

BOLETIM

ANO 6 N° 65
ABRIL / 1998

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

VII SEMINÁRIO REGIONAL DO IBCCRIM

O IBCCrim e a UNIMEP realizarão, nos dias 28 e 29 de abril de 1998, o VII Seminário Regional do IBCCrim, tendo como tema o **Código de Trânsito Brasileiro**

Local: **Salão Verde - Campus Taquaral** - Horário: das 19:00 às 22:00 hs.

28.04.98 - 19:30hs - Terça-feira:

"ASPECTOS CRIMINAIS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO"

Palestrante: **Sérgio Salomão Shecaira**

Debatedores: **Cláudio do Prado Amaral**
e **Roney Antonio Rodrigues**

29.04.98 - 19:30hs - Quarta-feira:

"ASPECTOS CIVIS E ADMINISTRATIVOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO"

Palestrante: **Geraldo de Faria Lemos Pinheiro**

Debatedores: **Joelio Ferreira de Moura** e **Luis Fernando Silveira Mello**

INSCRIÇÕES:

Estudantes: **R\$ 10,00** (dez reais)

Associados do PAPGD: **R\$ 5,00** (cinco reais)

Informações: **UNIMEP - Campus Taquaral - Bloco 9**

Secretaria de Pós-Graduação - Tel. (019) 422-1515 - ramais 369 e 420

IBCCrim: Rua XI de Agosto, 52, 2º andar - São Paulo - SP

Novos tels.: (011) 3107-6743, 3105-6482, 3015-4607 e 3016-9306

O **IBCCrim**, em face da exoneração do dr. **Roberto Maurício Genofre** do cargo de corregedor da Polícia Civil do Estado de São Paulo, solidariza-se com o seu colaborador e associado e o congratula pela postura ética e democrática sempre mantida durante o exercício do cargo.

Leia na pág. 2 carta do min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, coordenador dos trabalhos da Comissão instituída pela Portaria nº 1.265/97, acerca do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal.

Seminário promovido pelo
IBCCrim:

As NOVAS LEIS PENAIS

Local: **Auditório da Apamagis-SP**

Horário: 19 horas.

18.05.98 - Segunda-feira

Palestra:

"LEI AMBIENTAL"

Palestrante:

Ivette Senise Ferreira

19.05.98 - Terça-feira

Palestra:

"LEI ELEITORAL"

Palestrante:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior

20.05.98 - Quarta-feira

Palestra:

"LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO"

Palestrante:

Roberto Podval

21.05.98 - Quinta-feira

Palestra:

"CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO"

Palestrante:

Sérgio Salomão Shecaira

Assine ou renove a
**Revista Brasileira
de Ciências Criminais**

Assinatura anual para associados: **R\$ 84,00**

REFORMA PENAL

Brasília, 25 de março de 1998

Excelentíssimo Senhor
Dr. **Sérgio Salomão Shecaira**
IBCCrim
São Paulo

No **Boletim do IBCCrim**, ano 6, nº 64, março/1998, o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** deixou expresso discordar "*da fixação de prazos diminutos para a elaboração do anteprojeto, o que impede o debate e a necessária e ampla discussão do assunto*". Aderiu "*às observações feitas pelo professor René Ariel Dotti, que publicou nesta edição na página 2*".

No dia 2 de março estive com o ilustre Presidente do **IBCCrim**, Dr. **Sérgio Salomão Shecaira**, em Brasília, onde veio, a meu convite, proferir aula no Curso de Especialização para Juizes Federais. No dia seguinte, por telefone, cuja ligação fora de minha iniciativa, participou-me que o **Instituto** deliberara não concordar com a metodologia da comissão. Nada me foi perguntado; por isso, limitei-me a receber a comunicação. No dia 6 seguinte, novamente estivemos juntos, em Seminário sobre o Código Nacional de Trânsito. Não toquei no assunto, embora já tivesse ciência do conteúdo da publicação. Nada respondi porque nada me foi perguntado. Nossa conversa não foi além de amenidades. Se houves-

se "contraditório", talvez outra fosse a posição do **Instituto**.

A Portaria do Ministro da Justiça fixou prazo para conclusão dos trabalhos. Aliás, não é inusitado no Ministério da Justiça. Portaria do ministro **Nelson Jobim** (Portaria nº 315, de 7 de abril de 1995, DOU de 10.04.95), para o mesmo desafio, marcou o tempo de 120 — cento e vinte — dias. De outro lado, todos os indicados aceitaram a incumbência, compareceram a reuniões. Na primeira, definiu-se a metodologia de trabalho. Tomou-se como referência o "Esboço de Anteprojeto do Código Penal - Parte Especial", concluído em 1994, cuja comissão fora constituída pelo Ministro **Maurício Corrêa**. O texto, por sua vez, reexaminara o anteprojeto de 1984, quando ministro da Justiça **Ibrahim Abi Ackel**.

Dessa forma, dar-se-ia, como se deu, seqüência a dois trabalhos. Não era inadequado, portanto, em ritmo de tempo integral e dedicação exclusiva, concluir o estudo.

De outro lado não se "*impede o debate e a necessária e ampla discussão do assunto*".

Em nenhuma passagem, foi citado o art. 4º da Portaria do ministro **Íris Rezende**:

"O resultado do trabalho da Comissão será publicado, visando ao recebimento de sugestões da comunidade."

Não houve, portanto, perdô-me a ênfase — em instante algum — propósito de o trabalho, de um momento para outro con-

verter-se em projeto. Nunca foi propósito manter os estudos restritos a poucas pessoas. A divulgação foi ampla. A imprensa solicitou e após as reuniões, havia *briefing*. Os temas foram divulgados em horário nobre de rádio e televisão. Os principais jornais dedicaram editoriais. Nunca atividade de proposta de reforma penal foi tão comentada. Toda a Nação conhece os trabalhos da Comissão.

Se não bastasse esse fato, penso, notório e conhecido, ontem, o ministro da Justiça, em solenidade pública, recebeu o anteprojeto da Comissão. Ato contínuo, determinou, como prometera, sua publicação no Diário Oficial, fixando, ademais, prazo até o dia 31 de agosto deste ano para recebimento de críticas e sugestões. Fê-lo de modo amplo. As mensagens podem ser endereçadas via correio, ou pela Internet.

O mundo jurídico, insisto, está ciente, dada a transparência dos trabalhos, de tudo que se passa.

Solicito, por isso, a publicação desta resposta, conferindo-se o mesmo realce.

Atenciosamente,
Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**.

NOTA DA DIRETORIA

A posição externada pelo IBCCrim na capa do último Boletim refletiu o pensamento de sua Diretoria e não qualquer decisão de caráter pessoal.

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: **Tatiana Viggiani Bicudo**, **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,
3015-4607 e 3016-9306
http://www.ibccrim.com.br
e-mail: **ibccrim@mgnet.com.br**

LIVROS DOADOS À BIBLIOTECA DO IBCCrim

📖 **CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

- **Geraldo de Faria Lemos Pinheiro/Dorival Ribeiro/Juarez de Oliveira** - São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

(Os associados do IBCCrim têm 40% de desconto na compra deste livro na sede da entidade).

📖 **AS MODALIDADES DE PRISÃO PROVISÓRIA E SEU PRAZO DE DURAÇÃO**

- **Roberto Delmanto Junior** - Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

📖 **CÓDIGO PENAL ANOTADO**

- **Celso Delmanto/Roberto Delmanto/ Roberto Delmanto Junior** - 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

📖 **COMO SE PREPARAR PARA O EXAME DE ORDEM**

- **Vauledir Ribeiro Santos** - Método Editora, SP, 1998.

O CTB E O HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO - DUAS PENAS E DUAS MEDIDAS

(João José Leal)

O CTB e um novo subsistema punitivo

Enfim, temos um novo Código de Trânsito. Sua necessidade era inquestionável. O anterior, promulgado em 1966 (Lei nº 5.108/66), envelheceu rapidamente. Ninguém nega, também, a necessidade de um controle jurídico mais eficaz, racional e efetivo do trânsito brasileiro, responsável por 36.000 mil mortos, em 1996 (*Folha de S. Paulo*, Caderno 3, p. 4, 30.08.97).

Diferente do anterior, o novo CTB criou um subsistema punitivo especial ou marginal, marcado por reprimendas específicas às infrações penais de trânsito, como é o caso da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, agora erigida à categoria de pena principal, aplicável de forma isolada ou cumulativa e com prazo de duração de dois meses a cinco anos (arts. 292 e 293).

Os dois capítulos referentes às penas e aos crimes de trânsito foram objeto de severas e ácidas críticas da parte de eminentes penalistas (ver *Boletim IBCCrim* 61, dez/97). Os adjetivos utilizados nos diversos trabalhos doutrinários para saudar as inovações penais trazidas pelo CTB não foram nada amistosos. Concordamos com a maior parte das posições críticas ali publicadas.

Neste trabalho, pretendemos abordar alguns aspectos jurídico-penais relativos ao novo tipo penal, que pode ser chamado de **homicídio culposo de trânsito** ou **automotivo**.

Descrição imperfeita do tipo

Ao criar um tipo especial de homicídio culposo (art. 302), o legislador cometeu um equívoco tão grave quanto desnecessário. Aliás, dois erros ao mesmo tempo. O primeiro deve-se ao fato de ter cindido o homicídio negligente em duas figuras típicas distintas, deslocando uma delas do seu topo normativo natural, que é o CP. Por se tratar de crime secular e universalmente punitivo, sua sede normativa deve ser, indiscutivelmente, a do capítulo dos crimes contra a vida da lei repressiva unificada. Tratar o homicídio culposo fora do CP contraria os princípios mais elementares de lógica e de técnica jurídica e subverte toda a construção sistêmica do Direito Penal.

Também não foi feliz o legislador ao descrever o novo tipo da forma como o fez: "praticar homicídio culposo" (...). Nunca foi de boa técnica legislativa utilizar-se do *nomen juris* para descrever a conduta que se pretende incriminar. É claro que o aplicador da lei penal conhece o sentido semântico e jurídico-penal de **homicídio culposo**. Mas isto não é suficiente, porque a lei destina-se a todos os cidadãos e o princípio da legalidade exige a descrição clara, objetiva e precisa da conduta criminosa, o que não foi respeitado pelo dispositivo em exame. Se assim fosse admissível, bastaria a lei penal dizer: praticar furto, estupro, estelionato, etc., fixar a respectiva sanção e o sistema punitivo

seria facilmente construído, mas sem a precisão que a regra da taxatividade impõe, por exigência do Estado Democrático de Direito.

Fosse necessária e conveniente uma nova descrição da figura típica do homicídio culposo de trânsito (hipótese que refutamos de forma peremptória), o mais correto seria defini-lo da seguinte forma: **causar a morte de alguém, por imprudência, negligência ou imperícia, na direção de veículo automotor**.

Tipo penal de dupla face

Com a nova norma penal incriminadora, criou-se uma situação verdadeiramente estranha e esdrúxula. Continuamos com o homicídio culposo, correspondente a qualquer conduta causadora da morte de uma pessoa por imprudência, negligência ou imperícia e temos agora o homicídio culposo de trânsito, sempre que praticado na direção de um veículo automotor. O primeiro é o tipo penal descrito no art. 121, § 3º, do CP e que, a partir de agora, deve receber o *nomen juris* de homicídio culposo simples, para diferenciá-lo da nova figura típica do homicídio culposo de trânsito, qualificado pela circunstância de ser praticado ao volante de um veículo automotor.

A partir da vigência do CTB, estamos convivendo com uma conduta delituosa constituída do mesmo tipo objetivo (matar alguém culposamente), que possui um mesmo objeto jurídico e material (a vida humana), mas que a formaliza mediante duas categorias típicas diferenciadas. A primeira é a do homicídio culposo comum, que se mantém como tipo penal de execução aberta, ou seja, infração com forma livre de realização do tipo objetivo (por exemplo: manejo imprudente de uma arma de fogo; realização de uma cirurgia ou de um cálculo estrutural sem a necessária habilitação técnica; negligência na manutenção da rede elétrica de um prédio comercial, etc.). A outra é a do homicídio culposo de trânsito, considerada mais grave e, em consequência, marcada por uma maior carga punitiva. Esta nova figura típica aparece no vasto espectro da tipologia penal brasileira como uma infração com forma fechada ou específica de realização ("na direção de veículo automotor"). Só haverá homicídio culposo de trânsito, se a morte da vítima for causada na direção de veículo automotor.

Trata-se, sem dúvida, de um tipo penal de dupla face. Temos, a partir de agora, o homicídio culposo comum ou simples, tipificado no art. 121, § 3º, do CP, e a sua interface automotiva mais severa, descrita no art. 302, *caput*, do CTB. A nosso ver, a inovação legislativa incidiu em grave equívoco técnico-jurídico porque o sistema passou a operar com duas medidas punitivas diferentes para um mesmo tipo de conduta culposa.

Homicídio culposo de trânsito e aumento da carga punitiva

Durante o processo legislativo que culmi-

nou com a aprovação do novo CTB, ficou evidenciado um dos propósitos do legislador: tornar mais efetiva e mais severa a repressão criminal aos autores dos crimes de trânsito. No tocante ao homicídio culposo, a pena mínima foi aumentada para dois anos e a máxima para quatro anos de detenção. Considerando-se que se trata de infração penal grave, por atingir o bem jurídico de maior valor que é a vida humana (mesmo se praticada na forma culposa), compreende-se a opção assumida pelo legislador em favor do endurecimento da resposta punitiva para o homicídio culposo de trânsito. Afinal, aplicada em seu mínimo, a pena de dois anos de detenção pode ser suspensa nos termos do art. 77 e segs. do CP. Além disso, não devemos esquecer que o furto qualificado continua punido com pena mínima de dois anos de reclusão.

O que fica difícil compreender é a dicotomia criada pela nova lei: o sistema opera agora com dois pesos e duas medidas para punir um mesmo tipo de conduta delituosa. Para o Direito Penal vigente, se alguém causa a morte involuntária de uma pessoa, mediante grave negligência ou imperícia ao manejar uma arma de fogo, ao montar um cavalo, ao elaborar um cálculo estrutural de uma laje de concreto que vem a desabar, ao se omitir no cuidado devido na manutenção de uma rede elétrica que vem a causar um incêndio numa casa comercial, em qualquer um destes casos, o crime praticado será necessariamente o de homicídio culposo simples. Na verdade, por mais intenso que tenha sido o grau da culpa, seja qual for a circunstância desfavorável que torne o crime mais grave e reprovável, **a pena mínima será de um ano e a máxima de três anos de detenção**.

No entanto, basta uma simples e trivial negligência ao volante de um veículo automotor causadora de um homicídio, para que este seja punido com uma pena mínima de **dois anos e máxima de quatro anos de detenção**. Há aí uma diferença quantitativa que estabelece uma injustificável e desnecessária assimetria no sistema punitivo.

Estamos diante de uma impropriedade jurídico-penal que fere o princípio da razoabilidade, porque não é sensato partir da presunção jurídica de que todo o homicídio culposo de trânsito é necessariamente mais grave do que qualquer outro que não tenha sido praticado na direção de um veículo automotor. Entendemos que o aumento da carga punitiva apenas para o homicídio culposo de trânsito criou uma grave disfunção no sistema penal. Em muitos casos concretos, a reprimenda mais severa não estará sendo aplicada aos autores das infrações mais graves.

Crime culposo simples e qualificado

Ao descrever o homicídio culposo de trânsito e fixar-lhe novos marcos punitivos mais





graves, o art. 302, *caput*, do CTB, criou a figura do homicídio culposo qualificado, que se caracteriza pela circunstância objetiva de ser causado "na direção de veículo automotor", circunstância esta que se transforma, por força do novo dispositivo legal, numa qualificadora específica do tipo penal em exame.

Este continua sendo um tipo aberto, como as demais infrações culposas, mas integrado agora por um elemento normativo, que é o conceito de *veículo automotor*: "*Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas*" (anexo I do CTB).

Assim, todo homicídio praticado culposamente na direção de um caminhão, ônibus, caminhonete(e), trator, motocicleta, ou outro veículo que se enquadre no conceito acima, será um homicídio culposo qualificado e o seu autor estará sujeito às sanções mais graves, previstas no art. 302 do CTB.

No entanto, por mais graves que sejam as consequências ético-jurídicas da conduta culposa, não será qualificado o homicídio praticado na direção de aviões, de bicicletas, navios e embarcações em geral, carros e carroças de tração animal ou na condução do próprio animal (estes tipos de veículo não se incluem no conceito de **veículo automotor** adotado pelo Anexo I do novo código). Estes serão casos de homicídio culposo simples, que continuam enquadrados na moldura típica descrita no § 3º do art. 121 do CP.

A inovação rompeu com a sistemática legislativa vigente, que tem optado por acoplar a figura qualificada ao tipo penal simples, descrevendo-a, em regra, num parágrafo do próprio dispositivo que define a conduta criminosa em sua forma básica. Essa fissura sistêmica dificulta a correta compreensão e a aplicação uniforme do direito e de

suas normas. No caso em exame, a distância topográfica entre as duas figuras abre margem à discussão sobre a natureza da nova forma típica de homicídio culposo.

Dupla sanção - detenção e suspensão

A proposta punitiva de maior severidade não se limitou em aumentar as quantidades mínima e máxima da pena detentiva, para o homicídio culposo de trânsito. Cominou também, de forma cumulativa, a imposição da pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, com duração de dois meses a cinco anos. A nova disposição sancionatória deve ser assim interpretada: o condenado que não possuir permissão ou habilitação, ficará proibido de obtê-las pelo prazo fixado na sentença; o condenado com **permissão** ou com **habilitação** definitiva terá esse direito suspenso, também pelo prazo que o juiz fixar, observados os marcos estabelecidos pela norma penal especial (art. 293, *caput*, do CTB). Vale ressaltar que a permissão é sempre concedida em caráter probatório, pelo período de um ano.

Não há qualquer dúvida quanto ao teor do preceito secundário contido no art. 302, *caput*: a partir de agora, o condenado por homicídio de trânsito será obrigatória e duplamente sancionado. Receberá uma pena privativa de liberdade (detenção) e outra restritiva de direitos, esta sujeita às novas regras especiais estabelecidas nos arts. 291 e segs. do CTB. Resta esperar para conferir a posição da jurisprudência, que vinha resistindo a aplicar esta espécie de pena restritiva prevista no art. 47, inc. III, com cominação expressa no art. 57 do CP, ao motorista profissional, sob a justificativa de que representa um contrasenso impedir um condenado em liberdade de exercer o seu trabalho lícito (*JTACrSP*, 86/422, 88/385, 94/241 e *RT* 649/279).

Considerações finais

O legislador tem sido o alvo principal de

todo o discurso crítico que tem condenado a inconveniência, a imperfeição e mesmo a insensatez das últimas leis penais (Leis nºs 8.072/90, 8.137/90, 9.034/95, 9.268/96, 9.271/96 e 9.099/95). No entanto, é preciso reconhecer que tais projetos de lei têm sido elaborados, discutidos e revisados por juristas. Temos um Conselho Nacional de Política Penal e Penitenciária, integrado por competentes e lúcidos penalistas, responsável pelas diretrizes político-jurídicas que devem fundamentar o sistema punitivo brasileiro. Sabemos, também, que parcela de nossos congressistas possui formação jurídica.

Na verdade, o legislador, este ente político abstrato que representa a sociedade civil, é o responsável último pela aprovação das leis que disciplinam a vida social no Estado Democrático de Direito. Esta responsabilidade política, no entanto, deve ser compartilhada também com todos os cidadãos, responsáveis primeiros pela escolha do próprio legislador. E, no caso das leis penais, nós, penalistas e operadores do Direito Penal, não podemos simplesmente lavar as mãos e adotar uma atitude de crítica meramente teórica. Somos também responsáveis pela aprovação das leis penais e quando estas apresentam imperfeições, incongruências, afrontam o bom senso e a razão, devemos dar-lhes uma interpretação razoável, uma aplicação consentânea com os princípios humanísticos e constitucionais penais, que formam a base político-jurídica do Direito Penal do Estado Democrático de Direito.

No caso do dispositivo em exame, entendemos que é preciso muito mais. É preciso lutar para que o Congresso Nacional venha a revogá-lo através da aprovação de uma nova lei que mantenha a unicidade típica do homicídio culposo, bem como sua sede normativa no capítulo referente aos crimes contra a vida do Código Penal.

O autor é professor de Direito Penal e diretor do Centro de Ciências Jurídicas/FURB.

A DERROGAÇÃO DA CONTRAÇÃO DO ART. 32 DA LCP

(Victor Eduardo Rios Gonçalves)

Até há pouco tempo, a conduta de dirigir veículos pela via pública sem a devida habilitação, ainda que sem gerar perigo de dano, caracterizava infrações distintas mas perfeitamente cumuláveis, posto que de natureza diversas. O art. 32 da Lei das Contravenções estabelecia sanção pecuniária de caráter penal, para quem infringisse seus termos, enquanto o art. 89, I, da Lei nº 5.180/66 (antigo Código Nacional de Trânsito), previa também a aplicação de multa para a hipótese.

Pois bem: o novo Código de Trânsito, em seu art. 162, I, continua a prever pena de multa para o motorista que venha a dirigir veículo pela via pública sem habilitação, ainda que não exponha alguém a risco. O mesmo diploma, entretanto, criminalizou tal conduta em seu art. 309, mas desde que o fato provoque perigo de dano. É evidente, portanto, que se a conduta causa tal situação de perigo estará tipificado o novo crime.

A questão que se apresenta, todavia, é a seguinte: se o agente se limita a dirigir o veículo na via pública, sem gerar qualquer

situação de risco, continuará sendo aplicável a contração do art. 32 da LCP?

Ora, como a contração possui uma elementar a menos em relação ao novo crime, poder-se-ia, em um raciocínio superficial, responder afirmativamente à indagação.

A conclusão, entretanto, é em sentido contrário.

Com efeito, o novo Código de Trânsito inovou a matéria, ao tratar em seu corpo tanto da questão administrativa, quanto da penal, fazendo-o, entretanto, de forma diversa da que ocorria anteriormente, em que tínhamos duas leis regulamentando o tema.

Nesse momento não se pode esquecer da importante regra do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, no sentido de que **a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior**.

Ora, com isso fica claro que, no novo código, o legislador, ao regular toda a maté-

ria (penal e administrativa), revogou, ainda que tacitamente, as disposições anteriores, uma vez que tratou o assunto de forma diversa, ou seja, para o mero fato de dirigir pela via pública sem possuir habilitação tipificou infração administrativa e para a mesma conduta, desde que provoque perigo de dano, infração penal (crime).

O art. 32 da LCP está, portanto, derogado, valendo apenas no que se refere à sua segunda parte (dirigir, sem a devida habilitação, embarcação a motor em águas públicas).

Em razão disso, tendo havido *abolitio criminis* (art. 107, III, do CP), deve ser declarada extinta a punibilidade de todos aqueles que estejam sendo processados como incurso no mencionado art. 32 da LCP e, pelo mesmo motivo, deve também ser declarada extinta a pena daqueles condenados com fundamento em tal dispositivo.

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

GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E AMBIENTAIS.

TUTELA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E OS AGENTES PÚBLICOS

(Eduardo Luiz Santos Cabette)

Pretende-se no decorrer do presente trabalho, versar sobre a admissibilidade das gravações clandestinas e ambientais como provas legais no caso específico dos agentes públicos que, no exercício de suas funções, incidem em condutas ilícitas, desprestigiando e desacreditando a administração, agindo de forma inversa àquela que se tem expectativa na sociedade.

Inicialmente, é salutar a distinção das interceptações telefônicas, que consistem no ato de um terceiro captar a comunicação telefônica alheia sem o conhecimento dos comunicadores⁽¹⁾, atividade esta regulamentada nos termos do art. 5º, XII, CF, pela Lei nº 9.296/96. Neste caso a norma constitucional é peremptória e cristalina, de modo que não há se falar em qualquer ato válido sem obediência estrita às formalidades legais, sendo prevista inclusive figura criminosa no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

Por seu turno, a disciplina referente às gravações clandestinas⁽²⁾ (captação da comunicação telefônica feita por um dos comunicadores sem o consentimento do outro) e das gravações ambientais⁽³⁾ (captação da conversa entre presentes num determinado espaço físico sem o conhecimento da outra parte), tem sua previsão constitucional não no art. 5º, XII, mas dizem respeito, dentre os direitos individuais, à tutela da intimidade e da vida privada. Portanto, a proteção constitucional em casos tais é aquela prevista no art. 5º, X, CF, onde se prevê inclusive "o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Esta ilação resulta clara na exegese dos dispositivos supra, pois certamente o sigilo das comunicações se refere àquelas de terceiros.

A legislação ordinária confirma esta interpretação desde o art. 151, § 1º, II, do CP, até o recente art. 10 da Lei nº 9.296/96, que restringem seu âmbito de valia às comunicações entre terceiros. Aliás, a novel Lei nº 9.296/96, deixou de regulamentar, lamentavelmente, as gravações ambientais e clandestinas, fato este objeto de arguta crítica⁽⁴⁾ onde se aduz que "outro ponto foi o de a lei só ter mencionado a interceptação, ficando excluídas do texto a escuta e a gravação das comunicações telefônicas, o que gerará controvérsias sobre a licitude da prova obtida por esses meios. Nem cuidou também, (...) da gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, tema que é objeto de acesa controvérsia".

Na doutrina⁽⁵⁾ há consenso neste tema no sentido de que "as gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, com o desconhecimento dos interlocutores, ou por um deles, sem o conhecimento do outro não se enquadram na regulamentação do art. 5º, XII, CF. O mesmo vale para a gravação clandestina de um telefonema por um dos sujeitos da conversa, sem o conhecimento do outro que, como dito, não caracteriza interceptação telefônica, portanto aqui não está em jogo o sigilo da comunicação".

Também a jurisprudência "distingue a interceptação telefônica da gravação de conversa própria com terceiro, tendendo a admiti-la no processo civil: TJSP, RT 573/110; TASP, AI 209.028-2, 2ª Câmara, j. 20.05.87, in Bol. AASP 05.08.87; TJRS, MS 689.079.465, 2ª Câmara, j. 08.02.90; TJSP, 4ª Câmara, RJTJESP, 122/466"⁽⁶⁾.

Em recente artigo, Grinover⁽⁷⁾ reafirma esta posição lecionando que a lei "não abrange a gravação da conversa telefônica própria, feita

por um dos interlocutores sem o consentimento do outro: conduta essa que não se enquadra no conceito de interceptação, e consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria. Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art. 5º, XII, CF), é preferível ao inciso X do mesmo dispositivo (proteção à intimidade) (...)" E prossegue: "A lei tão pouco ocupa-se das chamadas 'gravações ambientais', ou entre presentes, entendendo-se, por este termo, a captação clandestina de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve."

No mesmo diapasão manifestam-se Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini⁽⁸⁾: "As gravações telefônicas que consistem na captação da comunicação telefônica feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro, como vimos, estão fora da disciplina jurídica da Lei 9.296/96. Isso significa dizer que, no Brasil, não existe lei admitindo-as." Tanto a gravação de conversa telefônica própria como a de conversação entre presentes são consideradas gravações clandestinas. "Ambas não possuem disciplina jurídica própria entre nós. Ambas configuram, destarte, violação ao art. 5º, X, da CF, que assegura o direito à **privacidade e intimidade**" (grifo nosso)⁽⁹⁾.

Neste ponto, devidamente determinada a topografia da tutela constitucional violada pelas gravações clandestinas e ambientais (art. 5º, X, CF), cabe-nos delimitar seu campo de atuação.

A proteção constitucional se refere à esfera privada, individual, íntima do sujeito. Esta a doutrina⁽¹⁰⁾: "O inciso X oferece guarida ao direito à reserva da **intimidade** assim como ao da **vida privada**. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua **vida privada e familiar**, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a **privacidade de cada um**, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área existencial do ser humano" (grifo nosso).

Bem define a tutela específica do dispositivo Geraldo Prado⁽¹¹⁾ afirmando que "é a intimidade, cuja revelação depende exclusivamente da vontade livre do sujeito do direito (...)"

No caso das interceptações telefônicas propriamente ditas, acobertadas pelo inciso XII do art. 5º, CF, e reguladas pela Lei nº 9.296/96, como já dito linhas passadas, não se pode falar em prova legal que avilte as disposições supra-mencionadas, pois o sigilo das comunicações possui tutela e disciplina específicas.

Hoje, o art. 10 da Lei de Interceptações Telefônicas protege exclusivamente um aspecto da privacidade, a liberdade de comunicação⁽¹²⁾. E anteriormente, o art. 151, § 1º, II, do CP abordava a mesma matéria, apenas com menor abrangência (previa apenas a divulgação, transmissão ou utilização abusivas)⁽¹³⁾.

Pondo de lado a vedação absoluta vigente na atualidade, conforme acima mencionado, constata-se que a doutrina na análise do artigo do Código Penal supra, também se referia à intimidade como bem jurídico defendido.

Tenha-se em conta a lição de Aníbal Bruno⁽¹⁴⁾: "O bem jurídico tutelado é a **esfera particular de segredo de cada um**, que o direito protege contra a intromissão indevida de qualquer outro" (grifo nosso).

No aspecto processual, um estudo percucente da matéria demonstra que a motivação

para a rejeição de gravações clandestinas e ambientais como provas legais, tem seu fulcro sempre na violação da esfera privada do indivíduo.

Tucci⁽¹⁵⁾ expõe que "tudo isso, indubitavelmente, atenta contra o **direito do indivíduo à privacidade das diversificadas espécies de comunicação, bem como dos dados que lhes são particulares, íntimos e, por sua vontade, impublicizáveis**".

Tourinho⁽¹⁶⁾ aduz que "metem-se a rol, entre as provas não permitidas, aquelas objeto de captação clandestina de conversações telefônicas, de microfones dissimulados para captar **conversações íntimas** (...)" (grifo nosso). E segue⁽¹⁷⁾: "(...) evidente não mais poderem ser admitidas aquelas provas obtidas com afronta à dignidade humana e àqueles direitos fundamentais de que trata a Lei das leis. Assim, (...), a gravação de conversas ou de cenas fotográficas ou cinematográficas **das pessoas em seu círculo privado, ou em circunstâncias íntimas** ou que lhes sejam **particularmente penosas**, (...)" (grifo nosso).

Na mesma direção o ensinamento de Frederico Marques⁽¹⁸⁾: "Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro em aparelhos eletrônicos, de **conversações íntimas**" (grifo nosso).

Em arremate, vale deixar registrada a manifestação de Mirabete⁽¹⁹⁾: "Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados e com captação não autorizada judicialmente das conversações telefônicas (art. 5º, XII); com violação de domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (art. 5º XI); com violação da **intimidade**, como as fonográficas, de fitas gravadas de **contatos em encontros de caráter privado e sigiloso** (art. 5º, X), (...)" (grifo nosso).

Parece-nos devidamente demonstrado que a tutela constitucional se dirige à esfera íntima do sujeito. Assim sendo, seria tal proteção cabível ao agente público no exercício de suas funções?

Agentes públicos "são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado e não ao agente que o exerce (...)"⁽²⁰⁾.

Não somente a própria definição supra do agente público e sua característica impessoal acenam com uma resposta negativa à indagação formulada, como, especialmente, um dos princípios basilares da administração pública, qual seja, o da **publicidade**. E aqui é importante se ter em mente que ela "como princípio da administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes"⁽²¹⁾.

Desse modo, não é admissível fazer valer em prol do agente público gravado no exercício de suas funções a garantia constitucional que se refere à sua vida privada. Sua atuação pública deve ter o máximo de transparência possível.

É comum nos Estados Unidos, por exemplo, a instalação pela própria administração de





câmeras em viaturas e plantões policiais a fim de documentar as ações dos agentes e assim preservar a população e os próprios policiais, tornando sua atuação absolutamente transparente.

A própria legislação brasileira mais recente vem se modernizando no cumprimento do princípio da oralidade, de modo que o art. 65, § 3º, da Lei nº 9.099/95 permite a gravação em fita magnética de audiência de instrução e julgamento.

Geraldo Prado⁽²²⁾ aduz que "neste tópico convém frisar que a adoção do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade há de ser invocado para resolver eventual conflito pela colisão dos direitos fundamentais, porém fica evidente o desígnio do legislador de que não existe uma esfera absoluta de privacidade, quando o processo comunicativo versar sobre fatos de interesse público ou comum" (grifo nosso).

Dir-se-á que toda a argumentação ora despendida não poderia ser acatada porque o ordenamento estaria admitindo uma prova obtida por meio de conduta criminalmente punível. Ledo engano, pois que a chamada gravação clandestina ou ambiental é atípica com referência ao art. 10 da Lei nº 9.296/96 e mesmo no que tange ao art. 151, § 1º, II, CP. Poderia, eventualmente, haver infringência ao art. 153, CP (divulgação de segredo), o que não se opera na espécie por falta de elemento normativo do tipo (sem justa causa)⁽²³⁾, no caso específico do indivíduo que grava a atuação ilícita do agente público em suas funções, pois que estaria não só defendendo direito próprio, como também o interesse público.

Esse o magistério pacífico⁽²⁴⁾: "A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores, que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja, a violação de segredo. No Brasil, o art. 5º, X, CF, protege expressamente o direito à intimidade; e o art. 153, CP, tipifica como crime a divulgação de segredo, caracterizando-a como a 'divulgação, sem justa causa, de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem' (grifo nosso). Neste caso, a divulgação da conversa confidencial, como prova penal incriminadora, será ilícita, sujeitando-se às regras que regem a matéria. Mas a justa causa pode descaracterizar a ilicitude, quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa" (grifo nosso).

"A doutrina internacional não considera ilícita a divulgação de gravação clandestina de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando a situação à de quem age em legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade."⁽²⁵⁾

Na mesma toada a lição de **Sérgio Pitombo**⁽²⁶⁾: "A gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores, de forma escondida, não interessa ao sigilo das comunicações, (...). Muitas vezes a chamada gravação clandestina exibe-se qual meio de a vítima defender-se da injúria verbal, ameaça e da extorsão; ou de outros crimes, especialmente funcionais, como a concussão e a corrupção passiva, não esquecendo a ativa" (grifo nosso).

Corroborando este entendimento **Noronha**⁽²⁷⁾, dizendo que "o tipo descrito pelo legislador não é de mera descrição objetiva, é anormal,

caracterizado pelo elemento normativo, con-dizente com a antijuridicidade — indevidamente e abusivamente. A ação há de ser non jure, ilícita e ilegítima. Se alguém se conduziu na forma prevista, para evitar um crime, não incidiria no dispositivo".

E ainda uma vez mais **Gomes e Cervini**⁽²⁸⁾ em publicação especializada afirmam: "De qualquer modo, não é crime gravar clandestinamente uma comunicação ou conversa própria." E continuam: "A divulgação indevida configura o delito previsto no art. 153 do Código Penal. Quem divulga, sem justa causa, o conteúdo de uma gravação clandestina, está praticando um ilícito penal. E se existe justa causa (divulgação para salvaguardar um direito fundamental relevante como a vida, a integridade física, etc.)? Não há crime" (grifo nosso).

Como visto, não há lugar para incriminar a conduta da pessoa que grave clandestinamente a comunicação própria com agente público ou ilegalidade. Estará ela realizando conduta legal, sem infringir garantias constitucionais e ainda agindo no interesse da própria administração.

A polêmica passível de existência acerca do tema se deve grandemente à lacuna legal sobre o assunto que no dizer de **Grinover**⁽²⁹⁾ "deverá ser preenchida pela doutrina e pela jurisprudência, que poderão aplicar-lhes, por analogia, o disposto na lei, ou reservar-lhes disciplina menos rigorosa, diretamente deduzida do contrário sensu do art. 153, CP, que descaracteriza o crime de divulgação de segredo na presença de justa causa e quando não se trate de correspondência confidencial. Também poderá ser útil a esse propósito o art. 12 do Projeto Miro Teixeira (...)", que cuida expressamente dessas ocorrências, tendo por ilícita a prova conseguida por meio de gravação clandestina, desde que usada para defesa de direito ameaçado ou violado de quem gravou a comunicação⁽³⁰⁾.

Finalmente, vale salientar que existem na jurisprudência diversas decisões dando validade às gravações feitas pela própria vítima como interlocutora, nesses casos até mesmo independentemente da qualidade do acusado (agente público ou não). Somente a título de ilustração: "É válida a gravação, feita pela vítima, de conversa telefônica entre ela e o acusado" (TJSP, *RJTJSP*, 108/452).⁽³¹⁾

"A Constituição veda interferência de terceiro na comunicação... Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite gravação por uma das partes... o interlocutor poderá gravá-la. Poderá utilizá-la para prova em processo, uma vez que houve expressa vontade de manifestar o pensamento àquele."⁽³²⁾

No mesmo sentido ainda: MS 7.010, STJ, rel. min. **José Dantas**⁽³³⁾; JTJ, lex, v. 180, p. 278/279, rel. des. **Denser de Sá**⁽³⁴⁾; HC 4.654-RS, STJ, 5ª Turma, rel. min. **José Dantas**, DJU de 16.12.96, p. 50.891⁽³⁵⁾; HC 73.513-4, STF, rel. min. **Moreira Alves**, v. DJU de 04.10.96, p. 37.101⁽³⁶⁾.

Talvez, no caso ora enfocado, a única objeção de maior relevância, quando se tratar de agente público gravado em sua atividade, seja a violação ao "direito ao silêncio" ou ao "direito de não produzir prova contra si mesmo", previsto no art. 5º, LXIII, CF. Entretanto, parece-nos que a gravação no caso somente documenta a conduta do agente, sendo que seu direito ao silêncio deverá valer quando da atividade formal investigatória ou processual. Poderá negar-se a prestar quaisquer esclarecimentos quanto ao conteúdo ou circunstâncias

da gravação, como poderá também contestar sua autenticidade ou mesmo o real sentido daquilo que foi dito. Certamente, no caso do agente público, deverá prevalecer sempre o interesse coletivo e o princípio da publicidade, sendo fato que a ampliação do direito ao silêncio, *in casu*, se assemelharia, por exemplo, a não admitir o exame de corpo de delito como prova, com base no princípio de que o acusado teria praticado a conduta lesiva e, portanto, teria produzido prova contra si próprio.

O autor é delegado de polícia em São Paulo.

(1) **Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, Interceptação Telefônica**, São Paulo, RT, 1997, p. 104.

(2) *Ibid.*, p. 104.

(3) Na obra citada os autores fazem distinção terminológica entre interceptações ambientais em sentido estrito e escutas ambientais.

(4) **Antonio Scaranee Fernandes, Interceptações telefônicas: Aspectos processuais da nova lei**, *Boletim IBCCrim* nº 45/15.

(5) **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranee Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, As Nulidades no Processo Penal**, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 148.

(6) *Ibid.*, p. 149.

(7) **Ada Pellegrini Grinover, O regime brasileiro de interceptações telefônicas, Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT 17:112-126, jan./mar. 1997.

(8) *Ibid.*, p. 105.

(9) *Ibid.*, p. 106.

(10) **Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 181.

(11) **Geraldo Prado, A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos**, *Boletim IBCCrim*, 55/13, jun. 1997.

(12) **Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, Interceptação Telefônica**, p. 238.

(13) **Celso Delmanto, Código Penal Comentado**, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 151.

(14) **Aníbal Bruno, Direito Penal**, Vol. I, Tomo IV, São Paulo, Forense, 1966, p. 404.

(15) **Rogério Lauria Tucci, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 430.

(16) **Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal**, Vol. 3., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 208.

(17) *Ibid.*, p. 212.

(18) **José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal**, Vol. II, Campinas, Bookseller, 1997, p. 272.

(19) **Júlio Fabbrini Mirabete, Processo Penal**, São Paulo, Atlas, 1991, p. 251.

(20) **Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, RT, 1991, p. 66.

(21) *Ibid.*, p. 83.

(22) **Geraldo Prado, A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos**, *Boletim IBCCrim* 55/13.

(23) **Celso Delmanto, Código Penal Comentado**, p. 262.

(24) **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranee Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, As Nulidades no Processo Penal**, pp. 148/149.

(25) *Ibid.*, p. 149.

(26) **Sérgio Pitombo, Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal**, *Boletim IBCCrim* 49/07, dez. 1996.

(27) **Edgard Magalhães Noronha, Direito Penal**, Vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 184.

(28) *Ibid.*, p. 106.

(29) **Ada Pellegrini Grinover, O regime brasileiro das interceptações telefônicas, Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 17/112.

(30) Projeto de Lei nº 3.514/89.

(31) **Celso Delmanto, Código Penal Comentado**, p. 261.

(32) **Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, Interceptação Telefônica**, Jurisprudência, p. 107.

(33) *Ibid.*, p. 106.

(34) *Ibid.*, p. 107.

(35) *Ibid.*, p. 110.

(36) *Ibid.*, p. 110.

FLAGRANTE PREPARADO: PROVA ILÍCITA

(Roque Jeronimo Andrade)

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, a respeito da conhecida questão do *poisonous fruits*, estabeleceu que não vale como prova a escuta telefônica, não havendo lei disciplinando o assunto, bem como tudo aquilo que se obtém a partir de tal escuta (**Boletim IBCCrim** 44/155, agosto/96).

Estendendo tal princípio para iluminar caminhos, amparado no art. 5º, incs. LVI e LXIII, da Magna Carta, cabem algumas ponderações sobre o flagrante preparado.

A prisão em flagrante traz a certeza visual do crime e é, conseqüentemente, providência acautelatória da prova de materialidade e autoria do delito⁽¹⁾. Portanto, dúvida não há quanto a ser também meio de prova.

Como observa **José Frederico Marques** (**Elementos de Direito Processual Penal**, vol. 2º, p. 312, nº 467, 2ª ed., 1965) *"a colheita acautelatória de provas e indícios torna imprescindível a atribuição às autoridades policiais de poderes coercitivos destinados a efetivar as providências tendentes a assegurar o êxito da informatio delicti. Sobre a pessoa do indiciado, esses poderes coercitivos, quando impliquem em cerceamento do jus libertatis, devem ser submetidos a controle prévio da autoridade judiciária, salvo na prisão em flagrante"*.

Flagrante preparado

Face a tal predicado do flagrante, o mesmo tem sido desvirtuado pelos agentes policiais quando realizam o chamado flagrante preparado, em patente conduta abusiva e arbitrária na investigação de crimes, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula nº 145 para esparcar qualquer dúvida sobre o tema, nos seguintes termos: *"Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação"*, esclarecendo que só se refere ao flagrante preparado e não ao esperado (para **Helena Fragoso** uma redação mais consentânea seria: *"A preparação do flagrante, como excludente do crime, não prescinde do induzimento ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso"*, in **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, nºs 9/165 e 7/143).

Na hipótese de flagrante preparado não há crime, pois o agente é induzido à prática de um ilícito pelo provocador (*polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment*) sob duas condições:

a) provocação do agente;

b) tomada de providência tornando absolutamente impossível a consumação do crime.

Como ensina **Nelson Hungria**: *"Um crime que, além de astuciosamente sugerido, tem suas conseqüências frustradas de antemão, não passa de um crime imaginário. Não há lesão, nem efetiva exposição de perigo de qualquer interesse público ou privado"* (**Comentários ao Código Penal**, v. 1º, t. 2º, p. 103, 2ª ed., Forense, 1953).

Ocorre que prevalece o entendimento de que subsiste eventual delito que não tenha sido provocado pelo simulador, ou seja, àqueles consumados ou em fase de consuma-

ção ou de execução permanente, cujo estímulo policial provocante seja posterior ou concomitante sem qualquer relação de causalidade com a provocação.

Cumpriria separar do apurado o que foi provocado, desprezando-o e valorizar a(s) conduta(s) não provocada(s)⁽²⁾.

Prova ilícita

Ocorre que a utilização do flagrante preparado pela autoridade policial para desvendar crimes, além de configurar o denominado crime putativo do Direito Penal (crime de ensaio ou de experiência) também se caracteriza como meio de prova ilícita, sendo inadmissíveis o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova, mesmo porque, como dizia **Bettiol**, *"a polícia tem a obrigação de perseguir os crimes 'perpetrados' e não de reprimi-los depois de tê-los ardilosamente suscitado mediante fraude e engodo"*⁽³⁾.

Para tanto, basta cotejar o enunciado da súmula já referida, para demonstrar a imprestabilidade do apurado, quer sob o aspecto penal quer processual penal, pois através de um crime putativo por obra de agente provocador (crime imaginário) criou-se uma prisão em flagrante para servir como meio de prova, rejeitando o ordenamento sua produção em Juízo, numa subsunção do momento da ilicitude material e da ilicitude processual à mesma sanção, colimando como inadmissíveis processualmente todas as provas materialmente ilícitas.

Nesse passo, *"ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material"*⁽⁴⁾, havendo proibição de produção e proibição de valoração (a doutrina distingue entre **prova ilícita**: contraria normas de Direito Material, quer quanto ao meio quer quanto ao modo de obtenção da prova em juízo, e **prova ilegítima**: afronta normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo)⁽⁵⁾.

"Pode-se dizer que prova ilícita é aquela obtida mediante infração a (...) preceitos constitucionais e legais; aquela que foi obtida mediante infração a qualquer (...) garantia individual (violação da intimidade, da casa, da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, desrespeito à integridade física e moral, prática da tortura, ameaça, coação, indução, captação de vontade) ou legal (infração a dispositivos do Código Penal, do Código de Telecomunicações, etc.)"⁽⁶⁾.

"Segundo a doutrina, são (...) inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do Direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo."⁽⁷⁾

Ainda mais que, numa visão de índole constitucional, no flagrante preparado ferem-se direitos fundamentais do indivíduo

que é obrigado a fazer prova contra si próprio, de forma sub-reptícia e à sua revelia, semelhantemente a confissões e depoimentos obtidos através de processos condenáveis, pois se o suspeito soubesse o que o provocar verdadeiramente queria, não teria de forma alguma correspondido aos seus desígnios. Constitui um atentado à liberdade de formação e realização da vontade⁽⁸⁾ e violação frontal de uma das garantias mais intangíveis do direito de defesa⁽⁹⁾.

Surge, então, uma questão quanto ao flagrante preparado e à possibilidade de persecução penal quanto ao delito pretérito ou concomitante, não induzido mas trazido à tona em decorrência da provocação, face à citada teoria dos *"frutos da árvore envenenada"*.

Prova ilícita por derivação

Assim, se a prova ilícita contamina a(s) prova(s) obtida(s) a partir dela e ambas devem ser afastadas não só quando servem para provar um crime, mas também quando direta ou indiretamente possam levar à descoberta de outra infração, descabe a utilização do apurado no tocante também às condutas não provocadas pelo simulador, se trazidas à baila, descobertas, em decorrência do flagrante preparado, pois colhidas de forma que transgrediram princípio posto pelo Direito num paralelismo com as buscas domiciliares e apreensões ao arripio da lei e interceptação de comunicação telefônica clandestina a partir da qual se descobrem outros crimes não aventados.

"Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo"⁽¹⁰⁾, conforme a doutrina dos *"fruits of the poisoned tree"* encampada pelo Supremo Tribunal Federal com escopo no art. 5º, inc. LVI da Magna Carta (STF, HC nº 73.351-SP, j. 10.05.96, rel. min. **Ilmar Galvão**).

A ilicitude original da prova transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apóiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal (na doutrina portuguesa: efeito-à-distância), a contaminar outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente de conduta inaceitável.

Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Na verdade, e como assinala **Beulke**, *"a valoração de meios de prova tornados possíveis a partir de declarações obtidas à custa de coação ou meios enganosos equivaleria a compelir o arguido a colaborar com sua própria condenação"*⁽¹¹⁾.

"A regra de exclusão como única forma de garantir o respeito a direitos individuais constitucionalmente assegurados, de evitar que os tribunais se tornem 'cúmplices da ilegalidade', e de assegurar ao povo que o





Governo ou agirá dentro da lei, ou não terá benefícios quando agir fora dela."⁽¹²⁾

Não mais vige, em toda sua inteireza, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais. Ensina **Heleno Frágoso**, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, ser: "Indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático. A Justiça Penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados (in STF, Ação Penal nº 307-3-DF, Plenário, rel. min. **Ilmar Galvão**, DJ, 13.10.95)."

Conclusão

Desta forma, numa perspectiva constitucional, no que se refere à(s) conduta(s) não provocada(s), mas evidenciada(s) através do flagrante preparado, tendo tal(is) ação(ões) sido descoberta(s) em virtude de conduta probatória fraudulenta, a contaminar todo o apurado, por atingir o ordenamento substantivo e instrumental penal, não pode(m) subsistir, mesmo porque provas ilícitas e obtidas por engodo são incompatíveis com a própria noção de processo (que tende à realização do Direito, não apenas à descoberta da verdade) e o combate à criminalidade só pode ser feito de uma posição eminentemente ética⁽¹³⁾, removendo incentivos ao desrespeito e como eficiente meio de se evitar ações policiais ilegais como um imperativo da integridade judicial e de que o Estado-Administração não obterá benefícios de seu comportamento ilegal — a influenciar a conduta policial futura com investigação sem desídia e cuidadosa — a tranquilizar os inocentes e a sociedade.

O autor é procurador do estado em São Paulo.

(1) **Mirabete, Julio Fabbrini**. *Processo Penal*, 1ª ed., Ed. Atlas, p. 354, 1991.

(2) **Jesus, Damásio E.** "Conduta provocada não

pode caracterizar crime", *Jornal O Estado de S. Paulo*, Justiça, p. 5, 25.01.92.

(3) Idem.

(4) **Grinover, Ada Pellegrini, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho**. *As Nulidades no Processo Penal*, 2ª ed., Ed. Malheiros, p. 113, 1992.

(5) **Grinover, Ada Pellegrini**, "Provas Ilícitas", *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* nº 16/97 a 108 e *Revista do Advogado da AASP*, ano IV, nº 15/33 a 37.

(6) **Carvalho, Ricardo Cintra Torres de**. "A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal - Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 12/163 a 200.

(7) **Mirabete, Julio Fabbrini**. *Processo Penal*, 1ª ed., Ed. Atlas, p. 251, 1991.

(8) **Andrade, Manuel da Costa**, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, p. 227, 1992.

(9) **Tourinho Filho, Fernando da Costa**. *Processo Penal*, vol. 3, 18ª ed., Ed. Saraiva, p. 228, 1997.

(10) **Grinover, Ada Pellegrini, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho**, *As Nulidades no Processo Penal*, 2ª ed., Ed. Malheiros, p. 114, 1992.

(11) **Andrade, Manuel da Costa**. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, p. 315, 1992.

(12) **Carvalho, Ricardo Cintra Torres de**, "A Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal - Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 12/172 e 162.

(13) Idem.

A LEI Nº 9.455/97 NÃO ALTEROU O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DA LEI Nº 8.072/90

(Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto)

A progressão do regime prisional em benefício de condenado por delito hediondo despertou a atenção do mundo jurídico pátrio, ante a nova disciplina estabelecida pela Lei nº 9.455/97 que definiu o crime de tortura.

A interpretação dos defensores do cabimento da progressão é baseada na equiparação constitucional das situações disciplinadas no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal, posição esta que recebeu o apoio do ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro** em voto recente. A mesma argumentação do voto referido — publicado no *Boletim do IBCCrim* 60/211, de novembro de 1997 — fora efetuada por **Fábio Henrique Prado de Toledo** em trabalho publicado no mesmo boletim.

Argumenta-se que a disposição constitucional do art. 5º, inc. XLIII, não permite tratamento desigual quanto aos crimes hediondos, o crime de tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes.

A matéria certamente será cenário de grandes debates e rios de tinta correrão no leito de valorosas obras jurídicas até que a pacificação atinja os domínios do objeto da presente celeuma, como ocorrerá na discussão sobre a constitucionalidade do regime integral fechado em face do mesmo dispositivo constituio-

nal mencionado.

É de se ressaltar, no entanto, que o art. 5º, inc. XLIII, nada menciona a respeito do cumprimento de pena em regime inicial ou integral fechado, ficando aos domínios da legislação infraconstitucional a disciplina da matéria, não havendo choque com o dispositivo constitucional sua fixação em regime integral fechado.

O argumento de que o estabelecimento, pela Lei de Tortura, de regime inicial fechado teria o condão de alterar a disposição do regime integral fechado da Lei dos Crimes Hediondos, não está a convencer.

Se o tratamento dispensado pela Constituição desse azo à interpretação apontada, seria de se indagar o seguinte:

Se a Lei dos Crimes Hediondos foi editada quando inexistia a Lei de Tortura, havendo uma "vontade" constitucional de tratamento idêntico, por que a Lei nº 8.072/90 teria validade, quando ainda atípica a conduta de tortura?

Se a Constituição realmente exige um tratamento idêntico, a Lei dos Crimes Hediondos não pode, em sua integralidade, ser reconhecida como válida, pois foi editada, criando o regime integral fechado — dentre outras disposições rígidas — quando ainda

atípico o delito de tortura.

A situação presente é bastante mais razoável — se é que se pode utilizar de tal rótulo para a Lei nº 8.072/90 — que a existente por ocasião da atipicidade do delito de tortura.

Se o tratamento for reconhecido como idêntico, a Lei dos Crimes Hediondos jamais terá existido, salvo se se entender que a tipicidade com regime inicial fechado é menos grave que a própria atipicidade!?

Se o regime integral fechado não resolve o problema da criminalidade, se a Lei dos Crimes Hediondos não merece o selo de uma boa lei — e certamente não merece — não se pode substituir a vontade da lei pela vontade pessoal.

Tenta-se, pois, por via indireta, reconhecer a incoerência e a inutilidade do regime integral fechado para efeito de reintegração do apenado na sociedade. Tal, no entanto, tecnicamente, não pode ser feito com base nos dispositivos da Lei nº 9.455/97.

Certamente a matéria será objeto de análise pelo STF dada a relevância e a extensão das consequências no caso de entendimento diverso do ora apresentado.

O autor é promotor de justiça em Pimenta Bueno, RO.

DENÚNCIA ABUSIVA, REFLEXOS E CONTROLES

(Mário Helton Jorge)

Considerações preliminares:

A realidade jurídico-penal brasileira sofreu profundas modificações e consequências a partir da edição das Leis nºs 8.072/90 e 8.930-94 (crimes hediondos e assemelhados) e nº 9.099/95 (Juizados Especiais), com reflexos imediatos e mediatos no *status libertatis* e *status dignitatis* dos agentes dos fatos criminais, além de tornar perceptível a insuficiência dos mecanismos de controle previstos no art. 43 do CPP, e de correção, contidos nos arts. 383 (*emendatio libelli*) e 384 (*mutatio libelli*), do Código de Processo Penal, para a interferência oportuna do juiz na definição jurídica formulada na denúncia, quando esta se apresentar abusiva por afastar-se de sua base objetiva, total ou parcial, ou por tipificação equivocada.

O poder de punir do Estado:

Uma vez que o cidadão se afaste do imperativo das regras jurídicas, previstas no Direito Penal, e cometa ilícito jurídico, fica sujeito à aplicação pelo Estado das sanções previstas para as transgressões, que podem ser de diversas naturezas. É a forma estabelecida para a manutenção da paz pública.

O Estado, para a consecução do bem comum, tem o monopólio de punir os infratores com sanções penais adequadas, no limite estabelecido no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal (princípio de reserva legal).

Assim, o *jus puniendi* nada mais é do que "o direito que tem o Estado de aplicar o cominado no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando dano ou lesão jurídica"⁽¹⁾.

O direito-poder de punir do Estado manifesta-se pelo conjunto de regras de processo penal. A pretensão punitiva somente pode ser exercida tendo como instrumento o direito de ação (*jus persequendi* ou *jus persecutionis*). O direito de ação exercitado pelo Estado tem por objetivo obter uma sentença punitiva do juiz, no exercício de sua função jurisdicional, ao infrator das normas penais, após o trâmite do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

É através do conjunto de normas previstas no Código de Processo Penal que o Estado pode propor a ação penal, pedindo a punição do agente infrator de regras do Código Penal e das leis extravagantes.

O Ministério Público é o dono da ação penal pública (*dominus litis*). É o órgão do Estado-Administração, representado por promotores e procuradores de Justiça, que pede a providência jurisdicional de aplicação da lei penal, exercendo o que se denomina de pretensão punitiva. É um órgão uno e indivisível e, assim, seus membros podem ser substituídos no processo por razões de serviço, sem que haja solução de continuidade. Ajuíza a ação penal pública desde a peça inicial (denúncia) até os termos finais

(art. 129, I, da CF, 100, § 1º, do CPP e 24 do CPP). É incabível o oferecimento da denúncia, quando o fato imputado ao agente deve ser perseguido através de ação privada, além de que é indispensável a representação da vítima ou requisição do Ministério Público, conforme a hipótese, nos casos de ação pública condicionada.

Via de regra, as ações penais intentadas pelo Ministério Público estão calcadas em inquéritos policiais e escassamente em peças informativas recebidas em seu âmbito (art. 46, § 1º, CPP).⁽²⁾

Uma vez examinada a prova da existência do fato, que caracteriza, em tese, ilícito penal, e os indícios de autoria, o *dominus litis* forma a *opinio delicti* promovendo a ação penal pública através do oferecimento da denúncia.

Os requisitos da denúncia estão previstos no art. 41 do CPP, quais sejam:

a) **exposição** do fato com todas as suas circunstâncias;

b) qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;

c) **classificação** do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Deve pois a denúncia apresentar-se formal e materialmente correta. Formal, quando ajusta a descrição dos fatos a um tipo legal de crime; material, desde que tenha um mínimo fático para arrimar a pretensão ou de indício no sentido técnico da palavra, qual seja, fato do qual possa decorrer a demonstração ou a busca da evidência de outro fato⁽³⁾. Identificar, ademais, o fato como crime. Satisfazer a legitimidade ativa e passiva. Remanesce o interesse de agir, ausente causa de extinção da punibilidade. Evidenciar, além disso, o mínimo fático para arrimar a pretensão do Ministério Público. **Tais requisitos não se confundem com o *meritum causae*, isto é, se a imputação corresponde à verdade real.**⁽⁴⁾

Tem-se ainda nessa seara que a qualificação jurídica é secundária.⁽⁵⁾

Assim, o fato exposto na denúncia deve ser subsumível a uma descrição abstrata no tipo penal. Se não for fato típico, inexistente imputação de crime e a denúncia será rejeitada. Relatam-se, ainda, as circunstâncias em que ocorreu o fato (qualificadoras, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição da pena).

Além da qualificação do acusado, exige-se ainda que a denúncia traga a **classificação** do crime, ou seja, a indicação do tipo penal que se refere aos fatos narrados na denúncia. Eventual **erro na tipificação** do tipo penal não torna inepta a denúncia, posto que não é definitiva, podendo ser alterada no decorrer do processo através de aditamento pelo Ministério Público (art. 569, CPP)⁽⁶⁾, ou pelo magistrado (arts. 383 e 384, CPP) na fase final do processo. Por ocasião do recebimento da denúncia, o juiz não pode alterar a classificação do crime, porquanto o acusado defende-se da imputação contida no fato descrito e não da classificação dada pelo órgão de acusação. **Essa é a regra!**

Sendo o Ministério Público titular da ação penal pública, cabe-lhe com exclusividade a opinião inicial que retrata o enquadramento jurídico-penal do fato. Ao juiz não é dado no ato inaugural retificar ou corrigir esse enquadramento, nem discutir os fatos que sustentam a imputação, como se fora prévia absolvição supridora da instrução.

Não pairam dúvidas de que a denúncia, quanto aos fatos, é uma proposta a ser provada e o direito de produzir essa prova é irrecusável. A definição jurídica dos fatos é sempre provisória e a oportunidade que tem o juiz de retificá-la é na decisão de pronúncia ou na sentença final.

Esses entendimentos correspondem ao pensamento dos processualistas pátrios⁽⁷⁾ e estão respaldados por decisões das altas cortes⁽⁸⁾, formando a regra geral, comum, base para a solução de quase todos os casos concretos levados às barras dos tribunais, eis que apoiadas no Direito positivo e na construção harmoniosa do sistema.

No entanto, os fatos da vida que desaguam nos processos judiciais são muito ricos e estão sempre a desafiar a irreducibilidade dos esquemas e a testar a firmeza dos princípios.

A acusação penal causa transtornos de tal ordem na vida das pessoas que não é possível aceitar-se a afirmação, que aparentemente o sistema permite, de que a imputação é apenas uma proposta, uma abertura da via judicial para a devida e definitiva investigação dos fatos, que o princípio da presunção da inocência basta para resguardar o acusado. Na verdade, a imputação é um sério gravame⁽⁹⁾, atingindo o *status dignitatis* da pessoa, manchando-lhe a reputação e a consideração social.

De tal repercussão é, pois, a *opinio delicti* que o Ministério Público espelha na denúncia, que o juiz destinatário da ação penal não está sujeito ao poder articulador da peça acusatória.

Inexiste previsão legal para que o órgão de acusação reveja os excessos contidos na acusação, eis que o art. 569, do CPP, não contempla a hipótese.

No entanto, o poder de acusar pode ser exercido de qualquer modo, sem medidas e sem controle, uma vez que tudo no ordenamento jurídico sofre a limitação do bom uso.

Condições da ação penal

Além dos requisitos da ação penal, devem ser observadas as seguintes condições: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir e c) legitimação *ad causam*. A possibilidade jurídica refere-se à admissibilidade, em tese, do Direito objetivo material reclamado no pedido de prestação jurisdicional. Se o fato narrado na denúncia não constitui crime, não será instaurada a ação penal (art. 43, I, CPP). O interesse de agir relaciona-se ao *fumus boni juris* que





ampara a imputação, devendo estar o pedido amparado em elementos de convencimento do juiz para a acusação. A legitimidade para agir somente existe quando a parte é titular de um dos interesses em litígio. Na ação penal, a parte legítima é apenas o Estado-Administração, único titular do *jus puniendi*.⁽¹⁰⁾

O doutrinador **Afrânio Silva Jardim**⁽¹¹⁾ sustenta a existência da **justa causa** como a quarta condição da ação, ou seja, "*um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado*".

Controle e reflexos da denúncia abusiva

A exclusividade conferida ao Ministério Público, como *dominus litis* da ação penal pública, não se confunde com o arbítrio. Algum controle o Judiciário deve exercer, nem que seja aquele suficiente para averiguar a legalidade da imputação e evitar o comprometimento da liberdade do acusado.

O meio de controle da atividade de denunciar está previsto no art. 43 do CPP, o qual estabelece as situações em que a denúncia será **rejeitada**:

I) o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II) já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III) for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Obs.: a justa causa como meio de controle da denúncia está prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 5.250/67: "*A denúncia ou a queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal*".⁽¹²⁾

A doutrina e a jurisprudência têm colocado entre as **causas de rejeição** da denúncia ou da queixa, a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam arrimar a acusação. A denúncia deve vir acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal se viabilize, caso contrário não há **justa causa** para o processo.⁽¹³⁾

A denúncia que não revele a existência de elementos que tornem verossímil a acusação deve ser rejeitada, por falta de justa causa (ausência de motivação jurídica).

Fica evidente que os elementos de controle pressupõem que a denúncia descreva fato que é crime, em tese, não podendo ser recusada certamente, porque se parte do pressuposto lógico de que ela está alicerçada em fonte de informação aceitável (base objetiva), devendo a ela conformar-se, **afastando-se do controle a hipótese de a imputação resultar da criação mental do seu autor, de abuso ou erro de classificação do tipo penal, que tragam prejuízos imediatos ao agente**.

Afastada a denúncia dos fatos do inquérito ou de outra fonte de informação, que lhe tenha servido de arrimo, fica caracterizado o arbítrio, o abuso do poder de denunciar, devendo ela ser rejeitada.⁽¹⁴⁾

O abuso de poder, embora possa ser apenas parcial, invade a esfera de proteção

jurídica da pessoa, por isso que deve ser reparado pronto e eficazmente.

Pode ocorrer que no inquérito policial fique noticiado claramente o preenchimento de certo tipo penal e o órgão de acusação dê ao fato outro tipo, para além da base objetiva de que dispunha. Esse acréscimo pode, ou não, gerar desde logo efeitos danosos e abusivos.

É o que se verifica a partir da edição das Leis nº 8.072/90 e nº 8.930/94 (crimes hediondos) e do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (delitos de pequeno potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo).

Eventual imputação excessiva nos delitos que possam ser enquadrados como hediondos ou assemelhados acarreta gravame imediato, posto que priva o agente de liberdade provisória (ex.: uso de entorpecente por tráfico, homicídio simples por qualificado, etc.) e gravame mediato é a respeito da demora de poder obter livramento condicional (art. 83, IV, CP), além de ter que cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado.

De outro lado, o art. 89 da Lei nº 9.099/95, que prevê a possibilidade de o infrator obter a suspensão condicional do processo, em delitos que tenham cominada a pena mínima não superior a um ano, uma vez satisfeitas as demais exigências ali delineadas, **qualquer imputação excessiva** a esses delitos, que se enquadrem no normativo, traz ao agente o gravame de responder a ação penal até final sentença, com os transtornos de acompanhamento do trâmite processual (constrangendo-o à prática de atos processuais dispensáveis), além da possibilidade de ter quebrada a primariedade, em caso de condenação (ex.: homicídio culposo + causa de aumento).

Outro elemento que se coloca no mesmo prisma dos enfocados anteriormente é o **erro de tipificação** dos fatos, que da mesma forma pode trazer prejuízos imediatos. Note-se a descrição de fato típico subsumível à situação de suspensão do processo (art. 89), mas que por erro de tipificação iniba a aplicação do benefício (furto simples por furto qualificado) e, mais, de um fato que seja considerado delito de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei nº 9.099/95), com erro de tipificação (comunicação falsa de crime por tentativa de estelionato⁽¹⁵⁾), retira a possibilidade de o autor do fato obter os benefícios previstos nos arts. 74 e segs. da lei mencionada, além de modificação da competência.

Assim, presente a nova ordem jurídica, o enquadramento errôneo jurídico dos fatos, o excesso de imputação e a criação de imputação revestem-se de significativa importância, configurando, sem dúvida, constrangimento ilegal, reparável no ato do oferecimento da denúncia, através do exame de sua admissibilidade pelo juiz.

Conclusão:

Ocorrendo, portanto, excesso de capituloção, no caso de a descrição dos fatos corresponder a outra modalidade delitiva mais amena, sendo a denúncia aproveitável, mas com reflexos imediatos no *status libertatis* ou *status dignitatis*, pode ser realizada a **correção** com o recebimento da denúncia⁽¹⁶⁾. Em sentido contrário, a rejeição é imperativa.

Se o abuso é total, isto é, se a imputação é produto exclusivo da **criação intelectual** do formulador da sentença, sem nenhum vínculo com a base objetiva do inquérito que a instruiu, o caso é de **rejeição, por ausência de justa causa**.⁽¹⁷⁾

Porém, se o descompasso entre a imputação e a base que a sustenta for apenas parcial, mas resultando daí sério gravame para o acusado, a solução estará em receber a acusação, evitando-se todavia a repercussão do excesso, para garantir a liberdade do acusado (v.g. homicídio simples + qualificadora).

Esses procedimentos revelam-se indispensáveis, com vistas a **reparar de pronto** os prejuízos ao *status libertatis* e *status dignitatis* do agente do fato criminal, decorrentes de eventuais abusos, porquanto o quase dogma da concepção de que o juiz somente poderia interferir na definição jurídica, formulada na denúncia pelo Ministério Público, por ocasião da *emendatio libelli* (art. 383, CPP) ou da *mutatio libelli* (art. 394, CPP), revela-se dessarrazoado, presentes as modificações legislativas enfocadas, sendo pertinente apenas aos crimes que se circunscrevam fora de sua abrangência.

O autor é juiz de direito em Curitiba (PR).

(1) **Marques, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal**, São Paulo, Forense, 1961, v. 1, p. 9.

(2) STJ - RHC nº 5.094, 6ª T., rel. min. **Vicente Leal**, DJU 20.05.96.

(3) STJ - HC nº 2.553-9/MG, 6ª T., rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, DJU 20.03.95.

(4) STJ - RHC nº 4.254-0, 6ª T., rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, DJU 20.05.96.

(5) STJ - RHC nº 5.233, 6ª T., rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, DJU 13.05.96.

(6) RT 573/308, 564/425, RTJ 64/626.

(7) **Damásio de Jesus, CPP Anotado**, pp. 38, 40 e 41; **Mirabete, Processo Penal**, p. 124, nº 4.6.1; **Borges da Rosa, Comentários**, com atualização de **Angelito Aiquele**, p. 135; **Tourinho Filho, Processo Penal**, 1/471/2.

(8) STF, RHC nº 65.300/SP, 1ª T., DJU 06.11.87; RTJ 112/1090, 116/500, 123/969, RT 602/451.

(9) **Marques, José Frederico, Elementos**, II/163, nº 145; **Tourinho Filho**, ob. cit., p. 449; **Greco Filho, Manual de Processo Penal**, pp. 81/82, nº 44.

(10) **Mirabete, Julio Fabbrini, Processo Penal**, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1992, pp. 102/3.

(11) **Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres**, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 70.

(12) **Ferreira da Silva, Luís Renato, A justa causa como condição para o exercício da ação penal**, in RT 655/403.

(13) **Mirabete, Julio Fabbrini, CPC Interpretado**, São Paulo, Atlas, 1994, art. 43, pp. 96/97.

(14) **Marques, José Frederico**, ob. cit., nº 344, p. 162; **Tourinho Filho**, ob. cit., pp. 453 e segs.; RT 268/148.

(15) Na prática, a ocorrência de comunicação falsa de crime (art. 340, CC) — de furto de veículos —, para recebimento de seguro, tem ensejado a lavratura de auto de prisão em flagrante, por crime de tentativa de estelionato (art. 171 c.c. 14, II, CC) contra seguradora, quando o correto seria a lavratura de Termo Circunstanciado (art. 61 c.c. 69, Lei nº 9.099/95), ou ainda lesão corporal leve por tentativa de homicídio.

(16) **Gama Malcher, Manual de Processo Penal** (1/311), nº 211.

(17) TAPR, Rec. Sentido Estrito, Acórdão nº 2.194, 2ª C. Crim., de 10.09.92.

DOMINUS LITIS?

(João Lopes Guimarães Júnior)

O promotor de justiça, na ação penal, é considerado o *dominus litis* por sua atribuição, privativa, para ajuizá-la. A lei e a doutrina exaltam a posição do Ministério Público no processo penal.

No entanto, já nos perguntamos qual o alcance, na prática, de sua condição de senhor da persecução penal?

Muito pequeno, devemos admitir.

Se focalizarmos apenas o dia-a-dia de nossa Justiça Criminal, constataremos que o Ministério Público pode incrementar, e muito, seu papel de *dominus litis*.

Efetivamente, é preciso reconhecer que é a Polícia Judiciária, e não o *parquet*, quem exerce o papel preponderante na determinação dos rumos da Justiça Criminal.

Quem conhece a Justiça Criminal sabe que a quase totalidade das denúncias oferecidas pelo Ministério Público têm por base inquéritos policiais ("*consta dos inclusos autos de inquérito policial...*"). Sabe, também, que os inquéritos policiais são instaurados de ofício pela autoridade policial, em sua esmagadora maioria.

Sem muito esforço, chegaremos à conclusão

de que, no fim das contas, é a *Polícia Judiciária*, e não o Ministério Público, quem mais influencia as causas que chegam às Varas Criminais e aos Tribunais.

O papel do Ministério Público acaba resumindo-se ao de simples *intermediário* entre a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário. O promotor limita-se a fazer uma *triagem* dos inquéritos policiais, selecionando aqueles que darão origem a uma ação penal, e eventualmente a complementar sua instrução requisitando diligências. Trata-se, sem dúvida, de um papel relevante. É possível, todavia, robustecer sua importância na persecução penal.

Mais do que apenas oferecer denúncias, deve o promotor utilizar seu poder de *requisição e controle de inquéritos policiais*. O Ministério Público precisa assumir mais efetivamente o papel de **encadear investigações**, partindo da premissa, evidente, de que o processo penal, na prática, *não começa com a denúncia, e sim com o inquérito policial*. Decidir o que investigar, e como investigar, é de importância capital para uma eficiente representação criminal. E o promotor de justiça não pode

contentar-se com a tibieza de sua influência na fase pré-processual.

O problema não reside, obviamente, na *criminalidade avulsa*, aos delitos que habitualmente chegam ao conhecimento da autoridade policial através das próprias vítimas. Uma estratégia é necessária para crimes cuja existência e nocividade ninguém ignora, mas que, curiosamente, são muito pouco ou nada investigados.

Ou não há crime por trás dos altos índices de infecção verificados em nossos hospitais? Não é criminosa a omissão dos empregadores que causam inúmeros acidentes de trabalho? Não é preciso um combate mais eficiente aos crimes fiscais, financeiros e praticados contra a administração pública?

É tempo do Ministério Público formular uma **política criminal**, a partir de um conhecimento mais profundo da realidade que cerca os interesses tutelados pela lei penal.

Tornar-se-á, assim, o *dominus litis* desde a fase pré-processual, cuja importância estratégica não pode mais ser ignorada.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

LEI Nº 9.609, DE 19 FEVEREIRO DE 1998

Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.

O Presidente da República,
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Das Infrações e das Penalidades

Art. 12 Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação.

Art. 13 A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando.

Art. 14 Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir o infrator da prática do ato incriminado, com cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

§ 1º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos

prejuízos decorrentes da infração.

§ 2º Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder da liminar proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos deste artigo.

§ 3º Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no artigo anterior.

§ 4º Na hipótese de serem apresentadas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.

§ 5º Será responsabilizado por perdas e danos aquele que requerer e promover as medidas previstas neste e nos arts. 12 e 13, agindo de má-fé ou por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro, nos termos dos arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

Disposições Finais

Art. 15 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 16 Fica revogada a Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987.

Brasília, 16 de fevereiro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

Fernando Henrique Cardoso

José Israel Vargas

DECRETO Nº 2.532, DE 30 DE MARÇO DE 1998

Dá nova redação ao § 1º do art. 28 do Decreto nº 2.222, de 8 de maio de 1997, que regulamenta a Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que institui o Sistema Nacional de Armas (SINARM), estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, e define crimes.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 19 da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997,

Decreta:

Art. 1º O § do art. 28 do Decreto nº 2.222, de 8 de maio de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

"§ 1º Os policiais civis e militares e os bombeiros militares, quando no exercício de suas atividades ou em trânsito, poderão portar arma de fogo em todo o território nacional, desde que expressamente autorizados pela autoridade responsável pela ação policial no âmbito da respectiva unidade federada." (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogado o parágrafo único do art. 27 do Decreto nº 2.222, de 8 de maio de 1997.

Brasília, 30 de março de 1998;

177º da Independência e 110º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Íriz Rezende

Zenildo de Lucena

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

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

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA