



O Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, dr. **Íris Rezende**, nomeou comissão de renomados juristas, presidida pelo ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, para elaborar anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal.

Após algumas reuniões, no entanto, três dos ilustres membros da comissão, professores **Juarez Tavares, Miguel Reale Júnior e René Ariel Dotti**, deliberaram exonerar-se de suas funções, contrariados com o exíguo prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos e com a decisão de não se submeter o projeto, antes de seu envio ao Congresso Nacional, à apreciação da comunidade jurídica e da sociedade civil.

O **IBCCrim** sempre se posicionou favoravelmente à realização de reforma global do Código Penal, criticando as alterações pontuais, desacompanhadas de debate público.

Bem por isso, discordamos da fixação de prazos diminutos para a elaboração do anteprojeto, o que impede o debate e a necessária e ampla discussão do assunto. Por tal motivo, aderimos às observações feitas pelo professor **René Ariel Dotti**, que publicamos nesta edição na página 2.

Nossa divergência refere-se exclusivamente à metodologia de trabalho adotada, estando o **Boletim IBCCrim** à disposição daqueles que queiram externar suas opiniões a respeito.

A DIRETORIA

I CONGRESSO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS NO ESTADO DE GOIÁS (VII Seminário Regional do IBCCrim)

O IBCCrim e o Centro de Ensino Superior de Catalão realizarão, entre os dias 23 e 25 de abril de 1998, o VII Seminário Regional do IBCCrim

23.04.98

Abertura:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

"O JUIZ E

O MODELO GARANTISTA"

Palestrante:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

Debatedores:

Vanderley de Medeiros e

Ivana Farina

24.04.98

"NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL"

Palestrante:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Debatedores:

Carlos Alberto Pires Mendes e

Francisco Moreira Camargo

"O REGIME PROGRESSIVO

EM FACE DAS

LEIS Nºs 8.072/90 E 9.455/97"

Palestrante:

Ariosvaldo de Campos Pires

Debatedores:

Ary Ferreira de Queiroz e

Flávia D'Urso Rocha Soares

"ASPECTOS PENAIS NO

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO"

Palestrante:

Geraldo de Faria Lemos Pinheiro

Debatedores:

Helio Narvaez e

Ismar Estulano Garcia

"INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E RESPEITO A PESSOA"

Palestrante:

Vitor Hugo Machado da Silveira

Debatedores:

João Campos de Oliveira e

Ney Moura Teles

"A JUSTIÇA NO TRIBUNAL DO JÚRI"

Palestrante:

Silvia Helena Furtado Martins

Debatedores:

Cristiano Ávila Maronna e

Sebastião de Oliveira Castro Filho

25.04.98

"PENAS ALTERNATIVAS"

Palestrante:

Sérgio Salomão Shecaira

Debatedores:

Wilson Nars Faiad e

Licínio Leal Barbosa

Segue em anexo encarte especial com a redação da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, bem como a da Lei nº 9.613, de 1º de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

REFORMA PENAL

Curitiba, 25 de fevereiro de 1998

Excelentíssimo Senhor

Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**

DD. Coordenador dos trabalhos da

Comissão instituída pela Portaria nº

1.265, 16.12.97 do Senhor Ministro da

Justiça

Senhor Coordenador:

Inicialmente devo cumprimentá-lo pelos esforços na coordenação dos trabalhos visando à elaboração de um novo anteprojeto de reforma global do Código Penal, bem como pela opção de adotar como roteiro básico o texto do Esboço, elaborado por outra comissão (1992/1994), formada também no âmbito do Ministério da Justiça e coordenada pelo ministro **Evandro Lins e Silva**. Tal Esboço, que cuidou somente da Parte Especial do Código Penal, teve a orientação o equivalente Anteprojeto de 1984, coordenado inicialmente pelo então sub-procurador da República, professor **Francisco de Assis Toledo**, e depois por Vossa Excelência.

Os trabalhos atuais, iniciados no dia 3 do corrente mês e ano, estão sendo desenvolvidos por ilustres colegas, estudiosos e profissionais das ciências penais e têm recebido o apoio de setores e órgãos do Ministério da Justiça, a exemplo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob a presidência do professor **Licínio Leal Barbosa** e da Secretaria de Assuntos Legislativos, sob a direção da dra. **Ivete Lund Viégas**.

A imprensa e outros meios de comunicação vêm acompanhando as reuniões da Comissão e têm proporcionado amplos espaços para determinados aspectos localizados da Reforma, privilegiando temas como o chamado *assédio sexual*, a ortotanásia, o aborto, o perigo de contágio venéreo e de doença grave.

No entanto, apesar do relevo e da necessidade democrática dessa divulgação, é fundamental que ela não tenha como fonte exclusiva os debates travados no seio da Comissão, em face da natureza polêmica das sugestões já analisadas e da controvérsia das opiniões manifestadas nas reuniões e em entrevistas. Sob outro aspecto, uma reforma global do sistema penal, assim como a concebeu o ilustre ministro **Íris Rezende**, instituindo três comissões visando a revisão do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, pressupõe a *convivência ideológica e funcional* dos respectivos diplomas. A essa grave preocupação deve-se somar a angústia vivida pelos operadores do Direito Penal e das ciências afins com a hiper-inflação de leis e de projetos de lei que provocam maléficis efeitos como a *atomização* do ordenamento positivo, a *superposição* de normas incriminadoras e a *insegurança* do sistema de penas.

O **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** que se notabilizou, desde a sua fundação, como o centro mais avançado de pesquisas e estudos sobre os temas universais do delito, do delinqüente e das reações penais, tem desaprovado as reformas pontuais do Código Penal, quando não acompanhadas de um debate ampliado pelos operadores do sistema e pela própria sociedade. A **Revista** e o **Boletim do IBCCrim**, como veículos do pensamento de prestigiados escritores nacionais, têm se dedicado à essa atividade crítica, e assim também o fazem outros órgãos de divulgação especializada, reunindo a colaboração de associações e outras entidades de trabalhadores do Direito e da Justiça criminais.

Vale recordar as palavras com as quais **Augusto Teixeira de Freitas**, o imortal juriconsulto e consolidador da legislação civil pátria, iniciou o prefácio para a publicação de seu famoso Esboço: *"Antes de apresentar ao Governo Imperial o Projeto de Código Civil, cuja redação me foi encarregada por Decreto de 11 de janeiro de 1859, entendi que o devia depurar com a estampa das diversas partes deste longo trabalho, que por ora tem o título de Esboço. Expor-me à censura de todos, facilitar minha própria censura, que acharia embaraço na combinação de páginas manuscritas: eis o fruto que pretendo colher desta primeira tentativa"* (**Código Civil - Esboço**, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores - Departamento de Imprensa Nacional, vol. I, p. 3) (O prefácio, intitulado "Ao público", é datado de 25.08.1860).

Todos esses aspectos, Senhor Coordenador, levam-me ao dever imperioso de sustentar a necessidade de ampla divulgação oficial dos trabalhos da atual Comissão, antes de assumirem a forma técnica de um Anteprojeto. Esse estilo de publicidade tem

o objetivo de ampliar a discussão das propostas de reforma não somente pelos estudiosos e profissionais do complexo penal, processual e penitenciário, como também pelos meios de comunicação e pela sociedade de um modo geral.

Respeitosamente proponho que da publicação constem, também, os votos vencidos nas decisões a respeito de matérias controvertidas e a relação das leis especiais que devem ser revistas e consolidadas no texto de um futuro Anteprojeto de Código Penal.

A primeira das providências é necessária para documentar a posição individual dos membros da Comissão; a segunda, é indispensável como programa nacional de ação para combater o fenômeno que o saudoso **Nelson Hungria** pitorescamente identificou e batizou com lucidez científica e sabor literário: *"...o prurido legiferante no Brasil é coceira de urticária. Muda-se a lei como se muda de camisas. Reformam-se periodicamente as leis sem que nem se saiba para que, ou pelo só capricho de as reformar. E quase sempre para pior"* (*A nova lei de imprensa*), em **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1955, vol. VI, p. 269).

Já foi dito, com muita propriedade: um povo que esquece a História é condenado a repeti-la. Essa advertência é de todo oportuna quando nos lembramos da odisséia em que se converteu o texto final do Código Penal de 1969, quando a velocidade dos fatos políticos e institucionais, ao lado das carências operacionais da última Comissão Revisora do Anteprojeto Hungria, provocaram o descrédito de um projeto que viveu 10 anos, contado o tempo de concepção até a sua délivrance. Alguns detalhes daquela catástrofe adiada foram testemunhados com a sinceridade e a lamentação de um dos próprios redatores do natimorto diploma: **Helene Cláudio Frago** (*"Subsídios para a história do novo Código Penal"*, em **Revista de Direito Penal**, Estado da Guanabara: Ed. Borsoi, nº 3, jul.-set., 1971. pp. 7 e ss.).

Para que as novas propostas, relevantes em seu ideário cívico e pertinentes no cenário científico, não se transformem — pela falta de maior reflexão e debate — em *síntos de insegurança* e *usinas de anomia*, torna-se imperiosa a sua publicação oficial, sob a capa de um *Esboço*. Tal iniciativa tem os objetivos de estimular o debate sobre o documento e obter o maior número possível de contribuições.

Estão solidários com a natureza e o sentido da presente manifestação os professores **Miguel Reale Júnior** e **Juarez Tavares**, que justificaram suas ausências para as reuniões dos dias 26 e 27 do corrente mês. Quanto a mim, tomo a liberdade de submeter o texto de minha responsabilidade à consideração de Vossa Excelência e dos demais integrantes da Comissão.

Queira aceitar, Senhor Coordenador, as expressões de estima e consideração devidas à sua sensibilidade e ao seu talento de jurista e magistrado.

René Ariel Dotti

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

Diretor de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTb. 6372)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 16.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP -
Tels. (011) 607-6743, 605-6482,
605-4607 e 606-9306
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

LEI Nº 9.099/95: DESCUMPRIMENTO DA PENA IMEDIATA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

(Edison Miguel da Silva Jr.)

A sentença que aplica pena imediata (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 4º) não pode ser executada por falta de previsão legal. Seu descumprimento acarreta as providências do art. 77 da referida lei, ou seja, oferecimento de denúncia ou requisição de diligências imprescindíveis, em respeito ao Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Eixo ideológico da Lei nº 9.099/95: Direito Penal Mínimo

O Direito Penal Democrático caracteriza-se pela mínima intervenção penal (subsidiariedade e fragmentariedade), com a máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão (garantismo). Tendo por missão a defesa dos direitos humanos, positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e instrumentos internacionais correlatos (em especial: "Pacto de San José de Costa Rica, 1969").

Com base nesse paradigma foi elaborada a "Lei dos Juizados Especiais Criminais". As medidas despenalizadoras (composição civil extintiva da punibilidade, aplicação imediata de pena, exigência de representação nas lesões corporais leves/culposas e suspensão condicional do processo) são evidências mínimas dessa opção ideológica: "Mínima intervenção, máxima garantia". Importando em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil (STF, Pleno, rel. min. Celso de Mello, Inq. 1055/AM, j. 24.04.96, DJU 24.05.97, Internet).

Aplicação imediata de pena: alternativa ao processo penal como solução do conflito penal

Nessa perspectiva, pela primeira vez na história penal brasileira é possível transacionar a perseguição penal. Antes de iniciada a ação penal, antes mesmo de qualquer investigação prévia, o suposto "autor" do suposto "fato" e o Ministério Público podem evitar o processo penal, mediante acordo em audiência pública presidida por juiz de direito (art. 76).

Com efeito, nesse novo modelo, o objetivo não é a efetivação do "castigo" para dar credibilidade à coação psicológica da pena cominada, mas a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

Assim, a transação penal não atende à doutrina da coação psicológica (Feuerbach, 1775-1833), eixo ideológico do Direito Penal intimidatório. Seu fundamento não está na teoria segundo a qual a severidade da pena cominada (e sua aplicação) é forma eficaz de combate à criminalidade pela intimidação da coletividade.

Ao contrário, inspira-se na concepção

de que o comportamento criminoso não é exclusivamente uma opção do sujeito, mas um fenômeno de causas variadas que a ameaça do castigo pouco inibe. Fundamenta-se, também, na verificação de que o sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais. Ampara-se, ainda, na constatação do caráter criminógeno da prisão, na sua ineficácia como instrumento ressocializador, além do seu alto custo social e financeiro.

Enfim, a transação penal ancora-se na ideia de que o **Direito Penal/prisão** somente deve ser aplicado às situações de reconhecida necessidade de segregação do indivíduo, para se evitar um mal maior à sociedade.

Nessa concepção, na aplicação imediata de pena inexistente acusação e, consequentemente, não há processo penal. A denúncia somente será oferecida se não ocorrer o acordo penal (art. 77). Ademais, nem a *opinio delicti* foi completamente formada. O termo circunstanciado é enviado ao juizado sem qualquer investigação prévia (art. 69) e a eventual necessidade de diligências imprescindíveis somente ocorre na fase da denúncia (art. 77). A possibilidade de arquivamento, como requisito negativo (art. 76) para a proposta de acordo penal, refere-se à hipótese de evidente ocorrência e não ao prévio convencimento ministerial da necessidade de instauração do processo penal.

Logo, se não existe acusação ou processo penal, o autuado não reconhece sua culpa (sentido amplo) quando aceita a proposta de aplicação imediata de pena. Sem admitir culpa ou proclamar inocência, conforma-se com uma sanção penal não privativa de liberdade (**mais uma missão social, do que castigo**) para não ser acusado e processado criminalmente.

Nesse sentido, esclarece Rogério Schietti: "Intui-se, portanto, que ambos os protagonistas dessa transação penal buscam, com acerto de vontades, evitar o processo. O Ministério Público abdica da perseguição penal, obviando a formulação de denúncia e toda a atividade processual que decorreria do exercício do ius accusationis; o autuado também evita o processo... preferindo sujeitar-se a uma pena que, em sendo cumprida, permitirá a extinção da punibilidade" (*Revista do TRF-1ª Região*, vol. 8, nº 2, p. 20 — sem grifo).

Em resumo, a transação penal é uma alternativa ao processo penal e seus efeitos (inclusive a punição/castigo). Solucionando a controvérsia penal consensualmente, sem o ingresso dos envolvidos no sistema penal intimidatório, necessariamente conflitivo.

Inexeqüibilidade da pena imediata: ausência de previsão legal

Sem o devido processo legal, a sentença que aplica pena restritiva de direitos ou multa, com base no art. 76, não tem caráter nem condenatório nem absolutório, mas simplesmente homologatório da transação penal. Declarando uma situação jurídica de conformidade penal bilateral. Não gerando reincidência, registro criminal ou responsabilidade civil (art. 76, §§ 4º e 6º).

Logo, não sendo sentença condenatória, inaplicável a execução penal prevista para aquela. Vale dizer, a sentença homologatória de transação penal não pode ser executada na forma dos arts. 84-86 da Lei nº 9.099/95, ou do Código Penal, ou da Lei de Execução Penal, porque não há identificação das situações, sequer similitude entre elas.

Conforme o modelo garantista, no Estado Democrático Brasileiro não é possível uma sentença penal condenatória sem o devido processo legal (**igualdade das partes, contraditório, ampla defesa...**), tornando certa a autoria e a materialidade do fato imputado. Já a sentença penal homologatória é fruto de consenso, de acordo entre Ministério Público e autuado, antes da propositura da ação penal, sem julgamento do fato que originou o termo circunstanciado.

Nem mesmo por analogia é possível a execução de pena aplicada mediante acordo com fulcro naqueles dispositivos legais. Além da ausência de semelhança, esse método é proibido *in malam partem*, no Direito Penal. Carlos Maximiliano adverte: "...em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia..." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 16ª ed., p. 213).

Por outro lado, mesmo que o legislador tivesse regulamentado expressamente a hipótese, não poderia fazê-lo nos moldes da execução penal. O que legitima na ordem democrática brasileira a aplicação imediata de pena, ou melhor, aplicação imediata de uma missão social é a consensualidade da medida e a impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade. Evitando-se, assim, o ingresso do autuado no sistema penal intimidatório e suas deletérias consequências.

Sujeitar, portanto, o suposto "autor" do suposto "fato" a um castigo, convertendo a pena imediata descumprida em prisão, ofende ao postulado da "mínima intervenção, máxima garantia", caracterizador do Direito Penal Mínimo (**Direito Penal Democrático**) que inspirou a Lei nº 9.099/95.





Restaurando iniquidade combatida desde o século XVIII, ou seja, a presunção do crime punida como o próprio crime.

Conclusão: início da perseguição penal

Assim, se o sujeito descumpra injustificadamente a pena imediata (não efetiva a missão social acordada) não pode de imediato ser preso, pela conversão da pena acordada em privativa de liberdade. A condenação, ou o reconhecimento de culpa (*lato sensu*), não foi objeto do acordo.

Sendo que a Lei nº 9.099/95, regulamentando o art. 98, I, CF, ao autorizar a solução consensual expressamente excluiu a possibilidade de prisão (arts. 62 e 76).

Ademais, como a pena imediata não está vinculada à pena cominada em abstrato, é possível aplicação, por exemplo, de restritiva de direitos quando o tipo comine somente multa. E, pela conversão, o suspeito sofre pena mais grave do que aquele que, não tendo direito à transação, foi condenado através do devido processo legal. O que resulta em inominada iniquidade.

Por fim, considerando que a extinção da

punibilidade somente ocorre com o cumprimento da pena acordada, o seu descumprimento injustificado implica em rescisão do acordo penal.

Só restando ao Ministério Público iniciar a perseguição penal, na forma do art. 77: oferecer denúncia ou requisitar diligências indispensáveis. Promovendo o devido processo legal, em homenagem aos direitos fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

O autor é promotor de justiça em Goiânia (GO).

O PAPEL DO ADVOGADO EM FACE DA PERSECUÇÃO PENAL

(Leônidas Ribeiro Scholz)

Nessa atmosfera de vertiginosa multiplicação de exacerbadas idiossincrasias sobre a criminalidade, muitas das quais forjadas na trilha de informações e conceitos imprecisos ou — mais grave — manipulados, aos advogados criminais impenhe de combater, com redobrado vigor e pelos meios e formas que lhes franqueia a ordem jurídico-constitucional, toda e qualquer tentativa de infundir, na consciência social, a falsa, mas nefasta concepção de que na defesa dos acusados reside um dos propulsores da distorcidamente propalada impunidade.

A defesa, disse-o lapidarmente o inextinguível **Rui Barbosa**, *"não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente ou criminoso, a voz de seus direitos legais"*.

O direito da sociedade somente se afirma racionalmente — faz muito já advertia, em passagem antológica, o notável **Mala testa** — como direito de punir o **verdadeiro** réu, condição cuja aferição, em qualquer sistema jurídico-processual civilizado, não prescinde, não pode prescindir — antes e ao contrário, sempre o pressupõe — do efetivo exercício, com a amplitude que a Constituição proclama e assegura, do direito de defesa, direito, de resto, em larga medida condicionado, na forma e na substância, na liturgia da lei e na prática judiciária, à atuação do advogado, ao concreto desempenho do relevante mister da Advocacia na sua precípua função, pontualmente assinalada por **Raimundo Faoro**, *"de lutar pelo império do Direito e das Leis, de pelear contra as injustiças sociais, de suprimir o arbítrio, de promover a paz como fruto da Justiça"*.

Aos advogados criminais impõe-se, também e em linha de consequência, cobrar a incondicional observância, entre outros, do preceito constitucional que outorga ao cidadão preso e autuado em flagrante e, por irretorquível extensão lógico-jurídica, aos indiciados em geral, o direito à assistência de advogado, assistên-

cia, ao demais, que a toda evidência não se limita à mera presença física do profissional da Advocacia, como se fora simples espectador dos atos da fase pré-processual da perseguição penal, mas que consiste e concretamente deve consistir, mesmo porque somente como tal é que reclamaria sublimação constitucional, em ativa participação técnico-jurídica com vistas à preservação de todos os direitos e garantias individuais fundamentais, facultando-se ao advogado entrevistar-se, antecipada e reservadamente, com o autuado ou indiciado, orientá-lo, inclusive sobre a possibilidade de optar por permanecer calado, acompanhar os depoimentos e zelar pela respectiva regularidade, praticar, enfim, todos os atos necessários à realização das regras constitucionais de proteção ao cidadão submetido à atuação estatal persecutória.

Urge e é imperativo propugnar, outrossim, o reconhecimento de que o inquérito policial, por abrigar não apenas mera investigação, mas também, e ineludivelmente, atos instrutórios definitivos de efeitos judiciais impostergáveis, verdadeira formação de culpa desprovida de qualquer provisoriedade — como o evidenciam, *verbi gratia*, o exame de corpo de delito, as perícias em geral e a juntada de documentos —, não se pode desenvolver à margem da contraditoriedade, da possibilidade de participação do indiciado na realização dos atos que, para além de simples investigação, traduzam a produção de elementos de convicção potencialmente definitivos e, nessa perspectiva, denotativos de autêntica instrução criminal. A menos que se pudesse sustentar destinar-se o inquérito policial, não a reconstituir, na medida do possível e seja ela qual for, a verdade concreta acerca de fato virtualmente criminoso, mas apenas a desvelar realidade necessariamente delituosa para viabilizar o oferecimento de acusação, a instauração do processo e a condenação do cidadão, razão jurídica alguma haveria, como **não** há, em ordem a obstar o exercício da con-

traditoriedade nessa primeira etapa da perseguição penal, especialmente no que concerne aos atos que guardem a feição e a função de instrução criminal definitiva.

Mas, o que estaria, então, a fomentar, verdadeiramente, substancialmente, a sintomática oposição à admissibilidade do contraditório no inquérito policial?

Por que tantos com ela tanto se incomodam?

Por que, enfim, temer a possibilidade de participação do indiciado, não na investigação policial propriamente dita e considerada, mas nos atos do inquérito policial que, como exteriorização do resultado das pesquisas que a constituem, consubstanciam *"operações informativas que pessoalmente não de atingi-lo, para o bem ou para o mal, pouco importa, mas diretamente na sua liberdade individual, arriscada a sofrer todos os constrangimentos materiais e morais de um processo criminal"* (prof. **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**)?

Em pleno alvorecer do terceiro milênio, que papel, afinal, atribuir ao inquérito policial? O de **reconstituir**, objetivamente, realidade concreta? Ou o de constituir verdades **abstratamente** preconcebidas na trilha de conveniências ideológicas ou em atenção a interesses inconfessáveis?

A opção, deixemo-la, todavia, à consciência do certo, do jurídico, do justo. E, também, à história da humanidade na perspectiva dos sugestivos passos da perseguição penal ao longo dos tempos...

Depois, é só apostar, e apostar firme e forte, em que decepção nenhuma sofrerão quantos, repudiando o arbítrio e a injustiça, cultuem a verdade e a dignidade da pessoa humana como valores e vetores fundamentais da cidadania, do Estado Democrático de Direito!

O autor é advogado em São Paulo, professor de Direito Penal e mestrando em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP.

DO PRAZO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MATÉRIA PENAL

(Cláudia Viana Garcia)

Este trabalho tem por objetivo enfrentar questão polêmica que vem se intensificando, a cada dia, nos tribunais superiores do País, máxime no Superior Tribunal de Justiça, a propósito de definir, com a necessária e esperada certeza, qual seria o prazo para interposição do recurso de agravo de instrumento em feitos criminais.

A controvérsia se instalou após o advento da Lei nº 8.950/94 que, ao revigorar os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil, revogou a Lei nº 8.038/90 (Lei dos Recursos - LR), estabelecendo o prazo de dez dias para interposição de agravo de instrumento dirigido aos tribunais superiores, instalando a dúvida acerca do alcance dessa disposição, especificamente encastelada no art. 544 do Código de Processo Civil, ou seja, se esse novo prazo abrangeria tanto o agravo de instrumento interposto em feitos cíveis como também aqueles manifestados em feitos criminais.

O deslinde da questão repousa, em primeiro lugar, em uma análise da evolução legislativa quanto ao tratamento dos recursos cíveis e criminais endereçados aos tribunais superiores.

O Código de Processo Penal foi instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689/41. Os arts. 632 a 636 do Código de Processo Penal tratavam dos recursos excepcionais criminais dirigidos ao Supremo Tribunal Federal. Tais dispositivos do referido diploma foram expressamente revogados pelo art. 8º da Lei nº 3.396/58, a qual passou a cuidar do recurso extraordinário e dos agravos de instrumento, tanto cíveis como criminais.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, que em seus arts. 541 a 546 cuidava do recurso extraordinário, do agravo de instrumento e dos embargos de divergência dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, ficou revogada a Lei nº 3.396/58 no tocante aos recursos cíveis endereçados ao Supremo Tribunal Federal. No que tange ao processo penal, a Lei nº 3.396/58 permaneceu inalterada, tanto que teve de ser expressamente revogada pelo art. 44 da Lei nº 8.038/90.

A Constituição de 1988, ao criar o recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, tornou necessária nova regulamentação dos recursos (tanto cíveis como criminais) endereçados aos tribunais superiores, o que foi feito pela Lei nº 8.038/90.

Sem dúvida, a Lei nº 8.038/90 cuidou de toda a matéria relacionada aos recursos cíveis e criminais dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Tanto que revogou os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil e a Lei nº 3.396/58, sendo que esta última, como visto, dispunha acerca do recurso extraordinário e do agravo de instrumento nos feitos criminais.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 8.950/94, que em seu art. 2º, estabeleceu que os arts. 541 a 546 da Lei nº 5.869/73, revogados pela Lei nº 8.038/90, fica-

vam revigorados com a nova redação.

Ora, como a Lei nº 8.950/94 revigorou os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil, dando-lhes nova redação, pode-se concluir que a Lei nº 8.038/90 deixou de ser aplicada aos recursos cíveis, em virtude do advento da Lei nº 8.950/94, que passou a tratar da matéria. No entanto, a Lei nº 8.038/90 continua plenamente em vigor no tocante aos recursos criminais, que não foram afetados pela Lei nº 8.950/94.

Na sistemática da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma que traça diretrizes não apenas para o próprio Direito Civil, mas também para todos os demais ramos do Direito, razão pela qual parte expressiva da doutrina a denomina de *norma sobre normas*, portanto com incidência nas normas processuais, não se pode, de modo algum, defender-se a tese de que a Lei nº 8.950/94 teria logrado revogar a Lei nº 8.038/90, notadamente no que tange aos recursos criminais.

Isto porque a Lei dos Recursos, quando promulgada, não se destinou a ter vigência excepcional ou temporária, razão pela qual as suas disposições permanecem em plena vigência até que outra norma de igual patamar hierárquico a modifique ou revogue. A revogação ocorre quando a norma mais recente expressamente indica qual a norma anterior que ela está substituindo, ou, ao menos, quais artigos ou incisos da norma mais antiga estão, por força da promulgação da lei posterior, perdendo expressamente a sua vigência, o que não aconteceu em relação à Lei nº 8.950/94 em face da Lei nº 8.038/90, máxime no que tange aos dispositivos legais alusivos aos recursos criminais.

Também não se pode cogitar de revogação por incompatibilidade, posto que o conceito de incompatibilidade a que alude a Lei de Introdução deve ser compreendido quando o Poder Público muda por inteiro e de maneira profunda determinada política legislativa até então representativa da estrutura pensante e atuante do Estado. Assim, por exemplo, revogação por incompatibilidade ocorreu quando a Lei nº 883/49 permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução do casamento do genitor adúltero, entrando, portanto, em testilha com o art. 358 do Código Civil. Ora, no caso em análise não ocorreu qualquer alteração substancial na política legislativa de direito processual, quer civil ou criminal, até porque a simples alteração do prazo para interposição de recurso não apresenta este caráter de profundidade acima sublinhado.

De igual modo, a Lei nº 8.950/94 não regulou inteiramente a matéria abordada pela Lei dos Recursos, só o fazendo no concernente ao processo civil, não havendo, também por este ângulo, revogação. Aliás, como acima demonstrado, sempre foi uma tônica a independência entre as regras do processo civil e do processo penal, não apenas em face da manifesta autonomia científica do processo penal,

mas, também, em atenção ao salutar princípio de técnica legislativa, que torna inadmissível a revogação de normas típicas do processo penal por uma lei instituída para modificar disposições do Código de Processo Civil.

Os que defendem a aplicação de um prazo único de dez dias tanto para o agravo em feitos cíveis, quanto nos feitos criminais, têm como principal lastro a coerência do ordenamento jurídico justificada por uma visão sistêmica.

Os melhores doutrinadores, no entanto, quando abordam o ordenamento jurídico como um sistema, frisam que sob essa ótica não podem coexistir vigentes normas incompatíveis. Assim, por exemplo, não seria possível admitir-se a vigência simultânea de uma norma que afirmasse ser "proibido fumar charuto", com outra cujo enunciado fosse "fumar charuto é permitido". Entretanto, quando se diz que as normas devem ser compatíveis, sob essa precisa visão, não se está a afirmar que se deve esperar que as normas vigentes em um determinado ordenamento sejam de tal forma coesas e compactas, que não se abra espaço aqui e ali, para um aparente mas não real choque de proposições normativas. Assim, não é exato falar, como se faz freqüentemente, de coerência do ordenamento jurídico em seu conjunto absoluto; o que se pode afirmar e esperar é a coerência entre as suas partes específicas.

Destarte, não há qualquer violência, quer à visão sistêmica do Direito, quer à expectativa de coerência do ordenamento jurídico, na vigência e coexistência de prazos distintos para a interposição de agravo de instrumento nos feitos civis e penais, na exata medida em que o substrato, a matéria e o plano jurídico, em que ambos existem, possuem características e imperativos próprios.

O entendimento aqui exposto encontra reflexo não só na melhor doutrina (cf. **Nelson Nery Júnior, Teoria Geral dos Recursos**, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1996, pp. 324/325), como também na mais autorizada jurisprudência do País, a exemplo do voto proferido pelo eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça, **Adhemar Maciel**, em seu voto-condutor publicado na **RSTJ** 83/320.

Em conclusão, tem-se que a lei nova especial (Lei nº 8.950/94) — ou seja, relativa ao processo civil, não revoga a lei anterior geral (Lei nº 8.038/90) — ou seja, referente aos processos civil e penal. Por conseguinte, a regra fixada no art. 544 do Código de Processo Civil, que estabelece o prazo de dez dias para interposição de agravo de instrumento, aplica-se unicamente aos feitos cíveis, sem atingir os feitos criminais, para os quais ainda vigora o prazo de cinco dias fixado pelo art. 28 da Lei nº 8.038/90.

A autora é assessora de ministro do Superior Tribunal de Justiça.

VIGÊNCIA TEMPORAL DA SÚMULA 554 DO STF: PODER LEGIFERANTE DO JUDICIÁRIO?

(Alice Bianchini)

Permanece atual a discussão acerca da possibilidade de aplicação da Súmula 554, editada em 15 de dezembro de 1976 pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo após a consagração do instituto do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), pela Lei nº 7.209/84, vê-se, na doutrina e em decisões tribunais, posicionamentos em defesa da plena vigência da súmula, cujo enunciado está assim composto: "*O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta a ação penal.*" De acordo com a determinação sumular, portanto, nas hipóteses em que o pagamento do cheque tivesse lugar antes do recebimento da denúncia, a ação penal estaria obstaculizada.

À época em que a súmula foi elaborada, a reparação do dano servia como atenuante — o que subsiste até hoje (art. 65, III, b). A criação do instituto do arrependimento posterior, faz surgir uma causa especial de diminuição de pena entre os limites de um a dois terços, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, desde que composto o prejuízo ou restituída a coisa objeto do crime antes do recebimento da denúncia ou da queixa. No entanto, muito antes da edição da súmula — e exatamente em razão de reiteradas decisões — já se admitia que, no caso de emissão de cheque sem a devida provisão de fundos, o seu pagamento, quando anterior à denúncia, geraria efeitos em favor do emitente, para além daqueles especificados em lei. Inicialmente, falou-se em extinção da punibilidade, em razão da composição amigável. Mais adiante, ganhou foros de importância o posicionamento de que o ressarcimento do dano impedia que se configurasse o próprio crime. Tal decorria, principalmente, do entendimento de que o delito previsto no *caput* e aquele especificado no § 2º, VI, não se confundiam, sendo que "*a assimilação de um ao outro foi instituída (...) por causa da substância da pena, que é a mesma, e não por causa da substância da fraude, que é diversa na configuração de qualquer deles*" (RTJ 68/716). Foi dito, também, que o acordo efetuado entre emitente e lesado impedia a censurabilidade do fato, implicando, portanto, em inexistência de culpabilidade.

Para **Celso Delmanto**, a súmula deve ser aplicada à espécie que prevê, devendo os demais casos serem regulados pelo art. 16 (1991:26). No mesmo sentido: **Mirabete** (1997:318) e **Cezar Roberto Bitencourt** (1989:255). **Damásio de Jesus**, nas diversas edições de sua obra *Código Penal Anotado*, variou o seu entendimento, sendo que, nas últimas publicações, opina no sentido da revogação da súmula. Há, também, os que entendem que, dadas as circunstâncias, está-se diante de um caso de atipicidade. Para **Silva Franco**, "*comprovado que não*

houve fraude no pagamento por meio de cheque ou porque o beneficiário já sabia de que não se tratava de ordem de pagamento à vista ou porque se providenciou o imediato pagamento do título, evitando-se qualquer prejuízo ou porque ocorreu o suprimento de provisão no estabelecimento bancário sacado, revelando a atitude de boa-fé do emitente, força é convir que, em nenhum caso, se caracterizou, na sua tipicidade, o delito do art. 171, § 2º, VI, do CP e, assim, inexistiu justa causa para a propositura da ação penal" (1997:254). É este, também, o sentido da Súmula 246 do STF: "*Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.*"⁽¹⁾

Por outro lado, os autores que defendem que a súmula estaria revogada, fulcram o seu entendimento, principalmente, no argumento de que os tribunais devem aplicar a lei. É o posicionamento amparado por **Zaffaroni** e **Pierangeli** (1995:113). Para este último, inclusive, a aplicação da súmula implica em revogação, indevida, de lei expressa, destinada à aplicação por juízes e tribunais. Nesta mesma esteira de raciocínio aparece a tese de que a aplicação da súmula implica flagrante interferência de poderes, em manifesto desrespeito ao art. 2º da Constituição Federal. **Heleno Cláudio Fragoso**, igualmente, discorda do entendimento sumular. Faz uso, entretanto, de razões diversas. Para o autor, a não configuração de prejuízo em decorrência do ressarcimento do dano não implica a ausência de crime. Acrescenta, ainda, que tal prática transforma a polícia em instrumento de coação para a cobrança de cheques (1971:96). **Rolf Koerner Júnior** (1988:24) e **Lênio Luis Streck** (1995:224) denunciam o caráter injusto da súmula, vez que sua aplicação restringe-se aos casos de estelionato na modalidade de emissão de cheque sem fundos. Ambos entendem que a iniquidade da decisão pretoriana poderia ser corrigida, desde que o benefício viesse a alcançar outros delitos. Ocorre, no entanto, que "*por vezes, Juízes e Tribunais tentaram estender essa orientação a outros crimes contra o patrimônio, como nas demais espécies de estelionato e na apropriação indébita, o que não vingou no Pretório Excelso*" (**Mirabete**, 1997:161).⁽²⁾

Esta discussão pode ser ampliada para contemplar, também, a temática que envolve a classificação do crime quanto ao resultado (ou seja, formal/material) e, conseqüentemente, o seu momento consumativo. Para **Basileu Garcia** e **Heleno Cláudio Fragoso**, o delito é formal. Discordam, no entanto, os autores, no que se refere à consumação do crime, pois para o primeiro tal ocorre no exato momento em que o emitente lança nele sua assinatura, enquanto que o

segundo exige que o título seja posto em circulação. É nesse sentido o posicionamento de **Nelson Hungria**, acrescentando que "*não é condição do crime, entretanto, a apresentação do cheque a pagamento: Não se deve confundir o momento em que o tomador sofre o prejuízo (isto é, aquele em que recebeu o cheque que não poderá ser pago) e o momento em que se verifica a falta de provisão*" (1978:242).

Magalhães de Noronha entende ser ele material. Para o autor, a consumação tem lugar no momento da apresentação do cheque ao banco sacado, sendo devolvido por falta de provisão. Isto porque os subtipos encontrados no § 2º do art. 171 são estruturados a partir da figura principal, tendo-se, assim, como elementos do estelionato, que se estendem à modalidade de emissão de cheque sem fundos: "*a) a consecução da vantagem ilícita; b) o emprego do meio fraudulento; c) o erro causado ou mantido por esse meio; d) o nexo de causalidade entre o erro e a prestação da vantagem; e) a lesão patrimonial*" (1986:360). Há, portanto, um duplo resultado: *vantagem ilícita com prejuízo alheio*. A configuração deste último requisito, para o jurista, está condicionada à negativa do banco em saldar o cheque.

É este o entendimento prevalente, o que gerou, inclusive, a edição da Súmula 521 do STF, na qual se fixou a competência para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão de cheque sem provisão de fundos, como sendo o local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

Em se tendo por correto este posicionamento, nas ocasiões em que o agente providenciase o suprimento do valor correspondente ao constante no título de crédito, fazendo o depósito em sua conta corrente ou resgatando o cheque, não se poderia falar em crime, por não perfazer as exigências típicas especificadas. Olvida-se, no entanto, que, em sendo voluntária tal ação, estariam presentes os elementos representativos do instituto do arrependimento eficaz (art. 15 do Código Penal), uma vez que o agente já houvera esgotado, em atos, toda a fase executória, e encontrava-se aguardando, tão-somente, a produção do resultado. A sua atitude, portanto, ao evitar que o resultado se produzisse, caracterizaria esta modalidade de arrependimento, que difere do posterior porque neste a consumação já se verificara.

Por outro lado, é de se ressaltar que, aceitando-se a tese defendida por **Fragoso** e **Hungria**, no sentido de que o crime somente reúne todos os elementos de sua definição legal quando ocorre a entrega do título à





vítima, sem que o emitente tenha condições e pretensões de honrá-lo, o ressarcimento, desde que anterior à instauração da ação penal — diferentemente do que sucede quando se analisa o caso sob a ótica apresentada por **Noronha** —, somente poderá dar ensejo à aplicação do instituto do arrependimento posterior. Isto porque, tendo o crime se consumado, não há falar em arrependimento eficaz. Pode-se, também, discutir a incidência do disposto no § 1º do art. 171, quando não subsistir qualquer prejuízo, ou este for de pequena monta.

Tal também ocorre, se adotado o entendimento trazido por **Basileu Garcia**. A satisfação do dano, por ato voluntário do agente, daria ensejo à aplicação do disposto no art. 16, pois o crime, sendo formal, não exige produção de resultado, consumando-se, ou com a simples emissão (**Basileu Garcia**), ou com a colocação do título em circulação (**Fragoso/Hungria**). Toda e qualquer ação que se seguir não poderá, indubitavelmente, ser capaz de espancar a corporificação do delito.

Observa-se, assim, que, independentemente da posição que se adote, o ressarcimento do dano não implica na descaracterização do delito, nem sequer se pode cogitar sobre a exclusão da punibilidade, porque não há qualquer norma expressa neste sentido.

Subsistem, ainda, para serem derruídos, os argumentos que vêm, na satisfação do prejuízo, uma demonstração elidente do dolo. Ora, mais parece, todavia, que o pagamento do título de crédito até o recebimento da denúncia caracteriza, exata e exclusivamente, o arrependimento posterior, visto

que o agente já esgotara a fase de execução do delito.

Não se pode perder de vista que a impossibilidade de prova da intenção incontestada de ilaquear a vítima difere, sobremaneira, da comprovação de existência de dolo neste sentido. Destarte, em sede de processo penal, pode haver decisão no sentido de absolvição do réu nos casos em que o magistrado não se convencer da existência de algum dos componentes do delito (art. 386, VI, do Código de Processo Penal), ou, até mesmo, não oferecimento da denúncia em razão da inexistência sequer de indício necessário para a propositura da ação penal. Todavia, tal entendimento não macula, de forma alguma, o tipo penal de estelionato na modalidade que se está a analisar, porque não é o pagamento do título que demonstra a boa-fé do agente, mas a vontade que se podia vislumbrar no momento em que houve a entrega do cheque à vítima. Insista-se, a não comprovação do dolo ensejaria a absolvição por falta de elementos probatórios ou o pedido de arquivamento das peças de investigação, servindo, o pagamento, como indício de boa-fé, mas não como prova irrefutável e cabal desta, o que teria que ser apurado em cada caso concreto.

Não obstante todos estes argumentos, convém que se frise que o STF entendeu de continuar aplicando a súmula, mesmo depois da edição da lei que instituiu o arrependimento posterior em nosso ordenamento jurídico, o que é seguido por tribunais estaduais.

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

(1) A alegação de que o pagamento se traduziria em prova de ausência de dolo é, para **R. Andreucci**, "um subterfúgio para a não punição em razão da carência de dano" (1976:59).

(2) Como exemplos de decisões nas quais sequer fora admitida a extensão à forma básica do estelionato: **RT 599/320, 594/363, 587/381, 534/445**.

Referências Bibliográficas

- Andreucci, R. Antunes.** *A propósito do conceito de pena e de ressarcimento do dano em Del Vecchio, Ciência Penal*, ano 3, nº 1, 1976.
- Bitencourt, Cezar Roberto.** *Do crime tentado e do crime consumado. Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 646, pp. 247/257, ago. 1989.
- Delmanto, Celso.** *Código Penal Comentado*, 2ª ed., São Paulo, Renovar, 1991.
- Fragoso, Heleno Cláudio.** *Lições de Direito Penal: Parte Especial*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. 2.
- Franco, Alberto Silva et al.** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- Garcia, Basileu.** *Anais do I Congresso Nacional do Ministério Público. Parte Especial*, Parte. 1, v. 4.
- Hungria, Nelson.** *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 7.
- Jesus, Damásio Evangelista.** *Código Penal Anotado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991.
- Koerner Júnior, Rolf.** *Arrependimento posterior: antes e depois da Lei nº 7.209, de 1984, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)*, Porto Alegre, v. 15, nº 44, pp. 12-21, 1988.
- Mirabete, Júlio Fabbrini.** *Manual de Direito Penal: Parte Especial*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, v. 2.
- Noronha, E. Magalhães.** *Direito Penal*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, v. 2.
- Streck, Lenio Luis.** *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Pierangeli, José Henrique.** *Da Tentativa: Doutrina e Jurisprudência*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

A TENTATIVA DE FURTO À LUZ DA LEI Nº 9.246/96

(Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes)

Dentre as modificações introduzidas pela Lei nº 9.246/96 encontra-se a introdução do § 5º no art. 155 do Código Penal, consistindo em mais uma prática qualificada e que dispõe: "A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou exterior."

Pela dicção do artigo apreende-se que a qualificadora é uma conduta posterior à consumação do furto, ou como salienta **Roberto Wagner Battocchio Casolato**⁽¹⁾, trata-se de um "evento superveniente à consumação do delito". Dessa forma, a qualificadora consuma-se com o efetivo transporte, ou seja, com a ultrapassagem da fronteira terrestre, aquática ou aérea. Logo, os núcleos da figura qualificadora são: subtrair e transportar, sendo esses cumulativos, e o primeiro antecede o segundo.

A partir desse espectro duas situações devem ser analisadas: 1º) o agente furta o veículo e é surpreendido transportando o veículo automotor de um Estado para o outro ou para o exterior; 2º) o agente tenta furtar o veículo com intenção de transportá-lo para

outro Estado ou para o exterior, mas é surpreendido.

Ora, o art. 155, § 5º, do CP na verdade consagra uma figura **qualificadora híbrida** em que são necessários dois momentos consumativos: o primeiro realiza-se com a posse tranqüila, desvigiada da *res furtiva* e o segundo, como foi salientado acima, com o efetivo transporte de um Estado para outro, ou para o exterior.

Assim, o agente que furta veículo automotor e é surpreendido tentando transportá-lo para outro Estado ou exterior pratica tentativa de furto qualificado, não ensejando essa hipótese maiores discussões, dado que o primeiro momento consumativo foi realizado e o agente tentou realizar o segundo momento consumativo, quando foi surpreendido. Note-se que existe o dolo específico de transportar para outro Estado ou exterior, podendo ser auferido objetivamente no caso concreto.

Por outro lado, quando o agente tenta furtar o veículo com a intenção de transportá-lo nas hipóteses anteriormente mencionadas, na realidade incide no *caput* do art. 155

do Código Penal, respondendo por tentativa de furto simples, dado que a efetiva realização do primeiro momento consumativo é elemento essencial da qualificadora, ou seja, é pressuposto para que possa incidir a segunda conduta ("...se a subtração" — aquela já realizada). Caso contrário, seria admitir-se uma **tentativa da tentativa**. Não obstante, existe uma real impossibilidade prática de provar-se o *animus* do agente nessa circunstância. Seria inserir a possibilidade de adentrar na esfera íntima do agente, da sua **cogitação**, podendo gerar inclusive decisões subjetivas e arbitrárias.

Em síntese, existe apenas uma possibilidade de tentativa de furto qualificado sob a ótica do § 5º do art. 155 do Código Penal, que consubstancia-se na hipótese do agente deter a posse tranqüila e desvigiada da *res furtiva* e tentar transportá-la nas hipóteses previstas no dispositivo.

A autora é mestranda pela Universidade de São Paulo e bacharel em Direito.

(1) *Boletim IBCCrim* nº 55/05.

REPRIMENDA "CRIATIVA", MAS INCONSTITUCIONAL

(Marcelo Cury)

Dispõe o art. 44 do Código Penal que as penas restritivas de direitos — prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana⁽¹⁾ — *"são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade"* quando esta for inferior a um ano ou se o crime for culposos (inc. I), quando o réu não for reincidente (inc. II) e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado indicarem que essa substituição seja suficiente (inc. III), sendo este o teor de seu parágrafo único: *"Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente"*.

É de obviedade latente que o legislador pátrio visou, com a redação emprestada ao dispositivo legal em comento, por razões de política criminal, proteger do cárcere o condenado que atenda a certos requisitos, objetivos (como extensão da pena, natureza do delito) e subjetivos (personalidade, conduta social do agente), possibilitando a substituição da pena privativa de liberdade aplicada.

Em outras palavras: trata-se de **benefício** que pode ser concedido ao condenado que o mereça e que se enquadre na hipótese legal concebida.

Ora, se se trata de **benefício**, é claro também que a substituição só pode ser efetuada se, efetivamente, **beneficiar** o condenado.

A questão parece simples, porém não o é em muitos casos, como naqueles que envolvem a condenação de profissionais liberais, como arquitetos, dentistas, advogados, médicos.

É que se cogita da hipótese — verificada, aliás, em pelo menos um caso concreto do nosso conhecimento, ainda *sub judice* — do médico que, acusado de ter provocado, por negligência, a morte de uma paciente, é condenado, porque primário e de bons antecedentes, à pena mínima de um ano de detenção, enquadrando-se a espécie, assim, no parágrafo único do art. 44, sendo possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos ou por uma pena restritiva de direitos e multa.

Assim, poderá o juiz sentenciante — e no caso concreto referido o magistrado o fez realmente — substituir a pena de um ano de detenção aplicada pelas seguintes penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade (CP, art. 43, I) e proibição do exercício da profissão — no caso, da Medicina — por um ano (CP, arts. 43, II, c/c art. 47, II).

Indaga-se, então: nesse caso a substituição da pena privativa de liberdade implicou, efetivamente, em **benefício** ao condenado?

A resposta, evidentemente, é negativa.

De fato, a só proibição do exercício da profissão lícita, sobre ser, no mínimo, de "duvidosa constitucionalidade", como já entendeu o E. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul em caso assemelhado⁽²⁾, *ex vi* do

disposto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, implica mesmo na ruína profissional do condenado, que ficará distante de sua clientela por um ano (nem é preciso dizer que para o profissional liberal isso é a "morte"). E isso sem falar das consequências reflexas da funesta substituição, duas delas, pelo menos, cogitáveis desde logo: o desamparo dos dependentes do condenado, também reflexivamente "condenados" às penúrias decorrentes do desemprego (e eis aqui outra violação constitucional, já que *"nenhuma pena passará da pessoa do condenado"* — CF, art. 5º, XLV, primeira parte), e o abate de um profissional habilitado justamente num país miserável como o Brasil, em que até o número de médicos ao atendimento da população, principalmente a mais carente, é deficitário, constituindo mesmo um verdadeiro desperdício social o só afastamento do médico do exercício da profissão.

Com todo o respeito daqueles que pensam em contrário, principalmente do prolator daquela infeliz decisão, temos que a substituição telada é duplamente inconstitucional, gerando não um benefício ao condenado, mas um malefício a ele, à sua família e à própria sociedade.

Mas não é esse o aspecto que queremos discutir — o tribunal competente saberá, esperamos, corrigir a malsinada substituição.

O fato é que a espécie apresenta-se como um verdadeiro sintoma da falência do sistema penal brasileiro.

Sem tangenciar-se o mérito do processo que gerou a condenação, naquele caso concreto, que espelha a hipótese debatida, temos, de um lado, a expectativa da família da vítima, e assim da opinião pública, em termos de aguardarem uma resposta penal severa ao grave crime imputado ao acusado — a morte de uma paciente por negligência; de outro lado, havemos de examinar os mecanismos de que dispõe o julgador para, convencendo-se da culpa do agente, diante da prova produzida nos autos, apená-lo; se for o caso, severamente.

Ora, decorrem da lei, e não da vontade do juiz, do advogado, do promotor de justiça, dos intérpretes em geral, as sanções previstas em nosso ordenamento jurídico penal. Ou seja, não é porque "a Justiça não funciona no Brasil", jargão que infelizmente ganha vulto na sociedade brasileira, que o médico condenado "a apenas" um ano de detenção não será preso jamais, sim porque nosso sistema punitivo assim o determina, se presentes os pressupostos autorizadores do *sursis* ou de outros benefícios penais, como as penas alternativas (multa e penas restritivas de direitos).

Pois bem, o juiz, convencido da culpa grave, tem de aplicar a pena, cuidando fazê-lo severamente (no mais, a sociedade anseia mesmo por isso). Mas aí ele se depara com a impossibilidade de, por exemplo, trancafiar o médico: a lei não o permite, pois ele é primário e possui bons antecedentes, sendo imperativo que se lhe aplique a pena mínima — no caso, um ano de detenção.

É então que surge aquilo que poderíamos

chamar de reprimenda "criativa", não fosse inconstitucional: a perversa combinação daqueles dispositivos legais (art. 44, parágrafo único, c/c os arts. 43, I e II, e 47, II, todos do CP), com o que logra o sr. juiz punir mais que severamente o acusado — e de lambuja sua família! — servindo-se, justamente, daquilo que deveria ser um benefício penal!

Este, o nosso sistema. O nosso incrível sistema.

Queremos, nesta altura, salientar enfaticamente que não estamos a questionar se nossas penas são muito brandas ou se os benefícios penais são muito amplos. Também não se faz aqui uma apologia da aplicação fria do Direito Positivo. E nem é do nosso interesse usar este espaço como tribuna de defesa em caso específico.

Porém, não se pode tolerar silentemente, porque a repugnância não só a Constituição como o moderno Direito Penal, a "utilização" de benefícios penais para agravar-se a sanção imposta ao acusado, que, em última análise, estará sendo punido não pelo fato criminoso que lhe foi imputado, mas sim, paradoxalmente, pela deficiência do ordenamento penal vigente, do aparelho punitivo e de seus precários mecanismos de execução, estes últimos dignos de análise em outra ocasião.

Nossos tribunais têm reconhecido que é inaplicável a proibição de dirigir veículos automotores nos casos em que os condenados são motoristas profissionais, sobretudo se primários e de bons antecedentes, de cujo labor dependam seus familiares, *"pois estaria afetando outro direito de caráter constitucional e inerente à própria subsistência"* (TACrim-SP, Ap. nº 756.583, rel. **Walter Guilherme**)⁽³⁾.

No que tange a profissionais liberais como médicos, contudo, a orientação pretoriana ainda parece ser árida, porém entendemos ser perfeitamente aplicáveis, por analogia, os argumentos que fundam aquele posicionamento sobre a matéria.

Concluindo, temos para nós que a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, ou por uma destas e multa, só poderá ser feita **se beneficiar o condenado**, jamais se prejudicá-lo. Neste caso, a melhor solução será a concessão de *sursis*, cujos efeitos são mais benéficos ao sentenciado. A menos que se imagine uma outra combinação de penas restritivas de direitos, uma outra reprimenda "criativa", mas, pelo amor de Deus, com alguma constitucionalidade!

O autor é advogado em Bauru, SP.

⁽¹⁾ O Projeto de Lei nº 2.684/96, aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária na sessão plenária de 29.10.96, já remetido ao Congresso Nacional, ampliou o rol das penas alternativas para 14, incluindo-se a multa e as penas restritivas de direitos já existentes.

⁽²⁾ RT 681/390-392. No mesmo sentido: JUTACrim 94/241.

⁽³⁾ No mesmo sentido: RJDTACRIM 7/134; JUTACrim 100/223; RTJE 82/277 e JC 60/275

O SER HUMANO PRESO, O MODELO DA CIDADANIA PLENA

(Pedro Armando Egydio de Carvalho)

"Lá está o Homem."
JO 19,5

Ao pe. **Geraldo Mauzeroll**, fundamento
da Pastoral Carcerária do Brasil

I - Teoria

À primeira vista, o título do artigo configura um absurdo. Quem cometeu um crime e, por isso, está metido a ferros, aparece ao nosso olhar como o avesso do cidadão, do homem livre e honesto; ainda que muitos direitos sejam reconhecidos ao preso, por força de leis (Código Penal, art. 38, e Lei de Execução Penal, art. 3º), a perda da liberdade ambulatoria e o lançamento de seu nome no livro dos culpados, convenhamos, tornam-no, mercê de uma interpretação benigna, o último dos cidadãos, jamais o modelo deles! Assim, sobre impróprio, o título é acintoso para nós.

Façamos, contudo, uma primeira distinção.

O homem preso **não** é um delinquente. Por causa de um delito, é certo, veio a ser encarcerado. Mas, agora, sob a dura mão da execução penal, é um sujeito de direitos e deveres, todos vigentes no espaço físico da pena e no tempo de sua duração. Portanto, no instante mesmo em que o criminoso é detido e algemado, perde a sua condição de facinoroso: o homem ressurge⁽¹⁾. Porém, nós, embaraçados com preconceitos e discriminações, levamos ao auge a diferença entre o autor de um crime e o cidadão imaculado, hipostasiando-a, isto é, dela fazendo uma substância que cobre e encobre a pessoa visada. Doravante, nós não a chamaremos pelo seu nome, e, sim, pela diferença hipostasiada: o homicida, o esturpador, o ladrão, o seqüestrador, como se os respectivos crimes se colassem de tal sorte ao ser de quem os cometeu, que estes homens estivessem permanentemente a cometê-los para excitar a nossa justa reprovação⁽²⁾.

Aliás, a confusão dos conceitos de criminoso e encarcerado implica o desprezo que votamos ao prisioneiro e a indignação cívica diante de pessoas e entidades preocupadas com a existência de reiterados abusos no cumprimento do castigo restritivo da liberdade. Dizemos e ouvimos inúmeras vezes a expressão "direitos humanos invocados por bandidos e seus defensores", imputando aos primeiros a inadmissível ousadia de postular a obediência à Constituição — eles, que prejudicaram a comunidade —, e aos segundos, a incompreensível e detestável atitude de preterir o amparo às vítimas para patrocinar a ação de seus algozes.

Desfeita, entretanto, a confusão citada, quer no plano teórico quer, principalmente, no plano prático (através da simples observação do corpo de um homem enjaulado), é possível a quem quer que seja compreender o código fundamental que rege as relações entre o poder de punir e a pessoa do punido. Magistralmente, a Constituição da República desta forma o resume:

"é assegurado aos presos, o respeito à integridade física e moral" (art. 5º, XLIX).

Os corpos dos presos devem ser respeitados, ninguém pode torturá-los ou colocá-los em locais infectos, exíguos ou promíscuos. Têm direito ao seu corpo íntegro ("**habeas-corpus**") e ao lugar digno para permanecer na duração da pena ("**habeas-locus**"). Ademais, têm direito à sua razão de ser, à palavra única que define a cada um como um todo moral, pessoal, singular, irreproduzível e inestimável ("**habeas-logos**").

Mas, lamentavelmente, constatamos que o sistema punitivo estatal também aí fracassou. Desrespeita-se o corpo do preso, asfixia-se a sua palavra. As prisões, via de regra, são lugares desumanos e degradantes, sem espaço para o corpo estar e sem espaço para o preso aprender a dizer a sua palavra. Sem "**habeas-corpus**", sem "**habeas-locus**", sem "**habeas-logos**", o que resta do Homem?

Notemos que, sob o costume de confundir criminoso com preso, insensivelmente migramos para uma situação de legítima defesa permanente diante do homem encarcerado, tomando-o por inimigo desprezível e eliminável, em virtude de seu hipotético e contínuo ataque delituoso contra nós. Parecemos, nessa linha, com os alemães comuns, durante a Segunda Guerra Mundial, que maltratavam e assassinavam os judeus, independentemente de qualquer ordem superior ou militar, sem experimentar nenhum escrúpulo ou culpa, pelo simples motivo de que o arraigado e estúpido anti-semitismo os conduzia a não reconhecer nos hebreus a figura de uma pessoa humana⁽³⁾.

Eis aí o tópico, imune a qualquer relativismo, que nos pode conduzir eticamente para um novo tipo de coexistência humana, um novo paradigma para estar-entre-os-homens. É um **tópico absoluto**, superior às vicissitudes das circunstâncias históricas e culturais, um tópico, pois, de validade universal. "*A dignidade da pessoa humana transcende e ultrapassa todo valor que objetive hierarquizá-la*". Dito de maneira negativa, "*o que não pode ser tolerado nas relações humanas ('o intolerável absoluto')*" é o fato de qualquer homem não reconhecer no Rosto de qualquer Outro a existência dessa dignidade da pessoa que a torna merecedora de respeito incondicional⁽⁴⁾.

Por isso mesmo, o Corpo e a Palavra do preso constituem, na qualidade de integrantes essenciais de sua personalidade, o fundamento inabalável do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (Constituição, art. 1º, III).

Liguemos agora os itens de nossa argumentação.

O título, inicialmente, nos afrontava, de vez que remetia ao homem preso o encargo de representar modelarmente a cidadania total. A seguir, a distinção entre criminoso e encarcerado salientava que se devia respeito constitucional ao Corpo e à Palavra do homem preso. Um dever, contudo, não obedecido pelo Estado e sociedade, à vista da situação atual de nossos cárceres. E, no entanto, esse corpo e essa palavra abalados tomam parte da pedra angular que sustém o

regime democrático nacional.

A contradição é gritante. Se descuramos de uma obrigação básica para com a Democracia, como esta poderá subsistir? Deixemos o interlocutor começar pela segunda questão.

Dir-se-á que é frustrante medir a distância que separa o dever constitucional de respeito ao preso e a prática penitenciária cotidiana. Sem dúvida, pesa sobre nós a tarefa de reduzir a zero essa quase incomensurável grandeza. Ponderemos, todavia, que as tintas usadas para expor o problema são muito agressivas, conferindo-lhe uma magnitude que não possui. Com efeito, os presos são poucos, chegando seu universo à cifra aproximada de 150.000. Eventuais distorções no processo executivo penal ofenderiam, por conseguinte, um número ínfimo de pessoas, comparado com o todo da população. A ofensa, se bem lamentável, diluir-se-ia no conjunto maior dos atos da cidadania plena, sem prejudicá-lo. Em suma, a contradição é irrisória, vindo a ser absorvida e desapossada de seu veneno pelo organismo democrático, à maneira de um fator patogênico minimamente lesivo e neutralizado. E, com isto, a primeira questão também restaria deslindada.

Refutemos o opositor.

Ele anuirá de plano, como bom democrata, à asserção de revelar-se preferível, por carência de provas acusadoras, a soltura de *n* homens culpados de crimes, do que o encarceramento de um outro inocente, por meros indícios colhidos em inquérito policial. A anuência ressalta a garantia de um processo regido pelo princípio da suficiência da demonstração incriminadora, o qual a todos socorre, culpados ou inocentes. Um único cidadão, que tenha sido enclausurado à revelia do mencionado princípio, compromete a segurança dos demais. O bom democrata, compreensivelmente, nutre horror pelo claustro penal, e, para evitá-lo e exorcizá-lo, concorda com os antecedentes de uma condenação justa, traduzidos na ampla defesa e no conjunto de provas robusto. Mas, ao banir o arbítrio do processo criminal, esforçando-se, por sua repulsa e indignação, no sentido de mantê-lo afastado do âmbito democrático, o cidadão honesto advoga que o centro mais relevante desse regime político onde ele vive e convive é a pessoa humana. Não a pessoa em geral, abstrata e sem contornos faciais, à moda de um Sujeito Transcendental ou Epistêmico, útil talvez para elucubrações teóricas, incapaz contudo de exilar o temível arbítrio contra *este* ou *aquele* partícipe da comunidade. Trata-se da **pessoa concreta**, do ser humano que **pode ser** qualquer um mas **nunca** é um qualquer; todos, sem exceção, ocupam o centro da democracia, não à maneira de um conjunto vago e indefinido (coletivamente), porém sob a forma que permite a cada um aparecer em sua identidade como a encarnação do ápice do regime (distributivamente).

O âmago da democracia é, pois, a pessoa





concreta. Consequentemente, como frisa **Etienne-Richard Mbaya**⁽⁵⁾, a democracia, *"mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida, tende a se tornar, ou já se tornou, o mais recente direito dos povos e dos cidadãos. É um direito de qualidade distinta, de quarta geração"*. Se a pessoa humana, portanto, só vem a realizar-se, concretizar-se como tal **na democracia**, a ponto de inocular nesta última o caráter novíssimo de um seu direito humano (!) — o ambiente indispensável para que os outros direitos humanos existam e tenham consistência —, então é inegável que o núcleo apontado (a pessoa concreta) não se presta à substituição por uma outra entidade que deforme ou esmaça os nítidos traços individuais de cada um dos componentes do grupo.

Assim, o bom democrata, ao postular rigorosas garantias para a pessoa no processo penal, deve, por força de límpida e sã lógica, requerer, sob pena de esvair-se a democracia que ele tanto preza, o respeito incondicional ao Corpo e à Palavra *desta* ou *daquela* pessoa concreta. Logo, suas respostas iniciais não convencem, a contradição perdura e somos impelidos novamente a encerrar os problemas propostos.

É irrefutável, prosseguindo no raciocínio expendido, que o tratamento dado aos presos influencia a vivência democrática diária, centrada na dignidade de cada uma das pessoas humanas que compõe o grupo social. Tratamento adequado, democracia fortalecida; inadequado, esmorecida; aviltante, falida. A metáfora do inocente preso desemboca no justo terror de vir o arbítrio, com sua veste irracional, abranger-nos em sua extensão desmesurada. Analogamente, a realidade (e não mais uma imagem ou idealização) do preso torturado e emudecido tem a potência de justificar os maus tratos infligidos aos corpos dos sem-terra e sem-teto (*"habeas-locus"*), e a incúria para com a saúde (*"habeas-corpus"*) e a educação (*"habeas-los-gos"*) públicas. O cárcere molda a sociedade.

Ou o bom democrata cede, finalmente, às razões que o interpelavam, ou então, para nosso desconforto, encastela-se na primitiva posição, impermeável à perspectiva antagônica. Lá, temos um aliado e podemos continuar a investigação; aqui, sobra-nos um derradeiro remédio de convencimento, a *"mostração"*⁽⁶⁾ do corpo do preso e de sua palavra inaudita. Não é conjecturável o sucesso da providência mostradora em espíritos cujo senso ético — o coração pascaliano, aberto à expectativa do transcendente⁽⁷⁾ — esteja embrutecido, visto que, no exemplo atrás, os germânicos seculares topavam com os hebreus e os massacravam, e, no paradigma maior, a visão do flagelado induziu os circunstantes a pedirem, concordes, a execução da pena capital. Seja como for, nosso papel, lá e aqui, é mostrar e demonstrar a impossibilidade de coabitarem a plena democracia e a permissão anônima de virem a ser algumas pessoas — ou somente uma! — desrespeitadas em seus corpos e mentalidades.

Sequer seria defensável, na última escaramuça do argumentador para afastar da luz inquietante da questão penitenciária, embo-

ra persuadido da necessidade de garantir-se o respeito corporal e moral a cada uma das pessoas da comunidade, que as estratégias de amparo ao núcleo democrático incidissem primeiro sobre os menos afortunados mas ainda em liberdade. A proteção dos excluídos não-presos, reflete o bom democrata, irradiar-se-ia depois aos marginalizados presos.

Entretanto, e desde já preservada a igual dignidade do encortinado e do prisioneiro, a busca comunitária da elevação de ambos exige que se dê preferência ao segundo. Por que? No preso, a ausência do Corpo digno e a ablação da Palavra própria são extremas; no excluído livre, ainda há resquícios desse Corpo, há vagidos ainda dessa Palavra. Ora, o clamor da carência é tanto maior quanto mais ela se avizinha do limite da dissolução do Corpo e da inarticulação da Palavra. Por isso, o atendimento ao preso é preferencial, não só porque o enclausurado está mais próximo, em relação a qualquer outro cidadão, da ameaça de aniquilamento, como também porque este Nada supremo manifesta a nós, exemplarmente, o valor do Corpo digno e o valor da Palavra articulada.

"Lá está o Homem", o modelo da cidadania plena.

II - Prática

A epifania, confessemos, mete-nos horror diante de alguém tão desfigurado que já não tem o aspecto de Homem, e, a um tempo, põe-nos a mão à boca, admirados de ser esse alguém a revelação da cidadania plena.

Vertiginosamente, passamos do absurdo do título — "o ser humano, preso, o modelo da cidadania plena" — à sua inexorável coerência, para recair no contra-senso da urgência de devolver ao Deformado a Forma — Corpo e Palavra — que ele anuncia como o paradigma original.

Como proceder a partir da contemplação do Rosto desfigurado?

O resgate da dignidade do preso percorre dois caminhos, a destruição do cárcere e a humanização do presidio. O primeiro deles define o ideário do abolicionismo penal, ao passo que o segundo constitui uma espécie de moral provisória, prudentemente à espera, mas agindo nesse ínterim, do advento de uma sociedade sem prisões. Explicuemos ao contemplativo o percurso das duas vias.

O abolicionismo penal não sonha com uma comunidade isenta da ocorrência de crimes nem imagina um grupo humano destituído de disciplina e regras. Realisticamente, admite o crime e a norma, todavia insurge-se contra o castigo prisional. A prisão degrada o homem, ao invés de regenerá-lo, e o restitui ao seio da sociedade com um potencial criminoso mais virulento do que possuía antes do encarceramento. Por que não a abolimos, safando-nos de uma instituição que, manhosamente, esconde sua contingência e convencionalidade sob a rígida capa da inelutabilidade de um mal necessário?

Em suma, a prisão, como a pena de morte, não é, por hediondo que seja o crime cometido, a única resposta possível ao comportamento desviante. Se, historicamente, a pena de morte pôde ser, em casos concretos, comutada pela prisão perpétua, e esta, mais adiante, pelo livramento condicional, por que não postular desde o início, a substitui-

ção do aprisionamento por uma providência que leve em conta as palavras do réu, as propostas da vítima e a mediação de um terceiro, todos interessados na busca dialógica de uma solução que componha as partes e cicatrize a ferida ocasionada pelo crime no tecido social? Se a pena de morte e o encarceramento não intimidam os cidadãos, jamais funcionando como fatores que desencorajam a ascensão dos índices de criminalidade, por que não tentamos outras contestações à existência do ilícito penal, fundadas na preservação incondicional da dignidade do ser humano? Um homicida solto, mas que, desta ou daquela forma, se compôs com os familiares da vítima e assumiu as obrigações de um compromisso público firmado na presença de um representante da comunidade afetada, é, porventura, mais perigoso do que um homicida trancafiado, maltratado nas masmorras, violentado em seu corpo e espírito, e que retorna, agressivo e revoltado, algum tempo depois, à convivência social? Se a derradeira indagação provoca surpresa e faz aflorar aos lábios a frase "mas o homicida solto não sofreu o suficiente por seu ato como o sofreu o homicida preso", então nossa hipocrisia vem à tona, esclarecendo que nosso único propósito perante o criminoso é fazê-lo sofrer ao menos tão intensamente quanto fez sofrer a vítima e a sociedade! É a retribuição punitiva, pura e simples, o talião travestido de processo penal, escancarando aos nossos olhos a inconsistência dos protestos formais de *"respeito à integridade física e moral"* (Constituição, art. 5º, XLIX) do presidiário: o que realmente queremos, com a chancela do Poder Público, é vingar-nos do criminoso.

A abolição pura e simples da pena restritiva de liberdade ocasionaria, de pronto, pânico no meio social, aferrado à falsa segurança sugerida pela existência do ergástulo. Cumpre, pois, ao bom democrata, orientado pelo ideal abolicionista, acercar-se celereamente de sua efetivação mediante duas metodologias: a) implementar a aplicação das penas alternativas à prisão, bem como acrescer o campo dos crimes por ela atingidos; b) comprometer-se com as exigências do *"intolerável absoluto"*, enunciado na primeira parte do ensaio, forçando por assegurar ao preso, no decurso de sua pena, o respeito ao seu Corpo e sua Palavra, através de denúncias fundamentadas e ações afirmativas. Recordar-se, neste último método, que o cárcere, por melhor que seja, nunca é ou será totalmente humano, pelo fato de sempre constranger o Corpo, sempre obstar a Palavra; profligar, assim, as tentações de acomodar-se à existência de prisões e de influenciar os presos para a elas se amoldarem.

III - Consequências

"O ser humano é descartável, no Brasil", cantam judiciosamente os manos **Os Racionais**, no CD *Sobrevivendo no Inferno*, na faixa 07, *"Diário de um Detento"*.

Escutemos o clamor dos 150.000 segregados. *"Vocês, os honestos, não nos matarão, mas preservarão nossos corpos"*. *"Vocês, os honestos, não ficarão surdos ao nosso"*





grito, mas ouvirão a nossa palavra". "Dêem-nos o espaço físico de nosso corpo e o espaço moral de nossa palavra".

Se concedermos as ordens, expedindo, pela nossa prática refletida, em prol deles, os alvarás do Corpo digno e da Palavra proferida⁽⁸⁾ ("habeas-locus" e "habeas-logos"), haverá uma revolução social. Os direitos humanos irão universalizar-se, ou seja, ao invés de um sistema de Justiça, tido por ilibado mas que privilegia os direitos dos incluídos e apenas exacerba os deveres dos excluídos, teremos em seu lugar o critério novo, continuamente refeito, da dignidade humana preservada em todo Rosto de Homem⁽⁹⁾.

Em verdade, "lá está o Homem" no ser

humano preso, arquétipo da cidadania plena.

O autor é procurador do estado aposentado (SP) e professor do ensino secundário no Estado de São Paulo.

- (1) Carnelutti, F., *As Misérias do Processo Penal*, Conan, 1995, São Paulo, p. 22.
- (2) Noël, "L'intolérance", Boréal, Canadá, 1989, apud Paulo Meneses, "Filosofia e Tolerância", *Revista Síntese Nova Fase*, v. 23, nº 72 (1996): 5-11.
- (3) Goldhagen, D. J., *Os Carrascos Voluntários de Hitler - O Povo Alemão e o Holocausto*, Cia. de Letras, São Paulo, 1997.
- (4) Ricouer, P., *A Região dos Filósofos*, Ed. Loyola, São Paulo, 1996, na leitura "Morre o Personalismo, Volta a Pessoa", p. 160.
- (5) "Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas", in *Revista USP "Estudos Avançados"* 11(30),

1997, p. 33, sendo nosso o sublinhado.

- (6) O *Dicionário Aurélio* não contempla essa palavra. Ela é indispensável, todavia, pois designa a ação de mostrar, de indicar diretamente (a correspondência mais próxima estaria no termo alemão *Aufweis*), a contrapelo da palavra "demonstração", que sempre conota um procedimento indireto.
- (7) "Conhecemos a verdade não só através da razão, como também pelo coração", Pensamento nº 282, segundo a edição de L. Brunschvicg.
- (8) Ou então, *Isegoria*, palavra grega que significa o direito universal de falar na Assembléia. Cf. Finley, M. I., *Democracia Antiga e Moderna*, Graal, Rio de Janeiro, 1988, p. 31.
- (9) Martin Buber assevera que o homem se torna Eu em relação ao Tu ("Der Mensch wird am Du zum Ich", in *Ich und Du*, Lambert Schneider, 1994, Stuttgart, p. 37). Parafraseando-o, diremos que o homem se torna Cidadão à medida que se compromete com o Outro despojado de cidadania.

ASSÉDIO SEXUAL

(Ariosvaldo de Campos Pires)

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei sobre o que se convencionou chamar de **assédio sexual**.

O conceito de **assédio**, nele instituído, é de caracterização difícil, pois pode apreender tanto o fato revestido de extrema gravidade como o de somenos importância.

Diversas as situações que podem representar o que o projeto da senadora **Benedita da Silva**, do PT do Rio de Janeiro, quer ver incriminado.

Com efeito, a definição de **assédio**, na sua vacuidade, pode alcançar comportamentos inocentes, mas cuja interpretação fica a critério da pessoa que se julga vítima.

Veja o que se põe no art. 2º:

"Constitui assédio sexual, para os efeitos desta lei, contranger alguém, com sinais, palavras ou gestos, objetivando ou sugerindo a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, se a conduta não constitui crime mais grave. A pena é a detenção de 6 meses a dois anos."

À configuração do crime bastam sinais, palavras ou gestos que sugiram a prática de ato libidinoso ou de conjunção carnal.

As dificuldades começam pela identificação dos significados do gesto, sinal, ou mesmo da palavra, que podem expressar outra intenção, por exemplo, uma ofensa à pessoa da vítima, o que seria outra infração, injúria (art. 140 do Código Penal), por exemplo, ou mesmo a importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções Penais).

A par disso, fica na dependência da pessoa a quem se dirige a atuação assediante a caracterização do fato como crime ou não. Em outras palavras: a tipificação da espécie chega ao absurdo de pôr a incriminação na dependência da boa ou má vontade, simpatia ou antipatia, aceitação ou rejeição da indignada vítima, quanto à sugestão ou proposta assediante.

Ainda mais: os estudiosos aconselham para a tipificação de fato como ilícito penal a clara e exata ordenação dos elementos que o compõem. **Aníbal Bruno** (*Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, tomo I, Forense, p. 325)

assinala: "Quando a consciência jurídica impôs ao Direito Penal, com o fim de segurança, a exigência de uma definição clara e precisa dos fatos em razão dos quais a sanção se aplicaria, o meio criado pelos juristas para resolver este problema capital foi o tipo, isto é, a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível."

Como está redigida, a norma não permite distinguir os fatos a serem incriminados e, conseqüentemente, objeto de processo e possível punição. Na mesma vala cabem desde a piscada d'olhos à moda antiga, ingênua e charmosa, até a aberta e grosseira proposta sexual.

Por outro lado, haverá a necessidade de o Judiciário, na interpretação do que é ou não é crime, invadir seara alheia, substituindo-se ao legislador.

As críticas não invalidam os objetivos da proposição.

Pode e deve o **assédio sexual** ser incriminado, dada a gravidade dos fatos que o podem revestir. Mas, conceituá-lo na forma projetada, é preferível deixar a coisa como está. Até porque a legislação penal pátria já apreende os fatos descritos na definição a título de contravenção penal (importunação ofensiva ao pudor) ou de crime (injúria).

Intolerável, significando grave atentado à liberdade da pessoa humana, é o constrangimento que advém de proposta amorosa, prevalecendo-se o agente de sua situação de superioridade hierárquica para com a vítima (relação de emprego, dependência econômica ou situação análoga) para tentar obter favores sexuais.

O Código Penal espanhol (de novembro de 1995), sensível ao imperativo de uma nova realidade, prevê, de modo correto, o crime de assédio sexual. Sob o *nomen juris* "acoso sexual", põe-se no art. 184: "O que solicitar favores de natureza sexual para si ou para terceiro prevalecendo-se de situação de superioridade laboral, docente ou análoga, com o anúncio expresso ou tácito de causar à vítima um mal relacionado com as legítimas expectativas que possa esperar no âmbito da referida relação, será castiga-

do como autor de assédio sexual, com a pena de prisão de doze a vinte e quatro fins de semana ou multa de seis a doze meses."

Como se percebe, é necessário que a rebeldia à proposta ponha em risco legítimas expectativas da vítima na relação que mantém com o autor, do qual dependa, por exemplo, para ser aprovada, promovida, ter aumento de salário, conservar o emprego ou situação semelhante.

Nestas hipóteses parece oportuna a incriminação.

Não ficam aí, porém, os desacertos do projeto.

No art. 6º prevê-se a punição como **denúnciação caluniosa** (acusação de prática de crime a pessoa que sabe ser inocente) com as mesmas penas cominadas ao crime de **assédio**.

Ora, a **denúnciação caluniosa**, como o seu conceito mostra, é crime grave, punível no Código Penal com a pena de dois a oito anos de reclusão. De repente, abre-se uma exceção odiosa para o que inventa o **assédio sexual**, acusando pessoas inocentes, fato que pode repercutir gravemente na órbita familiar e social do acusado. Isso porque se cria uma **denúnciação** própria para os crimes de **assédio**, sendo a cominação penal a mesma prevista para o ilícito em exame. Nos Estados Unidos os executivos, receosos de serem acusados de tal prática, têm levado sua segurança nesta matéria a níveis neuróticos, como, e.g., não se permitirem entrar em um elevador com uma pessoa do sexo feminino, sem a presença de mais alguém.

O projeto só faltou apreender como crime os pensamentos, o que exigiria dos juízes, agora, sim, metamorfosearem-se em deuses, pois só estes são capazes de captá-los.

Em conclusão: o **assédio sexual**, se aprovado como disciplinado no projeto, desser-viria à cultura jurídica pátria.

O autor é professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO

(Rogério Zeidan)

O misonismo da norma penal

O legislador presumiu em três situações bem definidas o emprego de violência por parte do agente (art. 224, do Código Penal). Tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima destarte, maior então se tornar a defesa pública, através da lei.

Trata-se de atuações de violência presumida, ficta ou indutiva dentro das quais, a vítima não pode, validamente, dar o seu consentimento, tendo-se em vista a incapacidade de consentir.

É notório e flagrante o *contra-senso* existente entre o legislador do Código Penal, no particular aspecto da teleologia do preceituado art. 224, "a", do CP, que cria a *fictio iuris* da presunção de violência resultante de ato sexual com vítima dentro da faixa etária limítrofe prevista, ou seja, hipoteticamente nos casos em que a vítima não seja maior de 14 anos; e, por outro lado, o legislador que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Com fundamento nos costumes, na moralidade pública e individual, o legislador pátrio estabeleceu em nosso Código Penal que a violência fosse presumida, entre outros casos, quando a ofendida é menor de 14 anos, calcando-se na *innocentia consilii* da ofendida. Tendo em mente a psicogênese da **criança**, que até atingir o seu grau normal de maturidade não sabe querer, sendo pois, o seu consentimento fruto de uma visão distorcida da realidade e da perspectiva da vida. Não releva-se aqui o que podemos chamar de civilização moderna, ou mesmo os casos de vida desregrada da vítima, pois, de qualquer forma, aquele que infringe os costumes nestas circunstâncias deve indeclinavelmente ser punido, além do mais, na hipótese aqui cogitada de prematura formação psicológica, a vítima sempre será uma presa fácil desses lovelaces. Apesar de tudo, nosso tribunais já se pacificaram no sentido de que, em qualquer caso, trata-se de presunção relativa, ou seja, *juris tantum* e não absoluta, *juris et de jure*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, com o objetivo de dar cumprimento e proteção integral aos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 1º do ECA), assim assegurados na Constituição Federal, efetua uma nítida separação conceitual entre criança e adolescente, pelo simples critério da idade cronológica de ambos. Este critério adotado pelo legislador pode ser objeto contestativo, tendo em vista a premissa de que nem sempre a idade cronológica corresponde ao desenvolvimento mental da criança ou do adolescente. Entretanto, na falta de um conceito cientificamente palpável que traduza com mais precisão a relação entre a idade e o desenvolvimento mental, o critério vigen-

te estatuído no art. 2º, do ECA, é plenamente realizável no âmbito penal. Considera o referido dispositivo que "são considerados '**criança**' a pessoa até doze anos incompletos e '**adolescente**' aquele entre doze e dezoito anos de idade".

Ressalvados os fiéis motivos visados pela norma penal ao dispor sobre a presunção etária, hodiernamente estamos diante de uma norma ineficaz pelo simples motivo de desatualização normativa. O preceituado art. 224, "a", do CP não traduz a realidade social do momento de sua elaboração. Trata-se de questão óbvia e primária à ciência jurídica, pois os fatos são dinâmicos, evoluem constantemente, mas a lei é estática. Assim, o passar do tempo torna a lei ineficaz, aliás, a maior parte de nossa legislação precisa ser reformulada exatamente por esta razão, e isto implica que não optar pela reformulação penal da presunção de violência, por motivo etário, seria acomodar no pensamento retrógrado sob o rótulo de que o Direito é extremamente cauteloso, mas que na verdade, ao meditarmos sobre a relação sociedade-direito, cristaliza-se meramente o misonismo.

Não se trata aqui de árduas críticas ao sistema legislativo vigente, pois no dizer de **Venzi**: "*nunca, ou quase nunca, os institutos saem de um só golpe da cabeça do legislador, ao contrário de Minerva, que emergiu já bela e armada, da cabeça de Júpiter*". A verdade é que as leis com o passar dos tempos tendem a se aperfeiçoar, além do mais, como já frisamos, a realidade social do pergaminho penal à época de sua instituição é bem diversa da atual.

O ideal, ao meu ver, é o banimento do instituto da presunção de violência em sua íntegra, pelo puro e simples motivo de inconstitucionalidade. Entretanto, na pior das hipóteses, que se ache um meio termo razoável, no que tange à faixa etária limítrofe da presunção de violência que corresponda com a realidade social vigente, qual seja, aquela revelada pelos motivos primeiros do legislador em proteger a **criança**, e como já retro-mencionamos, **criança**, segundo o ECA é a pessoa até 12 anos de idade incompletos. Isto implica que o texto assumiria o seguinte conteúdo: "*Art. 224. Presume-se a violência se a vítima: 'a' for menor de 12 (doze) anos...*".

Nos dizeres do dr. **Amilton Bueno de Carvalho**, "*A presunção de violência quando a vítima não é maior de 14 anos foi estabelecida num momento em que o sexo era tabu, a mulher era relativamente capaz (logo, ser inferior), a virgindade era dogma (forma cruel de aprisionar a mulher em seus afetos e corpos)*".

Mas, tudo mudou. Hoje, timidamente, descobre-se que o sexo é algo bom, gratificante; busca-se igualizar a mulher; enfim, 14 anos de idade de ontem não são de hoje

(que tal olhar a novela das oito, ir à banca de revistas da esquina ou ao cinema, conversar com a juventude?...).

As bases que estabelecem o limite de 14 anos para a presunção de violência foram destruídas pela sociedade. O jurista deve estar fixo no passado, como se fosse um veículo com os faróis na parte traseira, ou deve estar com um pé no presente e outro na utopia?"

Inconstitucionalidade da presunção de violência

Com muita propriedade as palavras de **Maurício Antônio Ribeiro Lopes** faz-nos concordar que ao estabelecer a lei uma causa que leva o julgador a fazer uma presunção, está a impedir o exercício do direito constitucional da ampla defesa do acusado que apenas poderá negar a autoria, mas jamais negar a violência, que é essencial ao delito de estupro. Uma boa parte da jurisprudência e da doutrina corrigiu uma parte desse problema, afirmando que a presunção é relativa, trata-se, portanto, de presunção *juris tantum* (aquela que admite prova em contrário), e não de presunção absoluta, ou seja, presunção *juris et de jure*. Inobstante isso, nos parece ainda que a Constituição impede de qualquer modo o reconhecimento de presunção em matéria penal, por ferir direito constitucional fundamental.

A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transigindo com a responsabilidade objetiva. Além do mais, impõe-se a culpabilidade ao agente da conduta delituosa, consequentemente, não há como sustentar em Direito Penal presunção de fato. Não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal. Que se aumente a pena, ocorrendo as hipóteses ali inseridas, mas presumir violência é punir por crime não cometido.

É inconstitucional qualquer lei que despreze a responsabilidade subjetiva.

O Código Penal dispõe que o crime é doloso ou culposo (art. 18) e registra o art. 19: "*Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que houver causado ao menos culposamente*".

Portanto, a "presunção de violência" está transparentemente em arrepio ao "princípio constitucional da presunção de inocência" do acusado (art. 5º, LVII, da CF).

Não se presume a violência, mas sim a inocência!!!

O autor é advogado em Goiás, professor de Direito Penal do Centro de Ensino Superior de Catalão (Cesuc).

A GUARDA MUNICIPAL E A POLÍCIA

(Márcio de Castro Nilsson)

Algumas pessoas vez ou outra nos indagam quanto à conduta da Guarda Municipal, isto é, pode o guarda municipal (funcionário) exercer funções de **polícia**, prevenindo ou reprimindo crimes? Não estaria usurpando função pública ou agindo com abuso de autoridade?

"Polícia, no sentido próprio que todos entendem, como órgão composto por pessoas encarregadas de cumprir a lei, para dar segurança e garantir a tranquilidade, sempre foi, continua sendo e será um serviço público por excelência."

O Município, pessoa política e parte integrante da República Federativa do Brasil (como os Estados e o Distrito Federal), com o poder que emana do povo e é exercido pelo prefeito e pelos vereadores eleitos, tem sua Polícia Municipal, constituída ao abrigo do § 8º do artigo 144 da Constituição Federal", consoante **Bismael B. Moraes** (em *Polícia sem adjetivações e as Guardas Municipais*, **Revista ADPESP**, ano 16, nº 20, 1995, pp. 62 e 63).

Recentemente ao ser questionada quanto à responsabilidade que adviria para as guardas civis femininas se acaso participassem na revista das esposas de presos, por ocasião das visitas aos mesmos, os quais estavam recolhidos em Distritos Policiais de São Paulo, bem como sobre o amparo legal para justificar a participação da Guarda Civil Metropolitana nessas diligências, a augusta Procuradoria Geral do Município de São Paulo concluiu que a pretendida colaboração, desborda das atribuições específicas da Guarda Civil Metropolitana, podendo resultar na hipótese de ser determinada a sua realização, na responsabilização penal dos agentes e de seus superiores hierárquicos, quer por usurpação de função pública, delito previsto no art. 328 do Código Penal Brasileiro, quer por abuso de poder, também previsto no mesmo estatuto repressivo em seu art. 350, ou por abuso de autoridade, consoante disciplina a Lei nº 4.898/65, afirmando ainda, não haver como ser exercida essa tutela preventiva, nem a título de colaboração por não ter competência legal para efetuar revista pessoal nessas circunstâncias.

Ousamos divergir de tal entendimento no tocante à eventual responsabilidade penal daquelas servidoras e de seus superiores hierárquicos, acaso colaborassem com a Polícia Civil, na realização das diligências em comento.

"O delito de usurpação de função pública tutela o interesse relativo ao regular e normal funcionamento da Administração Públi-

*ca, lesado com a conduta de quem indevidamente exerce funções administrativas sem estar habilitado legalmente para o desempenho dessas atividades. Assim, a objetividade jurídica é o interesse na normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro no serviço público (RT 507/358)", conforme preleciona **Júlio Fabbrini Mirabete** (em *Manual de Direito Penal*, 1ª ed., vol. 3, pp. 334/335).*

O elemento subjetivo é a consciência de que se age sem direito. Assim, ainda segundo **Mirabete** (ob. e ed. cit.): *"O dolo é a vontade livre e consciente de praticar a conduta ilícita, tendo o agente ciência da ilegitimidade do fato. A ausência do animus de usurpar desnatura o delito de usurpação de função pública"*.

A ausência de ânimo de usurpar desnatura completamente o delito do art. 328 do Código Penal, que sem ele não se configura. Custa a crer, pois, que, num ato de solidariedade funcional, destituído de qualquer vantagem perceptível, e no qual o servidor municipal é movido pela vontade de colaborar no andamento dos serviços a cargo da Delegacia de Polícia, se pretenda ver caracterizada a infração em apreço.

Outrossim, pode-se afirmar que os crimes de exercício arbitrário ou abuso de poder disciplinados no art. 350 do Código Penal Brasileiro foram absorvidos e, portanto, revogados, pela Lei nº 4.898/65, sob a denominação de abuso de autoridade. Em todas as modalidades de condutas definidas nessa lei, o dolo é a vontade de praticar a ação descrita no tipo penal, sendo irrelevante a finalidade ou motivo do agente. Exige-se sempre, porém, a consciência da antijuridicidade da conduta praticada.

Nesse sentido: *"O crime reclama um ânimo próprio, que é elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à antijuridicidade"* (**Damásio Evangelista de Jesus**).

"Nos abusos de autoridade, o elemento subjetivo do injusto deve ser apreciado com muita perspicácia, merecendo punição somente as condutas daqueles que, não visando a defesa social, agem por capricho, vingança ou maldade, com o consciente propósito de praticarem perseguições e injustiças. O que se condena, enfim, é o despotismo, a tirania, a arbitrariedade, o abuso, como indica o nomen juris do crime" (TACrim-SP, Ac. rel. **Silva Pinto**, JUTACrim 84/400).

Entendemos, ainda, viável a celebração de convênio entre o Estado, através da Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública - Polícia Civil e o Município, representado pela Guarda Municipal, referente à colaboração direta desta, possibilitando auxílio nas atribuições básicas da Polícia Civil, executando atividades de polícia administrativa, judiciária e preventiva especializada, sob coordenação da mesma, consoante dispõe o inc. II do art. 4º do Decreto Estadual nº 25.265, de 29 de maio de 1986, que regulamenta a orientação, controle e fiscalização das Guardas Municipais pela Secretaria de Segurança Pública.

Na lição do festejado **Hely Lopes Meirelles**: *"A Constituição de 1988 não se refere nominadamente a convênios, mas não impede a sua formação, como instrumento de cooperação associativa, segundo se infere de seu artigo 23, parágrafo único, e o Decreto-Lei nº 200/67, ao cuidar da reforma administrativa federal, já os recomendava como meios de descentralização de suas atividades, desde que os participantes estejam devidamente aparelhados (art. 10, § 3º, b). Pela interpretação do texto constitucional e pela defeituosa redação da norma federal ordinária tem-se a impressão de que o convênio só é admissível entre entidades estatais, para execução por seus agentes, quando, na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos participantes"*.

Acreditamos que dessa forma ficaria afastada qualquer eventual irregularidade penal por parte dos agentes municipais, haja vista não haver que se falar em nenhuma espécie de elemento subjetivo do tipo.

A Guarda Municipal, com preparo específico para tratar com o povo, não está impedida pela Constituição Federal de utilização pelo prefeito, em caráter excepcional, como polícia preventiva local, colaborando para a segurança dos municípios, auxiliando a coletividade e as autoridades policiais. Afinal, *"segurança pública é dever de todos"*, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal.

A polícia, como todos sabem, é órgão público de prestação de serviço. Tanto pode ser federal, estadual ou municipal. O que não pode haver é polícia particular.

O autor é delegado de polícia em Jundiá, SP.

ÍNDICE GERAL

Comunicamos a todos os nossos associados que no mês de abril do corrente ano estaremos remetendo o

Índice Geral do Boletim do IBCCrim.

Este conterá, a exemplo do anterior, seções de doutrina, jurisprudência, autores e noticiário, referentes aos **Boletins** nºs 51/62 (fev/97 à jan/98), assim como legislação, compreendendo os **Boletins** nºs 01/62 (fev/93 à jan/98).

DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO NOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO

(Cezar Roberto Bitencourt)

Muitos dos mais expressivos juristas brasileiros já manifestaram suas contundentes e procedentes críticas ao mal-fadado Código de Trânsito Brasileiro, com os quais queremos fazer coro.

Neste pequeno espaço, no entanto, nos limitaremos a algumas considerações sobre o homicídio culposo e a lesão corporal culposa, particularmente sobre a exasperação das respectivas sanções: as mesmas figuras penais recebem, no Código Penal, sanções de um a três anos de detenção e dois meses a um ano de detenção, respectivamente; no novo diploma legal (CTB) essas sanções são de dois a quatro anos de detenção, para o primeiro delito, e de seis meses a dois anos de detenção, para o segundo.

Alguns juristas de escol já se ocuparam deste tema, mantendo, de um modo geral, uma certa uniformidade crítica. Assim, por exemplo, **Rui Stocco** afirma que o art. 302, que "tipifica" o homicídio culposo, está contaminado pelo vício da inconstitucionalidade, por ofender o princípio da isonomia; para **Sérgio Salomão Shecaira** referido dispositivo "não só feriu o princípio da isonomia como também inseriu espécie de objetividade na culpabilidade"⁽¹⁾.

Rui Stocco, seguindo sua linha de raciocínio, sustenta: "Não nos parece possível esse tratamento distinto e exacerbado, pois o que impende considerar é a maior ou menor gravidade na conduta erigida à condição de crime e não nas circunstâncias em que este foi praticado ou os meios utilizados"⁽²⁾. E, prossegue **Stocco**, "tal ofende o princípio constitucional da isonomia, e o direito subjetivo do réu a um tratamento igualitário".

Para fomentar o debate e propiciar uma maior reflexão, que o tema está a exigir, passamos a colocar algumas questões a respeito.

Para começar, a ação do indivíduo que, limpando sua arma de caça, em determinado momento, involuntariamente dispara, atingindo um "pedestre", que passava em frente à sua casa, será igual a ação de um motorista que, dirigindo embriagado, atropela e mata alguém? A ação de indivíduo que, desavisadamente, joga um pedaço de madeira de cima de uma construção, atingindo e matando um transeunte, terá o mesmo desvalor que a ação de um motorista que, dirigindo em excesso de velocidade ou passando o sinal fechado, colhe e mata um pedestre? Inegavelmente o resultado é o mesmo: morte de alguém; o bem jurídico lesado também é o mesmo: a vida humana. Mas a forma ou modalidade de praticar as ações desvaliosas seri-

am as mesmas, isto é, o desvalor das ações seria igual? As respostas a estas indagações exigem, a nosso juízo, uma reflexão mais profunda.

A dogmática clássica, fundamentando seu conceito de delito na distinção entre o injusto de forma puramente objetiva, e a culpabilidade, concebida em caráter puramente subjetivo, limitou o conceito de antijuridicidade à valoração do estado causado pelo fato.

A evolução dos estudos da teoria do delito, ao contrário, comprovou que a antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado, mas que "a forma de produção" desse resultado, juridicamente desaprovado, também deve ser incluído no juízo de desvalor⁽³⁾.

Surgiu, assim, na dogmática contemporânea, a impostergável distinção entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Na ofensa ao bem jurídico reside o desvalor do resultado, enquanto que na forma ou modalidade de concretizar a ofensa situa-se o desvalor da ação. Por exemplo, nem toda lesão da propriedade sobre imóveis constitui o injusto típico da usurpação do art. 161 do CP, mas somente a ocupação realizada com violência ou intimidação à pessoa. Aqui, o conteúdo material do injusto está integrado pela lesão ao direito real de propriedade (desvalor do resultado) e pelo modo violento com que se praticou a dita lesão (desvalor da ação)⁽⁴⁾. Os dois aspectos desvaliosos foram, conjuntamente, considerados pela lei na configuração do injusto típico do crime de usurpação.

Com efeito, a lesão ou exposição a perigo do bem ou interesse juridicamente protegido constitui o desvalor do resultado do fato, já a forma de sua execução configura o desvalor da ação. Por isso, não nos convence a afirmação do caríssimo **Rui Stocco**, segundo o qual, o que se deve considerar "é a maior ou menor gravidade da conduta erigida à condição de crime e não nas circunstâncias em que este foi praticado ou os meios utilizados"⁽⁵⁾. O desvalor da ação é constituído tanto pelas modalidades externas do comportamento do autor, como pelas suas circunstâncias pessoais. É indiscutível que o desvalor da ação, hoje, tem uma importância fundamental, ao lado do desvalor do resultado, na integração do conteúdo material da antijuridicidade. É de uma clareza meridiana a diferença e a maior desvalia das ações "descuidadas" praticadas no trânsito, daquelas ações supracitadas, que podem ocorrer no cotidiano social. Com efeito, referindo-nos às penas alternativas aplicáveis aos "crimes de

trânsito", então previstas no Código Penal (arts. 47, III e 57), tivemos oportunidade de afirmar: "O aumento da criminalidade no trânsito hoje é um fato incontestável. O veículo transformou-se em instrumento de vazão da agressividade, da prepotência, do desequilíbrio emocional, que se extravasam na direção perigosa de veículos. E uma das finalidades desta sanção é afastar do trânsito os autores de delitos culposos que, no mínimo, são uns descuidados"⁽⁶⁾. Nesse sentido, já advertia **Basileu Garcia**: "Não há dever mais ajustado ao mister do motorista que o de ser cauteloso, e assim, respeitar a integridade física alheia"⁽⁷⁾. Não vemos, na diferença de punições, nenhuma inconstitucionalidade.

Mas essa preferência, enfatizando o maior desvalor da ação, não é novidade em nosso Direito Penal. Quando o atual Código Penal, por exemplo, pune mais severamente o homicídio qualificado — que tem o mesmo resultado do homicídio simples — prioriza o maior desvalor da ação em relação ao desvalor do resultado, naquelas condutas que elenca no art. 121, § 2º, quer pelo modo, forma ou meio de executá-las. E isso, com a devida consideração ao entendimento contrário, não significa negar "tratamento igualitário" a quem matou alguém, de forma qualificada, e não simples, até porque as condutas são diferentes, como diferente é matar alguém acidentalmente, no trânsito, das outras hipóteses, inicialmente exemplificadas. É bem verdade que essa desinteligência, provavelmente, não existiria se houvesse sido optado por incluir, simplesmente, um novo parágrafo no art. 121 do CP, cominando sanção diferente para o homicídio culposo, praticado no trânsito, das demais hipóteses da mesma figura culposa. Por isso, não vemos nenhuma inconstitucionalidade nas combatidas punições diferenciadas.

Alguns autores, como **Welzel**, sustentam que o desvalor da ação tem importância preponderante em relação ao desvalor do resultado, como por exemplo, nos crimes culposos em que o resultado é o mesmo que o produzido pela ação dolosa, mas é sancionado com menor penalidade⁽⁸⁾, embora o próprio **Welzel** reconheça a importância do desvalor do resultado, afirmando que "a lesão do bem jurídico (o desvalor do resultado) tem relevância no Direito Penal somente dentro de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor da ação)"⁽⁹⁾.





Outros autores, como **Jescheck** e **Rodriguez Mourullo**⁽¹⁰⁾ defendem a preponderância do desvalor do resultado, embora admitam a relevância do desvalor da ação. Caso contrário, afirma **Jescheck**, nos crimes dolosos ter-se-ia que equiparar a tentativa acabada à consumação, e nos fatos imprudentes deveriam ser penalizados todos os comportamentos descuidados. No mesmo sentido, **Rodriguez Mourullo** lembra que o Código Penal espanhol pune diferentemente a tentativa da consumação (como a maioria dos Códigos Penais contemporâneos), onde a ação desvaliosa é a mesma, mas o resultado é absolutamente diferente, determinando menor punição.

Rodriguez Mourullo, finalmente, destaca a impotência do "valor da ação" para excluir a antijuridicidade quando concorre o desvalor do resultado. E cita, como exemplo, a crença errônea de que concorre uma causa de justificação, que não elimina a antijuridicidade da ação. Nesse caso, a ação não é desvaliosa, ao contrário, é valiosa, pois o agente atua na crença de que age conforme o direito e para fazer prevalecer a ordem jurídica⁽¹¹⁾. Pois, nesses casos, a lesão do bem jurídico (desvalor do resultado) fundamenta a antijuridicidade do fato, apesar da falta de desvalor da ação. Essa situação poderá, apenas, excluir a culpabilidade.

Na verdade, o ordenamento jurídico valora os dois aspectos: de um lado, o desvalor da ação, digamos, com uma função seletiva, destacando determinadas condutas como intoleráveis para o Direito Penal e, de outro lado, o desvalor do resultado que torna relevante para o Direito Penal aquelas ações que produzem lesões aos bens jurídicos tutelados. Em realidade, o injusto penal somente estará plenamente constituído quando ao desvalor da ação acrescentar-se o desvalor do resultado.

Ao se analisar o desvalor da ação deve-se igualmente considerar os componentes pessoais que integram o injusto da ação, que, aliás, podem alterar substancialmente o desvalor da ação e sua relação comparativa com o desvalor do resultado. Esses componentes pessoais, que são elementos constitutivos da tipicidade, exercem efetivamente uma função fundamental na ponderação do desvalor da ação. Tais componentes seriam o dolo, como componente típico, os elementos subjetivos de autoria (que distinguem crimes comuns e especiais ou crimes próprios e crimes de mão própria) e elementos subjetivos do injusto que, no entanto, não podem ser analisados neste pequeno espaço⁽¹²⁾.

Embora, em determinados delitos ou em determinada forma de execução, ora prevaleça o desvalor da ação ora o desvalor do resultado, o ideal na fundamentação do injusto penal é a busca de um

certo equilíbrio entre esses dois fatores. Por isso, segundo **Muñoz Conde**, "*parece supérflua a polémica sobre a prioridade entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Não existe uma hierarquia lógica ou valorativa entre eles, de vez que ambos contribuem, no mesmo nível, para constituir a antijuridicidade de um comportamento*"⁽¹³⁾.

Ocorre que, por razões de política criminal, o legislador, na hora de configurar os tipos delitivos, pode destacar ou dar prioridade a um ou outro desvalor. É exatamente o que acontece com a punibilidade do homicídio culposo e da lesão corporal culposa praticadas no tráfego de veículos automotores, procurando responder às assustadoras estatísticas oficiosas.

Combatemos duramente a política criminal do terror, que se instalou em nosso País nos anos noventa⁽¹⁴⁾. No entanto, preocupados com os excessos cometidos no tráfego de veículos automotores, ante a transformação da lesão corporal culposa em crime de ação pública condicionada, antecipamos nossa expectativa, sobre a necessidade de se reconhecer o maior desvalor da ação, através "*de uma forma mais eficaz de procurar afastar do trânsito, ainda que temporariamente, os infratores invertidos que, no mínimo, são uns descuidados*"⁽¹⁵⁾. Com isso pretendíamos duas coisas: primeira, evitar que a lesão corporal culposa, praticada no trânsito, fosse de ação pública condicionada, para afastar a impunidade; segunda, combater e evitar que se ampliasse a corrente jurisprudencial — lamentavelmente nascida no Rio Grande do Sul — que começou a reconhecer, indiscriminadamente, a existência de dolo eventual, nos acidentes automobilísticos com repercussão social. Pelo visto, não conseguimos nem uma coisa nem outra.

Uma questão, no entanto, é irresponsável: a punição mais grave da lesão corporal culposa em relação à lesão corporal simples, que não teve nova cominação penal!⁽¹⁶⁾

O autor é advogado e coordenador do Mestrado em Direito Penal da PUC/RS.

(1) **Rui Stocco**, *Código de Trânsito Brasileiro: Disposições Penais e suas Incongruências*; **Sérgio Salomão Shecaira**, *Primeiras Complexidades Sobre a Nova Lei de Trânsito*, in *Boletim do IBCCrim*, nº 61, dezembro de 1997, pp. 9-3, respectivamente.

(2) Op. cit., p. 9.

(3) **Jescheck**, *Tratado de Derecho Penal*, trad. **Mir Puig e Muñoz Conde**, Barcelona, Bosch, 1981, p. 322.

(4) **Gonzalo Rodriguez Mourullo**, *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1978, p. 332.

(5) **Rui Stocco**, op. cit.

(6) **Cezar Roberto Bitencourt**, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 493.

(7) **Basileu Garcia**, *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, Max Limonad, 1982, p. 521.

(8) **Welzel**, *Derecho Penal Alemán*, Santiago,

Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 183.

(9) **Welzel**, *Derecho Penal Alemán*, p. 92.

(10) **Jescheck**, *Tratado de Derecho Penal*, p. 322; **Rodrigues Mourullo**, *Derecho Penal*, p. 332.

(11) **G. Rodriguez Mourullo**, *Derecho Penal*, p. 332.

(12) **Cezar Roberto Bitencourt**, *Manual de Direito Penal*, p. 265.

(13) **Francisco Muñoz Conde & Mercedes García Arán**, *Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant do Blanch, 1996, p. 322.

(14) **Cezar Roberto Bitencourt**, *Juizados Especiais e Alternativas à Pena Privativa de Liberdade*, 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1997, pp. 43/50.

(15) **Cezar Roberto Bitencourt**, *Juizados Especiais e Alternativas à Pena Privativa de Liberdade*, pp. 100.

(16) **Sérgio Salomão Shecaira**, op. cit., p. 3; **William Terra de Oliveira**, *CBT - Controvertido Natimorto Tumultuado*, *Boletim do IBCCrim*, 61/05.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- 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 Forensis - 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
- Ordem dos Advogados de São Paulo
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Sociedade Civil de Educação das Américas - CPA
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas, Sorocaba, SP
- Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA