

BOLETIM

ANO 5 Nº 53
ABRIL / 1997

IBCCrim

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Pasta do Boletim

Após o lançamento do **Índice Geral do Boletim**, contendo todas as publicações de fevereiro de 1993 a janeiro de 1997 (**Boletins** nºs 01/50), o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, com apoio da **Editora Revista dos Tribunais**, traz outra grande novidade aos associados. Trata-se da **"Pasta do Boletim"**, onde os Boletins poderão ser acondicionados, facilitando com isso seu manuseio e sua conservação. Para você que ainda não recebeu a sua **Pasta**, ligue para o Instituto através dos telefones:

**(011) 607-6743,
605-6482
e 605-4607**

CONCURSO DE MONOGRAFIAS

○ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)

comunica a seus associados que foi instituído o **"I Prêmio de Monografias Jurídicas"**, que será atribuído à monografia sobre **"Direito Penal, Processo Penal ou Criminologia"**.

○ IBCCrim informa, ainda, que o regulamento para participação encontra-se encartado neste Boletim

ASSOCIE-SE AO IBCCRIM ATRAVÉS DA INTERNET

○ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, procurando cada vez mais aperfeiçoar seus serviços na rede mundial **Internet**, implantou em seu *site* o cadastramento dos novos sócios através de sua *home page*. Basta acessar o endereço **<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>**. e "clique" no item **associe-se**, preenchendo os dados solicitados. Com isso, você passará a desfrutar de todos os benefícios e vantagens de ser associado, tais como: recebimento mensal do **Boletim**; desconto especial de 30% na assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)**; preços promocionais no pagamento de **Cursos e Seminários** realizados periodicamente pelo Instituto; livre consulta ao acervo da **Biblioteca e Videoteca**; direito a concorrer ao **"I Prêmio IBCCrim de Monografias Jurídicas"**; além de contar, sem nenhum custo adicional, com todas as informações e serviços em nosso *site*. **Faça como mais de 2.000 pessoas. Associe-se.**

EDITORIAL

Lavater, em 1776, falava da arte de estudar a fisionomia. Para ele, a beleza ou feiura eram reflexos da bondade ou maldade da pessoa. *"Homem delinqüente tem maldade natural, olhos grandes e ferozes, sempre iracundos e brilhantes, olhar duro, vítreo"*. **Marques de Moscardi**, juiz napolitano, chegou a afirmar que *"quando se tem dúvida entre dois presumidos culpados condena-se o mais feio"*.

Ficamos felizes em saber que aquilo que era voz dominante há dois séculos não pode passar de curiosidade histórica da criminologia. Ninguém no mundo universitário, na Europa, nem na América do Norte, nem na América do Sul, nem no Japão, nenhum jurista dos países democráticos, ninguém da "Associação Internacional de Criminologia", ou da "Associação Internacional de Direito Penal" aplaude a prisão. Especialmente se o objetivo for o de corrigir distorções decorrentes do desequilíbrio social ou da sociedade de exclusão vigorante entre nós. Levar alguém a um Distrito Policial pela única condição de ter uma aparência pobre, ser maltrapilho, mal-arranjado ou mal-aventurado é reviver concepções pré-iluministas, hoje em desuso, é recriar uma política verdadeiramente Malthusiana.

A Polícia Militar do Estado de São Paulo, no primeiro dia de sua "Operação Tolerância

INTOLERÂNCIA: ZERO

Zero" retirou 40 homens da rua. Todos mendigos, vadios ou "suspeitos", portanto com a cara de delinqüentes. Trinta e seis deles eram negros; quatro brancos (segundo o IBGE 57% da população paulistana é de brancos, para 43% de negros). Só dois deles tinham passagem pela polícia. Passados os constrangimentos naturais do passeio de camburão, revistas pessoais, perda de tempo, invasão de privacidade etc., essas pessoas são devolvidas para as ruas, sem qualquer política pública ou social que tenha o objetivo de devolver-lhes a dignidade. É de se indagar: voltam felizes com o passeio ou revoltadas com a discriminação?

A detenção de alguém, como é cediço, só é permitida quando há fundada suspeita da prática de ilícitos. Políticas exclusivamente repressivas — desacompanhadas de medidas sociais de contenção da pobreza, inserção das pessoas no mercado de trabalho, revalorização da dignidade e auto-estima — só fazem por potencializar a criminalidade e não por inibi-la. Além de ser uma postura que ultrapassa a legalidade, tende a desautorizar o próprio direito penal como efetivo instrumento de controle social.

Passados alguns dias da "Operação Tolerância Zero" ela migrou para a Zona Oeste. No centro velho tudo volta à normalidade: as mesmas crianças na Sé; os mesmos drogados na Luz; os mesmos furtos na República; os mesmos mendigos no Chá e a mesma crítica à inoperância da polícia em todos os lugares; porque os problemas sociais (que, em geral, podem ser considerados como causa desse tipo de criminalidade) não foram enfrentados, mas somente empurrados para baixo do tapete. Segundo o jornal *O Estado de S. Paulo*, de 18 de março do corrente, teria havido um decréscimo da violência em São Paulo. A queda da violência se basearia nos seguintes dados, fornecidos pela Secretaria da Segurança Pública:

Ocorrências	Janeiro de 1997	Fevereiro de 1997	Varição (em relação a janeiro)
Homicídios dolosos	390	366	-6,2%
Furtos	6.674	5.934	-11,1%
Roubos	5.555	5.066	-8,8%
Furtos e roubos de veículos	5.799	5.262	-9,8%

Os dados merecem um exame mais detido. Não houve qualquer diminuição da criminalidade, como se aventou. Na realidade, o mês de fevereiro tem apenas 28 dias e não 31, como janeiro. Isto é, a criminalidade diminuiu proporcionalmente à diminuição dos dias do mês. Se dividirmos o número de crimes ocorridos pelos dias de cada mês verificaremos que houve um pequeno acréscimo da criminalidade, da seguinte forma:

Ocorrências	Número de crimes, cometidos em cada dia (em relação a janeiro)
Homicídios dolosos	de 12,58 para 13,07
Furtos	de 215,29 para 211,92
Roubos	de 179,9 para 180,92
Furtos e roubos de veículos	de 187,06 para 187,92

Ao culpado de cair debaixo de tua jurisdição, considere-lhe homem miserável, sujeito às condições da nossa depravada natureza humana. Não se mostre impiedoso e inclemente pois, como dizia **Nilo Batista**, são punidos e mal pagos, embora ainda conservem sua dignidade.

Constatados os primeiros efeitos da "operação" já podemos dizer nossa opinião: para **intolerância** a nota é **zero**!

A Diretoria do IBCCrim.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Revisor Geral: Luiz Carlos Betanho

Jornalista: Carlos Hernany Ferriani (MTb. 1392-0)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 14.000 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 e 605-4607
<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

ÍNDICE DO BOLETIM

Nºs 01/50

Para você que não é associado ao **IBCCrim**, mas recebe o **Boletim** através das entidades conveniadas ao **Instituto**, comunicamos que o **Índice Geral do Boletim** pode ser adquirido em nossa sede.

O ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96 E SUA EXTENSÃO APLICATIVA. O ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA (FAZENDA PÚBLICA) COMO CONDIÇÃO PARA A INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E RESPECTIVA AÇÃO PENAL

(Luiz Fernando Rodrigues Pinto Junior)

Em fins do ano de 1996, foi sancionada pela Presidência da República, a Lei nº 9.430 que "dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências" (sic).

Junto ao capítulo VI — Disposições Finais — surge o art. 83 com o seguinte texto: "A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente."

Alguns querem entender que tal artigo tem como solução o não processo na área penal, desde que existente recurso administrativo, até o final julgamento deste. Não é o que pensamos.

O texto disciplina o imposto de renda das pessoas jurídicas e matérias afins. Bem ao final, mostrando o espírito casuista do legislador (em semelhança ao que já fizera em ano anterior, ao formular o art. 34 na Lei nº 9.249, regrando superficialmente matéria que exigiria muito maior profundidade — a extinção da punibilidade pelo pagamento de tributos e seus acessórios), intromete-se na área penal, inserindo artigo cuja redação pobre e isolada gera tão-somente maiores discussões, sem conseguir propor solução para os problemas enfrentados na prática forense.

Aquele texto, em momento algum cria uma condição de procedibilidade para a ação penal, qual seja o esgotamento da via administrativa para o oferecimento da denúncia.

Ensina **Vicente Greco Filho** (*Manual de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1991, fls. 99): "Condições de procedibilidade são fatos, naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação penal. Assim, por exemplo a representação do ofendido na ação penal pública condicionada, a requisição do ministro da Justiça no caso de crime cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro (CP, art. 7º, § 3º, b)..."

Observa-se deste exemplo e das demais hipóteses previstas que, quando o legislador quis impor um fato natural ou jurídico para permitir a ação penal, o disse expressamente, de forma distinta do art. 83 ora analisado.

A rigor, impõe uma norma dirigida exclusivamente à Fazenda Pública, disciplinando o envio do procedimento que chamou de "representação fiscal" findo o julgamento na esfera fazendária.

Tal norma é de caráter eminentemente administrativo, e é de se questionar se teria aplicação no âmbito dos Estados da federação, dada a competência legislativa prevista na Constituição Federal.

Mesmo que considerada de forma outra, não impede que o membro do Ministério Público possa verificar junto aos autos de infração lavrados por fiscais da Fazenda

quais aqueles que apontam no comportamento do contribuinte alguma conduta típica, e a partir daí investigar pelos meios legais, independente da existência ou não de recurso administrativo.

A Lei nº 734, de 07 de novembro de 1993, em seu art. 104, inciso I, letras "b" e "c", aponta:

"No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I -
a)
b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades federais, estaduais, municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;"

Logo, observa-se que, sob o aspecto funcional, se à Fazenda fica vedado o envio de uma "representação fiscal" (que é um procedimento administrativo, no qual seguem-se normas da montagem de um expediente com conteúdo pré-definido em portaria interna), não fica o Ministério Público impedido de buscar esta informação por seus meios próprios.

Ao Ministério Público cabe:

"... requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais..." (CF, art. 129, inciso VIII);

"exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual..." (art. 103, inciso VII, Lei nº 734 de 26.11.93).

E ainda:

"...O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CF, art. 127).

Dentre estes, reputando-se um dos mais importantes para a manutenção do regime democrático, encontra-se aquele em que a ninguém pode ser subtraída a apreciação de um direito junto ao Poder Judiciário, seja ele individual ou coletivo:

"...a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

A sociedade tem o direito de ver processados os seus membros que praticam condutas não permitidas.

Assim, entender que a norma contida na lei inicialmente citada e dirigida à Fazenda, impede que o Poder Judiciário aprecie a questão sem que encerrada a área administrativa, é admitir de forma explícita a inconstitucionalidade daquele art. 83.

Sabe-se, por outro lado, que nem toda autuação fiscal é objeto de ação penal. Den-

tre as infrações cometidas pelos contribuintes em geral, a maioria reveste-se de caráter tão-somente administrativo, sem qualquer adequação típica, e não raro, tais casos são arquivados quando em mãos do promotor de justiça (a quem cabe apreciar a existência ou não de crime).

Assim também, os questionamentos dos contribuintes na esfera administrativa nem sempre se voltam para as condutas por eles praticadas. Discutem-se valores, alíquotas, aplicações de leis estaduais etc. Poucas vezes há um recurso administrativo em que a conduta em si é questionada, e nestes casos, o promotor de justiça, verificando que o argumento do contribuinte implica no afastamento da própria cobrança do tributo (e que, portanto, não seria mais devido) toma suas cautelas não oferecendo a denúncia antes da certeza e da formação concreta da *opinio delicti*.

Quisesse o legislador efetivamente disciplinar o início da ação penal em crimes contra a ordem tributária (fazendo com que a esfera administrativa fosse esgotada para permitir a denúncia), teria criado texto legal próprio, inserindo objetivamente a condição desejada, e ainda abordando, dentre outros assuntos, a suspensão da fluência do prazo prescricional nos crimes respectivos, levando em consideração o conteúdo dos recursos administrativos como condição da suspensão, fazendo com que apenas deverassem aguardar o final aqueles que contestassem a própria conduta do contribuinte — em tese considerada típica — e que a Fazenda pudesse concluir pela inexistência do tributo a partir daquela conduta.

Observa-se assim que o art. 83 é casuista, mal redigido, inaplicável na esfera Estadual, e fere o texto da Constituição Federal, restando provocação do Egrégio Supremo Tribunal Federal para que possa se manifestar a respeito.

A confirmar tal assertiva, a leitura de seu parágrafo único: "As disposições contidas no 'caput' do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz."

Trata a matéria da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo — como referido anteriormente. Tal parágrafo é redundante. O art. 34 reza: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729 de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

Ora, se pagou e não há o processo, mas tão-somente inquérito ou procedimento diverso, a punibilidade é declarada extinta. Caso já exista o processo penal, deve aguardar naturalmente o desenvolver da instrução,





argumentando com redução da eventual pena aplicada ao final.

Observa-se que o art. 34 já disse o que aquele parágrafo único veio a dizer novamente. Refira-se ainda, de forma no mínimo estranha, posto que não se conhece algum processo em andamento cuja denúncia não tenha sido recebida.

A crítica à redação tem o escopo de mostrar que foi feita às pressas sem preocupação de efetivamente disciplinar a matéria como um todo.

Assim sendo, pode-se vislumbrar que a matéria será objeto de controvérsias outras, mas desde logo há que se afastar as interpretações extensivas como entender que foi criada uma condição de procedibilidade para oferecimento de denúncia em crimes contra a ordem tributária, o que não corresponde à realidade.

O preenchimento das lacunas legais ocorre pela analogia, costumes e princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil), e para que o magistrado, ao se pronunciar, possa alcançar a plenitude do ordenamento jurídico deve "encontrar inspiração no sentimento da

comunidade", como disse **Hermann Kantorowicz** (*As Lacunas do Direito*, **Maria Helena Diniz**, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 87), e, com certeza, o momento atual indica que este sentimento está muito mais para repelir as manobras que evitem que os órgãos da Justiça sejam eficientes no seu mister do que de outra forma.

O equilíbrio de forças dos Poderes do Estado se faz ver é nesta hora. Um texto legal cuja redação deixa a desejar (de forma proposital ou não) há de receber a interpretação mais razoável para sua aplicação considerando aquele tripé regulador das lacunas, e neste caso específico, levando-se em conta, ainda o momento institucional vivido pelo País. Não pode a Justiça premiar aqueles sonegadores que se escondem atrás de artifícios legais, para desviar dinheiro do tributo, afetando em última análise o cidadão em geral, interpretando o texto em seu favor, impedindo a correta aplicação da lei, ou, ao menos, a apreciação pelo juiz natural.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal ao abordar questão relativa ao esgotamento da esfera administrativa assim se pronunciou:

"Consoante reiterada orientação pretoriana, não constitui condição de procedibi-

lidade da ação penal por infração de sonegação fiscal, a apuração do débito tributário na instância administrativa..." (DJU, 02.12.96, p. 47.723).

Considerando-se que tal decisão aconteceu no fim do ano passado, quando já estava em andamento o projeto de lei que culminou com a edição da Lei nº 9.430/96 e já se debatia seu texto, incluindo-se o referido art. 83, não mostrou o Pretório Excelso qualquer tendência em admitir que uma mudança profunda e radical estava por acontecer.

Logo, a conclusão é de que ainda é possível o oferecimento de denúncia em crimes de sonegação fiscal, mesmo que exista recurso administrativo em andamento perante a Fazenda, cabendo ao promotor de justiça nestes casos, acautelar-se verificando se o conteúdo do referido recurso importa em eventual afastamento da conduta do contribuinte, ou na não exigência do tributo, hipóteses estas em que o evento poderia vir a ser atípico.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e atua no Grupo Especial para Repressão aos Crimes de Sonegação Fiscal.

ANÁLISE CRÍTICA DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL

(Antonio Celso Campos de Oliveira Faria)

Com grande satisfação li o artigo do amigo contemporâneo da faculdade de Direito e eminente juiz de direito auxiliar das Execuções Criminais de São Paulo, **Sérgio Mazina Martins** (*Boletim IBCCrim* 48/07). A execução penal e, especialmente, a progressão do regime prisional, no Brasil, são temas pouco abordados pelos doutrinadores e operadores do Direito. Daí a relevância do texto que defende a Lei nº 7.210/84, cuja ênfase é a necessidade de respeito à progressão do regime prisional, sem a necessidade da criação de obstáculos ao preso que não estejam contidos na lei ou que exacerbem um critério racional para a progressão.

Embora concordando com muitas das observações apresentadas no artigo *"Aspectos Jurisdicionais da Progressão de Regime Prisional"*, entendo devam ser feitas críticas construtivas às idéias apresentadas, sobretudo porque o cumprimento de pena vai muito além do aspecto jurisdicional e deve estar acompanhado de outros elementos sociais (...e psicológicos, econômicos, materiais, morais, etc.) que vão possibilitar um cumprimento de pena digno.

A obra de **Raúl Cervini**, *Os Processos de Descriminalização* (Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed.), é incisiva no fato de que há um fracasso da ideologia do tratamento ressocializador. A chamada ressocialização não passa do discurso, acabando a pena por ter um caráter meramente retributivo. Conclui o autor que: "...o custo da estrutura institucional que lida com o delito é alto, muito alto e irracional, pelo simples fato de que o sistema real opera em sentido totalmente contrário aos objetivos declarados" (p. 65).

O direito penal, sob a ótica da execução da pena, reza em cartilha diversa dos anseios da sociedade. Esse conflito opressivo em torno do sistema penal é tristemente curioso, pois revela que a sociedade quer penas rigo-

rosas, quer soluções para os problemas dos "presidiários", mas, ao mesmo tempo, quer distância destes cidadãos que só podem demonstrar condições de retorno condigno ao convívio social se encontrarem algum respaldo da sociedade e do Estado.

A Lei nº 7.210/84 é adequada ao País desde que sejam criados os estabelecimentos penitenciários na forma preconizada pelo legislador. A defesa do texto legal, sem uma crítica severa aos poderes públicos que não viabilizam um sistema penal funcional, resvala no velho dilema da pena que, efetivamente, tem por principal característica o caráter retributivo.

O aspecto jurisdicional da lei jamais pode estar dissociado dos aspectos sociais, porque o sistema penal é problema de toda sociedade, que pouco compreende os aspectos jurídicos e suas filigranas, mas anseia por mecanismos eficazes de cumprimento da pena. O art. 35, § 1º, do Código Penal, por exemplo, estabelece que: *"O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar."* É cediço que o indivíduo de índole urbana não deve ser colocado em colônia agrícola, pelo simples fato de que nunca ordenhou vacas, nunca plantou, jamais colheu a produção agrícola, enfim, ao ser colocado no IPA estará em instituto prisional distante da sua realidade anterior à prisão. A lei fala em estabelecimento similar, o que permitiria amplo debate e criação de um estabelecimento capaz de trazer o sentenciado à realidade do País, estimulando a uma atividade compatível com a sua realidade sócio-econômica e cultural, sendo dever do Estado observar a vigilância noturna, isolamento durante o repouso noturno e o trabalho em comum durante o período diurno.

A afirmação de **Sérgio Mazina** de que

"não se há de recusar a progressão de regime apenas porque ainda resta longa pena a ser cumprida" merece reservas. Se o sistema é baseado na progressão, não se justifica que o sentenciado que aguarda diversas outras decisões (imaginando-se que já tenha sido condenado em primeira instância) faça a progressão e, depois de alguns dias, regrida para regime mais gravoso. Nessa situação, o sentenciado não terá uma noção exata da gravidade dos atos anteriormente praticados e sentir-se-á prejudicado com a regressão quando dava demonstrações claras de sentimento de ressocialização. Do mesmo modo, a sociedade não compreenderá porque indivíduo tão perigoso, foi submetido a regime com insignificante fiscalização. A execução penal deve ter critérios de razoabilidade que sejam compreendidos tanto pelo sentenciado como pela sociedade.

Defender o requisito temporal em sua **singeleza** é nocivo ao sistema penal porque reduz a questão à aritmética, quando, na verdade, o problema maior reside na necessidade do envolvimento da sociedade com o egresso, com a família do sentenciado, com a criação de estabelecimentos prisionais modernos, criativos.

É inquestionável que as penas privativas da liberdade em instituições subumanas devam ser imediatamente revistas, cabendo aos operadores do Direito Penal evitar ao máximo a pena aviltante, a segregação pura e simples. Nesse sentido, o texto de **Sérgio Mazina Martins** é valioso para a discussão do problema que necessita de soluções a curto, médio e longo prazos e vai além dos aspectos jurisdicionais.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e professor de Direito Penal da Universidade Paulista (Unip).

O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE A ISONOMIA E O CONTRADITÓRIO

(Rogério Schietti Machado Cruz)

Este breve ensaio, excerto de trabalho apresentado e aprovado à unanimidade no XI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Goiânia em setembro passado, procura evidenciar a freqüente inobservância dos princípios da isonomia processual e do contraditório, no processamento dos recursos criminais interpostos em ações penais condenatórias.

O fortalecimento do modelo acusatório pelo constituinte de 1988 — seguindo tendência mundial⁽¹⁾ — gerou a obrigatoriedade de uma reeleitura do Código de Processo Penal, a fim de que se eliminem os resquícios do inquisitorialismo de outrora, com o concomitante surgimento de um processo penal em que ambas as partes gozem de iguais oportunidades e no qual tanto a acusação quanto a defesa possam participar, ativamente, do desenrolar dos atos processuais e influir nas decisões judiciais.

Acompanhando a melhor doutrina, entendemos que o Ministério Público atua, no processo penal, de maneira dúptica, i.e., como órgão acusador na ação penal pública e como órgão fiscalizador em qualquer ação em que intervenha, inclusive a pública. Não interessa ao *Parquet* a condenação do acusado, mas a condenação do culpado pela infração penal. Concebe-se o *promotor justitiae* atual como o defensor da sociedade — a qual não se confunde com a opinião pública, geralmente desinformada e suscetível à influências da mídia oportunista — em nome de quem deve pugnar para que a prestação jurisdicional seja rápida, eficiente e moralmente inatacável. Busca-se um modelo de Ministério Público próximo ao idealizado por **Roberto Lyra**, para quem o Ministério Público deveria estar sempre imbuído do elevado propósito de "*conciliar a paz e a justiça social — único caminho do Direito para atender às exigências e às esperanças humanas*"⁽²⁾.

Tal preocupação norteia a atuação do promotor de justiça, que persegue o equilíbrio no exercício dessas duas funções, acusador e fiscal da lei, produzindo peças processuais que representam um dos sujeitos da relação processual, mas com a permanente preocupação de promover a justiça. Coerentemente, também o procurador de justiça, na segunda instância, acumula aquelas duas funções complementares — jamais incompatíveis — continuando a representar a parte ativa da causa e com igual propósito de procurar a justiça e velar pela correta aplicação do direito.

Em verdade, o **Ministério Público continua, no Tribunal de Justiça, a possuir o mesmo código genético que caracteriza o exercício de suas atribuições no âmbito da justiça criminal**. Age como parte formal — sujeito da ação e não da lide — buscando a verdade material e o atingimento da Justiça, seja ela contrária ou favorável aos interesses do acusado.

O fato de emitir parecer e de, em sua conclusão, "opinar" pelo provimento ou

não do recurso, não significa que deixou o **Ministério Público de agir como parte**. Conclusão diversa levaria a conceber-se um processo com apenas uma parte — o acusado — o que nos parece um verdadeiro absurdo, notadamente diante do princípio acusatório que governa a persecução penal pátria, como já salientado linhas atrás.

Assim, a emissão de parecer não modifica a natureza da atuação do órgão ministerial em determinada fase da persecução penal. Trata-se de uma simples peça processual, que apenas exterioriza a convicção de uma das partes, ainda que em linguagem aparentemente mais imparcial em relação às alegações finais ou às próprias razões do recurso, mas que **provém de membro da mesma instituição que, até então, promovera a ação penal, deduzindo a acusação contra o réu**.

Enfim, assim como a forma não desnatura a matéria, mas apenas modula sua aparência, o parecer do procurador de justiça não elimina, mas tão-somente esconde a função acusatória que, nas alegações finais ou na denúncia do promotor de justiça, se revela bem mais nítida. Ou será que estas últimas peças processuais retiram do Ministério Público atuante no primeiro grau a sua função fiscalizadora?

Mas o aspecto principal do presente trabalho reside na inobservância dos princípios do contraditório e da igualdade das partes no processamento dos recursos criminais.

O princípio do contraditório pressupõe a igualdade das partes e se revela na dialética (audiência bilateral) da atividade probatória e das manifestações processuais, sobre as quais deverá haver informação com possibilidade de reação. Por sua vez, a paridade de armas impõe que ambas as partes tenham, no processo, **iguais oportunidades** de tentar influir na decisão da causa, que, afinal, poderá trazer a qualquer dos litigantes algum tipo de prejuízo jurídico.

É de se perguntar, então, que tipo de contraditório e que igualdade se verifica no processamento dos recursos criminais se uma das partes lança um parecer, peça de extrema relevância para o julgamento da impugnação, sem que se oportunize à parte contrária manifestar-se sobre o conteúdo daquele documento?

Mesmo que, *gratia argumentandi*, desprezásemos a idéia exposta linhas atrás, e admitíssemos desempenhar o Ministério Público, no segundo grau de jurisdição, tão-somente o papel de fiscal da lei, não poderíamos negar que ainda assim o parecer ministerial possuiria idêntica influência na mente dos julgadores — ou quicá ainda maior, porque seria proveniente não da parte contrária, mas de um órgão supostamente desinteressado na preservação da *opinio delicti* exteriorizada pelo Ministério Público de primeiro grau.

Quantas vezes não verificamos que o voto dos desembargadores é quase uma integral reprodução do parecer do Ministério Público? Quantas vezes os argumentos expendi-

dos pelo procurador de justiça naquela peça não servem de fundamento para o posicionamento do órgão judicante?

Para a defesa, pouco importa se o parecer contrário do Ministério Público proveio de um procurador de justiça que apenas se preocupou em fazer observar a lei, despidido de qualquer interesse em sustentar a pretensão punitiva deduzida por um colega da instituição. O fato é que o **parecer ministerial, reforçando a posição assumida pela parte contrária, traz um potencial prejuízo ao acusado**, razão pela qual é de se lhe facultar o contraditório sobre o teor do parecer.

Em comentários ao art. 416 do novo Código de Processo Penal Português de 1988, correspondente ao art. 664 do CPP de 1929, anotou **Manuel Lopes Maia Gonçalves**⁽³⁾:

"A norma do art. 664º do CPP de 1929, reproduzida pelo art. 416º do CPP de 1988, quando interpretada no sentido de conceder ao MP, para além já de qualquer resposta ou contrapartida da defesa, a faculdade de trazer aos autos uma nova e eventualmente mais aprofundada argumentação contra o recorrido, é lesiva dos princípios consagrados no art. 32º, nºs 1 e 5 da CRP."

Semelhante abordagem já fora empreendida por outro autor lusitano, **José Narciso da Cunha Rodrigues**⁽⁴⁾, que observou:

"Relativamente à tramitação do recurso, o Código mantém a vista inicial ao Ministério Público no tribunal quo (artigo 416º). A possibilidade de o Ministério Público emitir parecer no tribunal superior foi objecto de recente apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Por acórdão de 6 de maio p.p. (1987), o Tribunal considerou inconstitucional o artigo 664º do Código de Processo Penal (de 1929, que continha a mesma redação do atual artigo 416º). Se bem compreendemos, na decisão deste Alto Tribunal, aliás excelentemente fundamentada, a linha-força da argumentação reside mais na violação do contraditório que do princípio de igualdade de armas."

No Brasil, a quase totalidade da doutrina parece não haver ainda despertado para esse problema, que afeta a própria legitimidade da persecução penal. Como rara exceção, **Frederico Marques**, no que concerne ao contraditório aduziu⁽⁵⁾ que:

"...não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio, e com as garantias de defesa plena do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias."

Mais recentemente, **Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**⁽⁶⁾ sustentou que:

"Do princípio do contraditório decorre o princípio da bilateralidade da ação. A ação corresponde a exceção. Aos atos do autor opõem-se os atos do réu e vice-versa. Assim desenvolve-se o processo, numa marcha dialética."





Mais ao fundo desse princípio encontra-se o próprio princípio da isonomia, também restaurador de todo processo de interpretação legal.

Desses dois princípios decorre a consequência lógica de o réu falar nos autos depois do autor. A essa altura, pergunta-se: no processo penal, quando o processo atinge o grau recursal qual das partes fala por último? O réu ou o Ministério Público? Os artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal nos dá a resposta: o Ministério Público manifesta-se depois da defesa e, ordinariamente, a defesa sequer tem vista do que foi oficiado pelo Ministério Público — a não ser que requeira vista dos autos" — grifo nosso.

No terreno pretoriano, o tema já se alçou à consideração do Supremo Tribunal Federal, cuja Segunda Turma negou Habeas Corpus (DJU, 15.04.94, p. 8.047) impetrado por defensor público do Paraná, que legitimamente pleiteava em benefício do réu igual tratamento conferido à parte contrária, no tocante à emissão de parecer. Incompreensivelmente, os argumentos utilizados pelo relator, ministro Carlos Velloso, para rejeitar a ordem, tiveram como lastro não a Constituição Federal de que aquela Augusta Corte é guardiã, mas apenas o vetusto artigo 610 do Código de Processo Penal,

que não pode, *concessa venia*, sobrepor-se a princípios maiores — contraditório e ampla defesa — explicitamente contidos na *Lex Mater* (art. 5º, inc. LV), aos quais aquela decisão sequer fez alusão.

Por outro lado, o STJ, em recentíssima decisão (RHC 4.457/SP, rel. min. Adhemar Maciel, 6ª turma, j. 13.11.95, DJU 24.06.96, p. 22.810), assentou entendimento ontologicamente idêntico ao esposado neste trabalho, sob a seguinte ementa: "I - O recorrente foi condenado a 3 meses de detenção, com convalidação em multa, por difamação (Lei nº 5.250/67, art. 21, caput). O Ministério Público, que falou por último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pôde manifestar-se depois, arguiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa. II - O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, § 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o Parquet se manifestou, ainda que como custos legis, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena de violação 'material' do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no § 2º do art. 500 do CPP. III - Recurso provido."

Duas outras violações ao *fair trial*, no

processamento dos recursos criminais, poderiam ser apenas mencionadas — a freqüente ausência de defesa técnica do acusado nas sessões de julgamento, mormente quando não assistido por advogado constituído, bem assim a errônea previsão, quando recorrente, de sua intervenção oral antes do Ministério Público. Por ora, esperamos sirva o questionamento sintetizado neste ensaio para despertar a atenção e fomentar a reflexão dos críticos do Direito.

O autor é promotor de justiça no Distrito Federal e Territórios.

(1) Sobre o assunto, v. Ada Pellegrini Grinover, *Instrução Processual Penal em Ibero-América*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 6 (abr/jun 94) e *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do DF e Territórios*, nº 3 (jan/jun 94); e Fauzi Hassan Choukr, *As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, RT, p. 33.

(2) *Visão Social do Direito*, Ed. Rio, 1976, p. 55.

(3) *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 547/548.

(4) *Recursos*, in *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 391.

(5) *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, Forense, 1965, p. 220.

(6) *O Processo Penal em Face da Constituição*, Forense, 1992, p. 61.

CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: APLICAÇÃO ANTECIPADA DA MULTA

(Victor Eduardo Rios Gonçalves)

É com certa apreensão que temos visto algumas interpretações acerca da aplicação dos institutos criados pela Lei nº 9.099/95, principalmente no que diz respeito à possibilidade da transação penal a determinadas infrações penais. É o caso, por exemplo, do crime de desacato, cuja pena é de detenção de seis meses a dois anos ou multa. Como a lei prevê alternatividade entre a pena privativa de liberdade e a pena pecuniária, surgiu entendimento no sentido de ser possível a transação para esse delito, sob o fundamento de que, se o réu perfaz todos os requisitos legais para a transação, certamente o juiz iria acabar aplicando apenas a multa em eventual condenação. Assim, se de plano for constatada a existência dos requisitos para a transação deveria ser marcada a audiência preliminar, visando a aplicação imediata da multa.

O mesmo ocorre no furto privilegiado, em que, se for verificado logo no inquérito que o indiciado é primário e de pequeno valor o objeto subtraído, haveria a possibilidade de, ao final, aplicar-se somente a pena de multa (art. 155, § 2º). Em tal hipótese, defendem alguns que deve ser proposta a transação para que, de imediato, seja aplicada a multa sem a necessidade de se iniciar a ação penal.

Percebe-se, em outras palavras, que está havendo uma aplicação da transação penal para delitos que têm pena máxima superior a um ano, sob o pretexto de que, ao final do

processo, o juiz certamente iria aplicar apenas a pena de multa.

Esse raciocínio, entretanto, não pode ser aceito, pois contraria expressamente a intenção do legislador. O art. 61 da Lei nº 9.099/95 tem a finalidade de estabelecer um conceito objetivo de infração de menor potencial ofensivo e, em relação aos crimes, o critério adotado foi a cominação de pena máxima não superior a um ano. A elasticidade que se vem pretendendo dar ao instituto vai além da margem de interpretação aberta ao julgador por contrariar claramente o texto da lei. Como poderíamos aplicar um instituto privativo das infrações de menor potencial ofensivo a delitos que, objetivamente, foram deixados de fora da lei que os disciplinou? A possibilidade de aplicação apenas de multa aos crimes de desacato e de furto privilegiado obviamente não torna possível a transação. A conclusão, em sentido contrário, é extremamente simplista, pois se esquece que a condenação por esses crimes, mesmo com aplicação exclusiva de multa, tem outras consequências, como a de gerar antecedentes criminais ou de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, inc. I, do Código Penal), o que não ocorre com a mera transação penal.

Veja-se que, se fôssemos dar tal elasticidade ao instituto, teríamos que aceitar também outras hipóteses que acabariam gerando um incrível desvirtuamento em relação

às finalidades da lei. O crime de resistência, por exemplo, tem pena de detenção, de dois meses a dois anos. É claro que se o réu for primário e de bons antecedentes, o juiz acabará fixando pena inferior a seis meses e, assim, com fundamento no art. 60, § 2º, do Código Penal, seria inevitável a substituição por multa. Haveria, então, razão para se tentar antecipar a aplicação da multa através da proposta de transação? É claro que não.

O mesmo ocorre com o crime de "venda de mercadoria imprópria para o consumo" (art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90), que possui pena de detenção de dois a cinco anos ou multa. Como a pena máxima é de cinco anos de detenção, fica claro que não é possível que se cogite de transação nesse caso. Por outro lado, apesar do mínimo da pena privativa de liberdade ser de dois anos, percebe-se a possibilidade da aplicação da suspensão condicional do processo, já que, em verdade, a pena mínima para o delito é a de multa (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Assim, atendendo-se aos anseios da lei, devemos sempre levar em conta o máximo da pena prevista em abstrato para a infração penal e não tentar a aplicação do instituto, por via transversa, a delitos que não foram incluídos no texto da lei.

O autor é promotor de justiça em São Paulo.

BREVE REFLEXÃO SOBRE O ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96

(David Teixeira de Azevedo)

É regra hermenêutica básica nos domínios do Direito aquela segundo a qual não há, na lei, dispositivos inúteis, e nem seus termos e disposições não reúnem proveito normativo. A interpretação da norma sempre deve preferir a plena expressão disciplinadora da realidade jurídica e social, inserindo o texto legal de forma útil no sistema jurídico, ainda que a elaboração legislativa viciou-se de defeitos técnicos e traga aporias à estrutura normativa global. Como ensina **Reale**, "interpretar a lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos", devendo o intérprete "penetrar na estrutura de suas significações particulares"⁽¹⁾.

Sob essa ótica deve ser interpretado o art. 83 da Lei nº 9.430/96, que veio condicionar a ação penal à representação por crime fiscal, ao término do processo administrativo em que se discute a legitimidade do Auto de Infração.

O texto legal contém certa e evidentemente problemas, que, de forma sumária, poderiam ser assim enunciados:

1. estabelece condição de procedibilidade para a ação penal por crime fiscal, sem nada dispor sobre o inquérito policial;

2. silencia quanto à titularidade da manifestação de vontade do Estado no que respeita à ação penal, a trazer a grave questão da legitimidade de representação da parte ofendida;

3. não dispõe sobre causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, a propiciar eventual impunidade pelo decurso de prazo, dado que, sabidamente, nas instâncias administrativas, prolongam-se nos anos o julgamento pelos órgãos competentes;

4. não dispõe sobre a relação de prejudicialidade entre a discussão do tema jurídico-tributário no âmbito da jurisdição civil e à ação penal concomitante ou concorrente.

5. não cuida expressamente da aplicação retroativa da representação.

No âmbito deste artigo, que visa a suscitar reflexão sobre a temática, não serão esgotados todos os argumentos nem lançadas referências bibliográficas extensas e exaustivas. Demoraremos um pouco no cuidado dessas imperfeições, mais particularmente a anunciada sob nº 1, de modo a extrair do texto legal as consequências mais ajustadas à *mens legis* e à *mens legislatoris*, na busca de um ponto ótimo de aproveitamento e encaixe sistemático do novo texto normativo.

Inicialmente a Lei nº 4.357/64 e depois a Lei nº 4.729/65, a definirem os crimes de sonegação fiscal, suscitaram longo debate sobre se a decisão final do processo fiscal consistia condição de procedibilidade da ação penal, ou mesmo condição objetiva de punibilidade do ilícito penal, instituída que estaria a representação penal.

Refere **Helene Cláudio Fragoso** decisão do então Tribunal Federal de Recursos segundo a qual "à ação penal pelo crime de sonegação fiscal há que preceder a instauração do processo fiscal supedâneo da ação penal" (*DJ* 19.06.72, p. 3.932)⁽²⁾. Segundo **Fragoso**, "o crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos devidos, envolvendo necessariamente um ilícito fiscal. O ilícito penal constitui um plus em relação a este, mas não pode subsistir sem ele"⁽³⁾.

A tendência do Supremo Tribunal Federal, todavia, foi pela absoluta independência entre a instância administrativa e a judicial, e autonomia entitativa de ilícitos. E nesse sentido, a Lei nº 4.729/65 não teria trazido "nenhuma alusão a tal procedimento administrativo como pressuposto ou condição do exercício da ação penal. Ao contrário, esta, sendo pública, pode ter

início com a simples notitia criminis, segundo princípio elementar" (*RTJ* 57/167).

A esse propósito foi editada a Súmula 609 pelo STF, cujo teor dispõe: "É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal."

De fato, a Lei nº 4.729/65 não trouxe nem expressa nem implicitamente qualquer condição para o exercício da ação penal, em cujo seio se apurará a materialidade e a autoria do ilícito criminal. Se de um ponto de vista jurídico-penal é possível afirmar a existência em tese do ilícito a partir de Auto de Infração Fiscal, elemento comprobatório — ainda que provisório — da materialidade do fato típico, por outro lado essa prova poderá ser plenamente feita no seio de inquérito policial, por intermédio de perícia contábil-fiscal.

Nessa perspectiva, a orientação pelo STF teve plena razoabilidade jurídica. A argumentação de **Fragoso** de que o ilícito penal não subsiste sem a presença do ilícito tributário é por tudo correta, e não elide, a meu ver, a independência entre eventual processo-fiscal, em que se discute o referido débito, com o processo penal, no qual se apura a responsabilidade criminal por sonegação fiscal. *Mutatis mutandis* é o que sucede com a apuração da responsabilidade criminal do funcionário público em delito praticado contra a administração (p. ex. corrupção passiva, concussão, excesso de exação), relativamente ao processo administrativo em que se argui a responsabilidade funcional.

A recente Lei nº 9.430/96, contudo, em seu art. 83, dispõe que "a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente", a trazer expressa condição de procedibilidade. Se não pode haver representação é porque, a partir de agora, para os crimes definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 a ação penal fica condicionada à providência da parte ofendida na manifestação do desejo de processar o autor da suposta infração penal.

Outra não poderá ser a interpretação do referido texto legal. A lei fala em "representação fiscal para fins penais", numa clara alusão a que essa representação deverá ter repercussões no âmbito da ação penal. O termo utilizado pelo legislador ordinário é "representação", cujo conceito técnico jurídico é preciso nos domínios do direito processual penal. Como é cediço, os termos técnicos da lei devem ser interpretados tecnicamente, pois, observou o ex-ministro do STF **Firmino Vaz**, se há, na lei, "palavra de significação científica, não há porque, em substituição, empregar-se a estranha ao falar científico"⁽⁴⁾.

Princípio fundamental de hermenêutica determina que as palavras ou termos da lei devem ser interpretados no seu sentido normal, usual, comum, ordinário ou popular **salvo quando se utilizam termos técnicos, pois estes devem ter o sentido técnico**. Nesse sentido é a lição de **Canotilho**, ao aludir aos cânones de *constitucional construction* da jurisprudência norte-americana (*in Direito Constitucional*, 6ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 220, nota 12), cânones que são também verificáveis nos países da civil law, como demonstra **Larenz**, em *Metodologia da Ciência do Direito*. Afastada, portanto, a interpretação legal de ser "representação fiscal" mera comunicação, essa providência ganha encaixe científico adequado como a manifestação formal da vontade do Estado de ser punido o autor da infração criminal.

Considerar que a representação aludida no dispositivo significa tão-só mera comunicação

ao Ministério Público da existência do ilícito tributário, mas não o exercício de uma potestade jurídica, condição do exercício da ação penal, e que este último poderá *sponte propria* iniciar o procedimento investigatório preliminar e apresentar subsequente denúncia, é votar o dispositivo à ociosidade, tornando absolutamente superflua a norma. É instituir a lei um jogo de esconde-esconde: a autoridade tributária omitiria do titular da ação penal a existência de um ilícito tributário até julgamento final do processo administrativo. Se o titular da ação penal, por esperteza, porventura vier a descobrir o ilícito tributário, nada estaria a lhe impedir a persecução penal!

Não seria razoável, sob outro ângulo, pensar haver o legislador ele mesmo permitido a burla da norma: condiciona-se a ação penal à representação; todavia nada impediria a mera comunicação, esta sim suficientemente para início da *persecutio criminis*!!! Seria, assim, absolutamente inócuo o dispositivo, porque com a comunicação ou sem ela, o titular da *persecutio criminis* poderá desencadear o procedimento penal. Mais que ociosa, tal norma, por não haver razão jurídica para disciplinar em lei ordinária a mera comunicação da infração tributária ao Ministério Público. Com ou sem comunicação, o Ministério Público poderá avaliar, sempre e sempre, a conveniência e a correção de apresentar-se a acusação penal.

Se a lei impede a comunicação, instituindo a representação, é pelo fato de não desejar a instauração da ação penal senão depois de verificada, em definitivo, no processo administrativo, a exigência fiscal do crédito tributário. E se assim é, evidentemente que a finalidade foi criar uma condição de procedibilidade para a ação penal, cujo início não poderá ocorrer senão após a decisão administrativa. Somente dessa forma se tem uma compreensão estrutural da legislação relativa ao relacionamento fisco-contribuinte, realizando-se um trabalho "constutivo de natureza axiológica, não só por se captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque... a sistemática jurídica além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa"⁽⁵⁾.

Por fim, não se argumente com a falta de clareza do texto legal, que não se valeria da consagrada fórmula "somente se procede mediante representação", colocada junto ao tipo penal. Menos que a letra da lei, o esforço exegético busca compreender-lhe o sentido normativo último, compatibilizando a norma no contexto do ordenamento. Antes que de norma isolada, é do complexo normativo que se extrai o instituto jurídico. E, na legislação por mim cuidada, mesmo a norma isolada (art. 83) autoriza e abona a conclusão a que cheguei.

Desse modo, o melhor e mais seguro caminho hermenêutico, que prestigia o texto normativo em sua virtude disciplinadora da realidade jurídica e social, conduz inafastavelmente a se concluir pela existência, agora, de expressa condição de procedibilidade, qual seja a necessidade de representação para os crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137/90.

O autor é advogado em São Paulo e professor doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.

(1) *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 285.

(2) *Jurisprudência Criminal*, São Paulo, Bushatsky, 3ª ed., vol. 2, p. 799.

(3) *Op. et loc. cit.*

(4) *Incidência da Regra Jurídica*, Lex, sem ano, p. 26.

(5) *Lições*, cit., p. 287.

O MOMENTO CONSUMATIVO DO ROUBO PRÓPRIO

(Luiz Roberto Cicogna Faggioni)

A previsão dos antigos doutrinadores de que o desenvolvimento da sociedade acarretaria um recrudescimento dos delitos de fraude em detrimento dos violentos não se fez. Ao contrário, o aumento populacional e a migração para os centros urbanos sem a melhoria da divisão de rendas e dos meios de educação levou à majoração dos delitos violentos e daqueles praticados mediante fraude.

Prova cabal disso encontra-se na circunstância, conhecida por todos os operadores do sistema penal, dos reiterados acontecimentos de roubos que diariamente nos vemos obrigados a arrostar.

Não obstante a grande frequência de tais condutas, a determinação de seu momento consumativo permanece sujeita a controvérsias. De fato, no que toca à consumação do roubo a propositura das ações penais e suas decisões têm sido das mais variadas.

Para alguns o roubo próprio consuma-se com o mero emprego da grave ameaça ou da violência, para outros é necessário a concomitante subtração, ainda terceiros exigem que o agente tenha tido a posse "mansa e pacífica" do bem subtraído.

A questão é de fundamental importância pois pode significar a diferença entre o efetivo encarceramento do agente ou sua colocação em liberdade (através, v.g., da concessão da suspensão condicional da pena).

O presente estudo visa contribuir ao deslinde da questão sempre observando que o objeto da análise cinge-se ao roubo próprio sem o evento morte ou lesão grave que serão apreciados noutras oportunidades.

Para determinar o momento em que se consuma o crime é necessário, primeiro, enfocar o bem, ou bens, que se mira assegurar com a tipificação da conduta, pois como lembra **Nuvolone**⁽¹⁾: "*A pesquisa do objeto do crime é solidamente associada à interpretação da norma que prevê o fato genérico.*"

Ao descrever a conduta o legislador fez menção a subtração realizada com o emprego de violência ou grave ameaça.

Dessarte, tutela-se a integridade corporal (física ou psíquica), a liberdade pessoal (que podem ser ofendidas com o emprego da violência ou da grave ameaça) e o patrimônio (que é ofendido com a subtração).

Trata-se, portanto, de crime pluriofensivo, vez que lesa mais de um bem jurídico; e complexo pois decorrente da fusão de outros tipos incriminadores (furto e alguma das infrações contra a pessoa — v.g., vias de fato, lesão corporal, constrangimento ilegal, ameaça etc.). Ou como quer **Echandia**⁽²⁾: "*Os tipos complexos ou de conduta pluriofensiva se caracterizam, em câmbio, porque simultaneamente protegem vários interesses jurídicos, sem prejuízo de que um de tais bens seja independentemente tutelado em outro tipo.*"

A consumação nos crimes pluriofensivos exige a exposição à perigo, ou dano efetivo, a todos os bens protegidos. Não basta a ofensa a um deles, é necessário que todos tenham sido atingidos (lesados ou expostos à risco).

Logo, para que se tenha ultimado o roubo é fundamental que o patrimônio e a liberdade pessoal ou a integridade da vítima tenham sido atingidos.

Na ausência de lesão ao patrimônio ou aos

atributos da pessoa (integridade ou liberdade) o delito somente pode ser tido por tentado.

Grande parte dos doutrinadores afirma que o roubo se consuma com a realização da subtração de igual maneira ao delito de furto (nesse sentido é a lição de: **Fragoso, Heleno Cláudio, Lições de Direito Penal**, Parte Especial, Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 290; **Hungria, Nelson, Comentários ao Código Penal**, Vol. VII, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 58; **Jesus, Damásio Evanvelista de, Direito Penal**, 2º Volume, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 298; **Noronha, Edgard Magalhães, Direito Penal**, Volume 2, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 246 e **Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto Penale**, Parte Speciale, I, Giuffrè, 1994, p. 352).

Com isso somos remetidos à análise da consumação do furto.

O procurador de justiça **William Wanderley Jorge**⁽³⁾ ensina que "*A respeito da consumação do crime de furto há as seguintes teorias: a) contractatio - é suficiente à consumação do crime o agente tocar a coisa; b) apprehensio rei - é suficiente o agente segurar a coisa para ocorrer a consumação; c) amotio - desde que o agente consiga remover a coisa, haveria a consumação; d) ablatio - para esta teoria, além da remoção era preciso que o agente conduzisse a coisa ao lugar destinado, ou seja, que a transportasse a outro local.*"

É certo, no entanto, que nenhuma dessas teorias, ditas espaciais, são hoje admitidas em sua globalidade.

Tratando-se de furto tem-se exigido, para a admissão da consumação, que o agente tenha conseguido a "posse mansa e pacífica" da coisa.

Essa exigência decorre do entendimento de que somente ocorre a subtração completa quando o sujeito passivo perde o poder de disposição sobre a coisa, e tal perda do poder de disposição teria lugar quando o agente lograsse atingir a posse não perturbada. Antes deste momento a vítima sempre poderia retomar o contato material com o bem. Daí a detenção legítima teria sofrido perigo mas não teve lugar o dano efetivo e, em consequência, não haveria a consumação (nesse sentido é a lição de **Hungria, Nelson**, obra citada, p. 23; **Jorge, William Wanderley**, obra citada, p. 382 e **Dutra, Mário Hoepfner, O Furto e o Roubo**, São Paulo, Max Limonad, 1955, p. 74).

Em suma, o furto somente atinge a consumação com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima e tal ocorre quando o agente tem a posse indisputada do bem subtraído e, como visto, os doutrinadores aplicam o mesmo critério quando se trata de roubo.

Também a jurisprudência tem-se inclinado para a admissão de tal postura como se vê nas decisões encartadas em **Jutacrim** 78/248 (TACrim-SP, Ap., rel. **Canguçu de Almeida**), 82/472 (TACrim, Ap., rel. **Ercílio Sampaio**) e 76/192 (TACrim, Ap., rel. **Rocha Lima**).

Não nos parece, no entanto, que possa ocorrer a transferência pura e simples do critério adotado para a definição do momento consumativo do furto para o do roubo.

De fato, a ocorrência da violência ou da grave ameaça é elemento que não pode ser avaliado como irrelevante em relação ao instante em que o patrimônio é lesado e,

como corolário, em que se consuma o roubo.

Doutro lado, a expressão "posse mansa e pacífica" (da coisa subtraída pelo agente) tem sido usada como decorrência da "perda da disponibilidade do bem pelo sujeito passivo". Isto é, o sujeito passivo perde a disponibilidade da coisa e, em resultado, surge a "posse mansa e pacífica" da coisa pelo sujeito ativo. O que, como se verá, nem sempre ocorre, podendo haver a perda da coisa pela vítima sem que o agente tenha dela obtido a posse.

A melhor definição de patrimônio é aquela dada por **Mantovani**⁽⁴⁾ pela qual esse corresponde ao complexo de relações jurídicas de uma pessoa, tendo por objeto coisas dotadas de função instrumental com capacidade de satisfazer necessidades humanas, materiais ou espirituais. O autor lembra que tal definição permite, enquanto embasada no conceito de relação jurídica: não tutelar penalmente as relações de fato com a coisa, instaladas de modo desaprovado pelo direito; incriminar as agressões que, ainda que não importando em diminuição econômica do patrimônio, reduzam sua instrumentalidade; e justificar a incriminação, entre os delitos contra o patrimônio, também das agressões que impliquem em mera turbacção da utilização do bem.

Dessarte, haverá lesão ao patrimônio toda vez que ocorrer sua diminuição econômica ou impedimento para a sua utilização plena.

Por outro lado, subtrair é fazer desaparecer, retirar, tirar, diminuir, deduzir. Logo, subtrair, no sentido empregado pelo código, é retirar algo de alguém.

Agregando-se o conceito de patrimônio temos que a subtração deve implicar na diminuição do valor econômico, ou na redução da instrumentalidade do patrimônio no sentido de que o sujeito passivo deve experimentar uma mitigação da capacidade de utilização das relações jurídicas de que é titular, ou, ainda, na turbacção, ainda que momentânea, das relações entre o titular e os bens ou direitos.

Ora, a violência ou grave ameaça, quando utilizadas como meio para obtenção para a prática do roubo, podem fazer cessar de imediato o poder de disposição que o legítimo possuidor tem sobre a coisa sem que, no entanto, tenha se instaurado a "posse mansa e pacífica" do agente sobre o bem.

Basta imaginar a hipótese em que a coisa vem a ser perdida ou destruída durante a prática do roubo. Nesse caso o agente dela não obteve a posse e houve a perda patrimonial para a vítima. Ou ainda, a hipótese em que o agente consegue tomar o bem, porém, é longamente perseguido, não obtendo, assim, a tranquilidade da posse. Nesse lapso temporal, em que o agente mantém consigo o produto do roubo, é indisputável que a vítima experimentou diminuição na disposição de seu patrimônio.

Em qualquer desses casos os elementos integradores do tipo encontram-se presentes (emprego de violência, ou grave ameaça, e subtração do bem) e o sujeito ativo do delito não obteve a posse mansa e pacífica do bem.

Perceptível, portanto, que o critério da consecução da posse mansa e pacífica pelo autor não é válido como determinador do





momento consumativo do delito de roubo.

O erro de tal critério reside em exigir que o autor do roubo tenha tido proveito com a prática do delito quando tal elemento não é exigido pelo tipo penal. A vantagem, benefício, com a realização da subtração violenta é mero exaurimento do delito e não elemento de sua integração.

De fato, ao contrário do que ocorre no Código Penal Italiano, no qual o apossamento da coisa subtraída pelo agente, ou por outrem, faz parte da descrição do roubo (rapina)⁽⁵⁾, no Código Penal do Brasil a descrição da conduta não exige tal circunstância, contentando-se com a subtração.

É dizer, para a lei nacional basta que a subtração tenha sido realizada para si ou para outrem mas não é necessário que o agente, ou outro, tenha conseguido a posse da coisa. Observe-se que subtração e posse, ou detenção, são conceitos bem distintos ainda que usualmente, mas não obrigatoriamente, como aliás já visto, a realização do primeiro dê lugar ao segundo.

Logo, o critério da obtenção da posse para a determinação do momento consumativo do roubo não encontra amparo legal. A insuficiência de tal princípio é tão patente que leva os operadores do sistema penal a um verdadeiro casuismo. Assim é que para se determinar quando ocorreu a posse pacífica são utilizados meios dos mais inusitados. Em alguns casos chega-se a exigir que se tenha perdido o autor de vista (portanto, sempre que a vítima for cega o roubo estará consumado, ou, por outro, sempre que o agente, por exemplo, dobrar uma esquina, completa estará a subtração violenta) como se a integração do crime pudesse estar à mercê da maior ou menor acuidade visual da vítima ou da existência, ou não, de uma esquina.

Como já visto, grande parcela dos doutrinadores assevera que o crime roubo, "tal como o de furto, somente se consuma quando a coisa sai da esfera de vigilância da vítima"⁽⁶⁾.

O problema é que o critério da saída do bem da esfera de vigilância da vítima não é aplicável ao roubo.

Como ensinam Fiandaca e Musco⁽⁷⁾: "A

subtração é aquela conduta que determina a saída da coisa do poder de fato do precedente possuidor: ela equivale, em outras palavras, à eliminação da posse alheia, ao desapossamento."

Logo, no furto, a subtração ocorre quando o agente consegue fazer com que a coisa saia da esfera de vigilância do antigo possuidor⁽⁸⁾.

Porém, no roubo a coisa é extraída do poder de fato da vítima, não em virtude dela ter perdido a vigilância sobre a coisa, mas sim por não poder exercer tal cuidado em decorrência do obstáculo consubstanciado na violência ou grave ameaça exercidos pelo agente.

Isto é, a posse deixa de existir por se ter rompido a relação de fato entre a vítima e a coisa, por se ter extraído o bem da esfera de disponibilidade do sujeito passivo com o emprego da violência ou grave ameaça.

A distinção não é meramente acadêmica. Basta pensar na hipótese em que a vítima permanece amarrada enquanto o agente dispõe de seus bens. A vigilância continua a ser exercida mas a disponibilidade sobre os bens desaparece.

Bem se percebe que o conceito de subtração acaba por ser modificado pela existência da violência ou grave ameaça.

Portanto, o correto seria afirmar que: tal como no furto, o roubo se consuma com a perda da posse sobre a coisa, sendo que naquele caso ocorre quando o bem sai da esfera de vigilância da vítima e nesse quando, ainda que permanecendo a vigilância, o bem é extraído de sua esfera de disponibilidade.

De todo o exposto percebe-se que o roubo próprio consuma-se tanto que, empregada a violência ou grave ameaça, tenha a vítima ainda que momentaneamente, perdido a disponibilidade sobre a coisa, tenha o agente, ou não, obtido a posse mansa e pacífica dele.

Com tal critério, fica eliminada a necessidade de que o agente tenha obtido a posse do bem, reconduzindo-se o momento de consumação aos ditames da figura típica (já que esta não faz qualquer menção a apossamento da coisa pelo sujeito ativo).

Doutro lado, a menção de perda da disponibilidade dos bens conduz à idéia de instru-

mentalidade do patrimônio o que possibilita sua maior garantia.

Por fim, com a aludida recondução, evita-se a insegurança de multiplicidade de critérios para a determinação do momento consumativo do roubo próprio, tal como vem ocorrendo, já que ora se emprega o critério da posse, ora do perdimento do bem.

O autor é promotor de justiça em São Paulo, mestre em Direito Penal e professor da Universidade Paulista (Unip).

⁽¹⁾ Nuvolone, Pietro, *I Limiti Taciti Della Norma Penale*, Padova, Cedam, 1972, p. 50.

⁽²⁾ Echandiá, Reyes, *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989, p. 128.

⁽³⁾ Jorge, William Wanderley, *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1989, p. 381.

⁽⁴⁾ Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1989, p. 18.

⁽⁵⁾ No Código Penal Italiano o roubo próprio vem previsto no *caput* do art. 628 que, em tradução livre, tem a seguinte redação: "*Quem quer que, para obter para si ou outrem um proveito injusto, mediante violência a pessoa ou ameaça, apossar-se de coisa alheia móvel, subtraindo-a de quem a detém, é punido com reclusão de três a dez anos e com a multa de um milhão a quatro milhões de liras.*" Na língua original: "*Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, s'impone della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da lire un milione a quattro milioni.*"

⁽⁶⁾ Mirabete, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, Parte Especial 2, arts. 121 a 234 do CP, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, p. 235.

⁽⁷⁾ Fiandaca, Giovanni e Musco, Enzo, *Diritto Penale*, Parte Speciale, Volume II, Tomo Secondo, Delitti contro il patrimonio, Bologna, Zanichelli, p. 51.

⁽⁸⁾ Vale lembrar que nessa definição não é exigido que o furtador tenha instaurado nova relação de posse (do furtador para com a coisa subtraída). É que a lei nacional, como já aludido, não exige, como a lei italiana, que o agente venha a se apossar da coisa.

O IBCCrim adquiriu e recebeu em doação ao acervo de sua biblioteca os seguintes livros, os quais encontram-se à disposição dos associados para consulta:

- ✦ *Las Faltas en el Código Penal y el Juicio Verbal de Faltas - Especial Consideración al Nuevo Código Penal*, Manuel Ayo Fernandes, 3ª ed., Aranzadi Editorial, 1996.
- ✦ *Los Fraudes Agrários a la Unión Europea*, Manuel Jesús Dolz Lago, Ministério de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995.
- ✦ *La Aplicación de la Pena - Estudio Práctico de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, C. Molina Blasques, Bosch, Casa Editorial, 1996.
- ✦ *Curso de Derecho Penal - Parte General*, José Cerezo Mir, 5ª ed., Editorial Tecnos, 1995.
- ✦ *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1992.
- ✦ *Iniciación a la Dactiloscopia y Otras Técnicas Policiales*, Francisco Anton Barbera, Tirant Lo Blanch, 1996.
- ✦ *Concepto y Principios para Aplicación de los Substitutivos Penales*, Jorge Robledo Ramirez, Edersa, 1996.
- ✦ *Derecho Penal General - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre*, Rafael Dias Roca, Editorial Tecnos, 1995.
- ✦ *Introducción al Nuevo Código Penal - Parte General y Especial*, César Herrero Herrero, Editorial Dikinson, 1996.
- ✦ *Documentación Jurídica - La Protección Penal de los*

Animales en España, Secretaria General Técnica - Centro de Publicaciones, nº 79, 1994.

✦ *Estudio Comparativo de la Ley 10/1995 de 23 de Noviembre, del Nuevo Código Penal y el Derogado Texto Refundido de Código Penal de 1973*, Secretaria General Técnica - Centro de Publicaciones, 1996.

✦ *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Rosário Diego Dias-Santos y Eduardo A. Fabian Caparrós, Editorial Tecnos, 1995.

✦ *Aborto y Constitución*, José Ángel Marín Gámez, Gráfica "La Paz" de Torredonjimeno, 1996.

✦ *Homicidio y Asesinato*, C. Ganzemuller, J. F. Escudero e J. Frigola, Bosch, 1996.

✦ *La Tendencia a Sufrir el Castigo: Una Contribución a la Teoría de la Culpa*, Norberto Álvarez González. Universidad de Alcalá, 1996.

✦ *La Libertad Personal y sus Limitaciones - Detenciones y Retenciones en el Derecho Español*, Julio Banacloche Palao, McGraw Hill, 1996.



ARTIGO 32 LCP - Novo Tratamento do CNT ou Mais Uma Letra Morta?

(Eduardo Luiz Santos Cabette)

O projeto de Código de Trânsito Brasileiro torna crime a conduta de direção de veículo sem habilitação, com pena de detenção de seis meses a dois anos ou multa, estabelecendo *in verbis*: "*Dirigir veículo automotor na via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou ainda se cassado ou suspenso o direito de dirigir, gerando perigo de dano.*"

O tema já é enfocado atualmente na legislação pátria pela Lei das Contravenções Penais nos seus arts. 32 e 34, que tratam respectivamente de direção sem habilitação e da chamada direção perigosa, esta segunda também em vias de ser erigida a crime. Parece-nos que o projeto nada mais faz senão criar um tipo híbrido, um quasmmodo claudicante, para usar de uma metáfora aproximada.

Podemos iniciar uma observação da incoerência do tipo em projeto já pela própria pena prevista. Nas contravenções em destaque hoje em vigor, são previstas a pena de multa (art. 32) e esta alternativamente com a prisão simples de 15 dias a três meses (art. 34). Nota-se claramente que as condutas contravencionais apresentam penas moderadas e a alternatividade entre a prisão simples e a multa, longe de causar espécie, é bastante coerente e aceitável, e por que não dizer, desejável.

O mesmo não se pode dizer da cominação do projeto. Criminaliza as condutas, estabelecendo pena privativa de liberdade na modalidade de detenção de "seis meses a dois anos", pena esta de considerável rigor, e simultaneamente determina sua alternatividade com uma singela pena de multa. Ora, se o legislador considera, em seu afã "pálio-repressivo", necessário criminalizar condutas até então contravencionais, aplicando-se-lhes uma pena gravosa, com que congruência cria a alternativa pena de multa? Mais correto não seria então cumular a multa?

Dir-se-á que alhures o Código Penal prevê situações idênticas (v.g. arts. 156, 175, 179), nada restando de surpreendente. Em verdade,

podemos afirmar que tais dispositivos carecem também de coerência, embora em menor grau do que aquele de que ora falamos, e também que a lei penal é bem mais freqüente em alternar a multa com penas mais leves e cumulá-la com a dosagem agora enfocada (vide arts. 129 a 137, 138 a 140, 146, 147, 150, 153, 154, 161, 163, 164, 165, 166, etc.). Afirmamos que as previsões do Código Penal, bem como quaisquer outras preexistentes, onde se alterne a multa com pena privativa de liberdade consideravelmente gravosa, são menos incoerentes pelo simples motivo do germe, da motivação do legislador, ou seja, no caso desta criminalização é nítida a intenção de agravar a situação do infrator, mas o legislador como que fica "em cima do muro", criando um lapso muito grande entre a pena máxima (2 anos de detenção) e a alternativa pena de multa. Que razões de fato e de direito autorizariam uma tal discrepância de punições para uma mesma conduta? Quais os critérios de tal individualização? Não haveria uma tendência à aplicação banalizada da multa, nada mudando efetivamente no cenário punitivo?

Deixando as questões acima com referência à cominação legal do projeto, passamos a demonstrar que o pretenso novo dispositivo, além de não revogar o art. 32 da LCP e a direção perigosa, seja esta na modalidade futuramente criminal ou mesmo na forma do art. 34, LCP, ainda será de difícil caracterização e comprovação.

Logo numa superficial passada de olhos, verifica-se que com relação a "embarcações" os tipos contravencionais permanecem em plena atividade, pois o projeto refere-se tão somente a "veículo automotor na via pública".

Outrossim, como já se disse anteriormente, o tipo em projeto é um híbrido, conjugando a falta de habilitação com a direção perigosa, exigindo destarte perigo de dano concreto (Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, *Boletim IBCCrim, Jurisprudência Comentada*, 49/171 dezembro/1996). Para sua ca-

racterização, exigir-se-á que o autor seja inabilitado legalmente e mais, que sua conduta ao dirigir gere perigo de dano concreto. Portanto, se o inabilitado conduz veículo automotor em via pública sem ocasionar perigo concreto, palpável, continuará a praticar somente a contravenção do art. 32. De outra banda, se um indivíduo habilitado dirige, causando perigo concreto, recai na prática da chamada direção perigosa, seja na forma porventura erigida a crime, seja nos moldes da figura contravencional do art. 34 ora em vigor.

Ademais, há que se mencionar que por critério de hermenêutica e mesmo de justiça e equidade, o perigo de dano concreto exigido no tipo em projeto, não se refere àquele genérico, mas somente ao que tenha causalidade direta com a inabilitação do condutor e tal liame haverá de ser comprovado, o que dificilmente se levará a efeito, a menos que se passe a trilhar pela abominável e extirpada "responsabilidade objetiva".

De que outro modo se poderia afirmar que a ação causadora do perigo, esta ou aquela manobra perigosa, se deve ao simples fato da inabilitação legal do condutor?

É cristalino que o art. 32, LCP, seria aplicado à maioria dos casos de falta de habilitação. E naqueles em que este requisito se adicionasse à conduta causadora de perigo, fatalmente restaria somente a via da direção perigosa, pela dificuldade e, até mesmo impropriedade, da atribuição da causa da conduta à falta de habilitação legal do condutor, a constituir conforme linhas volvidas mencionadas, um retrocesso "atávico" à responsabilidade penal objetiva.

Certamente, seria o momento de pensar em tomar direção diversa da criminalização e partir para a descriminalização de condutas contravencionais passíveis de serem melhor e mais eficientemente reprimidas por vias administrativas.

O autor é delegado de polícia em São Paulo.



- ↗ *Nuevo Código Penal - Al Alcance de Todos*, José Luis Segovia, Editorial Popular, 1996.
- ↗ *Control Social y Sistema Penal*, J. Bustos Ramírez, Editora PPU, 1987.
- ↗ *El Código Penal de 1995 - Resumen Práctico de Novedades*, Fernando Bentabol Manzanares, Editora Colex, 1996.
- ↗ *Sustitutivos Penales y Proyectos de Reforma en el Derecho Penal Español*, Silvia Valmaña Ochaíta, Secretaria Geral Técnica, 1990.
- ↗ *Los Delitos Societarios en el Código Penal de 1995*, Bufete Ramon Hemorsilla-Abogados, Companhia General de Inversores, 1996.
- ↗ *Guía Urgente del Nuevo Código Penal*, Francisco Pastor Alcoy, Editorial Prática de Derecho, S.L., 1995.
- ↗ *La Prescripción en el Código Penal de 1995 y su Aplicación Retoractiva*, Francisco Pastor Alcoy, Editorial Prática de Derecho, S.L., 1995.
- ↗ *Transtorno Mental Transitorio y Drogas que Inciden en la Imputabilidad*, J. Homs Sanz de La Garza, J. M. Bosch Editorial, S.L., 1996.
- ↗ *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Paz M. de La Cuesta Aguado, Tirant to Blanch, 1996.

- ↗ *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura - Parte General*, Cândido Conde-Pumpido Ferreiro, Editora Colex, 1996.
- ↗ *Código Penal y Legislación Complementaria*, Civitas-Biblioteca de Legislación, Editorial Civitas, 1996.
- ↗ *Derecho Penal - Parte Especial*, Francisco Muñoz Conde, Tirant to Blanch, 1996.
- ↗ *Considerações a Respeito do Novo Projeto de Lei Sobre Drogas*, Edemur Ercílio Luchiari, Coleção Argo, III Volume, 1997.
- ↗ *Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade*, Instituto Carioca de Criminologia (vários autores), Tavares & Tristão, ano 1, nº 2, 2º semestre de 1996.
- ↗ *Código Nacional de Trânsito*, Geraldo de Farias Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro, 1º Ed., Editora Saraiva, 1996.
- ↗ *Direito Constitucional*, Alexandre de Moraes, 1º Ed., Editora Saraiva, 1997.
- ↗ *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Fiuza, nº 29, jan/mar 1996.
- ↗ *Justiça Penal - Críticas e Sugestões - "Provas Ilícitas e Reforma Pontual"*, Jaques de Camargo Penteado (Coordenador), RT, 1996.
- ↗ *Juízados Especiais Criminais Comentários, Jurisprudência e Legislação*, Julio Fabbrini Mirabete, Atlas, 1997.

DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DA SÚMULA 608 DO STF EM FACE DA LEI Nº 9.099/95

(Eliana Faleiros Vendramini)

A recente Lei nº 9.099/95, que disciplinou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, alterou a natureza da ação penal relativamente aos crimes de lesão corporal culposa e lesão corporal dolosa leve, passando a exigir a **representação do ofendido** (cf. art. 88). Tal regra, sem dúvida, trouxe inúmeras implicações importantes, a exemplo daquela que será objeto deste estudo.

Contudo, para a perfeita compreensão do tema, urge certa explicação atinente ao reconhecimento do **estupro como crime complexo**.

Para parte da doutrina, o estupro é crime complexo na medida em que composto por fatos que por si mesmos constituem crimes autônomos, ou seja, o **constrangimento ilegal** e a **lesão corporal**.

Entretanto, outra parte da doutrina critica veementemente esta conclusão, demonstrando que o estupro não passa de um **constrangimento ilegal visando a conjunção carnal**. Quanto à violência, esta integraria o tipo do constrangimento ilegal, que, então, restaria absorvida. Ressalta-se que sem a violência não há sequer constrangimento.

É exatamente o que nos ensinara o mestre **Nelson Hungria**: *"Não é o estupro senão uma forma especial do constrangimento ilegal trasladada para o setor dos crimes contra os costumes. A relação direta de meio e fim entre o emprego da violência (vis corporalis ou vis compulsiva) e a conjunção carnal é que caracteriza, objetiva e subjetivamente, o estupro."*⁽¹⁾

No mesmo sentido, **Celso Delmanto** registra: *"O tipo penal do estupro compõe-se de um só crime, o de constrangimento ilegal, mas visando à conjunção carnal; esta última, só por si, não constitui crime autônomo."*⁽²⁾

Damásio Evangelista de Jesus atenta para o fato de que no estupro só se poderia identificar constrangimento ilegal e conjunção carnal, e, esta última não é crime. Assim, *"estupro simplesmente não é crime complexo"*.⁽³⁾

A matéria, todavia, é controvertida, tanto que este último doutrinador adota nesta conclusão posição diferente da que antes sustentara.

Pois bem, feita esta introdução, passemos à análise proposta.

O estupro, em regra, é crime de ação penal privada, conforme disposto no art. 225 do Código Penal, disposição que apresenta duas exceções.

Como este mesmo art. 225 diz que a sua regra se aplica *"aos crimes definidos nos capítulos anteriores"*, ficam dela excetuados o estupro com lesão corporal grave ou morte, ambos a título de preterdolo, que fazem parte, sim, do seu capítulo (art. 223). Com relação a eles, então, é incontestável que a ação penal é pública incondicionada, aplicada a regra geral

de que quando a lei silencia cuida-se daquele tipo de ação penal.

A dúvida paira acerca do estupro com lesão corporal leve.

Malgrado a reconhecida má redação do art. 101 do Código Penal, **para aqueles que admitem o estupro como crime complexo**, somatória dos crimes de constrangimento ilegal e **lesão corporal leve**, desde que cometido com violência real, aquela regra levava à conclusão de que o estupro seria crime de ação penal pública incondicionada. É exatamente o posicionamento da Corte Suprema, que culminou com a edição da Súmula 608.

Isto porque, a lesão corporal leve, componente do estupro, **era crime de ação penal pública incondicionada** e, segundo a norma supra citada, por isso levava todo o crime complexo a ser regrado por aquele tipo de ação penal. **O art. 101 se sobrepunha ao art. 225, ambos do Código Penal.**

Entretanto, a lesão corporal leve passou, por força da Lei nº 9.099/95, a ser crime de **ação penal pública condicionada à representação do ofendido**.

Se assim é, o estupro, no exato raciocínio da súmula aventada, também será crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Note-se que o art. 101 do Código Penal não especifica se a ação pública deve ser condicionada ou incondicionada.

Portanto, mantendo coerência com a posição que vem sustentando, o Supremo Tribunal Federal certamente reformulará sua Súmula 608 que poderá ter a seguinte redação:

SEMINÁRIO

Com apoio da **Universidade Regional de Blumenau**, os acadêmicos de Direito, Psicologia, Serviço Social e Medicina realizarão naquela cidade nos dias 21, 22 e 23 de maio de 1997, um seminário sobre a violência, com os seguintes temas:

**Violência em Foco,
Violência no Trânsito
(Impunidade) e
Violência Contra
a Criança.**

Informações no Diretório Acadêmico
Clóvis Beviláqua,
Caixa Postal 1507,
fax (047) 326-5178, Blumenau, SC.

"No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública condicionada à representação do ofendido."

Cabe registrar, por fim, que há quem interprete a súmula como mera confirmação do art. 223 do Código Penal, referindo-se, então, só ao estupro seguido de lesão corporal grave ou morte, onde o próprio texto legal já determina que a ação seja pública incondicionada. Para esses, a súmula não mereceria qualquer reforma.

Mas este entendimento, ao nosso ver, não se coaduna com o escopo da súmula, que estaria redundantemente repetindo a lei. Além disso, antigos julgados do Supremo Tribunal Federal (a exemplo da **RT 568/284**, STF-RE, rel. min. **Xavier de Albuquerque**) sustentam a tese do crime complexo tendo em vista a lesão corporal leve como antes abordado.

Há também quem acredite que a solução dada pela súmula não foi a melhor, mesmo admitindo-se o estupro como sendo crime complexo, pois a regra do art. 225 do Código Penal é especial em relação à regra do art. 101 do mesmo texto legal, devendo prevalecer aquela.

De qualquer forma, é bom ressaltar que o fato de se reconhecer o estupro como crime complexo e, assim, crime de ação penal pública, traz maiores possibilidades de efetivamente ver seus autores responsabilizados, já que o Ministério Público, para agir em juízo, passa apenas a depender de uma anuência da vítima ou seu representante legal, que muitas vezes não teriam coragem de, sozinhos, buscar a tutela jurisdicional.

Como salienta **Nelson Hungria**, *"desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício"*.⁽⁴⁾

A autora é advogada em São Paulo.

(1) **Hungria, Nelson; Lacerda, Romão Côrtes de; Fragoso, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal**, Vol. VIII, p. 105.

(2) **Delmanto, Celso, Código Penal Comentado**, 3ª ed., nota ao art. 101. O mesmo autor faz interessante correlação com o atentado violento ao pudor: *"Semelhantemente, o atentado violento ao pudor não é composto por dois delitos, porquanto contém um só: o de constrangimento ilegal objetivando o ato libidinoso, e este ato, ainda que imoral, não configura, por si só, crime na legislação brasileira."*

(3) **Jesus, Damásio E. de, Direito Penal**, 1º Vol., p. 584.

(4) **Hungria, Nelson; Lacerda, Romão Côrtes de; Fragoso, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal**, Vol. VIII, p. 103.

REFLEXÕES SOBRE FURTO, ROUBO E RECEPÇÃO, SEGUNDO A LEI Nº 9.426/96

(Cezar Roberto Bitencourt)

Realizamos, apenas, uma análise sucinta das principais inovações trazidas pela lei epígrafada.

1. Furto de veículo automotor

"Art. 155. ...

§ 5º. 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 para o exterior."

A Lei nº 9.426/96 cria uma nova figura de **furto qualificado**, distinta daquelas relacionadas no § 4º do art. 155, sempre que a coisa móvel, objeto da ação, tratar-se de veículo automotor.

Com esta nova figura (§ 5º), pretendeu-se inibir a conduta de **subtrair veículo automotor**, exasperando exageradamente a sanção correspondente, fixando-a entre três e oito anos de reclusão. Esta nova previsão merece, objetivamente, dois destaques: **a)** esqueceu-se de tipificar o chamado **furto de uso**, tão corriqueiro na atualidade, que, reconhecidamente, constitui figura atípica; **b)** para a configuração da nova qualificadora, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este *"venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior"*.

Com efeito, o simples **furto de uso** continua atípico. E os furtos de veículos automotores, em geral, não são atingidos pela nova qualificadora acrescentada pela referida lei. Em outros termos, as tradicionais e costumeiras subtrações de veículos automotores, que perturbam o cotidiano do cidadão, não são alcançadas pela nova qualificadora, se não vierem *"a ser transportados para outros Estados ou para o exterior"*.

Teria sido mais feliz a redação deste § 5º, se tivesse, por exemplo, se utilizado do tradicional **elemento subjetivo do injusto**, isto é, prevendo, como **especial fim do agir**, a venda ou transporte para outro Estado ou para o exterior. Como se sabe o **especial fim de agir** embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo e nem com ele se confunde. Efetivamente, os elementos subjetivos do injusto especificam o dolo, sem com ele se confundirem. Não é necessário que se concretizem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.

Paradoxalmente, fugindo completamente à tradição brasileira em relação aos crimes contra o patrimônio, a nova "qualificadora" deixou de cominar a pena pecuniária. Assim, diante do princípio da reserva legal, não se pode imaginar que essa supressão seja decorrência de "mero esquecimento" que, aliás, ainda que tenha ocorrido, será irrelevante. Resultado: não há previsão legal de pena de multa para esta hipótese.

Não apenas a subtração de veículo automotor, para uso, continua sendo uma figura atípica, como também a subtração de componentes do veículo, como pneus, rodas, motor, acessórios, etc. não tipificam o furto qualificado do § 5º, posto que a eles o texto legal não se refere. Restará, logicamente, a configuração do furto normal.

2. Roubo com novas majorantes

"Art. 157. ...

§ 2º ...

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior."

2.1. Roubo de veículo automotor

Seguindo a **política criminal capitalista**, para a qual o patrimônio é muito mais valioso que a própria vida, que orientou a inclusão do § 5º no art. 155, a Lei nº 9.426/96 transformou, a mesma conduta de **subtrair** automotores, em **majorante** do crime de roubo, com a inclusão do inciso IV no § 2º do art. 157. Para a configuração desta nova majorante, no entanto, a exemplo do que ocorre no crime de furto, não basta que a subtração seja de veículo automotor. É indispensável que este *"venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior"*, cuja atividade poderá caracterizar um *posterius* em relação ao crime anterior já consumado.

Quando esta majorante concorrer com qualquer das demais previstas no mesmo parágrafo — que será a regra neste tipo de crime — perde, praticamente, sua razão de ser, pois acabará funcionando somente como circunstância judicial (art. 68, parágrafo único), eis que não prevista como agravante.

2.2. Roubo de veículo automotor com seqüestro da vítima

"V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade."

Esta previsão, de todas as novidades trazidas por uma lei não muito feliz (nº 9.426/96), parece-nos a mais adequada. No entanto, essa restrição de liberdade, poderá, dependendo das circunstâncias, assumir a natureza de outro delito, como, v.g., os dos arts. 148 e 149, em concurso com o crime de roubo. Por isso, é preciso cautela na análise desta questão, sob pena de deixar-se praticamente impune o crime de **seqüestro**. Assim, quando o **seqüestro** for praticado concomitante com o roubo de veículo automotor ou, pelo menos, como meio de execução do roubo ou como garantia contra ação policial, estará configurando a majorante aqui prevista. Agora, quando eventual seqüestro for praticado depois da consumação do roubo de veículo automotor, sem nenhuma conexão com a sua execução, não se estará diante da majorante especial, mas se tratará de concurso de crimes.

2.3. Elevação da pena mínima no roubo qualificado

"§ 3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de sete (7) a quinze (15) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte (20) a trinta (30) anos, sem prejuízo da multa."

No roubo **qualificado pelo resultado** — lesão grave — a reclusão será de sete (aumentada pela Lei nº 9.426/96) a quinze anos, se for **morte** (latrocínio), será de vinte a trinta anos, como já previa a redação anterior. Antes da vigência desta lei, na hipótese de lesão grave, a pena mínima prevista era de cinco (5) e não sete (7) anos de reclusão. Foi um aumento isolado sem nenhuma justifica-

tiva lógica, política ou técnica, na medida em que não fez o mesmo em relação ao latrocínio, nem tão pouco em relação ao crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159).

3. Recepção

"Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

3.1. Recepção e favorecimento

O Código Penal de 1940 fez a distinção entre **favorecimento** e **recepção**: classificou o primeiro como crime contra a administração da Justiça, a segunda, entre os crimes contra o patrimônio. O *animus lucrandi* é que distingue a recepção do favorecimento. As condutas de "transportar" ou "conduzir", **enxertadas** pela Lei nº 9.426/96, não implicam, de regra, naquele *animus lucrandi* próprio da recepção, constituindo uma verdadeira anomalia tipológica no direito pátrio, simples amostra da **criminosa retaliação** do Código Penal, que se está procedendo com a inflação diária, desordenada e descriteriosa de leis esparsas. São, na realidade, duas condutas que se identificariam melhor com o **crime de favorecimento**, onde poderiam ter sido incluídas (arts. 348 ou 349), satisfazendo a fúria **terrorificacionalista** do atual legislador.

3.2. Novas figuras da Lei nº 9.426/96: transportar - conduzir

Como presente de Natal, o legislador brasileiro incluiu no *caput* mais estas duas condutas de "receptar": "transportar" e "conduzir", além de incluir os §§ 1º e 2º, desfigurando a recepção. Difícilmente **transportar** e **conduzir** poderão assumir a conotação sugerida pela definição de recepção, qual seja a de acarretar a **manutenção, consolidação ou perpetuidade** de uma situação patrimonial anormal, ou simplesmente do **proveito** decorrente de um crime anterior praticado por outrem. Sugerindo melhor, como já afirmamos, favorecimento e não recepção.

3.3. Recepção qualificada

"Recepção qualificada

§ 1º. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena - reclusão, de três a oito anos e multa.

§ 2º. Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência."

A simples inclusão no *caput* dos verbos **transportar** e **conduzir**, por si só, já desnaturou completamente o crime de recepção, que tem o sentido de receptar, isto é, de





adquirir, receber ou ocultar coisa de procedência criminosa (**Dicionário Aurélio**). O paradoxo completa-se com a inclusão dos dois primeiros parágrafos, que estariam melhor situados em um **tipo penal autônomo**. No entanto, não se pode negar, está expresso no texto legal, trata-se de modalidade de "receptação qualificada", apesar da inconformidade do professor **Damásio**, pela absoluta falta de tecnicismo do texto legal.

De qualquer sorte, todas as condutas relacionadas no parágrafo primeiro somente tipificarão a "receptação qualificada" se visarem proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, seja ele regular, irregular ou clandestino. A "fúria" cega as pessoas e embota o raciocínio, dificultando a avaliação adequada do sentido dos termos, expressões ou frases. O desejo de ser mais drástico e mais abrangente, por vezes, pode, ao mesmo tempo, tornar a previsão legal mais restritiva. Foi o que ocorreu neste caso, pois, nada impede que o agente **transporte**,

conduza, desmonte, monte ou remonte — para ficar somente nas novidades — "coisa que deve saber ser produto de crime", sem fazê-lo, no entanto, "no exercício de atividade comercial ou industrial", regular ou irregular. Nesse caso, tais condutas não se amoldariam à figura da receptação qualificada.

3.4. Paradoxal punição da receptação qualificada

A injustificável **excessiva exasperação** da "receptação qualificada", já era censurada pelo saudoso **Hungria**, referindo-se a **equivocado** redação original do Código de 1940, que destacava: "Em código algum figura a receptação com pena aprioristicamente mais grave do que a daqueles de que pode provir", e, prosseguia **Hungria**, "No Direito brasileiro, a tradição constante foi no sentido da menor punibilidade da receptação, em confronto com o crime de que deriva" (**Nelson Hungria, Comentários...**, vol. VII, pp. 311 e 316). Lamentavelmente, voltamos a praticar os velhos e condenáveis erros do passado, exasperando, desproporcionalmente, as sanções penais.

3.5. Elevação da pena receptação majorada

"§ 6º. Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro."

Além de criar a esdrúxula receptação qualificada, o legislador aproveitou para elevar a punição da receptação majorada, determinando, nessa hipótese, que a pena prevista no caput (1 a 4 anos), aplica-se em dobro. A redação anterior, que era do § 4º, cominava a pena de um (1) a cinco (5) anos, que agora, partirá, no mínimo, de dois anos.

Enfim, na receptação, a Lei nº 9.426/96, acrescentou os dois primeiros parágrafos, reenumerou os outros quatro, com pequenas alterações, além de incluir no caput do art. 180, os verbos núcleos "transportar" e "conduzir".

O autor é membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e doutor em Direito Penal.

O Novo ART. 311 DO CP

(Geraldo de Faria Lemos Pinheiro)

O Poder Executivo federal entendeu, em nome da **modernização da legislação penal brasileira**, de proceder alterações no CP por etapas, e de modo paulatino, começando pelos temas mais prementes e menos polêmicos, consoante a Mensagem nº 783 do MJ, dirigida ao Presidente da República (**Boletim do IBCCrim** nº 33/06). Para tanto constituiu comissão de juristas, mediante Portaria nº 315/95, cujos integrantes foram anunciados no artigo de **René Ariel Dotti**, publicado no mesmo **Boletim**. O que o jurista, participante da comissão, chamou de **disegno di legge** tem sofrido severas críticas, tanto na forma como no conteúdo, não obstante a advertência do ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro** no sentido de ser difícil elaborar normas para contentar gregos e troianos. A propósito leia-se os excelentes artigos *Reformas Pontuais x Reformas Abrangentes*, de **Roberto Podval** e **Tatiana V. Bicudo** (**Boletim** especial para o II Seminário Internacional do IBCCrim, nº 45/01, agosto, 1996) e *Presente de Natal - Continuamos Retrocedendo* (**Boletim** nº 51/01).

Na Exposição de Motivos da Mensagem nº 784 (**Boletim** citado), afirma-se que ao art. 311 do CP foi dada nova redação para conceder aos órgãos de persecução penal os instrumentos legais adequados à repressão de uma grave e crescente forma de criminalidade do momento, em que avultam os prejuízos patrimoniais, acompanhados, em grande número de casos, de violência contra a pessoa, corrupção e de criminalidade organizada.

O art. 311 ficou assim redigido: "**Adulterar ou remarcar o número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena - reclusão de 3 a 6 anos, e multa.**"

Chassi, de qualquer tipo de automóvel, conforme definição de **Manuel Arias-Paz**, é uma armação formada por longarinas e travessões aos quais se fixam o motor, a transmissão, a direção, os freios, os eixos e a suspensão (**Manual de Automóveis**, 1965, Ed. Mestre Jou), o que confere com o verbete de **Aurélio**, ou seja, estrutura de aço sobre a qual se monta toda a carroceria de veículo motorizado.

O que o legislador denominou de sinal identificador do veículo, como tipo de crime, quando adulterado ou removido, deve ser apurado pela leitura da Convenção de Viena (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 33, de 13 de maio de 1980), da Norma Brasileira NBR 6066, de 1980, da Resolução nº 659/85 do Contran e do RCNT (aprovado pelo Decreto nº 62.127, de 1968).

Segundo o art. 38 da Convenção todo automotor e todo reboque em circulação internacional (valendo para o Brasil) deverão levar as marcas de identificação definidas no Anexo 4, e que são: para os automotores **a)** o nome ou a marca do produtor do veículo, **b)** no chassi, o número de fabricação ou número de série da produção, **c)** no motor, o número de fabricação do motor, se o produtor nele o colocar. As marcas mencionadas no Anexo deverão estar em lugares acessíveis e ser facilmente legíveis; além do mais deverão ser de difícil modificação ou supressão.

A legislação brasileira sobre o assunto está contida na Resolução nº 659/85, que instituiu o critério de identificação veicular obrigatório, reportando-se à NBR 3 nº 6.066 da ABNT. Além da gravação no chassi ou monobloco, os veículos serão identificados, com, no mínimo, os caracteres VIS, previstos na NBR 6.066, podendo ser, a critério do fabricante, por gravação, na profundidade mínima de 0,2 mm, quando em chapa ou por plaqueta colada, soldada ou rebitada, destrutível quando de sua remoção ou ainda por etiqueta autocolante e também indestrutível no caso de tentativa de sua remoção. Os sinais deverão estar nos seguintes compartimentos e componentes: **a)** no assoalho do veículo, sob um dos bancos dianteiros; **b)** na coluna da porta dianteira lateral direita; **c)** no compartimento do motor; **d)** em um dos para-brisas e em um dos vidros traseiros, quando existentes, e **e)** em pelo menos dois vidros de cada lado do veículo, quando existentes, excetuados os quebra-ventos.

Será de interesse prático transcrever as definições da NBR 3 nº 6.066, por serem a base dos sinais identificadores: 3.1 - Número de identificação do veículo - VIN (*vehicle*

identification number). É uma combinação estruturada de caracteres, designada a um veículo pelo fabricante para fins de identificação do veículo. 3.2 - Identificação Internacional do fabricante - WMI (*world manufacturer identifier*). É a primeira seção do VIN que identifica o fabricante do veículo. Este código é designado a um fabricante de veículos a fim de permitir a identificação do fabricante do veículo e quando usado em conjunto com as outras seções do VIN assegura a unicidade do número de identificação para todos os veículos produzidos no mundo por um período de 30 anos. 3.3 - Seção descritiva do veículo - VDS (*vehicle descriptor section*). É a segunda seção do VIN e fornece informações que descrevem as características gerais do veículo. 3.4 - Seção indicadora do veículo - VIS (*vehicle indicator section*). É a última seção do VIN constituído de uma combinação de caracteres designada pelo fabricante para distinguir um veículo do outro. Esta seção em conjunto com a seção descritiva do veículo (VDS) assegura a unicidade do número de identificação de todos os veículos produzidos pelo fabricante por um período de 30 anos.

Fiado na máxima de que a lei não contém palavras desnecessárias procuramos dar sentido aos verbos **adulterar** e **remover**. Adulterar seria a regravação do número de identificação no chassi, como é comum nos crimes praticados pelos ladrões de veículos ou pelos receptadores, mediante raspagem da estampa original e colocação de novo número ou letra. Remarcar seria marcar de novo, ou seja, mediante raspagem integral dos sinais ou colocação de nova chapa ou adesivo. Neste caso o tipo está bem descrito e não há dificuldade na aplicação do texto legal, quando se refere ao chassi.

Dificuldade existe, todavia, a partir da proibição de remoção de qualquer **sinal identificador** do veículo, bem como de seu **componente** ou **equipamento**.

Já explicamos como se faz a identificação veicular, segundo as normas do Contran, da





ABNT e da Convenção de Viena. A segunda parte do texto do art. 311 indica uma norma penal em branco, e não há como fugir da necessidade de um órgão estatal ou credenciado preenche-la para que se complete. Se não houver um complemento, para que seja indicado o sinal identificador, componente ou equipamento que o legislador tenha previsto como aqueles que podem sofrer adulteração ou remarcação, evidentemente não está configurado o tipo.

Mais uma vez estamos à procura de uma definição. Componente do veículo será qualquer artefato sem o qual ele não poderá movimentar-se. É preciso incluir aqui os acessórios, que são peças distintas dos componentes e que servem para maior comodidade do condutor, maior beleza ou maior capacidade de utilização. Acessório será o gênero do qual equipamento é a espécie. Quanto a este, a colocação é obrigatória, não podendo haver desativação ou deterioração.

O art. 92 do RCNT estipula quais são os equipamentos obrigatórios, e o art. 89 do CNT estabelece as regras quanto ao uso adequado dos equipamentos. Qual a entidade competente para declarar o que seja adulterar o equipamento do veículo? A buzina, por exemplo, é um equipamento obrigatório, segundo a legislação de trânsito. Seria crime remover a buzina convencional, o registrador de velocidade ou simplesmente o limpador de pára-brisa? Embora haja punição ad-

ministrativa para o trânsito de veículo com defeito ou falta de qualquer dos equipamentos (art. 89, XXX, do CNT), não é de se admitir que tal conduta constitua crime previsto no art. 311 do CP.

Existe uma infração administrativa que se adapta ao crime criado pelo legislador. O CNT pune a falsificação dos selos da placa dos veículos (art. 89, XXXVII). O selo da placa é justamente o dispositivo que a repartição coloca como ato final do emplacamento e que, tomando-se a lição de **Magalhães Noronha**, é constituído por selo, impressos, etiquetas, timbres em chumbo, lacre etc. Entende-se, portanto, o vocábulo selo, adotado pelo legislador como sendo o elemento de chumbo onde são moldadas as insígnias da repartição competente. Este selo, geralmente conhecido por **lacre** dá origem à expressão **lacreção**, que é o conjunto de atos praticados pela repartição para cumprir a legislação específica e que culmina com a fixação das placas à estrutura do veículo (CNT, art. 60), mediante a utilização de um arame geralmente trançado e com as pontas unidas pelo mencionado elemento de chumbo, comprimido por ferramenta própria. Independente da violação do lacre, objeto do mencionado art. 89, XXXVII do CNT, também a adulteração dos caracteres alfanuméricos, mediante emprego de qualquer artifício, como pintura, adesivos, raspagens ou outros métodos, com a intenção de burlar a identificação, constitui o crime previsto no atual art. 311 e que fica como substituto do

art. 306, parágrafo único do CP.

As características dos veículos também são sinais identificadores, e o art. 39 do CNT deixa claro que *"nenhum proprietário poderá, sem prévia permissão da autoridade competente, fazer ou ordenar sejam feitas no veículo modificações de suas características"*. Além disso, o parágrafo único deixa claro que os veículos automotores devem ser registrados pelo número do chassi e respectivas características. A cor, por exemplo, é uma característica do veículo, e portanto um sinal identificador. Seria crime, e não apenas infração administrativa a modificação da cor, sem licença da autoridade?

Preocupado com a repressão do furto, roubo e receptação de veículos, o legislador criminalizou condutas de forma vaga e imprecisa, negando condições para a perfeita aplicação da lei penal. Preferiu atirar a esmo, gerando a confusão dos intérpretes e propiciando a impunidade, quando outra foi a intenção da Lei nº 9.426/96. Veja-se, a propósito, os artigos de **Damásio de Jesus** nos *Boletins* nºs 51/04 e 52/05, além de outras considerações de autores renomados. O futuro confirmará o que tem sido escrito sobre as modificações pontuais do CP, e então será possível demonstrar que o Poder Executivo andou na contramão quando ingressou na circulação de veículos automotores.

O autor é desembargador aposentado e colaborador do IBCCrim.

TOLERÂNCIA ZERO, DISCRIMINAÇÃO MÁXIMA

(Mauro Monteiro Mondin)

As notícias sobre a operação "Tolerância Zero" que foi realizada no centro de São Paulo fizeram com que eu me lembrasse de dois interessantes artigos publicados através dos boletins deste Instituto (os quais pude localizar com facilidade graças ao índice).

No primeiro artigo, intitulado "Da famigerada atitude suspeita" (*Boletim IBCCrim* 16/03), o autor **Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso** indaga sobre o que venha a ser a chamada "atitude suspeita", origem de vários processos por porte de intorpecente ou arma. Conclui o ilustre autor que a "atitude suspeita" baseia-se simplesmente no fato de o suspeito estar mal trajado, andar em locais pouco recomendáveis, afirmando ainda que "se um usuário de intorpecente ou portador de uma arma adquirisse um termo e uma gravata, acompanhados de uma mala 007 e decidisse circular pelos bairros da alta renda, não seria jamais importunado ou considerado em atitudes suspeitas, contando que não fosse negro ou pardo. Este tratamento desigual, além de discriminatório, por violar o princípio de que todos são iguais perante a Lei é ilegal, na medida que viola os preceitos das garantias individuais dos cidadãos.

"Se a Constituição Federal demonstrou grande evolução nos direitos individuais, tornando a residência do cidadão mais inviolável, acabou com a irregular prisão administrativa, passou a exigir, salvo as exceções previstas (flagrante delito, etc.), mandado judicial para prisão e busca e apreensão de coisas, inconcebível que pessoas continuem a ser abordadas desta ma-

neira quando se encontram na rua."

O segundo artigo que me veio à memória foi publicado no *Boletim* 26/06, de autoria de **Paulo Márcio da Silva**, cujo título é "Da ilegalidade da busca realizada em 'blitz' policial". Nesse artigo, que versa sobre as buscas em automóveis realizadas por ocasião das denominadas "blitz" policiais, o autor assevera que *"tais procedimentos são realizados de forma ilegal, arbitrária, ao arrepio da legislação vigente"*. Em relação ao § 2º do art. 240 do CPP, é feito o seguinte comentário: *"Diante de tal dispositivo, a conclusão lógica a que se chega é a de que a 'a busca pessoal'... somente poderá ser realizada quando recair sobre a pessoa que será submetida à revista, fundada suspeita de que oculte consigo arma e objetos proibidos (tóxicos por exemplo) ou que sejam, tais objetos, produtos de origem criminosa..."*

"... O certo é, porém, que inexistindo a fundada suspeita a que se refere a lei e, mesmo assim, realizada a a busca, estarão os agentes policiais, por melhor que sejam suas intenções, praticando conduta ilícita, prevista no Código Penal e na Lei nº 4.898/65, que trata do abuso de autoridade".

Através da leitura dos artigos supra referidos nós notamos que a "Operação Tolerância Zero" é arbitrária e abusiva. É uma operação arbitrária e abusiva na medida em que as pessoas são detidas para averiguações com base em impressões subjetivas e preconceituosas dos policiais. De fato, somente os pobres e mal vestidos são considerados "suspeitos", o mesmo não acontecendo com os "engravatados"; e essa suspeita que se

baseia em trajes, cheiro ou cor dos detidos jamais poderá ser considerada uma *fundada suspeita*, havendo, então, o abuso de autoridade.

Os defensores da "Operação Tolerância Zero" poderão argumentar que nessas averiguações foram flagradas pessoas portando armas ou entorpecentes. Entretanto, essas apreensões tem como origem uma operação visando somente uma camada mais baixa da sociedade, logo, tem origem em atos discriminatórios. Por que não se realizam essas operações junto às diversas faculdades, onde vários estudantes também seriam pegos portando intorpecentes? Será que é porque eles são "filhinhos-de-papai", vestem-se bem e usam perfume importado? Qual a diferença entre o menor de rua viciado em "crack" e o jovem estudante viciado em cocaína?

A apreensão de menores carentes, considerados suspeitos da prática de atos infracionais é de fato discriminatória, pois todos sabemos que os adolescentes de alto poder aquisitivo, moradores de condomínios fechados e dos bairros nobres, também praticam atos infracionais, dirigindo sem habilitação e destruindo telefones públicos, e nada é feito com relação a isso.

Desta maneira, apesar dos aplausos de alguns segmentos da sociedade, só podemos concluir que a "Operação Tolerância Zero" é arbitrária, visando apenas satisfazer os interesses de uma sociedade hipócrita que não se engaja em uma luta sincera pela melhoria das condições sociais.

O autor é advogado em São Paulo.

POLÍTICA DE TUTELA AMBIENTAL: PROPOSTA DE DEBATE AO TEXTO DE BECHARA

(Dani Rudnicki e Salo de Carvalho)

Impossível se calar perante o artigo publicado por Erika Bechara no *Boletim IBCCrim* nº 49/11 (*Aspectos Penais da Política Nacional do Meio Ambiente*). As idéias defendidas no texto não se sustentam. Afinal, ao contrário do exposto, está na contramão do pensamento penal/criminológico contemporâneo⁽¹⁾. Sobre isto já escrevemos⁽²⁾. Agora, trazemos breves linhas para incitar o debate.

Bechara inicia seu texto afirmando: "De há muito que se conclama um tratamento penal mais rigoroso no que concerne aos delitos perpetrados contra o meio ambiente." Mas quem pede maior rigor? Os adeptos do **panpenalismo** (Direito Penal Máximo)?

De nossa parte, entendemos que o interesse pela tutela da natureza acabou por tornar excessiva a produção legislativa a respeito, verificando-se verdadeira inflação normativa. E, o mais alarmante, se percebe nestas várias leis a presença de dispositivos penais — que deveriam ser *ultima ratio* do sistema. Em consequência, as normas penais tornam-se inoperantes.

E o direito penal ecológico encontra-se no dilema que é, de resto, do direito penal hodierno: o combate aos novos tipos de criminalidade (que se caracterizam pela ausência de vítimas individuais, pouca visibilidade dos danos causados e um novo *modus operandi* — internacionalidade, profissionalidade e divisão do trabalho). Uma criminalidade diferente da tradicional e frente à qual o direito penal clássico é impotente.

Winfried Hassemer delarou a respeito que "o Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficiente, que seja capaz de solucionar esses problemas"⁽³⁾.

Modernas políticas ecológicas devem se voltar no sentido de inserir a proteção ecológica no que se convencionou chamar de direito penal administrativo, secundário ou especial. Excluindo o penal/carcerário. Deixando a preservação da natureza a cargo do direito civil, administrativo e/ou fiscal.

Outra razão para o abandono do direito penal na proteção do meio ambiente decorre da utilização de, na construção da norma penal ecológica, normas penais em branco. A justificativa utilizada pela doutrina para seu uso é de que a natureza da matéria exige o emprego desta técnica na formulação do tipo, devido à grande variabilidade na tecnologia poluente.

A vantagem apontada é de que as normas em branco propiciam uma maior estabilidade do dispositivo principal emanado através do moroso, complicado e necessário processo legislativo, possibilitando simultaneamente grande maleabilidade, visto que dependem de mero ato administrativo para se adaptarem a novas condutas.

Todavia, cremos serem maiores — e extremamente perigosas — as desvantagens proporcionadas por esta técnica. A um, devido ao fato de que ofende o princípio da legalidade (em sentido amplo e estrito⁽⁴⁾) dos delitos e das penas. A consequência é a inconstitucionalidade tanto formal quanto material do dispositivo. O segundo proble-

ma é de ofensa ao princípio constitucional da divisão dos poderes — pelo qual é reservado ao **Legislativo** a definição das infrações penais. Além disso, a norma penal em branco cerceia o princípio da taxatividade (legalidade estrita) porque é difusa e imprecisa.

Importante ainda abordar-se a opinião da autora a respeito dos crimes ambientais enquanto crimes de perigo. Conforme ela, "é de se observar que o vertente diploma, acompanhando a evolução do sistema jurídico-legal de tutela do ambiente, vai ao encontro do salutar princípio da prevenção, vigente mundialmente em sede ambiental, já que tipifica um crime de perigo".

Concordamos em parte; se, realmente, o crime de perigo torna possível a realização conjunta de prevenção e repressão e, logicamente, nos casos de crime ecológico, evitar o dano é essencial, não obstante, essas normas tendem a ser incompatíveis, quando o perigo for abstrato, com a principiológica e a premente necessidade de "contaminação constitucional" do penal.

Percebemos, pois, que a criminalidade ecológica insere-se dentro de um novo tipo de criminalidade — moderna, eficiente, difusa. Criminalidade contra a qual o direito penal clássico encontra-se despreparado e para a qual, portanto, busca formas de enfrentamento. Entre as quais a criação de leis específicas, utilização de normas penais em branco e adoção de tipos que conceituam-se como crimes de perigo abstrato.

O direito penal passa a aumentar penas restritivas de liberdade, admitir provas ilícitas e expor princípios garantidores. Fulmina os pressupostos de garantia dos direitos humanos de primeira geração — direitos de liberdade.

Também as correntes minimalistas e abolicionistas (verdes) vêem como objetivo da tutela do meio ambiente a preservação. Porém, desqualificam o sistema penal — visto que este demonstrou não ser capaz de prevenir a criminalidade.

Para efetuar sua política, pretendem retirar da esfera penal e substancializar na esfera civil, administrativa e/ou fiscal os desmandos contra o meio ambiente. Possibilitam, a reparação (efetiva) do dano causado e imposição de punições adequadas — hipótese impossível no direito penal de tradição germânico-romana.

O minimalismo afirma a necessidade de uma **política ambiental** — não penal ambiental — sendo urgente unificar a legislação pré-existente e incentivar a população a utilizar a ação popular e a ação civil pública, bem como o art. 159 do Código Civil (com auxílio, por exemplo, da responsabilidade objetiva imposta pela Lei nº 6.938/81).

Com o professor Hassemer, entendemos que tentar solucionar os problemas da nova criminalidade utilizando os elementos postos à disposição pelo direito penal é perder tempo. Conclui o mestre alemão, "não teremos êxito e o máximo que conseguiremos será destruir o direito penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do direito penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos

instrumentos que não servirão para nada".

Educação ambiental, incremento da fiscalização, reparação e indenização pelos danos causados e penalidades administrativas como as trazidas pela Lei nº 6.938/81⁽⁵⁾ se — efetivamente — aplicadas podem substituir, com mais chances de garantir a conservação da natureza, a pena restritiva de liberdade, sanção clássica — e ultrapassada — do ordenamento penal.

Os autores são, respectivamente, advogado, jornalista e conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos/RS; e advogado, professor de Direito Penal, Criminologia e Políticas Criminais nos cursos de graduação e pós-graduação da Unisinos/RS e mestre em Direito Público pela UFSC.

(1) "En un análisis global del problema, podríamos decir que en los países centrales se opone, como ultraderecha, una ideología autoritaria — preanuncio del 'Estado nuclear' — cuya versión penal es el brutal 'nuevo realismo criminológico' a otra ideología, ultraavanzada, que es la de los 'movimientos verdes', cuya versión penal es el abolicionismo" (Zaffaroni, E. R., *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1984).

(2) Carvalho, Salo de & Rudnicki, Dani, *Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente*, Doutrina, Rio de Janeiro, nº 1, 1996, pp. 320-329.

Rudnicki, Dani, *Atuação das ONG's na Defesa do Meio Ambiente: Em Busca de um Novo Paradigma do Direito*, Estudos Jurídicos, São Leopoldo, maio/ago., vol. 1, 76, 1996, pp. 115-124.

(3) Hassemer, Winfried, *Três Temas de Direito Penal*, Porto Alegre, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

(4) Neste sentido conferir a obra de Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1994.

(5) São elas: multa, perda ou restrição de incentivos e benefício fiscal concedido pelo Poder Público, suspensão de atividade e redução de atividade.

Entidades Conveniadas ao IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação de Ensino Superior Paulista - Unicid
- Associação do Ministério Público do Estado de São Paulo
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Paulista de Magistrados
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Curso C.P.C., SP
- Curso Forense - Ribeirão Preto, SP
- Curso do Professor Damásio, SP
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados de São Paulo
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul

A NOVA LEI SOBRE O PORTE DE ARMA E O POLICIAL

(Ricardo Ribeiro Petisco)

Mais uma vez os interesses individuais sobrepujaram os interesses coletivos. Mais uma vez elabora-se uma lei que ilude a sociedade pois imagina-se que tal medida será a solução para a onda de criminalidade e violência que assola o País.

Estamos a falar da Lei nº 9.437/97, de 20 de fevereiro de 1997, que "elevou" a contravenção de porte de arma, artigo 19 do Decreto Lei nº 3.688/41, para "a categoria de crime", agora apenado com detenção de um a dois anos e multa.

Não pretendemos, no momento, apontar suas falhas, mas sim chamar a atenção para o inconveniente que tal lei trará para nossos policiais, e consequentemente, para a população.

O artigo 10 da mencionada lei diz: *"Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - detenção de um a dois anos."*

Já os §§ 2º e 4º deste mesmo artigo dizem, respectivamente: *"A pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito"* e *"A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público."*

Ora, então vejamos: nossa legislação atual iguala o policial ao cidadão comum, não o permitindo utilizar uma arma de calibre superior ao calibre nominal 38. Sabemos que os seqüestradores, roubadores e traficantes de drogas se armam com pistolas, fuzis e submetralhadores de calibres infinitamente mais poderosos que os permitidos por lei. Desta maneira como um policial enfrentaria tais criminosos com sua arma de calibre 38? Como aquele policial carioca poderia subir os morros de sua cidade para prender traficantes? Como poderia adentrar a uma favela para prender perigosa quadrilha de roubadores de banco?

Sabemos que os cidadãos cumpridores da lei se adaptarão à nova legislação e o mesmo deverá ocorrer com os policiais. Mas e a respeito dos seqüestradores, roubadores e traficantes de drogas? Também respeitarão a lei? Passarão a cometer seus seqüestros e roubos com armas de calibre permitido? **Claro que não!** Sabemos que continuarão a utilizar suas potentes armas. A desvantagem entre policial e criminoso é clara.

O policial que se ver em alguma situação daquelas elencadas no artigo 10, § 2º, da Lei nº 9.427/97, estará sujeito a uma pena de pelo menos 3 anos de reclusão.

Não podemos compactuar com a hipocrisia da lei, cuja propaganda, ultimamente, está sendo veiculada pela imprensa. Por que nossos policiais devem trabalhar com armas de calibre não superior ao 38 enquanto criminosos armam-se com calibre infinitamente superior?

Já que sempre procuramos nos espelhar em países desenvolvidos, no que diz respeito ao menos no combate à criminalidade, por que nossos policiais não usam armas de calibre 9 mm ou 40, como fazem os policiais da Itália, Alemanha, Estados Unidos, Canadá etc.?

Já é tempo de o Estado se conscientizar e fornecer armamento adequado e moderno para que seus policiais possam prestar um eficiente trabalho de segurança para a população ou então autorizar que policiais comprem sua própria arma mediante devido registro no órgão competente (Sinarm). É difícil de acreditar, mas hoje em dia delinquentes possuem armamento que até as Forças Armadas não conhecem.

É imperativo modificar de imediato o § 4º, anteriormente citado, onde nitidamente se compreende *"a pena é aumentada da metade se o crime é praticado por **policial**"* (grifo nosso).

Nos parece claro que o enfraquecimento material da atividade policial, como acima se tentou expor, é um dos importantes itens que contribuem para uma prestação de serviços de baixa qualidade.

O autor é delegado de polícia em São Paulo.

aplicar anúncio na gráfica