um ilícito administrativo. Se assim fosse, o próprio Regulamento nº 2.222/97 estabelecería tal condição, o que não ocorre; e) a *posse* somente é possível mediante o *registro*. Todo registro será comunicado ao SINARM para que o Estado possa ter um controle de quantas e quais armas existem no País. Portanto, ao punirmos a posse sem autorização estamos exercendo uma tutela sobre a fidelidade do cadastro do SINARM. Em caso contrário, haveria um déficit de proteção, certamente não desejado por parte do legislador; f) diante da existência de uma *vacatio legis* especial para a regularização da posse de armas ainda não registradas (art. 5º da Lei nº 9.437/97), fica estabelecido que a clandestinidade da arma após o lapso ali mencionado (seis meses) remete o agente ao ilícito penal.

Portanto, de distintas formas a conduta daquele que possui armas sem autorização volta-se contra interesses juridicamente relevantes. Na medida em que a administração pública possui a exclusividade do controle jurídico de materiais bélicos e armamentos, reservando para si a prerrogativa de conceder as respectivas autorizações e licenças para distintas finalidades e nos mais variados níveis (produção, comércio, posse, por-

te, etc.), qualquer conduta contrária às suas disposições acarreta uma inegável lesão aos seus interesses. Desta forma, a falta de registro de arma de fogo poderia ferir o interesse jurídico do Estado em saber quantas e quais são as armas existentes em seu território, violando a fidelidade de seus controles administrativos, que passam a ser inócuos diante da omissão do particular. Trata-se na verdade da elevação de um *bem jurídico formal* à categoria de *bem jurídico material*. Em poucas palavras, e de maneira gráfica, podemos afirmar que a falta de comunicação à administração da existência da arma de fogo implica em lesionar a transparência e confiabilidade de seus controles. A existência de tal controle, e sua legitimidade, é um dado indiscutível, vez que seu fundamento encontra-se atrelado a mandamento constitucional.

Algumas questões controvertidas merecem menção:

a) mesmo as autoridades públicas devem possuir armas registradas: a nova política de armamentos obriga tanto o particular como o próprio Estado a registrar todas as armas de fogo. O particular, mesmo aquele investido em funções públicas, deve registrar sua arma de fogo (por força do contido nos Capítulos I e II da Lei nº 9.437/97). Até mesmo as armas apreendidas pelo Estado (art. 2º, VI) e as pertencentes às forças militares e de segurança (parágrafo único do art. 2º) estarão sujeitas ao registro. O que se busca é saber com exatidão, através dos controles do SINARM e dos Cadastros Especiais, quantas e quais armas existem no País. Trata-se portanto de um produto altamente controlado. A falta de registro gera responsabilidade de natureza penal;

b) tanto os policiais civis ou militares, como juízes e promotores de justiça possuem *porte funcional permanente* para portarem armas de fogo, por força de disposição legal (juízes: Lei Complementar nº 35, de 14.03.79, art. 33, V; promotores: art. 42 da Lei nº 8.625/93 - LOMP; policiais civis e militares: por estarem permanentemente em serviço: art. 301 do CPP c.c. a Lei Complementar Estadual nº 675, de 05.06.92, art. 17 e Portaria nº PM-002/1.2/97 da PMSP);

c) com relação ao *tipo de arma* existe uma séria controvérsia. Em princípio, policiais, juízes e promotores de justiça podem portar armas de fogo de uso permitido. Isso decorre do fato de que o monopólio de disciplina e uso de armas proibidas está nas mãos das Forças Armadas. Por tal motivo, apenas excepcionalmente o Ministério do Exército permite que policiais civis federais possam adquirir e portar armas de fogo de uso proibido para o exercício de suas funções (Portaria nº 889/88 do Ministério do Exército). Os policiais civis e militares estaduais, na atualidade, podem portar armas de fogo de uso proibido, desde que fornecidas pelo próprio Estado. Assim, se um policial civil pretender possuir uma arma de fogo de uso proibido (de sua propriedade) deverá obter o registro na condição de colecionador, mas não poderá portar tal objeto. Seria conveniente que as Forças Armadas estendessem a autorização de uso também aos policiais das unidades federadas, já que muitas vezes a utilização





de armas especiais é plenamente justificável;

d) bastante controversa é a posse e o porte de armas de uso proibido por juízes e promotores de justiça. Sobre o tema existem duas correntes. A primeira afirma que, na medida em que a legislação (respectiva Lei Orgânica) não faz reserva ao tipo de arma facultada a tais autoridades, a posse e o porte são irrestritos. Por outro lado, existem aqueles que entendem que tais autoridades somente podem portar armas de fogo de uso permitido, já que por interpretação sistemática e teleológica (sobretudo da regra do art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura) as armas contempladas seriam apenas as "de defesa pessoal". De qualquer forma, o conveniente seria a busca de uma solução razoável. Analisando as legislações mais avançadas (principalmente as européias) e de acordo com o espírito da lei, parece que *em princípio estão apenas autorizadas armas de uso permitido*, pois a finalidade da autorização é a *autodefesa*. Estaria justificada a utilização de arma de uso proibido no caso da profissão ser exercida em situação que contemple evidente necessidade pelos riscos que oferece (combate ao narcotráfico, terrorismo, crime organizado, etc.). Nesses casos especiais, o ideal seria a existência de uma autorização especial. Mas dentro do sistema legal atual somente o ministro do Exército poderia conferir tal autorização. No futuro, uma das possibilidades seria conferir ao chefe de cada

instituição (Magistratura ou Ministério Público), ou órgão da administração superior, poderes delegados, e permanentes, para autorizar os membros de seu organismo público a possuírem e portarem as armas tidas como "proibidas". A delegação seria concedida pelo Ministério do Exército e a decisão do chefe de cada instituição deveria ser fundamentada, mediante o cumprimento de requisitos objetivos justificantes (necessidade e excepcionalidade). Atualmente a posse de arma de fogo de uso proibido somente é possível na condição de colecionador. De qualquer forma, não pairam dúvidas que o porte de arma permitida está garantido pela lei, sendo de caráter federal, abrangendo uma ou várias armas (genérico), não afastando a necessidade do registro;

e) finalmente, é bom lembrar que a Lei nº 9.437/97 e sua regulamentação cometeu uma grave falha: menciona apenas as "armas de uso proibido" não abordando a questão da munição. Mas na verdade, na maioria das vezes, não é a arma que é proibida, mas sim o seu "calibre". Por exemplo: um revólver de calibre 38 pode possuir munições permitidas ou proibidas. O problema é que cada tipo de arma possui seu respectivo tipo de munição. Certas armas são proibidas por sua própria natureza (os fuzis de assalto, as metralhadoras e submetralhadoras, as que lançam gases, as dissimuladas, etc.) e estão reservadas ao uso de Forças Armadas. Outras, são permitidas, mas poderão estar proibidas em razão do *calibre* que utilizam. Assim, os revólveres, as pistolas semi-automáticas, as carabi-

nas, as espingardas, as garruchas, as espingardas de pressão (até o calibre de 6mm) são de uso permitido. Pouco importa o tamanho do cano ou a capacidade de armazenamento de munição. Exemplos de *calibres permitidos* para **revólveres** são: os 22 Short, 22 Long Rifle, 32 Short Colt, 32 Long Colt, 32 S.&W., 32 S.&W. Long, 38 S.&W., 38 Short Colt, 38 Special. No caso de **pistolas** estão permitidos os calibres: 22 Short, 22 Long Rifle, 6,35mm (ou 25 Auto Pistol ou ainda 6,35 Browning), 7,65mm (ou 32 Auto Pistol ou ainda 7,65 Browning), 380 ACP (também chamado .380 Auto Pistol, 9mm Corto ou 9mm Kurtz), 38 Special. Calibres superiores (45, 40, 9mm SS, etc.) e as armas que utilizem munições do tipo "Magnum" e "Super" são do tipo proibido e, portanto, não podem ser utilizados sem autorização especial.

Portanto, a matéria é notadamente complexa e necessita muita atenção por parte do Estado, das autoridades públicas, da doutrina e dos operadores do Direito. A decisão de andar armado pode ser fruto de uma escolha individual, ou estar relacionada ao exercício de uma profissão. Mas em qualquer caso, também está determinada por fatores externos, como o aumento da violência, refletindo, ao final, na vida dos demais. Desarmar a população é uma meta razoável. Desarmar o espírito humano — o objetivo principal. Controlar as armas de fogo, é controlar, direta ou indiretamente, o fenômeno da violência.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: HISTÓRIA, POLÍTICA E SOCIEDADE



A Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP) promoverá em setembro, na Escola de Sociologia e Política, o curso de extensão

O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: HISTÓRIA, POLÍTICA E SOCIEDADE.

O curso apresenta uma análise sobre a formação e a evolução do Poder Judiciário brasileiro à luz da bibliografia especializada. A partir de uma abordagem histórica sobre o desenvolvimento da Magistratura brasileira, procura-se promover um debate crítico sobre as reformas do Judiciário na atualidade, contemplando as relações entre democracia e cidadania em nosso País.

O curso será coordenado pelo professor **Andrei Koerner**, bacharel em Direito pela UFSC, mestre e doutor no Departamento de Ciência Política da FFLCH/USP.

Informações: O curso será dado às quintas-feiras, das 19h30 às 22h30, do dia 17 de setembro ao dia 15 de outubro próximo. **Local:** Escola de Sociologia e Política de São Paulo (Rua General Jardim, 522, em frente à Biblioteca Municipal Monteiro Lobato). **Carga horária:** 15 horas/aula. **Inscrições:** R\$ 180,00 (com desconto para estudantes e professores). **Nº de vagas:** 20 vagas. **Informações e matrículas:** Departamento de curso de extensão (011) 3872-4057 com Tide ou Andreia.

GRUPO DE ESTUDOS: "EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL"

O Centro de Estudos e Pesquisa dos Direitos Humanos XI de Agosto, e a Cátedra Unesco para a Paz, Direitos Humanos e Democracia convidam para o curso

"EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL".

Este curso destina-se a propiciar aos participantes uma formação multidisciplinar na área de Direitos Humanos. O curso compreenderá análise dos conceitos, fundamentos, características e evolução histórica dos direitos humanos, bem como do aspecto estrutural do sistema dos direitos humanos, compreendendo a análise normativa, o sistema global, o regional de direitos humanos, a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Direito brasileiro e a aplicabilidade e eficácia das normas de direitos fundamentais.

São coordenadores do curso os profs. drs. **Fábio Konder Comparato** e **Dalmo de Abreu Dallari**.

A aula inaugural será no dia 13 de agosto p.f. e as inscrições já estão abertas.

Informações: Centro Acadêmico XI de Agosto, Rua Riachuelo, 194, Centro; ou pelos telefones: (011) 3111-4082 ou 3111-4083. Cátedra Unesco, telefones: (011) 818-3919 ou 212-9421.

A QUEM SERVIMOS?

(Rogério Schietfi Machado Cruz)

A reconhecida grandeza do Ministério Público e a sua importância no cenário de uma sociedade que se consolida na democracia são frutos de um paulatino processo de conquistas institucionais, apoiadas na qualidade dos serviços que temos prestado à nação brasileira.

É certo que erramos, eventualmente, no cumprimento de nossos misteres. Excesso de trabalho, escassez de tempo para atualização doutrinária, falta de percepção de qual a melhor solução a adotar no caso concreto são tipos de erros perfeitamente justificáveis. Todavia, alguns comportamentos funcionais são intoleráveis para quem exerce uma parcela da soberania estatal.

Nenhum problema há com um escritor indolente, e nada de estranho com um ator pedante; perfeitamente aceitáveis um profissional liberal mal educado, ou um comerciante prepotente. Essas, porém, são algumas características incompatíveis com quem exerce qualquer função pública, notadamente quando revestida do poder de influir no destino das pessoas.

Ah, o poder! *"Não há poder que não induza ao abuso, à extralimitação"*, bem o disse **Montesquieu**. Como é difícil lidar com ele, pois a todo instante somos envolvidos por sua mais pungente aliada: a vaidade⁽¹⁾.

Os elogios, ou, o que é pior, as costumeiras bajulações do meio forense nos massagiam o ego, transformam-nos em ávidos de provar nossa capacidade e nossas qualidades, e, por mais bem intencionados que possamos ser, acabamos por penetrar no mundo das ilusões, no qual não discernimos entre o irreal e o real, entre o transitório e o permanente. Se descuidamos, surpreendemo-nos a competir com colegas, juizes, advogados, como se todos não estivéssemos remando na mesma direção, ainda que, eventualmente, em embarcações distintas.

A nossa profissão é das mais belas e, ao mesmo tempo, das mais angustiantes. Já tivemos a oportunidade de observar⁽²⁾ que nós, os atores da Justiça Criminal, somos, em inúmeras ocasiões, porta-vozes da infelicidade alheia, pois se eventualmente confortamos o titular de um direito violado, ou a dor de quem foi vítima de um crime, trazemos, por outro lado, ao autor da conduta e aos seus familiares, um sofrimento que, muitas vezes, ao menos estes últimos não mereceriam padecer. De fato, nossas manifestações não se esgotam em uma folha de papel ou em uma audiência; vez por outra, cortam a carne viva dos seus destinatários.

De lembrar, ademais, que um tribunal não é propriamente um lugar ao qual as pessoas comparecem satisfeitas. O autor de uma ação, o réu, a testemunha, o perito, ou quem quer que venha a participar de uma lide, cruza os dedos ou roga aos Céus para que tudo se resolva da melhor maneira possível, e sem atraso.

Boa parte desse temor e dessa angústia são causadas por nós, promotores, juizes e advogados, que muitas vezes nos apresentamos para os consumidores da Justiça como personagens assustadores e enigmáticos, para dizer o mínimo.

Sobre o tema, inteligente ensaio de **José Paulo Paes**⁽³⁾ comenta episódio em que uma senhora sentiu-se aterrorizada com o conteú-

do de um mandado de intimação que recebeu do Judiciário. Disposta a testemunhar fato que presenciara, assustou-se aquela senhora com a forma pouco cortês e ameaçadora com que a autoridade judiciária a tratava naquele pedaço de papel, dizendo-lhe, em letras garrafais, que estava intimada a comparecer à audiência, ficando cientificada de que poderia vir a ser processada por desobediência se deixasse de comparecer sem motivo justificado, implicando ainda em ser conduzida coercitivamente por oficial de justiça ou pela polícia. Conclui o articulista que essa advertência, em letras maiúsculas, soam como um berro de "mãos ao alto", parecendo pressupor, na testemunha intimada, a prévia intenção de desobedecer ao primeiro comando judicial.

Outra reflexão que devemos fomentar diz respeito ao uso de nossa inteligência. É afirmado que constituímos uma elite intelectual, supostamente habilitada a encontrar ou apontar a solução justa para todo conflito que nos é confiado. O que vemos, porém, não raras vezes, é tal inteligência servindo como um mero produto de raciocínios lógicos e matemáticos, despidos de qualquer avaliação crítica e valorativa do caso concreto. Alguns se valem da lei como um álibi, culpando o legislador pelas suas falhas e omissões, dizendo: "é a lei que diz assim", como se a norma legal não permitisse múltiplas interpretações.

Certa feita, em reunião com colegas de *Parquet*, manifestei a opinião de que, embora conceituados tecnicamente como agentes políticos, somos, em última análise, servidores públicos, no sentido positivo da expressão, e que prestamos contas de nossa atuação à sociedade. Um dos colegas — que hoje não mais integra a carreira do Ministério Público — insurgiu-se contra nossa classificação, talvez por acreditá-la uma *capitis diminutio* às revelantes funções que exercemos...

Em verdade, o nosso trabalho consiste, essencialmente, em servir à sociedade que nos legitimou a trabalhar em seu benefício. Mais do que à sociedade, servimos à humanidade, pois não fomos dotados de espírito e matéria apenas para ocupar um espaço físico no globo terrestre. Há um propósito maior. Nosso grande desafio no campo profissional, acredito, é desempenhar nossas funções de maneira inteligente e, quando refiro-me à inteligência, não faço alusão a uma cultura jurídica livresca — algo que qualquer pessoa com tempo e disposição à leitura pode adquirir — mas sim ao permanente esforço mental dirigido ao emprego do Direito como valiosa ferramenta para a realização dos valores e das virtudes superiores da humanidade.

Vejamos o exemplo de um juiz que se poderia rotular como "escravo da lei", por aplicá-la sem qualquer tipo de interpretação além da meramente literal, despreocupado com os efeitos de sua decisão e totalmente imune à realidade social: referimo-nos, como um paradigma desse tipo de servidor, àquele juiz de Itaberaí (GO), que, perguntado se lhe preocupava a possível morte de pessoas, no cumprimento da ordem de remoção de trabalhadores sem-terra alojados em uma fazenda da região, respondeu, comodamente: *"Não. O que me preocupa é aplicar a lei"*.

Esse e muitos outros exemplos se reproduzem no dia-a-dia do fórum. Pessoas extremamente capacitadas do ponto-de-vista intelectual não dimensionam o significado de suas funções. Exercem o poder — algumas vezes de modo autoritário (o que é trágico), outras, timidamente — sem perceber o que podem fazer com ele, e a quem devem emprestar seu talento.

Em direção oposta, expressando virtudes de um verdadeiro aplicador da lei, temos exemplos bem mais alentadores, como o seguinte, do ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, ao ensinar:

"A lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência, urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores. O Direito é o trânsito para concretizar o justo. (...) O juiz é o grande crítico da lei: seu compromisso é com o Direito! Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma. (...) Insista-se: o juiz tem dever de ofício de recusar a aplicação de lei injusta. O juiz precisa tomar consciência de seu papel político: integrante de Poder. Impõe-se-lhe visão crítica. A lei é meio. O fim é o Direito"⁽⁴⁾.

Não esqueçamos que todas essas observações tanto valem para juizes quanto para nós, membros do Ministério Público, pois, *"el Ministerio Público es un juez que se hace parte"*⁽⁵⁾, tendo como meta, no processo penal, *"...la realización de derecho material y por norte inmediato la averiguación de la verdad como única manera de cumplir eficazmente la tarea que le es impuesta, labor que substancialmente coincide con la función jurisdiccional aunque, por respeto al proceso de tipo acusatorio y al régimen moderno de la acción pública, ambas funciones deban tener sólo formalmente distinto significado, la una requirente, la otra decisoria"*⁽⁶⁾.

A que devemos, pois, servir nossa mente? À forma pura, à literalidade fria de um conjunto de palavras? Ou nos cabe, de modo equilibrado, buscar o sentido de toda norma, sopesando os efeitos de suas possíveis interpretações, escolhendo, dentre elas, a que produza resultados mais justos, razoáveis e racionais? Afinal, na lição de **José Renato Nalini**, *"a técnica auxilia, sim, o bom desempenho judicial. Mas a técnica desacompanhada de ética de nada vale. Preferível a um decifrador de códigos, o ser humano sensível e crítico, vocacionado a transformar o universo de sua atuação e a fazer valer os valores consagrados nos direitos dos povos"*.

O autor é promotor de justiça no Distrito Federal (MPDFT).

(1) Quem assistiu o filme *"O Advogado do Diabo"* deve recordar-se das palavras finais do "diabo", ao dizer: *"A vaidade é o meu pecado favorito"*.

(2) *"Por Que Odiar?"* (in *"Direito e Justiça"*, Correio Brasiliense, edição de 02.06.97).

(3) *"Folha de S. Paulo"*, edição de 18.09.94.

(4) In *"Revista Consulex"*, nº 7, jul./97.

(5) **Francesco Carnelutti** in *"Cuestiones Sobre el Proceso Penal"*, apud **Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci**, *"Devido Processo Legal e Tutela Jurisdiccional"*, RT, p. 48.

(6) **Julio Mayer**, *"La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público"*, Lerner, Buenos Aires, p. 99.

UMA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

(Carlos Magno Couto)

Em decorrência do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 tornou-se possível a suspensão condicional do processo "nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei".

Como desde logo se tira por conclusão, a partir da edição da aludida lei, passou a ser de fundamental importância a classificação jurídica do fato.

Pronunciando-se a respeito, **Antônio Scaranze Fernandes** (in *Boletim IBCCrim* 27/03), citado por **Luiz Flávio Gomes**, em sua obra intitulada *"Suspensão Condicional do Processo Penal"*, Editora Revista dos Tribunais, lembra que: *"Há orientação firme na jurisprudência de que o juiz não pode, no momento inicial do processo, alterar ou corrigir a classificação, o que só é viável depois, por aplicação do art. 384"* (invoca inúmeros julgados nesse sentido). Vale essa orientação, no entanto, como acrescenta o mesmo autor, *"para fato simples"*. Mas não se aplica inteiramente a crime qualificado, pois incumbe ao juiz analisar se há justa causa para a inclusão da qualificadora. Concluindo que faltava base para essa tipificação, nada impediria que recebesse a denúncia por crime simples... abrindo-se ao promotor a via do recurso em sentido estrito para impugnar a decisão, na parte em que não acolheu a acusação (CPP, art. 581).

De sorte que, *"todas as vezes que for invocada na peça acusatória uma qualificadora ou uma causa de aumento de pena, para os efeitos acima assinados, urge que o juiz examine se existe 'justa causa' para a qualificadora ou causa de aumento..."*

Da lição trazida a lume, infere-se que, constatando o juiz a inexistência do *fumus boni iuris* para a qualificadora ou causa de aumento de pena, deve receber a denúncia sem o excesso, admitindo-se o fato tão-só na forma simples, viabilizando assim, em detrimento da forma clássica, a via despenalizadora da suspensão condicional do processo, cujos benefícios são inegáveis, como leciona o professor **Damásio E. de Jesus**, em sua obra denominada *"Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada"*, Editora Saraiva, pp. 110/111, ao enumerar as vantagens na aplicação desse revolucionário instituto: 1) evita a prisão; 2) não obriga o acusado ao constrangimento de comparecer várias vezes como réu perante a Justiça Criminal; 3) reduz o custo do delito; 4) diminui o volume de serviço judiciário, permitindo que a Justiça cuide com maior zelo da criminalidade violenta (espaço de conflito), esclarecendo, ainda, a exemplo do entendimento de **Ada Pellegrini Grinover**, **Antônio Magalhães Gomes Filho**, **Antônio Scaranze Fernandes** e **Luiz Flávio Gomes**, que a ressalva do art. 61, parte final, da Lei nº 9.099/95, que excepciona dos Juizados Especiais Criminais as infrações que possuem rito processual especial, não é aplicável à suspensão condicional do processo.

Do quanto se viu, questão interessante manifestar-se-ia, caso o agente fosse denunciado como incurso nas disposições do art.

299 do Código Penal (denúnciação caluniosa), qualificado em razão do exercício de função pública (o que obstacularizaria em termos de pena em abstrato a admissibilidade da suspensão condicional do processo, face à consideração da qualificativa), mas que, na oportunidade do oferecimento da denúncia pela prática do referido delito, já houvesse comprovadamente deixado o cargo justificador da majorante.

Interpretando-se dita hipótese motivadora deste artigo, à luz do pensamento acima invocado, tem-se como inevitável que o despacho recebedor da denúncia deve expurgar a qualificadora mencionada, de modo a viabilizar — caso haja o recebimento da denúncia, que como se sabe constitui pressuposto da referida suspensão condicional, pois tratando-se de fato atípico, se falta justa causa, etc... o juiz não receberá a denúncia e, destarte, não se fala em suspensão — evitando-se assim, a aplicação de pena de curta duração, desburocratizando a Justiça e sobretudo impedindo a inevitável estigmatização do próprio processo, de seus rituais, que muitas vezes configuram um gravame degradante a cidadãos primários, de bons antecedentes (sobre o tema, vide **Luiz Flávio Gomes**, ob. cit.).

Não se trata — como adverte, *"a mais grata vocação do processo penal brasileiro nesta virada de século"*, **Luiz Flávio Gomes**, nos dizeres do ministro do Superior Tribunal de Justiça **Sálvio de Figueiredo Teixeira** — *"de instituto que veio para disseminar a impunidade. Haverá mais rapidez na resposta estatal e isso é fundamental para o seu efeito preventivo"*.

A propósito, fala melhor, por analogia, a tese aqui desenvolvida, a pena de **Nelson Hungria Hoffbauer**, com a dupla autoridade de maior penalista brasileiro e principal autor do Código Penal, cujas palavras adquiriram por assim dizer foros de interpretação autêntica, ao doutrinar face à incidência do art. 141, II, do Código Penal, semelhante ao art. 40, b, da Lei de Imprensa:

"O texto legal fala em funcionário público, e tal qualidade, obviamente, já não existe no indivíduo que se demitiu ou foi demitido do cargo que exercia na administração do Estado. Decidir de outro modo será dizer onde a lei não diz, nem quis dizer, pois sem a atualidade do exercício da função desaparece a ratio" (*"Comentários ao Código Penal"*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v.g., p. 112, n° 140).

Justifica-se essa interpretação pelo fato de que a majorante atende a dignidade e o prestígio da função por ele exercida e por delegação do Estado, de sorte que a proteção dispensada, precipuamente, à função pública somente existiria, no caso sob enfoque, se o agente ostentasse a qualidade de funcionário público, mormente se o processo ainda não houver sido instaurado, como pode acontecer na hipótese do rito processual estabelecido nos arts. 513 a 518 do CPP, aplicável aos crimes funcionais típicos, onde na ocorrência de crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa

na devida forma, após o oferecimento de resposta escrita, o juiz proferirá decisão em relação à denúncia ofertada.

Parece lógico, portanto, que a qualificadora prevista no parágrafo único do art. 299 do Código Penal visa proteger o respeito devido à função exercida, não incidindo a mesma se a função pública não é mais exercida pelo funcionário acusado, especialmente se antes do oferecimento da denúncia e particularmente de seu recebimento que constitui o marco da instalação da ação penal.

Tanto que, como bem assinala **Damásio E. de Jesus**, em sua obra *"Questões Criminais"*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 146: *"Não há a fase da resposta prévia. Esta tem fundamento no interesse público, no sentido de evitar que o funcionário em exercício seja temerariamente processado, com prejuízo ao normal andamento da atividade administrativa. Daí por que, se já não está mais exercendo o cargo, não há mais a objetividade jurídica da resposta preliminar"*.

Especialmente, se acontecer do exercício do cargo não ser apontado na denúncia como pressuposto para o processo, condição da ação ou de procedibilidade, como reclama as hipóteses dos chamados delitos funcionais capitulados nos arts. 312 a 326 do Estatuto Repressivo.

Focando-se a questão por outro ângulo, para torná-la mais controvertida, projete tratar-se o agente de funcionário autárquico (paraestatal) cuja equiparação aos funcionários públicos propriamente ditos é tão-somente para efeitos penais concernentes aos chamados crimes funcionais (cf. art. 312 a 326 do CP), até porque, se assim não fosse, o art. 327 do Código Penal (que traz o conceito de funcionário público), teria de figurar como disposição geral do Título XI e não apenas do respectivo Capítulo I que engloba apenas os arts. 312 a 327 do Código Penal.

Nestas condições, tivesse a denúncia deixado de imputar a infração de qualquer crime funcional, ou seja, aqueles elencados a partir dos arts. 312 a 326 do CP, é manifesto que tal equiparação não prevaleceria na espécie aventada, inadmitindo-se a incidência da qualificadora prevista no parágrafo único do art. 299 do CP, que estaria a impedir legalmente a viabilização da suspensão do processo.

Com efeito, vale lembrar que o crime de falsidade ideológica, do qual o ex-funcionário autárquico se defendesse, não caracterizaria propriamente o chamado crime funcional.

Nesse sentido, inclusive, é o pensamento perfilhado pela melhor jurisprudência de nossos tribunais:

"Crimes cometidos por funcionário público: rito. Intimações por publicação: Leis nºs 8.701/93 e 9.271/96 — 1. Somente quanto aos crimes funcionais (art. 312 e seguintes do CP), se cometidos por funcionário





público, é que se exige observância do rito do art. 513 do CPP. 2. Estelionato e falsidade ideológica não são crimes funcionais e, portanto, seguem o rito ordinário, mesmo que o sujeito ativo seja servidor público. 3. Não é inconstitucional a Lei nº 8.701/93, atualmente ratificada pela Lei nº 9.271/96, a qual, modernizando o CPP, prevê a intimação pela imprensa. 4. Habeas-corpus denegado" (TRF-1ª Região, HC nº 96.01.24434-4/PA, 4ª Turma, rel. juíza Eliana Calmon, DJU 16.09.96).

Logo, o que impende considerar, em resumo, é que a denúncia quando oferecida contra acusado que não mais exerce cargo público, por si só autoriza o afastamento daquela qualificativa, inviabilizadora da via despenalizadora da suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que o ma-

gistrado de mentalidade renovada e voltada para uma justiça penal mais consensual, mais rápida, mais efetiva, mais moderna e sobretudo mais pacificadora, a qual evite sobretudo a desnecessária estigmatização que todo processo crime costuma legar aos acusados antes de sabê-los inocentes ou culpados, saberá reconhecer, podando da denúncia a incidência do excesso acusatório que, no caso projetado para desenvolvimento deste artigo, aumenta a pena aplicada à falsidade ideológica de sexta parte (cf. parágrafo único do art. 299 do CP), autorizando a suspensão condicional do processo, que tornará possível, fora de seu tempo normal, a semelhança do que acontece quando não resultou comprovada, hipótese em que o juiz, antes de sentenciar, enseja a possibilidade para adotar a via alternativa da suspensão, mormente se sua equiparação enquanto funcionário

autárquico aos funcionários públicos propriamente ditos, para efeitos penais, é concorrente apenas em relação aos crimes chamados funcionais enumerados a partir dos arts. 312 ao 326 do CP, pois se assim não fosse, o art. 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo Capítulo I, que vai até o art. 327 do Código Penal.

E não se diga que a adoção da via alternativa da suspensão estaria fora de seu tempo, pois como leciona o professor **Damásio E. de Jesus**: "*Em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença é admissível o sursis processual*" (cf. "*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*", ed. Saraiva, p. 112).

O autor é advogado em Campo Grande (MS) e conselheiro estadual da OAB/MS.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL: PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE ALTERAÇÕES RELATIVAS AO CRIME DE HOMICÍDIO

(Alice Bianchini)

O presente artigo tem por propósito arrolar modificações procedidas pelo anteprojeto de lei de novo Código Penal, relativas ao tipo penal de homicídio (art. 121, tanto no Código Penal, quanto no anteprojeto), no que se refere às formas qualificadas e privilegiadas, o que é seguido de comentários ligeiros, os quais se pretende que sirvam, tão-somente, de ponto de partida, para eventuais discussões a respeito das questões aqui levantadas.

A) No que se refere ao homicídio qualificado Código atual

Homicídio qualificado

§ 1º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro de crime.

Anteprojeto

Forma qualificada

§ 1º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga, promessa de recompensa ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - por preconceito de raça, cor, etnia, sexo, condição física ou social, religião ou origem;

IV - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que possa resultar perigo comum;

V - à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte

ou torne impossível a defesa do ofendido;

VI - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VII - por grupo de extermínio.

Houve o acréscimo de duas qualificadas do homicídio. A primeira (descrita no inc. II do anteprojeto — *por preconceito de raça, cor, etnia, sexo, condição física ou social, religião ou origem*) decorre da ênfase dada pela Constituição ao racismo. A Carta Magna atribuiu *status* de crime a este tipo de conduta, além de retirar, daquele que a pratica, o direito à fiança, e de tornar imprescritível a ação que o apura. Na esteira da disposição constitucional, foi criada a Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, recentemente modificada pela Lei 9.459/97, que estendeu os tipos de preconceitos, para abranger, agora, também, discriminação ou preconceito relativo à etnia, à religião ou à procedência nacional. Portanto, face ao tratamento dispensado a estas práticas pela legislação brasileira, é merecedor de punição mais intensa o homicídio motivado por elas. A novidade refere-se à inclusão, nas modalidades de homicídio qualificado, dos elementos "*sexo*" e "*condição física ou social*". Observa-se, no que se refere à *condição física*, que o conceito alarga-se para contemplar situações além dos casos de deficiência (por exemplo, estatura, compleição física). No que se refere à *deficiência física*, inclusive, já existe previsão de punição em razão de discriminação motivada por ela (art. 8º da Lei nº 7.853/89). Manteve, o anteprojeto, este mesmo espírito ao também qualificar o crime de injúria, quando praticado por quaisquer dos motivos apontados no inc. III do art. 121 (ver art. 141, § 2º, do anteprojeto). Observa-se, também, que este inciso, ao omitir o termo "*discriminação*", pretendeu englobá-lo no de "*preconceito*". Todavia, "*preconceito*",

do latim "*praeconceptum*", significa julgamento ou opinião firmados antecipadamente, ou também intolerância, suspeita, aversão. Já o termo "*discriminação*", do latim "*discriminare*", significa diferenciar, distinguir, discriminação racial, etc. Os termos, completam-se, não se equivalem.

Analisando a legislação elaborada após a Constituição Federal, vê-se que, com exceção de normativa que dispõe sobre processo de admissão ou demissão com adoção de critérios que resultem em prática discriminatória, nenhuma outra contemplou o *discrimen sexo*. Prevê a lei citada (nº 9.029/95), em seu primeiro artigo, que "*fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor (...)*" (grifou-se). No artigo seguinte são elencadas as condutas criminalizadas que, entretanto, restringem-se à discriminação praticada contra mulher gestante ou não esterilizada, nada aduzindo sobre as outras situações citadas na própria lei. No que se refere à condição social, observa-se que não há qualquer previsão legal que contemple qualquer discriminação motivada por esta situação. Importa, ainda, mencionar a mudança operada em relação ao termo *procedência nacional*, que foi substituído por *origem*. Tal modificação é benéfica, já que a expressão anterior restringia muito o âmbito de abrangência daquele termo. Registra-se, por fim, no que se refere ao inc. III, a não inclusão de outras circunstâncias, como idade, deficiência psíquica, convicção filosófica ou política, todas situações também irrelevantes e que mereceriam a mesma reprovação penal.

A outra inclusão (VII - *quando praticado*





em atividade típica de grupo de extermínio), representa uma adequação à lei que trata de crimes hediondos, na sua segunda versão (Lei nº 8.930/94), que atribui qualidade de hediondo ao crime praticado nestas circunstâncias. O que o anteprojeto fez foi trazer para o rol das qualificadoras uma situação que era considerada hedionda, adequando, assim, o anteprojeto à lei, numa demonstração lúcida de que, se o homicídio cometido nestas circunstâncias é considerado hediondo, razão há para considerá-lo também qualificado, cominando-lhe pena superior àquela prevista para a figura simples. Há que se ressaltar que não houve transcrição, em sua totalidade, do disposto na lei que caracterizou como hediondo o homicídio praticado por grupo de extermínio. Aquela lei previa que a conduta seria considerada hedionda, ainda que o homicídio tivesse sido cometido por um só agente. Não tendo trazido, na sua totalidade, o disposto na lei, o anteprojeto só fez não repetir o equívoco da legislação citada. Indubitavelmente, desnecessária aquela previsão legal, já que, pelas regras do concurso de agente, é plenamente passível de caracterização a ação praticada por grupo de extermínio, ainda que um só tenha cometido a ação de matar. Tecnicamente defeituosa, portanto, é a redação da Lei nº 8.930/94, incorreção que não foi reproduzida no anteprojeto.

B) No que se refere à forma privilegiada de homicídio

Anteprojeto

Diminuição de pena

§ 2º A pena é diminuída de um sexto a um terço, se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Código atual

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

A alteração introduzida resolve a discussão acerca da natureza desta causa especial de diminuição de pena que, anteriormente, dividia os doutrinadores entre ser uma *faculdade do juiz* ou um *direito subjetivo do réu*. Pelo anteprojeto, a diminuição da pena passa a ser obrigatória sempre que as condições para a sua caracterização estiverem presentes. Tal modificação, indubitavelmente, está de acordo com moderna versão do Direito Penal, através da qual estariam desautorizadas quaisquer medidas tendentes a deixar ao comando do magistrado a decisão de conceder, ou não, determinado benefício, quando não é a lei que aponta os requisitos que cancelariam o direito do réu.

Também merece encômios a inversão

produzida em relação aos parágrafos que contemplam as qualificadoras e as causas especiais de diminuição de pena, desautorizando, doravante, qualquer exegese tendente a afastar a possibilidade de aplicação do privilégio no caso de homicídio qualificado, em virtude de interpretação sistemática, que pretendia excluir esta possibilidade com base no fato de que a causa especial de diminuição de pena antecedia o parágrafo que elenca as qualificadoras. Não foram resolvidas, entretanto, as discussões acerca da possibilidade de concorrerem as qualificadoras subjetivas com o privilégio. Tal, entretanto, ao que parece, não necessita, de forma alguma, de contemplação normativa, pois decorre, por certo, da própria natureza das coisas. Desta forma, não pode o crime ser, ao mesmo tempo, praticado por *motivo de relevante valor moral* ou *social* ou *logo em seguida a injusta provocação da vítima* e, concomitantemente, ter caracterizado o motivo fútil ou torpe. Ou, ainda, nos casos de paga ou promessa de recompensa e de o homicídio ter por finalidade assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. A impossibilidade de concorrerem estes elementos volitivos, portanto, decorrem da própria utilização de senso mais apurado, sem que seja necessário, evidentemente, exclusão expressa na lei.

A autora é professora de Direito Penal da USP e doutoranda em Direito Penal pela PUC/SP.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL: REFLEXÕES RELATIVAS AO CRIME DE EUTANÁSIA

(Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos e José Américo dos Santos)

Trata-se de considerações preliminares acerca das inovações do anteprojeto de lei de novo Código Penal que têm por escopo levar à lume as discussões a respeito do tema.

A) Eutanásia

Código atual e legislação extravagante
Não há previsão específica.

Anteprojeto

Eutanásia

§ 3º. Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave.

Pena - reclusão de três a seis anos.

Bastante atual a previsão legal relativa à eutanásia que, anteriormente, era tratada, jurisprudencial e doutrinariamente, como homicídio privilegiado (relevante valor moral ou social, conforme o caso específico).

Ressalta-se, entretanto, que a proposta de reforma não constituiu, como aconselha a melhor técnica legislativa, um tipo penal autônomo, preferindo incluir a hipótese legal no § 3º. No relatório que precede o texto da reforma, a Comissão, ao afirmar que encontra-se sensível às circunstâncias, e visando individualizar a pena, "*sugere explicitar a eutanásia — tomando-a como causa de diminuição de pena (...)*"; parece merecer a hipótese legal um tipo de homicídio privile-

giado autônomo e não causa de simples diminuição de pena. Tanto assim o é, que em seguida, no § 4º, a Comissão admite, conforme defendido em tese por **Maria Celeste Cordeiro Leite Santos**⁽¹⁾, a denominada ortotanásia — forma característica de eutanásia.

Uma rigorosa adequação jurídica se faz necessária. Não basta que na eutanásia (vocábulo derivado do grego *eu* — bem e *thanasia* — morte tranqüila, sem dor, sem sofrimento) se cuide de doença grave. É mister tratar-se de doença grave, incurável e terminal. Cabe, porém, perguntar: o que é "doença grave"? Seria a doença em evolução, ou seqüela de uma doença?

B) Da causa de exclusão de ilicitude

Código atual

Caso de diminuição de pena

§ 1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Anteprojeto

Diminuição de pena

§ 2º. A pena é diminuída de um sexto a um terço, se o agente cometeu o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

A figura corresponde à chamada "eutanásia por omissão", "ortotanásia", "para-eutanásia"⁽²⁾. Uma forma mais explicativa dos termos, consistiria no auxílio médico à morte de outrem, que se traduz precisamente na ajuda dada pelo médico ao processo natural de morte. Também chamada *mercy killing*, *letting die*, pela literatura anglo-saxônica.

Compreende-se aqui, também, o denominado "excesso terapêutico" em casos da denominada morte encefálica, que não pode ser confundida em momento algum com a morte cerebral.

Importantes fatores entram nos conceitos aventados. O primeiro é representado pela intenção de quem produz ou omite prevenir a morte. Interesse, também, reveste o meio empregado, que deve ser indolor. Sendo pressuposto do ato eutanásico a cessação do sofrimento, nem sempre se pode falar que este seja evidente (como dor consciente, agonia mental e grave invalidez física). Por exemplo: quando em caso de coma prolongado o paciente não está consciente, não se pode dizer que esteja sofrendo.

Deve ser incluído, no rol de requisitos autorizadores, que seja praticado por médico ou ordem médica, atestada por outros dois médicos não pertencentes à equipe de transplantantes de órgãos (de conformidade com a lei de transplantantes vigente).





A distinção deve ser feita rigorosamente, sob pena de se submeterem a um denominador comum casos éticos, juridicamente muito diferentes, ainda quando para ambos se propugne identidade de soluções em face do Direito Penal. O único caso que — entende-se — pode ser denominado de ortotanásia é circunstância de o doente estar incurso já em um processo que, segundo o conhecimento humano e um juízo razoável de prognose médica, conduzirá imediatamente e sem remissão à morte. A opinião que se segue é a de que o auxílio médico à morte será lícito sempre que operado sem encurtamento do período natural de vida. Nestes casos, o médico (e só ele) não é obrigado a intervir no sentido de prolongar a vida do paciente além do período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente⁽³⁾.

Estranha-se, no que se refere ao rol das pessoas legitimadas a exarar o consentimento, na impossibilidade de o próprio paciente poder fazê-lo, que se tenha dado prioridade ao cônjuge em detrimento do companheiro. Isto porque inúmeros são os casos em que o casamento não foi normalmente constituído, mas qualquer de suas partes encontra-se vivendo maritalmente com outra pessoa. Além disso, há previsão constitucional no sentido de reconhecimento da união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado (art. 226, § 3º), bem como recentemente foi elaborada lei que regulamenta o concubinato. Face a estes problemas, entende-se mais recomendável a substituição de "cônjuge, companheiro" por "aquele que vive maritalmente com o paciente".

Estas são, em sintéticas palavras, as considerações propostas a respeito do tema

que servem como ponto de partida na elucidação da matéria.

Os autores são, respectivamente, advogada em São Paulo e mestranda em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo; professora associada da Universidade de São Paulo e livre docente em Direito Penal; e médico psiquiatra e membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.

- (1) Santos, Maria Celeste Leite, "Transplante de Órgãos e Eutanásia", São Paulo, Saraiva, 1992.
 (2) I. Lattes, "Euthanasie et Délit d'Omission", J. Roskam, "Survie Purement Végétative dans la Cerebrosclobose. Euthanasie. Dythabaste. Orthothanasie", Ver. Med. Liège, 5:109, 1950, A. Simili, "Euthanasia".
 (3) Quanto ao consentimento do paciente, ver Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite, "Testamento Vital", in "O Equilíbrio de um Pêndulo: Bioética e a Lei", São Paulo, Ícone (prelo).

DEPARTAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E CORREGEDORIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

PORTARIA Nº 6/98

O dr. **Maurício Lemos Porto Alves**, Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária - DIPO, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a frequência de pessoas que vêm sendo presas sob aparente legalidade, porém na realidade inocentes, posto que outros, os verdadeiros agentes de crime pelo qual se viram processados e a final condenados, daquelas fizeram uso de falsos documentos de identidade quando indiciados;

Considerando que "ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal" (artigo 5º, LIV da CF) e que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" (artigo 5º, XLV, da CF);

Considerando que pende desde 1991 no Poder Legislativo Federal (Câmara dos Deputados e Senado Federal) Projeto de Lei (nº 2.453) que regulamenta o inciso LVIII do artigo 5º da Constituição Federal;

Considerando a necessidade de o Estado precaver-se contra o ajuizamento de ações criminais indenizatórias por dano, inclusive moral, pela submissão de inocente ao cárcere,

Resolve:

Artigo 1º - O indiciado em inquérito

policial, o "autor do fato" consistente em infração penal de menor gravidade (artigo 61 e artigo 69, caput e parágrafo único, ambos da Lei nº 9.099/95 — "...contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial"), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão por decisão judicial administrativa ou civil, não identificados civilmente por documento público oficial, serão submetidos à identificação criminal pelo processo datiloscópico;

Artigo 2º - Exibido o documento, se tratar-se de cédula de identidade, a autenticidade da mesma deverá ser verificada junto ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, através de planilha individual datiloscópica, em até 48 horas.

Artigo 3º - O civilmente identificado por documento original não será submetido a identificação criminal, exceto quando:

I - estiver o indiciado envolvido com ação praticada por organizações criminosas (artigo 5º da Lei nº 9.034/95);

II - houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

III - o estado de conservação ou a larga distância temporal da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V - alegando ser identificado civilmente, o indiciado ou acusado não comprovar na mesma data essa condição, em prazo razoável a critério da autoridade policial;

VI - advenha sentença penal condenatória transitada em julgado.

Artigo 4º - Cópia do documento de identificação civil apresentado deverá ser mantida nos autos, para instrução do auto de prisão em flagrante, quando houver, e inquérito policial, em quantidade de vias necessárias.

Artigo 5º - Sendo identificado criminalmente, sempre que possível a autoridade policial providenciará seja o indiciado fotografado, juntando-se nos autos de inquérito policial a correspondente cópia fotográfica.

Artigo 6º - Esta portaria entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

(DOE Just., 08.07.98, p. 2).

O **IBCCrim** recebeu em doação para incorporar ao acervo de sua Biblioteca as seguintes obras, que se encontram à disposição dos associados para consulta:

- **Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales**, "Crimes de Trânsito na Lei nº 9.503/97", 1ª ed., Del Rey Editora, Belo Horizonte, MG, 1998.
- **Daniel John Meador**, "Os Tribunais nos Estados Unidos", tradução de **Ellen G. Northfleet**, juíza federal do TRF da 4ª Região, 1ª ed., Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América, Brasília, Distrito Federal, 1996.
- **Eduardo Reale Ferrari**, "Prescrição da Ação Penal", 1ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1998.
- **Fernando da Costa Tourinho Neto** (coordenador), "Comunicação em Artigos Jurídicos", 1ª ed., Volume I, Número 1, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, Distrito Federal, 1998.
- **Gilberto da S. Tavares Jr.**, "A Papiloscopia nos Locais de Crime - Manual Prático e Teórico", 1ª edição, Ícone Editora, São Paulo, 1991.
- **José Geraldo da Silva**, "Porte de Arma no Direito Brasileiro - Comentários à Lei nº 9.437, de 20 de Fevereiro de 1997", 1ª ed., LED-Editora de Direito, Leme, São Paulo, 1997.
- **Marcelo Dias Varella e Roxana Cardoso B. Borges** (organizadores), "O Novo em Direito Ambiental", 1ª ed., Del Rey

Editora, Belo Horizonte, MG, 1998.

- **Maria Lei dos Santos e Maria Celeste Cordeiro Leite Santos** (coord.), "Persuasão e Verdade - O Sistema Legal em Fermentação", 1ª ed., Cultural Paulista, São Paulo, 1995.
- **Rogério Greco**, "Direito Penal", Volume I, 1ª ed., Editora Cultural, Belo Horizonte, MG, 1998.
- **Sérgio Salomão Schecaira**, "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, de Acordo com a Lei nº 9.605/98", 1ª ed., RT, São Paulo, 1998.
- **Tereza Nascimento Rocha Dóro**, "Manual Prático de Processo Penal", 2ª ed., revista e atualizada de acordo com a Lei nº 9.099/95, a Lei nº 9.268/96 e a Lei nº 9.271/96, Copola Editora, Campinas, São Paulo, 1996.
- **Victor Eduardo Rios Gonçalves**, "Dos Crimes Contra a Pessoa", 1ª ed., Coleção Sinopses Jurídicas, Volume nº 8, Saraiva, São Paulo, 1998.
- **Victor Eduardo Rios Gonçalves**, "Dos Crimes Contra o Patrimônio", 1ª ed., Coleção Sinopses Jurídicas, Volume nº 9, Saraiva, São Paulo, 1998.

A LEI Nº 9.099/95 E O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

(Nereu José Giacomolli)

Com a entrada em vigor do novo Código de Trânsito Brasileiro, algumas controvérsias de ordem material e processual têm surgido em sua aplicação. Este trabalho pretende tecer algumas considerações acerca dos aspectos processuais, mormente em face da aplicação da Lei nº 9.099/95, ou seja, da Justiça Consensual.

A Lei nº 9.099/95, em seu art. 61, delimitou o que é infração penal de menor potencial ofensivo: contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere um ano. Exceção para os casos em que a lei prevê procedimento especial para processar e julgar os crimes.

O Código de Trânsito Brasileiro tipificou onze delitos (arts. 302 a 312). Em dez delitos, exceção feita ao homicídio culposo na direção de veículo automotor, a pena privativa de liberdade mínima é igual, ou seja, de seis meses de detenção. Sete delitos possuem a mesma pena privativa de liberdade máxima, ou seja, um ano de detenção.

Expressamente determinou o art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro: aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099/95, no que couber. Podemos dividir a Lei nº 9.099/95 em dois subsistemas: infrações penais de menor potencial ofensivo e infrações penais de médio potencial ofensivo. Nas primeiras estão as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não exceda a um ano. Nessas é cabível a composição civil, a transação criminal, a suspensão condicional do processo e o rito sumaríssimo.

Na segunda categoria, estão as infrações criminais cuja pena mínima não exceda a um ano. Nestas somente é cabível a suspensão condicional do processo, independentemente de o rito processual ser comum ou especial.

Interpretando-se o art. 291, *caput*, temos três grupos:

1º) não se aplicam a composição civil, a transação criminal, o rito sumaríssimo nem a suspensão condicional do processo. Nenhuma disposição da Lei nº 9.099/95 incide. É a hipótese do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, ou seja, do homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Permanece o homicídio culposo não praticado na direção de veículo automotor, como infração de médio potencial ofensivo, apenas no art. 121, § 3º, do CP, de 1 a 3 anos. Cabível, nesta hipótese, em tese, a suspensão condicional do processo.

O anteprojeto de lei da parte especial do Código Penal mantém o mesmo apenamento no art. 121, § 5º.

Assim, é competente para processar e julgar o homicídio culposo, praticado na direção de veículo automotor, o juízo comum, com recurso ao tribunal, a quem compete apreciar também o *habeas-corpus* e o mandado de segurança;

2º) é infração penal de menor potencial ofensivo, aplicando-se o novo rito, com a composição civil, a transação criminal e a suspensão condicional do processo. Isto porque as penas máximas e as mínimas não

excedem a um ano. Todas as medidas despenalizadoras e todas as disposições da Lei nº 9.099/95 são aplicáveis nos seguintes delitos: arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312.

A competência para processar e julgar é do Juizado Especial Criminal, com recurso à Turma Recursal Criminal, a qual compete, também, o julgamento do *habeas-corpus* e do mandado de segurança.

Não há controvérsia, nem me parece que emergirá qualquer dúvida a respeito;

3º) não são infrações penais de menor potencial ofensivo; mas sim são de média lesividade, cabível, portanto, somente a suspensão condicional do processo: arts. 303, 306 e 308 (lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e o denominado "racha").

Assim, permaneceria somente a lesão corporal culposa como dependente de representação.

Ocorre que o legislador inseriu um parágrafo ao art. 291: "*Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada, o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*", ou seja, a composição civil, a transação criminal e a representação.

São exatamente os três delitos em que, pelo *caput* e pela cominação dos arts. 302 a 312, são incabíveis a composição civil e a transação criminal.

Toda a problemática, em termos de aplicação da Lei nº 9.099/95 diz respeito a estes três tipos de delitos e à representação.

Podemos aventar três possibilidades:

1ª) aplicar aos três delitos a Lei nº 9.099/95 no que couber, ou seja, somente caberia a suspensão condicional do processo; seriam incabíveis a composição civil e a transação criminal e a competência para processar e julgar seria do juízo comum, sem aplicação do rito sumaríssimo. Haveria feitura de inquérito policial.

Crítica a esta posição: isso encontra óbice no parágrafo único do art. 291, o qual manda aplicar a composição civil, a transação criminal, e a representação; negar-se-ia vigência ao parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro. Além do mais, a Constituição Federal, no art. 98, I, autoriza o legislador ordinário a prever o cabimento da transação criminal e a composição civil;

2ª) considerar os três delitos como ampliação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, com cabimento da composição civil, transação criminal e da suspensão condicional do processo. A competência para processar e julgar seria do Juizado Especial Criminal, com dispensa do inquérito policial e observância do rito sumaríssimo.

Crítica a esta posição: o *caput* do art. 291 manda aplicar a Lei nº 9.099/95 no que couber e a pena máxima é superior a um ano; o legislador agravou as penas das infrações criminais ocorridas no trânsito, emitindo um juízo de desvalor superior a estas infrações, retirando-as das de menor potencial ofensivo; considerá-las de menor potencial ofensivo, além de afrontar a definição dada pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, representaria um absurdo lógico, diante dos reclamos sociais e da nítida intenção de agravar tais fatos;

3ª) não considerar os três delitos como

infração de menor potencial ofensivo; apenas aplicar-lhes o dispositivo do parágrafo único, ou seja, com cabimento da composição civil e da transação criminal, a serem aplicadas no juízo comum e não no Juizado Especial Criminal, com observância do rito comum sumário. Assim, não haveria dispensa do inquérito policial e o recurso não mais seria para as Turmas Recursais Criminais, mas para os tribunais. A suspensão condicional do processo seria cabível independentemente desta consideração.

Desta forma, as medidas despenalizadas seriam aplicadas no juízo comum, antes de ser propiciada ao Ministério Público a oferta da acusação; pelo menos, antes do recebimento da peça acusatória, devendo-se designar audiência para tal, eis que são impositivas da ação penal.

O parágrafo não manda aplicar as demais disposições da Lei nº 9.099/95 a estas três infrações.

No meu sentir, esta é a melhor interpretação.

Assim, em se tratando de lesões corporais leves, as quais dependem de representação, há que ser designada prévia audiência para tentativa de composição dos danos de natureza cível, eis que, havendo acordo, este impedirá a representação e, por via de consequência, o início da ação penal. Não havendo composição civil, a vítima, ou quem tiver legitimidade para tal, poderá representar nesta audiência, ou dentro do prazo decadencial, o qual continua a ser regulado pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal. Somente quando inexistente a composição civil e havendo representação, poderá ser tentada a transação criminal. Uma vez realizada a composição civil ou a transação criminal, os efeitos são os da Lei nº 9.099/95.

Nas duas outras infrações, embora de ação penal pública incondicionada, eventuais danos poderão ser objeto de composição civil, mas isto não impedirá o oferecimento da transação criminal e da peça acusatória pelo Ministério Público, sendo inexistente a transação criminal, a qual também deverá anteceder ao oferecimento da denúncia.

Outra questão tormentosa diz respeito à representação. Pelo princípio da oficialidade, a ação penal é, de regra, pública incondicionada. Isto é, o Estado, através do Ministério Público, é quem tem legitimidade para deduzir o *ius accusationis*, independentemente da vontade do lesado, seu representante legal ou sucessor. Excepcionalmente, o Estado, apesar de reprovar criminalmente determinada conduta, condiciona o exercício da ação penal à manifestação de vontade da parte lesada, seja mediante representação ou queixa-crime.

Desde 1995, o Estado, para processar o autor de lesões corporais culposas ou leves, passou a exigir a representação. É o que se infere do art. 88 da Lei nº 9.099/95.

Ocorre que o parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro mandou aplicar o art. 88 da Lei nº 9.099/95 também aos delitos de embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada (arts. 306 e 308).





Estes dois fatos somente encontrarão adequação típica quando causarem dano potencial à incolumidade pública. Diz o art. 306, à incolumidade de outrem e, o 308, à incolumidade pública ou privada. Portanto, somente haverá delito quando o bem jurídico protegido, ou seja, a segurança viária, for atingida, isto é, houver demonstração no mundo fático do perigo (trafegar em ziguezague, bater num poste, subir na calçada, capotar o veículo, v.g.). Não se exige vítima concreta. O simples fato de dirigir embriagado ou de participar de "racha" não tipifica o delito; pode, entretanto, caracterizar infração administrativa, sanção suficiente à reprovação do fato.

Portanto, condicionar-se à representação estes dois tipos penais seria sepultá-los, negar-lhes aplicação.

Desta forma, o art. 88 da Lei nº 9.099/95

não tem aplicação nas hipóteses dos arts. 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro. A ação penal continua sendo pública incondicionada.

O prazo para representar, tanto nas lesões corporais leves, quanto nas culposas, é de seis meses, contados a partir da ciência da autoria do crime, nos termos dos arts. 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal, e não da audiência que será designada no juízo comum (lesão corporal culposa), e nem da audiência preliminar (lesões leves). Mesmo no encaminhamento das peças ao juízo comum, nas hipóteses dos arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95, o prazo é regulado pelas disposições do CP e do CPP.

Conclusões:

a) delitos em que não se aplica a Lei nº 9.099/95: homicídio culposo na direção de veículo automotor; b) delitos em que se

aplica a composição civil e a transação criminal no juízo comum: lesões corporais culposas na direção de veículo automotor, embriaguez ao volante e no "racha"; c) os delitos dos arts. 305 e 308 do CTB são de ação pública incondicionada, em face do bem jurídico atingido; d) os delitos dos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312 do CTB são de competência dos Juizados Especiais Criminais, com recurso às Turmas Recursais onde houver, aplicando-se-lhes a composição civil, a transação criminal e a suspensão condicional do processo; e) a suspensão condicional do processo tem aplicação em todos os delitos previstos no CTB, com exceção no homicídio culposo (art. 302).

O autor é juiz de direito em Porto Alegre, componente da Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul e professor de Direito Penal e Processo Penal.

RITOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AOS CRIMES PREVISTOS PELO NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

(Felipe Martins de Azevedo)

O novo Código de Trânsito Brasileiro (CTB), editado através da Lei nº 9.503, de 23.09.97, em suas disposições gerais sobre os denominados crimes de trânsito, estatuiu serem aplicáveis a estes as normas gerais do Código Penal (CP), do Código de Processo Penal (CPP) e a Lei nº 9.099/95, no que couber (art. 291 do CTB).

Além disso, o parágrafo único do art. 291 do CTB determinou a extensão de aplicabilidade dos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95 aos delitos de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada.

Com isto, a nova legislação teve por intuito determinar a aplicabilidade da transação penal a quase todos os ilícitos penais por ela previstos. Somente não foi alcançado por este instituto inovador, trazido pela Lei dos Juizados Especiais, o delito de homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, cuja pena foi fixada em dois a quatro anos de detenção, inviabilizando inclusive a formulação da proposta de suspensão do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), antes possível com a pena estabelecida pela norma insculpada no art. 121, § 3º, do CP, cuja reprimenda varia de um a três anos de detenção.

Embora o ilustre doutrinador **Damásio Evangelista de Jesus** entenda que a extensão do instituto previsto pelo art. 76 da Lei nº 9.099/95, determinada pelo parágrafo único do art. 291 do CTB, não possa ser aplicada aos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, tendo em vista o máximo da pena detentiva destes, a qual ultrapassa um ano, ousamos discordar de tal entendimento (**Boletim IBCCrim** 61/10). Ocorre que as novas disposições legais, trazidas pelo artigo citado do CTB, não visam definir novas infrações penais de menor potencial ofensivo, nem mesmo estender o rito processual da Lei dos Juizados Especiais Criminais a estes novos crimes, mas apenas aproveitar alguns dos avanços advindos com aquela lei, aplicando-os a todos os crimes constantes do CTB, com exceção do homicídio culposo praticado

na direção de veículo automotor.

O mesmo artigo mencionado também determinou a extensão da possibilidade de composição de danos cíveis ao crime de lesão corporal culposa praticado na direção de veículo automotor, o que, na falta desta disposição expressa, não seria possível, tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato a este delito, a qual ultrapassa um ano. Apesar desta norma mencionar ser a composição dos danos cíveis ainda aplicável aos crimes de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, o fato da ação penal destes ser pública incondicionada inviabiliza o acordo, vez que, nestes dois casos, a vítima é a coletividade, o que permite apenas a propositura da transação penal pelo Ministério Público.

Assim, os ritos processuais aplicáveis aos crimes previstos no CTB serão somente dois: o sumário e o procedimento estabelecido pela Lei nº 9.099/95. O primeiro para os crimes de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor e para os citados pelo parágrafo único do art. 291 do CTB, quais sejam, os de lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada. E sempre é bom lembrar das peculiaridades deste rito em relação ao ordinário: rol de testemunhas no máximo de cinco, inexistência da fase de diligências do art. 499 do CPP, e debates orais logo após o término da inquirição das testemunhas de defesa. Ressalvada a hipótese do homicídio culposo, nos demais casos, antes da formulação da denúncia, ainda deverá ser realizada uma audiência conciliatória para que seja proposta a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), sendo que nesta oportunidade, apenas para o delito de lesão corporal culposa haverá a possibilidade de serem compostos os danos cíveis (art. 72 da lei citada), ou oferecida a representação (art. 88 da lei citada).

Os demais crimes dispostos no CTB seguem o rito da Lei nº 9.099/95, vez que suas penas mínimas não ultrapassam um ano. São estes: omissão de socorro (art. 304),

fuga do local do crime (art. 305), violação da suspensão ou proibição de permissão ou habilitação para dirigir veículo (art. 307), falta de habilitação para conduzir veículo (art. 309), entrega de veículo a pessoa não habilitada (art. 310), direção perigosa (art. 311), e fraude processual (art. 312). Assim, para o processamento destes, inicialmente deverá ser apazada uma audiência de conciliação, a fim de que seja formulada a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 76 da Lei nº 9.099/95), onde, em caso de não-aceitação da proposta, poderá ser oferecida denúncia oral. Após, na audiência de instrução e julgamento, deverá ser dada a palavra ao defensor para se manifestar sobre a inicial acusatória. Em seguida, se o magistrado receber a denúncia, passa-se à inquirição das testemunhas de acusação e defesa, nesta ordem, com a oitiva do acusado ao final do ato processual, o qual será encerrado com a realização dos debates orais pelas partes e a prolação da sentença.

Por fim, devemos ressaltar, como bem afirma **Damásio** (ob. cit., p. 10), não ser possível a exigência de representação (art. 88 da Lei nº 9.099/95) para os delitos de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, como disposto no parágrafo único do art. 291 do CTB, pois, como ambos têm a incolumidade pública como sujeito passivo, não seria razoável o exercício de tal faculdade, pela falta de um verdadeiro titular do direito de exercê-la, o que faria os delitos em tela tornarem-se letra morta (ou desaparecerem na prática). Assim, como aduz o doutrinador citado, o parágrafo único do art. 291 deve ser interpretado conjuntamente com o seu *caput*, principalmente no que se refere à expressão que manda aplicar as disposições constantes na Lei nº 9.099/95 "no que couber", o que indica que, nesta hipótese ventilada, é inapropriada a exigência de representação.

O autor é promotor de justiça em Dionísio Cerqueira (SC).

A ANISTIA DESEJADA E A REALIZADA

(Eugênio Pacelli de Oliveira)

Em 26 de maio último, foi publicada a Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, que, entre outras providências, concedia **anistia aos agentes políticos e demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea "d" do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.807/60**, dispositivos que, como se sabe, abrigam os tipos penais que cuidam dos **crimes previdenciários** (art. 11 e seu parágrafo único).

Ao que parece, a "intenção" primeira — a do *caput* — foi o afastamento da responsabilidade penal dos chefes dos Executivos municipal e estadual, quando acusados do não repasse, no prazo legal, das contribuições previdenciárias arrecadadas dos servidores com os quais mantinham, ainda, relação de emprego. Já a "segunda" — do parágrafo único — seria a exclusão daquelas pessoas que, ainda que não agentes políticos, teriam sido ou poderiam ser responsabilizadas juntamente com estes ou, ainda mais, **no lugar destes**, quando presente a hipótese de imputação feita a secretários e/ou outros integrantes da Administração Pública. Vejamos a lei:

"Art. 11. São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos na alínea 'd' do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.807/60.

Parágrafo único. São igualmente anistiados os demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea 'd' do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.807/60".

Muito bem. Qual seria a pretendida extensão do âmbito de aplicação do parágrafo único do transcrito dispositivo legal? A inclusão, apenas, de agentes políticos responsabilizados **porque atribuição legal deles** a prática dos citados atos (crimes) ou dos **não agentes políticos também para os quais não se atribuiu a prática dos atos** (crimes) definidos nos tipos penais objeto da anistia?

A nosso aviso, nem uma coisa nem outra.

Na lição do insuperável **Aníbal Bruno**, das formas de indulgência estatal, "...a de força extintiva mais enérgica e, portanto, de mais amplas consequências jurídicas é a anistia. ...É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade de paz social. **Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos**, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito" (grifamos — "Di-

reito Penal", Tomo 3º, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 202/203).

E é exatamente em razão de se dirigir a **anistia** a determinados fatos — e não a indivíduos — que a única leitura possível do parágrafo único do aludido art. 11 da recente Lei nº 9.639/98 — **com a redação original** — é a de que os destinatários abrangidos pela expressão "os demais responsabilizados" são **todos aqueles que praticaram os fatos descritos na alínea "d" do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.807/60**, independentemente de se tratar de conduta realizada no exercício de **função pública ou na atividade privada**. É de se atentar, no particular, que seja em uma ou outra hipótese, a ação — **fato anistiado** — dirigiu-se à **apropriação** — ou não repasse, como queiram — de contribuições previdenciárias que têm por responsável, pela arrecadação e administração, o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia **federal** que, por força de norma constitucional, deverá reverter e distribuir tais recursos **a todos os beneficiários do sistema de seguridade social**.

Note-se, mais e também, que nem a lei poderá alterar a **definição do interesse público na arrecadação de tais recursos**, como forma de legitimar, via anistia, **apenas os desvios e apropriações praticadas por agentes públicos (políticos ou não)**. Em outras palavras, seja aquela praticada pelo agente público, seja aquela praticada pelo particular, em um e outro caso haverá sempre **lesão ao erário da autarquia federal** e, em consequência, de todos os beneficiários da Previdência Social. A conduta de ambos, público e particular, é assim igual e potencialmente lesiva, daí por que, se os critérios de depuração do espírito e do corpo social (justificativa última da anistia) devem levar em linha de consideração as consequências dos crimes anistiados, não há como negar que esta, traduzida por **Aurelino Leal**, no "*esquecimento jurídico de uma ou muitas infrações penais*", deverá ser aplicada **a todos os autores dos fatos anistiados**.

E é exatamente por isso que a questão de se saber qual o texto publicado conteria o vício **da inconstitucionalidade formal** — no processo legislativo — não tem a relevância que, à primeira vista, se apresenta ao menos diante do entendimento que ora se manifesta. É que o objeto da anistia é **o desvio de verbas públicas federais**. A partir daí, qualquer consideração que se faça sobre os **sujeitos da conduta** avançará no terreno da **culpabilidade**, e terá que admitir que tanto o agente público quanto o particular podem, **em tese**, agir impelidos por razões da mesma ordem, merecendo, ambas as condutas, maior ou menor reprovação. Mas aí,

tem-se que, seguramente, só a análise de cada caso concreto é que poderá amparar um juízo de **desvalor** da ação realizada, sobretudo porque também o agente político pode, **em tese**, desviar as contribuições previdenciárias para a satisfação de interesses **pessoais**.

Entretanto, percebendo a elasticidade — ou erro — resultante do texto primitivo, já no dia seguinte ao da publicação da Lei nº 9.639/98, o governo federal fez **republishar** a aludida Lei nº 9.639/98, **em data de 27 de maio de 1998, para dela excluir todo o parágrafo único do art. 11**. Aqui a hipótese nem é de se concluir que a emenda seria pior que o soneto. É que a **emenda**, por obra e graça do disposto no art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, haverá de ser recebida como **lei nova**, porque destinada a corrigir **lei já em vigor**, a tanto bastando que se veja o contido no art. 14 de ambos os textos, mas sobretudo aquele publicado no dia **26 de maio de 1998**, assegurando que aquela lei entraria em vigor **na data de sua publicação**, portanto, naquele mesmo dia 26 de maio de 1998.

Resta então concluir, também à consideração de que os operadores do Direito não poderão se calar ante uma **indisfarçada e absurda manobra eleitoreira — se comprovado o vício na primeira publicação** — que a anistia assim **realizada**, embora não querida, atingirá todos os fatos praticados até o dia 27 de maio do corrente ano de 1998 — independentemente da eventual constatação do já considerado vício de inconstitucionalidade em um ou outro texto —, abrangendo tanto aqueles em que esteja em curso ação penal persecutória, como aqueles já definitivamente julgados. Outra vez, na companhia de **Aníbal Bruno**, "*...a anistia alcança o crime em qualquer momento da marcha do processo ou mesmo antes de que este se inicie ou depois da condenação*" (ob. cit., p. cit.). No mesmo passo, a jurisprudência do STF:

"A anistia, que é efeito jurídico resultante do ato legislativo de anistiar, tem a força de extinguir a punibilidade, se antes da sentença de condenação; ou a punição, se depois da condenação. Portanto, é efeito jurídico, de função extintiva, no plano puramente penal (STF, Rec. nº 1.433-2/RJ, rel. Firmino Paz, DJU 26.03.82, p. 2.561)" — apud "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", Volume 1, Tomo I, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.593).

O autor é procurador da república em Minas Gerais, professor de Processo Penal na Faculdade de Direito Milton Campos e mestrando em Ciências Penais na UFMG.

CRIME IMPOSSÍVEL - FURTO EM ESTABELECIMENTO VIGIADO OU COM SISTEMA DE SEGURANÇA

(André Luís Callegari)

Com a adoção da teoria objetiva pelo nosso Código Penal, deve-se avaliar melhor algumas condenações por tentativa de furto em estabelecimentos comerciais (lojas, supermercados, etc.) em que o agente desde o início de sua conduta é previamente vigiado, sendo detido quando procura se retirar do local sem efetuar o pagamento. Hipótese também a ser verificada é dos estabelecimentos comerciais que possuem sistema de alarme por etiqueta magnética, que dispara quando o agente tenta sair do local levando as mercadorias sem a retirada da etiqueta e, conseqüentemente, sem pagá-las.

Parte da jurisprudência fundamenta as condenações por tentativa de furto baseada em fatores como: vontade do agente contrária ao Direito e início da execução do fato que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Acrescentam, ainda, que o bem jurídico tutelado foi posto em perigo diante da conduta do agente.

Pensamos que tais decisões somente se sustentam com base na teoria subjetiva, segundo a qual a razão penal da tentativa é a vontade contrária ao Direito colocada na ação. Com isso, o decisivo não seria a efetiva colocação em perigo, pelo fato, do objeto protegido da ação, senão o injusto da ação materializado no dolo do delito. A teoria subjetiva leva a ampliação do âmbito da tentativa punível à custa da ação preparatória, a admissão da punibilidade inclusive da tentativa absolutamente inidônea e a equiparação, em princípio, da punição da tentativa e da consumação, posto que a vontade contrária ao Direito em ambos os casos é a mesma⁽¹⁾. Ainda, para esta teoria não necessita a realização exterior de vontade de ser, enquanto tal, perigosa, senão que para o ordenamento jurídico é seriamente perigosa já a vontade que crê colocar com sua atuação de imediato em relação com a realização do delito. Castiga-se, por isso, prescindindo a falta de perigosidade da tentativa com meios inidôneos ou a respeito de um objeto inidôneo, quando o autor estima inidôneos⁽²⁾.

Outra fundamentação que se pode utilizar é a que toma como base a teoria individual-objetiva ou a teoria da impressão que menciona que o decisivo para a punibilidade da tentativa é a vontade do autor contrária ao Direito, mas não como um fenômeno em si mesmo, senão entendida em seus efeitos sobre a comunidade. A confiança da coletividade na vigência do ordenamento jurídico, como um dos poderes que configuram objetivamente a vida social, perder-se-ia se ficasse impune quem se propôs seriamente realizar um delito grave e deu início a sua execução⁽³⁾.

Com a adoção da teoria objetiva, deve-se levar em conta quais os requisitos para o reconhecimento da tentativa inidônea, é dizer, se nos casos em que o agente é previamente vigiado, fato que inviabilizará o cometimento do delito, estaremos diante da tentativa ou da hipótese de crime impossível.

Para Jescheck, ao comentar a teoria objetiva, o merecimento da pena da tentativa

encontra-se somente na colocação em perigo do objeto da ação protegido pelo tipo, posto que o dolo é igual por natureza em todas as fases do fato (preparação, execução e consumação), a delimitação da tentativa frente a ação preparatória busca-se no âmbito objetivo. A seu teor, a razão jurídica da punibilidade da tentativa não está na vontade do autor, senão no perigo próximo da realização do resultado típico. Assim, a tentativa se castigará pela elevada probabilidade da produção do injusto do resultado. Entretanto, dado que esta probabilidade só se pode afirmar, por princípio, com o início da execução e unicamente quando a ação da tentativa for inidônea, a teoria objetiva leva a restrição da punibilidade da tentativa frente a ação preparatória e afasta a punibilidade da tentativa absolutamente inidônea⁽⁴⁾.

Com efeito, se a adoção da teoria objetiva indica que a razão da punibilidade não está na vontade do agente, mas no perigo próximo da realização do resultado típico, conclui-se que nos casos em que o estabelecimento é previamente vigiado ou que há sistema de proteção de alarme com etiqueta magnética não há perigo próximo de realização do resultado típico.

Porém, não podemos olvidar que o art. 17 do CP menciona que não se pune a tentativa por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto. Assim não há qualquer menção quanto ao requisito subjetivo, é dizer, vontade do agente (teoria subjetiva). Para a teoria adotada pelo Código, restará impune a tentativa quando, por exemplo, o meio for absolutamente ineficaz para consumar o crime. Nessa linha de raciocínio, quando o meio for relativamente ineficaz, haverá tentativa. Porém, a medida para a distinção entre inidoneidade absoluta e relativa é um ponto de vista *ex post*, isto é, do juiz. Somente o julgador do processo é que poderá avaliar o caso concreto, verificando, assim, a ineficácia ou impropriedade absoluta do objeto.

Logo, nos casos em que a conduta do agente é previamente vigiada, é dizer, desde o início é controlada, por exemplo, por agentes de segurança de um estabelecimento comercial, torna-se impossível a consumação do delito, ainda que os agentes esperem o momento adequado para efetuar a prisão. Não há como se falar em tentativa de furto, posto que se analisada a situação, veremos que o meio utilizado pelo agente era absolutamente ineficaz. Isso porque desde o início era vigiado, o que impossibilitaria a consumação do delito. Ocorre que nesses casos em que a ação é percebida desde o início pela vigilância, torna-se *ex ante* inidônea, em face do conjunto das circunstâncias, visto que não apresenta perigo concreto ao bem jurídico.

Odono Sanguiné, após estudo minucioso, lembra que nesses casos, não obstante o valor da ação (vontade contrária ao Direito), tal comportamento, de acordo com a concepção objetiva adotada pelo Código Penal vigente em tema de crime impossível, não aparece como perigoso para o bem jurídico. Salienta, ainda, que o legislador, desde uma

política-garantidora, própria do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) somente pode punir condutas que externamente apareçam como objetivamente perigosas (idôneas) para lesionar bens jurídicos. A norma jurídico-penal não tem necessidade de proibir condutas inidôneas⁽⁵⁾.

Nessa mesma linha de argumentação, deve-se reconhecer a tentativa inidônea (crime impossível) naquelas situações em que a mercadoria do estabelecimento comercial encontra-se com mecanismo magnético que faz disparar o sistema de proteção quando não retirado o dispositivo. É que em tais casos o meio utilizado pelo agente, por exemplo, ocultar a mercadoria sob as vestes ou numa bolsa, é absolutamente ineficaz para a consumação do delito, isso porque ao tentar se retirar do estabelecimento acionará o sistema de alarme. Nesse sentido já houve decisão do TACrim/SP, em que foi relator o juiz **Geraldo Gomes**, ficando consignado que "*se a res que o acusado pretendia furtar estava protegida por um sistema de alarme, tornando absolutamente ineficaz o meio por ele empregado para subtraí-la, tem-se, na espécie, autêntica tentativa impossível*"⁽⁶⁾.

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, por suas Câmaras Criminais, vem decidindo reiteradamente nesse sentido. Assim a ementa de acórdão em que foi relator o eminente juiz **Paulo Moacir Aguiar Vieira**: "*Tentativa de furto em supermercado. Crime impossível. Vigilante que controla desde o início todos os movimentos da ré, apreendendo a mercadoria e detendo a acusada quando essa procurava se retirar sem efetuar o pagamento. O pleno sucesso da ação preventiva de proteção ao patrimônio contrasta com a inidoneidade do meio empregado pela ré para lograr o propósito delituoso (art. 17 do CP). Absolução por ser o fato penalmente irrelevante*"⁽⁷⁾.

Assim, ainda que tais decisões despertem a atenção de alguns setores da doutrina, norteiam-se pelos critérios mais modernos do Direito Penal, é dizer, não se desvaloriza somente a ação contrária ao direito, mas, também, o resultado. Portanto, nos casos em que efetivamente o bem jurídico protegido não foi posto em perigo, não há como punir a tentativa, devendo-se reconhecer o crime impossível.

O autor é advogado em Porto Alegre (RS), professor de Direito Penal na Universidade do Vale dos Sinos e doutorando em Direito Penal na Universidad Autónoma de Madrid.

(1) Jescheck, Hans-Heirich, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", Cuarta Edición, Editorial Comares-Granada, p. 465.

(2) Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, p. 226.

(3) Jescheck, Hans-Heirich, ob. cit., pp. 480/481.

(4) Jescheck, Hans-Heirich, ob. cit., p. 464.

(5) Parecer adotado na íntegra como razões de decidir, Ap. Crim. nº 293.226.650, 1ª CCrim., TARGS.

(6) RT 545/375.

(7) Ap. Crim. nº 295.014.104, 2ª CCrim., TARGS.

COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA À LUZ DA LEI Nº 9.268

(Cezar Roberto Bitencourt)

A nova redação do art. 51 do Código Penal, definida pela Lei nº 9.268/96, passou a ser a seguinte:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

A edição da Lei nº 9.268, que definiu a condenação criminal como "dívida de valor", acabou sendo objeto de grande desinteligência na doutrina e jurisprudência nacionais, particularmente, sobre a competência para a execução da pena de multa e sua natureza jurídica. Uma corrente, majoritária, passou a entender que a competência passava a ser das Varas da Fazenda Pública, além de a condenação dever ser lançada em dívida ativa. Outra corrente, minoritária, a qual nos filiamos, entende que nada mudou: a competência continua com a Vara das Execuções Criminais e a condenação à pena de multa mantém sua natureza de sanção criminal, além de ser juridicamente impossível inscrever em dívida ativa uma sentença penal condenatória. Ademais, a nova redação do dispositivo citado não fala em *"inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública"*. Ao contrário, limita-se a referir que são aplicáveis *"as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública"*.

Definir, juridicamente, nome, título ou espécie da obrigação do condenado não altera, por si só, a natureza jurídica de sua obrigação, ou melhor, da sua condenação. A mudança do rótulo não altera a essência da substância! Na verdade, a natureza jurídica da pena de multa criminal não sofreu qualquer alteração com a terminologia utilizada pela Lei nº 9.268, considerando-a "dívida de valor", após o trânsito em julgado. Dívida de valor ou não a pena de multa (ou penal pecuniária) continua sendo sanção criminal. Não se pode esquecer que a sanção criminal — seja de natureza pecuniária ou não — é a consequência jurídica do delito e, como tal, está limitada pelos princípios limitadores do Direito repressivo penal, dentre os quais destacam-se os princípios da legalidade e da personalidade da pena. Pelo princípio da personalidade da pena — aliás, a grande característica diferenciadora da pena criminal pecuniária das demais penas pecuniárias — ao contrário do que se chegou a afirmar, herdeiros e sucessores não respondem por esta sanção. Ademais, não se pode esquecer que a morte do agente é a primeira causa extintiva da punibilidade (art. 107, I, CP).

O fundamento político-legislativo da definição da pena de multa como dívida de valor objetiva, somente, justificar a inconversibilidade da pena de multa não paga em prisão e, ao mesmo tempo, satisfazer os hermeneutas civis, segundo os quais, "dívida de valor" pode ser atualizada monetariamente.

A nova previsão legal deve ser interpreta-

da dentro do contexto do Direito Penal da culpabilidade. Inúmeras questões de ordem sistemática impedem que se admita a possibilidade de inscrição em dívida ativa da pena de multa transitada em julgado, de um lado e, de outro lado, que a competência para a sua execução seja transferida para as Varas da Fazenda Pública. Vejamos algumas dessas objeções.

O art. 49 do Código Penal determina que: *"a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa"*.

A Lei nº 9.268 não revogou este dispositivo, que continua em pleno vigor. Aliás, reforçando a previsão do art. 49 do Código Penal, a Lei Complementar nº 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional, prevê como uma de suas receitas, a pena de multa (art. 2º, inc. V). O fato de passar a ser considerada dívida de valor, além de não alterar a natureza desta sanção, como já afirmamos, também não pode alterar a sua destinação, qual seja, o Fundo Penitenciário Nacional. Com efeito, não é competência da Fazenda Pública executar créditos do Fundo Penitenciário Nacional, decorrentes de sentença condenatória criminal, considere-se ou não "dívida de valor". A execução de sanções criminais — privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias — é competência exclusiva do juízo criminal!

A execução, ou "cobrança" da pena de multa, integra a persecução penal, cujo único órgão do Estado com "competência" para exercitá-lo é o Ministério Público com assento no juízo criminal. Com efeito, o processo de execução penal é o único instrumento legal que o Estado pode utilizar, coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo decisório de uma sentença penal condenatória.

Não se desconhece a competência concorrente dos Estados para legislar sobre a matéria (art. 24, I, CF). No entanto, a competência concorrente, para legislar sobre determinada matéria, destina-se (a) a suprir a ausência de normas federais sobre o tema, ou (b) a adicionar pormenores à lei federal básica já editada. Destarte, não pode haver conflito entre as legislações estaduais e a legislação federal que, se ocorrer, prevalecerá a legislação federal. Por isso, as leis estaduais que instituíram Fundos Penitenciários Estaduais, nos respectivos Estados, atribuindo-lhes a arrecadação das multas penais, são inconstitucionais, pois chocam-se com o art. 49 do Código Penal e com a Lei Complementar nº 79/94, que destinam ao Fundo Penitenciário Nacional a arrecadação das multas criminais. Se não houvesse essas previsões legais, as Unidades Federativas poderiam dispor livremente sobre os destinos das referidas arrecadações. No entanto, ante a existência das previsões do Código Penal e da Lei Complementar em análise, os Estados não podem dar-lhes destinações diversas. Ademais, a arrecadação proveniente das

multas penais sempre se destinou ao aparelhamento (construções e reformas) do Sistema Penitenciário Nacional, desde a sua origem, com a criação do Selo Penitenciário, através do Decreto nº 24.797/34, regulamentado pelo Decreto nº 1.141. Seguindo essa orientação, a Lei Complementar nº 79, em seu art. 1º, fixa os objetivos do Fundo Penitenciário Nacional, quais sejam, *"proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro"*. Logo, o produto da arrecadação dessas multas, em sua totalidade, está destinado, de forma vinculada, ao Fundo Penitenciário Nacional (art. 2º da LC nº 79/94). Dar-lhe outra destinação, como atribuí-lo a entidades sociais ou filantrópicas, ao arripio da lei — fazendo-se uma análise desapaixonada — poderá configurar improbidade administrativa e malversação de verbas públicas. Com efeito, por muito menos que isso, prefeitos têm sido levados à prisão por aplicarem verbas em rubricas diferentes.

Tratar-se de crimes de competência da Justiça Federal ou da Justiça dos Estados, é discussão bizantina. A Lei Complementar nº 79/94 destinou a arrecadação proveniente das sanções criminais pecuniárias, em um primeiro momento, ao Fundo Penitenciário Nacional, independentemente da natureza do crime ou da jurisdição competente para julgá-lo. Somente em um momento posterior, através de convênios celebrados, prevê o repasse de parcelas dessa arrecadação às unidades federativas (Estados e Distrito Federal). Em outros termos, embora, a rigor, a utilização dos recursos arrecadados destinem-se, em última instância, às unidades federativas, a gestão e gerenciamento de sua aplicação — vinculada expressamente aos objetivos definidos na lei criadora do FUNPEN — é prerrogativa exclusiva da União.

Finalmente, é injustificável a interpretação segundo a qual, após o trânsito em julgado, as multas penais devem ser inscritas em dívida ativa da Fazenda Pública, nos termos da lei. Que lei? Em primeiro lugar, a indigitada Lei nº 9.268/96 não prevê que a multa penal, em momento algum, deva ser inscrita em dívida ativa, como se tem afirmado; em segundo lugar, se previsse, seria uma heresia jurídica, pois transformaria um título judicial (sentença condenatória) em título extrajudicial (dívida ativa). Este, por consequente, mais sujeito a impugnações e embargos, demandando todo um procedimento administrativo, inadmissível para quem já dispõe de um título judicial, com toda sua carga de certeza; em terceiro lugar, deslocaria, ilegalmente, o crédito do Fundo Penitenciário Nacional para um crédito comum, extraorçamentário, da União. Dar interpretação extensiva à nova redação do art. 51 implica em alterar aquilo que expressa o texto legal, atribuindo-lhe uma elementar normativa de





que não dispõe — inscrição em dívida ativa — e, ao mesmo tempo, alterando a competência de órgãos jurisdicionais, além de desconstituir título judicial: sentença condenatória.

Por derradeiro, a quem competiria promover a inscrição da dívida ativa da União? A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instada a se manifestar, emitiu o judicioso Parecer nº 1.528/97, afastando de suas atribuições, por falta de previsão legal entre outros argumentos, inscrever em dívida ati-

va as multas penais. E, afora essa instituição, ninguém mais detém tal atribuição.

O autor é advogado em Porto Alegre (RS), ex-procurador de justiça, coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Criminais e doutor em Direito Penal.

AUSÊNCIA DE PROPOSTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TRANSAÇÃO PENAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

(Marcelo Rocha Monteiro)

A Lei nº 9.099/95, atendendo ao disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, criou os Juizados Especiais Criminais, em cujo âmbito instituiu-se, sempre de acordo com a previsão constitucional, a transação penal. Operou-se assim o que muitos chamam de uma verdadeira revolução no processo penal brasileiro, abrindo-se espaço para a composição do conflito de interesses entre a pretensão punitiva do Estado-Administração e o direito à liberdade do suposto autor do fato sem que seja necessário lançar mão da ação penal. A exemplo do *plea bargaining* americano e do *patteggiamento* italiano, a transação penal traz a pena por acordo das partes, homologado pelo juiz.

Rompe-se, assim, no âmbito das infrações de pequeno potencial ofensivo, com o dogma do *nulla poena sine iudicio*, abrindo-se para o Estado-Administração, "presenteado" (no dizer de Pontes de Miranda) pelo Ministério Público, dois caminhos para a persecução da pena: o do consenso, a ser obrigatoriamente tentado no Juizado Especial, a menos que presente qualquer das hipóteses do art. 76, § 2º, em seus três incisos; e a via tradicional, isto é, a propositura da ação penal, caso frustrada ou legalmente vedada a transação.

O legislador, no *caput* do já mencionado art. 76, conferiu a iniciativa da proposta ao Ministério Público. Solução diversa não faria sentido dentro de um sistema em que a persecução penal em juízo, nos crimes de ação pública, é função privativa do *Parquet*, bastando que se examine o art. 129, I, da Constituição. Desde já importa salientar, no entanto, que tal atribuição não importa em conferir ao promotor de justiça o poder de **discrecionariamente** decidir em que hipóteses proporá ou não a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade. Ao contrário, a decisão ministerial quanto a tentar a transação ou oferecer de imediato a denúncia oral estará **vinculada** aos pressupostos de cabimento da transação penal estabelecidos, *a contrario sensu*, nos incs. I, II e III do § 2º do art. 76. Assim, se o "autor do fato" já foi condenado, definitivamente, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; ou se já foi beneficiado por outra transação penal nos últimos cinco anos; ou ainda se seus antecedentes, conduta social e personalidade, bem como os motivos e circunstâncias da infração, contra-indicarem a medida, não deverá o promotor propor a transação. Caso ilegalmente o faça e venha

o "autor do fato" a aceitá-la, cabe ao juiz, no controle da legalidade do ato, deixar de homologar o acordo.

Alegam alguns que o promotor estaria vinculado aos pressupostos de cabimento da transação penal previstos *a contrario sensu* nos incs. I e II, pois teriam natureza "objetiva". Tal não ocorreria, porém, com aqueles do inc. III, ditos "subjetivos" e, por tal razão, entregues à discricionariedade do órgão ministerial. Aqui parece haver certa confusão entre subjetivismo e discricionariedade: é que o poder discricionário não se verifica na **constatação de um pressuposto fático**, a qual pode envolver certo grau de subjetivismo (ex.: concluir que o "autor do fato" tem péssima conduta social), ou ser puramente objetiva (ex.: constatar-se que o "autor do fato" já foi condenado), e sim na **escolha dos efeitos**, ou seja, das medidas que poderão ser adotadas a partir de tal constatação fática (ex.: propor ou não a transação penal). Se uma vez verificada a existência do pressuposto fático, surge a possibilidade de escolher um leque de medidas, tem-se poder discricionário. Porém, se diante da constatação de uma situação fática (ex.: o "autor do fato" foi beneficiado no ano anterior por uma transação penal) a lei só aponta uma medida a tomar (ex.: não tentar transação, e sim denunciar), não há dúvida de que se está diante de poder vinculado.

Dessa forma, não se pode fugir à conclusão de que, ausentes os óbices legais à transação, tem o promotor o **dever** de propor a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. E se não o fizer? A questão tem sido objeto de grande polêmica entre os operadores do Direito, vez que, aparentemente, o legislador teria deixado uma lacuna em ponto tão relevante. O que se pretende demonstrar a seguir é exatamente o contrário: não há qualquer lacuna que precise ser preenchida com interpretações que, com a devida vênia, são frontalmente *contra legem*.

Sustentam alguns ilustres intérpretes que, deixando o promotor de fazer a proposta quando cabível a mesma, o juiz, de ofício ou a requerimento do "autor do fato", substituiria o Ministério Público na transação, propondo ele próprio uma pena não privativa de liberdade; aceita esta pelo suposto infrator, o juiz homologaria um inusitado "acordo" entre julgador e somente uma das partes. Esta peculiar interpretação do significado de "consenso" se justificaria pelo

fato de que, quando se reconhece um dever do promotor de fazer a proposta, tem-se que reconhecer em contrapartida, o que é lógico, um direito subjetivo do "autor do fato". Mas, direito a quê? Ora, direito a uma pena não privativa de liberdade, conclui-se, que o Judiciário garantirá com a homologação da curiosa "transação unilateral"...

Quer-nos parecer haver aí um equívoco: dever do promotor de tentar a transação sem dúvida existe; um correspondente direito subjetivo do "autor do fato" é portanto inegável. Falar-se, porém, em "direito subjetivo à punição", convenhamos, é ferir a lógica. Faria sentido imaginar-se, por exemplo, que se o Estado por algum motivo não deflagra-se a *persecutio criminis*, poderia o indivíduo buscar sua própria punição exigindo pela via do mandado de segurança o seu "direito líquido e certo à pena X ou Y"? Afinal, isto é um **direito** seu? Imaginemos que o Ministério Público promova ilegalmente o arquivamento na audiência preliminar: pode o juiz, reconhecendo que o chamado autor de fato tem o curioso "direito de ser punido", simplesmente aplicar a pena? Alguém sustentaria tamanho absurdo? Claro que não. No entanto, se ser punido é "um direito", não deveria o Judiciário poder reconhecê-lo?

Parece-nos que bem mais correto do que proclamar que "todo homem tem o direito de ser punido" (?) seria reconhecer que o direito do indivíduo consiste em, **caso venha a ser acusado e, após o devido processo legal, condenado**, não ser punido além dos limites estabelecidos na lei. No caso específico do Juizado Especial, não seria mais acertado concluir que o **"autor do fato" tem o direito subjetivo de não ser processado criminalmente pelo Ministério Público se este não tentar antes o acordo?** Em outras palavras, se o promotor tem o dever de não denunciar sem antes propor a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, o "autor do fato" tem direito subjetivo de não ser denunciado sem que o Ministério Público tenha feito a proposta. Este é o procedimento legal devido no âmbito dos Juizados Especiais.

Assim, se ilegalmente o promotor denuncia sem antes formular a proposta, o juiz deverá exercer o papel que a Constituição Federal reserva ao juiz criminal, quando insere a cláusula do *due process of law* no





artigo que trata dos direitos e garantias individuais: juiz e processo (*iudicium e iudice*) estão ali como garantia contra eventuais abusos do Estado-Administração no exercício da função persecutória. Deverá assim o órgão jurisdicional, simplesmente, **rejeitar a denúncia ilegalmente oferecida**. Se o Estado-Administração, "presenteado", repita-se, pelo Ministério Público, pretende a punição do alegado infrator, deverá deflagrar a *persecutio criminis* na forma da lei, o que na hipótese da Lei nº 9.099/95 significa, primeiramente, buscar o acordo, para só depois, se frustrado este, legalmente acusar.

Estar-se-ia criando assim uma nova hipótese de rejeição da denúncia, não prevista pela lei? Absolutamente: não há aqui qualquer inovação, nada que já não esteja firmemente estabelecido, há décadas, pela Teoria Geral do Processo. A não admissão de uma demanda quando pode o autor obter aquilo que persegue sem necessidade de exercer o direito de ação (por meio de uma transação, por exemplo) é há muito reconhecida: trata-se do indeferimento da inicial por falta de interesse de agir.

Tratando do princípio *nulla poena sine iudicio* no já clássico "Teoria Geral do Processo", antes da vigência da Lei nº 9.099/95, ensinavam os mestres **Ada Pellegrini Grinover**, **Antônio Carlos Araújo Cintra** e **Cândido Rangel Dinamarco**:

"Este princípio pode ser encarado sob dois aspectos: a) proibição de autotutela do Estado; b) proibição de autocomposição (transação entre Estado e acusado, ou submissão voluntária deste)... Alguns ordenamentos jurídicos admitem a submissão do acusado à pena pecuniária; caso de submissão é também o plea of guilty do direito inglês. Há também, no direito americano, a bargaining, autêntica transação entre a acusação e a defesa para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que a daquele que é imputado ao réu. **No Brasil, o ordenamento jurídico vigente ainda não contém efetivamente qualquer medida dessa natureza, apesar da previsão constitucional (Const. 88, art. 98, inc. I)**" (grifamos; 7ª ed., pp. 34/35).

Evidente que, em tal ordenamento, jamais se poderia deixar de reconhecer, no exercício da ação penal condenatória, a **necessidade** da tutela jurisdicional face à **impossibilidade** de obter o Estado-Administração a satisfação do alegado direito de punir por alguma forma de autocomposição. Assim, impossível seria falar-se, na ação penal condenatória, em falta de interesse de agir (a não ser para os que identificavam tal condição com a "justa causa", posição criticada na obra acima citada — p. 230).

Hoje, porém, a realidade é outra: a tão celebrada inovação trazida pela Lei nº 9.099/95 é a possibilidade de buscar o Estado-Administração a satisfação do direito de punir pela via do consenso, sem necessidade de percorrer a penosa trilha do processo, com vantagens para o Estado e para o indivíduo. Portanto, a ação penal deixa aqui de ser o **único** para ser o **último** caminho. Se o promotor denunciar, requerendo a instauração do processo sem antes buscar o consen-

so, cabe ao juiz rejeitar a denúncia por falta de interesse de agir, nos termos do art. 43, III (faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal). Assim, estará garantindo ao indivíduo o direito constitucionalmente assegurado de não ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Se no entanto o juiz "substitui" o Ministério Público e aplica pena a quem não foi legalmente acusado, temos uma situação que vai muito além da violação frontal da lei para atingir o texto constitucional em seus aspectos fundamentais. Ignora-se a cláusula da *due process of law* aplicando-se pena que não resulta de nenhum dos dois únicos "processos" (aqui no sentido de procedimentos) legais devidos: o suposto infrator **não** realizou transação com o Ministério Público, nem foi **legalmente** denunciado. Não cabe alegar que foi ele próprio, ao aceitar a "proposta" do juiz, que dispôs do devido processo legal, pois não há de se imaginar que de tal garantia constitucional possa o indivíduo validamente dispor. Ainda que pudesse, porém, haveria outro óbice incontornável na Lei Maior: a separação absoluta estabelecida entre as funções persecutória e jurisdicional, marcando a opção do constituinte do Estado de Direito Democrático pelo sistema acusatório e seu repúdio ao juiz-inquisidor-acusador do código do Estado Novo. A pena *ex officio* (vale dizer: **sem iniciativa válida do órgão acusador**) é incompatível com a imparcialidade que hoje exige do julgador não só a Constituição mas o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Nesse contexto não cabe mais refutar a solução acima exposta com argumentos do tipo: "mas o juiz 'permitirá que fique impune' o autor de um ilícito penal?" Se em determinada hipótese o Ministério Público não se dispuser a legalmente exercer sua função persecutória, recusando-se a tentar o acordo e oferecendo uma denúncia ilegal, cabe ao Poder Judiciário garantir o direito do indivíduo de não ser ilegalmente processado, não sendo papel do juiz imparcial lançar-se na busca da punição do suposto infrator (ainda que a pretexto de "beneficiário") como "órgão auxiliar" ou "substituto" do Estado-Administração na *persecutio criminis*, ou "órgão interessado" nessa punição. Ao abraçar a cláusula do devido processo legal, certamente não quis o constituinte manter um sistema processual penal onde existissem **dois** órgãos oficiais, promotor e juiz, para tomar iniciativas buscando a punição de **um** indivíduo, o segundo suprimindo eventuais falhas do primeiro. Tais idéias, próprias do já tão defasado Código de Processo Penal (em dispositivos como os arts. 26, 28, 384, parágrafo único, etc.), não podem prevalecer sobre o texto constitucional na interpretação da Lei nº 9.099/95. Se o Ministério Público falha na deflagração da persecução penal, deve assumir suas responsabilidades, não cabendo ao Poder Judiciário transformar-se em órgão persecutório.

Os Juizados Especiais e especialmente a transação penal são inovações importantes em nosso processo penal. O novo processo

penal brasileiro deve ser construído sobre bases democráticas, dentre as quais figura a separação das funções de persecução e jurisdição, esta inerte, como garantia da imparcialidade do Judiciário. Em dispositivos como a cláusula da *due process of law* e a proibição da prova ilícita, o constituinte deixou clara a prevalência das garantias fundamentais do indivíduo (e esse deve ser o norte da atuação do juiz criminal) sobre o chamado princípio da defesa social, tão caro à Escola Positiva do Processo Penal, inspiradora do Código Rocco e do estatuto brasileiro. A ideologia que inspirou o constituinte certamente não coincide com aquela que gerou o antigo código italiano e o ainda vigente diploma brasileiro. O País optou pela democracia, e tal opção, com rigorosa separação das funções do Estado, deve ser respeitada na interpretação das normas processuais penais.

O autor é promotor de justiça no Rio de Janeiro e professor de Direito Processual Penal da UERJ.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

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

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA