



II SEMINÁRIO INTERINTEGRACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Temas Atuais de Direito
Penal e Processo Penal*

Publicação Oficial do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

A exemplo do I Seminário Internacional realizado pelo **IBCCrim**, estamos editando um **Boletim** especial, cujos artigos abordam a temática a ser discutida no **II Seminário Internacional**.

Aproveitamos, ainda, a oportunidade para divulgarmos a Lei nº 9.296/96, que regulamente as interceptações telefônicas, com comentários dos juristas **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**.

Trazemos também, neste **Boletim** um artigo do dr. **Tadeu A. Dix Silva**, comentando o projeto da nova Lei de Imprensa, ora em tramitação no Congresso Nacional.

Reformas pontuais x reforma abrangente

(Roberto Podval e Tatiana V. Bicudo)

Vivemos hoje em nosso país uma situação de extrema complexidade no que diz respeito à operacionalização do Direito.

Enquanto na esfera do Direito Privado os conflitos de grande monta são, cada vez mais, resolvidos por meio de arbitragem e, portanto, extrajudicialmente; no âmbito da Justiça Criminal, vive-se um momento de insegurança social, agravada pelos meios de comunicação, que "vendem" a idéia de que a criminalização de condutas e o agravamento de penas funcionam como forma de se "combater" a criminalidade. Tal discurso apresenta reflexos no processo legislativo que, por meio de edição de leis esparsas, procura conter a criminalidade.

No intuito de refrear e conter a criminalidade, criam-se tipos penais abertos como, por exemplo, o artigo 1º da Lei de Crime Organizado e restringem-se as garantias constitucionais. Opera-se, assim, uma total inversão de valores.

Já no âmbito processual penal, tem-se tentado a introdução de ritos processuais buscando a celeridade da Justiça, como forma de se demonstrar a eficácia do Judiciário perante a criminalidade. Toma-se, como exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Tais reformas quer no âmbito penal, quer no âmbito processual penal, apresentam em comum o fato de serem reformas pontuais.

Um dos aspectos mais criticados nas ditas reformas pontuais é a falta de coerên-

cia dessas inúmeras leis editadas, entre si, e com a sistematização adotada pelo Código Penal e Processual Penal. Isso tem dificultado imensamente o trabalho dos operadores do Direito.

Não é de hoje que se critica a falta de sistematização em legislações, pois já no tempo das Ordenações Filipinas, uma das grandes reivindicações era a edição de Códigos Penal e Civil, a fim de se ter uma legislação compilada, que facilitasse o trabalho dos operadores do Direito e o conhecimento das leis por parte da população.

A esse respeito, grande parte dos nossos renomados juristas defende as reformas pontuais, invocando a proibição constitucional de se modificar o Código Penal e Processual Penal por meio de Lei Delegada.

Não obstante a dificuldade em se realizar uma reforma global, entendemos ser esta a única forma de se modificar e modernizar nossas codificações, sem que tenhamos uma ruptura em nosso sistema jurídico.

O dilema a que chegamos está em optar-mos por uma reforma global (passando pelas dificuldades já de todos conhecidas para sua realização), ou realizarmos as chamadas reformas pontuais, certamente mais fáceis de serem executadas, porém tendo como consequência inevitável a ruptura do nosso sistema jurídico.

Somos da opinião de que é preferível uma reforma global a mudanças pontuais

(que têm "retalhado" o nosso ordenamento jurídico) assumindo todas as dificuldades para sua realização. Afinal, é preferível uma codificação ultrapassada, porém sistêmica, a uma legislação moderna, porém sem a desejável coerência.

Dá a importância das palestras dos professores **Antonio Vercher Noguera**, **Carlos Romeo Casabona** e **Manuel da Costa Andrade**, representantes da Espanha e de Portugal — países que recentemente reformaram seus Códigos Penal e Processual Penal — a fim de que apresentem suas experiências, que podem servir como parâmetro para eventual reforma no Brasil.

Importantes, também, as palestras dos professores **Ada Pellegrini Grinover** e **Julio Maier**, que representando o Brasil e a Argentina poderão esclarecer as dificuldades hoje existentes e as necessidades de reformulação de nossos códigos. Nesse passo, ainda, é de sumo interesse a palestra do Ministro **Francisco de Assis Toledo**, Presidente da Comissão responsável pela reforma do Código Penal.

A discussão que se colocará será de extrema relevância e atualidade, e poderá indicar novos rumos para solucionar conflito "reformas pontuais x reforma abrangente".

Os autores são,
respectivamente, advogado
criminal e promotor de Justiça e 3º
e 2º secretários do **IBCCrim**

Instituição dos Juizados Especiais Criminais no Brasil e sua influência na aplicação das penas alternativas

(Damásio E. de Jesus)

Brasil tem comparecido a todos os Congressos das Nações Unidas, como Gênova, Caracas, Kioto, Londres e Cairo. Neles, tem-se insistido na instituição dos Juizados Especiais Criminais, competentes para o processo e julgamento das infrações penais de menor poder ofensivo, e na adoção das chamadas penas alternativas, como multa, prestação de serviços à comunidade, interdições de direitos etc..

No final de 1995, em face dos esforços do Ministro da Justiça **Nelson Jobim**, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.099, de 26 de setembro, criando os Juizados Especiais Criminais, competentes para processar e julgar as ações penais por infrações de pequeno poder ofensivo, como as contravenções e os delitos apenados, no máximo, com um ano de privação de liberdade, conferindo ao juiz poder de aplicar penas alternativas.

A Lei nº 9.099/95 provocou verdadeira revisão de conceitos e de tradicionais dogmas do Processo Penal brasileiro. Assentada em dispositivo específico da Constituição Federal, criou princípios próprios. Não se trata de mais um rito processual, como os que regem as ações penais por delitos cometidos por funcionário público, crimes falimentares, contra a honra etc.. Cuida-se de um novo sistema criminal, com filosofia e regras específicas. O art. 98, I, da Constituição Federal, ao permitir a conciliação entre Estado e autor do fato nas infrações penais de menor potencial ofensivo, revolucionou a sistemática reinante, reservando a jurisdição clássica somente para os crimes de maior gravidade (espaço de conflito), como homicídios, lesões corporais gravíssimas, roubos,

latrocínios, peculatos, estupro etc.. Para as outras infrações, temos uma fórmula de soluções rápidas, sem o custo do modelo clássico.

No sistema do Código de Processo Penal ortodoxo vigoram a obrigatoriedade da ampla defesa e do contraditório, ainda que contra a vontade do acusado, e a imprescindibilidade do processo como instrumento necessário à satisfação do *jus puniendi*. Denúncia e queixa não podem ser oferecidas sem elementos probatórios que apontem, ao menos, a possibilidade de acolhimento da pretensão acusatória. Aplicam-se todos os princípios e garantias do devido processo legal, tais como do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da indisponibilidade da ação penal pública, da ampla defesa, do contraditório, da verdade real etc.. A Lei nº 9.099 reconheceu a existência de um espaço de consenso. O modelo tradicional de jurisdição conflitiva passou a conviver com um novo sistema criminal, surgindo uma jurisdição compositiva. Objetivando a celeridade e a compensando com medidas despenalizadoras, o novo modelo consagra a autonomia da vontade do autor do fato, como mais relevante até mesmo do que às antigas garantias processuais.

Trata-se do maior acontecimento do sistema criminal brasileiro dos últimos cinquenta anos. Hoje, podemos dizer que possuímos dois sistemas criminais:

1º - **clássico**: confere ao processo comum a tramitação das ações penais por crimes de maior ofensa jurídica, como homicídios, roubos, latrocínios, estupro, tráfico de drogas etc., aplicando-se o Código de Processo Penal;

2º - **consensual**: inaugurado pela Lei nº 9.099, que passou a reger os conflitos penais de menor importância lesiva, como lesões leves dolosas e culposas, acidentes de trânsito sem vítimas fatais, contravenções, ameaças, desavenças etc..

A lei nova, inspirada no modelo político-criminal consensual, admite que o infrator abra mão de algumas garantias constitucionais em prol de satisfazer outros interesses pessoais, como, v.g., o de não sofrer o constrangimento de um processo penal em virtude da prática de uma infração penal de pouca monta. Alterando a processualística vigente, adotou o modelo consensual de jurisdição, já existente no ordenamento jurídico dos países mais desenvolvidos, rompendo com os tradicionais dogmas do modelo conflitivo seguido pelo Código de Processo Penal. Buscando a agilização da prestação jurisdicional para as infrações de diminuto potencial ofensivo, consagrou novos postulados, como o da supremacia da autonomia da vontade do acusado, ou suspeito sobre princípios antes considerados obrigatórios, como os da ampla defesa e do contraditório. Nesse novo sistema criminal, não se exige com o mesmo rigor a demonstração do *fumus boni juris* para a propositura da ação penal. No lugar do inquérito policial ou peças de informação a lei permitiu o oferecimento de denúncia ou

queixa com base apenas em termo circunstanciado. Adotando princípios inovadores, como os da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, permite pronta resposta penal.

A grande importância da Lei nº 9.099 está em permitir que todos os juizes brasileiros, sejam da Justiça Comum ou Especial ou a dos Juizados Especiais Criminais, apliquem quatro institutos:

1º - a composição civil (art. 74);

2º - a transação penal (art. 76);

3º - a exigência de repreensão do ofendido em determinados crimes (art. 88); e

4º - a suspensão condicional do processo ou "sursis" processual (art. 89).

A composição civil permite que em certos crimes, como os de lesões corporais culposas no trânsito, lesões corporais dolosas leves etc., em que é exigida a representação da vítima, o "caso penal" seja resolvido prontamente, às vezes em horas ou poucos dias. Em Brasília, dias atrás, presenciamos uma audiência de conciliação por crime de lesão leve culposa cometida no trânsito poucas horas antes. Houve acordo civil, que, homologado pelo Juiz Especial Criminal, permitiu a extinção da punibilidade e o encerramento do "caso", evitando o processo criminal. A solução penal, que no sistema clássico levava anos para ser conseguida, foi alcançada pelo Juizado poucas horas depois do crime.

A transação penal, que difere da "plea bargaining", ensina a aplicação de uma pena alternativa, geralmente multa ou prestação de serviço à comunidade, quando a sanção privativa de liberdade, abstratamente cominada, não supera um ano. Recentemente, o Senhor Ministro da Justiça promoveu uma teleconferência sobre as penas alternativas, ocasião em que três Ministros puderam expor ao povo brasileiro a questão da falência da prisão como resposta criminal genérica e a necessidade de avançarmos no sentido de outras penas. Observou-se que as várias legislações cominam hoje cerca de 28 penas alternativas, permitindo ao juiz criminal uma melhor individualização da resposta penal.

A exigência de representação da vítima nos delitos de lesão leve dolosa e lesão culposa, esta geralmente causada no trânsito de veículos, aliviou a atividade da Polícia Judiciária.

Por último, a suspensão condicional do processo tem obtido enorme sucesso, admitindo que o juiz, em certos crimes com pena mínima abstrata privativa de liberdade não superior a um ano, na fase da denúncia, suspenda a ação penal por determinado período, durante o qual o acusado pode demonstrar sua ressocialização. Terminado o período de provas sem revogação, extingue-se o processo.

Com essas medidas, o Brasil permitiu ao Poder Judiciário separar as infrações penais

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 95/96

Presidente: Alberto Zacharias Toron

Vice-presidente: Luiz Carlos Betanho

2º Vice-presidente: Sérgio Salomão Shecaira

1º Secretário: Alberto de Oliveira Andrade Neto

2º Secretário: Tatiana Viggiani Bicudo

3º Secretário: Roberto Podval

Tesoureiro: Marcos Roberto Alexander

Tesoureiro-adjunto: Helios Alejandro

Nogueis Moyano

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo e Roberto Podval

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

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 10.500 exemplares

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP -
Tels. (011) 607-6743,
605-6482 e 605-4607





graves das de menor potencial ofensivo. Estas permanecem na competência dos Juizados Criminais Especiais; aquelas, processadas e julgadas pelo Juízo Comum. Com isso, os delegados de Polícia, Promotores de Justiça, juízes de Direito e Tribunais, desafogados de um número infinito de processos, estão podendo cuidar com maior zelo das infrações penais de maior poder ofensivo. Só em Brasília, em apenas dois meses, o Juizado Especial Criminal resolveu, sem processo regular e sem aplicação de pena privativa de liberdade, quatrocentos casos de conflitos penais. E, em São Paulo, há resultados surpreendentes em consequência da adoção dos quatro referidos institutos da lei nova. Dentre os efeitos benéficos, podemos citar:

1º - aumentou o número de denúncias por crimes graves;

2º - melhorou a qualidade da prova colhida no inquérito policial. Antes da lei, um só delegado de polícia, na capital de São Paulo, presidia 2.000 inquéritos, o que impedia uma boa coleta de provas. Hoje, sem o acúmulo de serviço anterior, a autoridade policial tem condições de produzir e fornecer ao Ministério Público provas mais convincentes nos delitos de maior gravidade;

3º - é de melhor qualidade a descrição dos fatos criminosos nas denúncias, evitando a rejeição por inépcia. Antes, como competia ao promotor de Justiça oferecer denúncia em centenas de inquéritos policiais, o acúmulo de trabalho impedia uma melhor descrição dos fatos. Hoje, cresceu a qualidade da peça inicial da ação penal pública;

4º - a instrução criminal está se processando em melhores condições, garantindo os direitos dos acusados e a reta distribuição de justiça. Antes, gastávamos o mesmo tempo num latrocínio e numa simples contravenção. Hoje, dispensa-se mais tempo útil às infrações de maior potencial ofensivo.

No campo da legislação penal material e processual penal, o Senhor Ministro da Justiça está promovendo uma reforma "por pontos", atualizando nossos estatutos de acordo com a moderna sistemática criminal. Assim é que foram editadas as Leis nºs 9.268/96, 9.269/96 e 9.271/96 alterando dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

No terreno da execução da pena privativa de liberdade, recente decreto de indulto presidencial permite a liberação de condenados que apresentam condições pessoais favoráveis e já cumpriram um sexto da sanção detentiva, desde que não superior a seis anos,

o que vem reduzindo a população carcerária. Constitui um avanço entre nós permitir indulto no caso de pena não superior a seis anos. Geralmente, só era permitido quando a pena não fosse superior a quatro anos.

O Governo Federal, num prazo de dois anos, pretende desativar os grandes complexos penitenciários, construindo estabelecimentos parcelares, já em fase de projetos.

De todas as medidas, a que vem obtendo mais sucesso é a possibilidade de, nas infrações de menor poder ofensivo, poder o juiz aplicar as penas alternativas, o que concede à vítima uma pronta resposta à lesão sofrida e, ao autor do fato, a garantia de uma solução penal rápida.

Temos conhecimento das dificuldades que ainda enfrentamos no campo da punibilidade, a exigir esforço incomum na concretização do ideal de busca perene da resposta penal firme e pronta, sem descuidar dos direitos fundamentais do cidadão. O compromisso cívico com a segurança das instituições democráticas, entretanto, fornece-nos a certeza de que estamos no caminho certo, rumo a um sistema criminal justo e humano.

O autor é procurador de Justiça aposentado

Nova Lei de Imprensa - O reflexo do irrefletido

(Tadeu A. Dix Silva)

O projeto versando sobre a "Nova Lei de Imprensa" em tramitação na Câmara dos Deputados ativou intenso debate acerca do futuro diploma. Intrinsecamente polêmica, a temática já provoca posicionamentos díspares que vão desde o questionar acerca da necessidade ou dispensabilidade de lei específica para a imprensa a observações e análises quer em publicações técnicas, quer nos meios de comunicação social, de forma a extrapolar a discussão da comunidade jurídica para o âmbito da sociedade civil. Embora apresentado como "alternativa democrática" em face da Lei nº 5.250/67, de inegável cunho autoritário, o projeto apresenta simultaneamente inovações benéficas e propostas não condizentes com uma Lei de Imprensa harmônica com os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

No âmbito penal, o debate vincula-se primordialmente à pena de prisão de jornalista, embora essa matéria seja apenas uma das múltiplas questões controvertidas do projeto. A pena privativa de liberdade destina-se a jornalistas ou a responsáveis pelos veículos de comunicação que praticarem, no exercício de suas atividades, **crime contra a honra — tipificados no Código Penal** —. A despeito do projeto fazer remissão às figuras do CP, modifica os comandos sancionatórios ali previstos, dispondo que tais delitos "serão apenados nos termos daquele diploma legal e acessoriamente nos termos desta Lei". Para tanto, prevê o § 1º do art. 24 que "quando entender conveniente e necessário, o magistrado aplicará suplementar e acessoriamente àquelas cominadas naquele Código as seguintes penas: prestação de serviços à comunidade, de trinta (30) dias a 12 (doze) meses, e multa, na forma dos arts. 49 a 52 do Código Penal".

Estatuindo tal apenamento (vale notar que a pena de prisão, hodiernamente, é imperativa somente em hipóteses de crimes graves e de condenados com intensa periculosidade, ao passo que, para os delitos de menor gravidade e de autores de menor potencialidade delinqüencial, mostra-se mais adequada a imposição de medidas e penas alternativas - cf. **Damásio E. de**

Jesus, in *Rev. Bras. Ciências Criminais*, 12/112), a proposta legislativa restabelece, em verdade, a pena acessória apartada do Código Penal pela Reforma da Parte Geral de 1984. Assim, através do projeto, propõe-se ressuscitar uma modalidade punitiva já excluída do Código Penal, olvidando-se que o Direito Penal é um sistema, um conjunto de princípios, elementos e institutos relacionados entre si e harmonicamente conjugados.

O desequilíbrio provocado pelo projeto não se limita ao excesso punitivo com a cominação de três sanções distintas para um mesmo fato (pena detentiva acrescida de pena restritiva e de multa), mas também à ausência de boa técnica, vez que, ao promover o ressurgimento de pena acessória, estabelece que esta será a de prestação de serviços à comunidade, sanção que, por sua própria natureza, não convive com a pena privativa de liberdade. As penas de prestação de serviços à comunidade são "substitutivas de caráter geral", que possibilitam ao juiz "maior flexibilidade para a reprovação dos delitos" (Sérgio Salomão Shecaira, "Prestação de Serviços à Comunidade", pp. 46/47). Assim, não sendo aplicadas substitutivamente, mas apostas acessoriamente passam a ser conflitantes. Tamanho desacerto fica mais patente em face da observação feita por **Fragoso**, há mais de trinta anos: "A tendência hoje, na busca de alternativas para a pena privativa de liberdade, é no sentido de elevar certas penas acessórias à categoria das principais" ("**Lições**", PG, p. 372). Trilhava, então, o grande penalista a senda apontada por **Manoel Pedro Pimentel**, ao preconizar a necessidade de erigir a "interdição de direitos, atualmente pena acessória, à condição de pena principal, aplicada isoladamente" de modo a evitar-se as penas detentivas de curta duração e se atingir "com maior rigor o objetivo de reforçar negativamente a conduta do sentenciado" ("**Estudos e Pareceres**", p. 25). Destarte, o que anteriormente era denominado "pena acessória" hoje, necessariamente, deveria ser entendido como pena





principal, ao contrário do que faz a proposta legislativa, que se traduz — para pouco dizer — num verdadeiro despautério.

A proposta da "Nova Lei de Imprensa", em outra angulação, demonstra imprecisão legislativa ao deixar evidenciado o caráter imanentemente subjetivo da aplicação da nova pena acessória, pois o projeto faculta ao magistrado, "quando entender conveniente e necessário", acrescer à pena principal "acessória e suplementarmente" as penas restritivas de direitos e multa. O equívoco do legislador novamente se patenteia ao atribuir-se ao juiz dado de subjetividade muito grande, eis que a ele caberá definir da "conveniência e necessidade" da pena acessória, sem que o projeto apresente critério algum. Mesmo em não se entendendo, neste particular da proposta legislativa, ofensa ao princípio da legalidade, discutível ao menos estará a constatação da "lex certa", do mandato de certeza que "impõe à lei penal a descrição de maneira precisa, clara e exaustiva — de uma forma certa, definitiva — tanto a conduta proibida, como a pena que se comina à sua realização" (**Zulgadia Espinar**, "Fundamentos de Derecho Penal", p. 281).

Em outro passo, é de se destacar que a "reforma pontual, etapista", que acontece, na atualidade, decorre indubitavelmente da concepção errônea — por mais paradoxal que possa parecer — "de forças políticas democráticas que creditam ao Direito Penal, sem uma análise mais profunda da questão, o papel de equacionar e solucionar os mais ingentes conflitos sociais", o que redonda em manifesto perigo na medida em que esta tendência considera o mecanismo controlador penal como "único meio idôneo e eficiente para resolver os principais problemas de uma sociedade em processo de crise". Isso importará "na utilização desse brutal e demolidor" sistema de controle social, que é o Direito Penal, em nível tamanho, que possa vir a cobrar o "custo extremamente elevado de minimizar o direito de liberdade do cidadão" como adverte **Alberto Silva Franco** ("Rev. Justiça e Democracia", 1/167-175).

Esta concepção equivocada deriva, em grande medida, da responsabilidade dos meios de comunicação de massa — particularmente da televisão — na desfiguração e criação da realidade. Os órgãos da mídia são elementos indispensáveis para o exercício do poder e podem "gerar a ilusão de eficácia do sistema penal" no sentido de "panacéia" para a crise social e da criminalidade que dela decorre, valendo-se para tanto de

sofisticadas técnicas e estratégias de massa que vêm a servir — contraditoriamente — a "interesses políticos subalternos". Assim, exagera-se a situação real, formando-se a idéia de que, para removê-la, é necessária "luta sem quartel contra a criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, como igualmente necessário o restabelecimento da lei e da ordem", exigências inafastáveis de todas as "pessoas decentes", incapazes de quaisquer "comportamentos desviados". Destarte, passa o crime "a ser considerado como o lado patológico" da sociedade, a criminalidade como uma "enfermidade infecciosa e o criminoso como um ser daninho" (cf. **Hassemer & Conde**, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", pp. 28-42; **Zaffaroni**, "En Busca de las Penas Perdidas", pp. 131 e ss.; **Cervini**, "Os Processos de Descriminalização", pp. 85-94; **Bustos Ramirez**, "El Pensamiento Criminológico II", pp. 50-61; **Alberto Silva Franco**, "Crimes Hediondos", "passim" e **Boletim da Associação Juízes para a Democracia**, 1/04; **João Marcelo de Araújo Jr.**, "Fascículos de Ciências Penais", vol. 9; **Márcio Bártoli**, "Fascículos de Ciências Penais", 5/70-71).

Esse movimento, particularmente engendrado pela linha ideológica do "Law and Order Movement", reflete-se na cultura cotidiana e alcança o legislador que "respondendo anseios populares", edita legislação cada vez mais gravosa, instituindo novos tipos penais, como os crimes hediondos, crime organizado, crimes de especial gravidade — a reforma pontual, enfim — em detrimento de uma reforma global do Código Penal, quase sexagenário e em descompasso com o Direito Penal democrático.

Verifica-se, agora, com o projeto da "Nova Lei de Imprensa", que este movimento já se reflete na legislação extravagante, e, **minimizando o direito de liberdade do cidadão**, desventuradamente, apenas severa e incorretamente os profissionais da Imprensa: quer aqueles que irrefletidamente clamaram por edição de leis mais graves, penas severas e exemplares, quer os que somente desempenharam correta e eticamente seu dever de informar e se bateram pela Liberdade de Imprensa, como exercício de cidadania.

Imprensa que deve ser livre num Estado Democrático de Direito. Como o nosso.

O autor é advogado em São Paulo e mestrado em Direito Penal no UNIMEP

Genética e Direito Penal

(Alberto Silva Franco)

○ **II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** incluiu, em seu temário, a questão da Genética e do Direito Penal, convidando para ser expositor da matéria o prof. **Carlos Maria Romeo Casabona**, da Universidade de Deusto, na Espanha e, sem dúvida, uma das maiores autoridades mundiais no assunto. Além de autor de inúmeros trabalhos nessa área, o prof. **Romeo Casabona** é titular da novíssima cátedra de Direito e Genoma Humano, a primeira a ser criada nas universidades espanholas e ocupa atualmente a posição de Diretor da "Revista de

Direito e Genoma Humano". Tal publicação, iniciada no segundo semestre de 1994, pretende servir de "caixa de ressonância" a toda investigação pluridisciplinar ou a toda reflexão sobre o tema, sem nenhum tipo de preconceito. Como convidada de honra, estará ainda presente na conferência do prof. **Romeo Casabona**, a profa. **Stella Maris Martínez**, profa. de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, doutora em Direito pela Universidade de Salamanca e autora da brilhante tese "**Mauipulación Genética y Derecho Penal**". A pre-

sença de doutrinadores tão ilustres dará oportunidade à discussão de uma problemática de extrema atualidade e que ainda não foi, no âmbito nacional, objeto de exame mais acurado.

O título dado à intervenção do prof. **Romeo Casabona** enseja, numa breve síntese, duas considerações básicas. Antes de tudo, a delimitação do conceito de Genética: o que, em verdade, acomoda-se nessa área de significado? Quais os problemas ou distorções pertinentes? Quais os limites e controles reconhecidos? Depois, a questão do Direito Penal, ou seja, a da intervenção ou não

desse controle social formal, de devastadoras conseqüências, na proteção de bens jurídicos eventualmente atingidos pela Genética.

A Genética engloba, no momento presente, não apenas as questões referentes à "geração", no significado de atos de procriação, como também, as que se relacionam ao "gênero", no sentido de espécie ou patrimônio. Há, assim, uma explícita distinção, na Genética, entre a **atividade ginecológica**, referida às técnicas que objetivam a fecundação de um ser humano por meios "não





naturais” e a **atividade genética**, compreendida como experiências que se implementam com o fim de criação de novas formas de vida ou de alteração do patrimônio genético de espécies vivas. Nessa linha de entendimento, **Stella Maris Martínez** assinala que “*a ingeniería genética comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética) (“Manipulación Genética y Derecho Penal”, p. 32, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994)*. A simples explicitação dessas finalidades permite que se enumere uma pauta imensa de problemas — e até mesmo de evidentes aberrações — que demandam, com urgência urgentíssima, o necessário equacionamento, não apenas sob o enfoque dos limites que devem ser traçados à pesquisa científica, mas também sob o prisma da normação ética ou jurídica. Como posicionar-se a respeito da doação de gametas; do direito do filho à sua identidade genética; das relações do filho com os pais, legal e genético; da maternidade de substituição; da gravidez tardia; do acesso da mulher virgem ou do par de lésbicas às técnicas de reprodução assistida; da fecundação “*post-mortem*”, etc.? Como focar a questão do diagnóstico pré-natal que permite hoje detectar, de modo prematuro, anomalias cromossômicas e, portanto, verificar a realidade de enfermidades hereditárias de caráter genético? Será, nesse caso, pertinente a interrupção da gravidez em face de graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas? Por outro lado, os mesmos procedimentos técnicos não podem ser empregados para determinar certas propriedades e qualidades não patológicas, dando azo à montagem de um ser sob medida, permitindo o exercício não do

direito de ter um filho, mas ao absurdo direito “a um certo filho”, com características preestabelecidas, de encomenda? Nesse caso, como agir? Ainda questões como a redução embrionária, a existência de embriões excendentes, a experimentação terapêutica em embriões, a constituição de embriões sem prévio propósito de implantação, etc. não demandam uma tomada de posição? Além disso, a engenharia genética não está, atualmente, em situação de produzir ou usar microrganismos geneticamente modificados (plantas ou animais) em ambientes controlados ou abertos, de manipular células somáticas ou germinativas humanas tanto para finalidades terapêuticas, como para finalidades não terapêuticas? E já não se caminha, experimentalmente, para a criação de seres humanos biologicamente idênticos a outros ou de híbridos, meio homem e meio animal, em suma, humanóides? A clonagem e o hibridismo não estão, por acaso, em vias de concretização, deixando de ser puro exercício de “*science fiction*” ou mera fantasia “à moda de **Huxley**”? De outra parte, não se alarga o conhecimento sobre o genoma humano e tal informação genética não cria, em verdade, uma relação tensional entre as ciências biomédicas e o ser humano? Se, de um lado, o desvendamento do mapa genético propiciará à medicina convencional e à própria engenharia genética, a cura de doenças que até hoje acarretam, de forma inexorável, a morte, não permitirá, de outro lado, uma invasão ilimitada da privacidade de cada um? As informações genéticas, postas em mãos de terceiros, não colocarão a mostra as carências e limitações de homens e mulheres, tornando-os pessoas vulneráveis, transparentes, sem segredos?

A Genética mostra-se, assim, em expansiva abrangência, invadindo territórios, até bem pouco tempo atrás, não cogitáveis por parte das ciências biológicas ou médicas. Reclama, por isso, uma demarcação séria de seus limites e a submissão a sistemas formais de controle. Nesse caso, deve o Direito Penal ser convocado para a tutela de bens

jurídicos lesionados ou postos em perigo pelas novas técnicas genéticas? Sob esse enfoque, há duas posições bem nítidas.

De um lado, os que defendem a intervenção de um direito penal de caráter preventivo com o fim de salvaguardar os bens fundamentais do indivíduo ou da coletividade (vida, integridade física, liberdade, intimidade, dignidade da pessoa humana, respeito à espécie humana, etc.) afetados pelas atividades genéticas. O mecanismo repressor, centrado numa tipologia de delitos de perigo abstrado — nos quais a prova do nexo causal e da culpabilidade perde a sua relevância — permitiria, ao invés de uma tardia incriminação, prevenir o aparecimento de situações de perigo concreto ou de dano para aqueles bens, servindo de anteparo à difusão do perigo inerente a certas atividades, como, por exemplo, a biotecnologia. Além disso, vedaria “*a criação dos produtos de certas técnicas biomédicas (por exemplo, o homem geneticamente selecionado, o homem clonado, o híbrido homem-animal) incriminando antecipadamente os atos idôneos dirigidos a tais resultados ou até mesmo as próprias atividades experimentais, não apenas para evitar o aparecimento de programas científicos nessa matéria, mas também porque, obtido o produto desses programas, não há diferença entre investigação-experimentação e aplicação*” (**Ferlando Mantovani**, “*Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados y técnicas de tutela*”, in “**Revista de Derecho y Genoma Humano**”, p. 93, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1994).

De outro lado, há os que consideram que não basta que se reconheça a dignidade penal dos bens e valores que são objeto da Genética. Há mister ainda que se comprove a necessidade da tutela penal, nessa área, como o derradeiro meio para a preservação da vida comunitária ordenada. Só assim teria legitimidade a intervenção penal com seu poderoso arsenal sancionatório. **Maria da Conceição Ferreira da Cunha** salienta que “*a necessidade ou carência de tutela penal pode decompor-*

se no princípio da subsidiariedade — não existirem outros meios — jurídicos ou não — capazes de conferir, por si só (ou seja, sem necessidade do recurso à sanção penal), proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela: no princípio da adequação e eficácia — ser a tutela penal meio adequado, idôneo, eficaz, para a proteção do bem em causa e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos do que benefícios” (“**Constituição e Crime**”, p. 220, Universidade Católica Portuguesa - Porto - 1995). Seria, por isso, pertinente recorrer à intervenção penal sem que se verifique, em concreto, a inércia ou o desinteresse de controles sociais informais (como, por exemplo, as regras deontológicas ou instruções de órgãos de classe) ou a frustração de controles sociais formais (como, por exemplo, o Direito Civil ou o Direito Administrativo)? Seria razoável que se acionasse, desde logo, a máquina punitiva sem que antes se observasse o fracasso das regras de controles formais menos gravosos? E, em se tratando de atividades genéticas que se desenvolvem numa velocidade espantosa — e não se pode, em verdade, prever a evolução nesse campo tecnológico — a intervenção penal prematura e precipitada seria o meio adequado e eficaz para a tutela dos bens jurídicos em questão? A intromissão penal antecipada não se transformaria numa verdadeira camisa de força da própria atividade científica, produzindo um direito penal indiscriminado, simbólico e até mesmo um tanto terrorista? Será que, na equação custo-benefício, a criminalização não produziria mais desvantagens do que vantagens?

Esse instigante rol de questionamentos está inserido no tema “**Genética e Direito Penal**” e, por certo, encontrará, na palavra autorizada dos profs. **Romeo Casabona** e **Stella Maris Martínez**, respostas adequadas.

Da extinção da punibilidade pelo pagamento no crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 95, "d", da Lei 8.212/91)

(Fabio Machado de Almeida Delmanto)

I. BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Os crimes de natureza tributária encontram-se hoje previstos — afora aqueles descritos no Código Penal, como a falsificação de papéis públicos (art. 293), o contrabando ou o descaminho (art. 334), o excesso de exação (art. 316, §§ 1º e 2º) — em leis penais extravagantes, como as Leis 8.137/90 (Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo), 4.729/65 (Sonegação Fiscal) e 8.212/91 (Contribuições Previdenciárias).

Além das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal, existem outras, disciplinadas neste próprio diploma e, ainda, em leis penais especiais.

A Lei de Sonegação Fiscal previa, em seu art. 2º, a possibilidade da extinção da punibilidade dos crimes descritos nesta mesma lei, quando o agente promovesse o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria. Este artigo 2º sofreu modificações pelo Decreto-lei 1.060/69, que em seu art. 5º equiparou o crime do art. 1º da Lei de Sonegação Fiscal ao crime de apropriação indébita previsto no art. 11 da Lei 4.357/64, e pelo Decreto-lei 326/67. O Decreto-lei 157/67 também previu a extinção da punibilidade nos casos de que trata a Lei 4.729/65 (art. 18, *caput*) e no que se refere à imputação penal de natureza diversa desta lei (§ 2º).

O art. 14 da Lei 8.137/90 (Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo), de igual maneira, estabeleceu como causa extintiva da punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º da mesma lei, o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, desde que efetuado antes do recebimento da denúncia.

Posteriormente, a Lei 8.212/91 (Contribuições Previdenciárias), em seu art. 95, criou diversas condutas típicas, descrevendo-as em suas alíneas de "a" até "j". Não prescreveu, contudo, hipótese de extinção da punibilidade.

Na seqüência, surgiu a Lei 8.383/91 que, em seu art. 98, revogou de forma expressa, dentre outros, os arts. 2º da Lei 4.729/65, 14 da Lei 8.137/90 e 5º do Decreto-lei 1.060/90. Não fez, contudo, menção ao Decreto-lei 157/67, que disciplinava a mesma causa extintiva de punibilidade.

Por último e recentemente, entrou em vigor a Lei 9.249/95, que voltou a prever a extinção da punibilidade dos crimes previstos nas Leis 8.137/90 e 4.729/65.

Parece-nos desnecessário tecer comentários a respeito da eventual vigência do Decreto-lei 157/67, tendo em vista a entrada em vigor da mencionada Lei 9.249/95.

II. A ULTRATIVIDADE DO ART. 14 DA LEI 8.137/90 E O CRIME DE NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90 E ART. 95, "D", DA LEI 8.212/91)

A respeito da ultratividade do art. 14 da Lei 8.137/90, após a promulgação da Lei 8.383/91, decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, "se o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias é

um só, em caráter continuado, é correto admitir-se que o recolhimento posterior, mesmo na vigência de lei nova restritiva, constitui causa de extinção da punibilidade, como permitido pela lei revogada que se achava em vigência da data da consumação" (1ª T., Rec. Crim. nº 94.04.24439-2/PR, rel. Juiz **Vladimir Freitas**, j. 09.08.94, m.v., DJU 05.10.94, p. 55.918, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 9/223, nº III, J. 2).

De acordo com esse julgado, nota-se que foi admitida a extinção da punibilidade pelo pagamento, em caso de crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias, que, de forma continuada (art. 71 do CP), teve início na vigência da Lei 8.137/90 e prolongou-se, adentrando em período no qual já vigia a Lei 8.383/91, que revogou a hipótese de extinção da punibilidade prevista no artigo 14 daquele diploma. Decretou-se, portanto, a extinção da punibilidade pelo pagamento, aplicando-se o disposto no art. 14 da Lei 8.137/90.

Admitindo não apenas o pagamento, mas o simples parcelamento da dívida previdenciária — decorrente da prática do crime do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 — como causa extintiva da punibilidade, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sabedoria, manifestou-se no sentido de que "o parcelamento dos débitos previdenciários retidos dos empregados constitui promoção de pagamento para os efeitos do art. 14 da Lei 8.137 de efetivado antes da denúncia..." (1ª T., Ap. nº 93.04.14665-8/RS, rel. **Volkmer de Castilho**, j. 02.04.96, v.u., com a participação dos Juizes **Vladimir Freitas** e **João Surreaux Chagas**).

O voto do eminente relator deste acórdão baseou-se em precedente do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 2.538-5/RS, 5ª T., rel. Min. **Jesus Costa Lima**, DJU 09.05.94, p. 10.883, in *RBCrim* 7/214). O preclaro juiz **Volkmer de Castilho**, ao concluir seu entendimento, faz a seguinte ressalva: "A tais razões, com efeito, nada há a acrescentar, inobstante se tenha notícia de que perante o E. STF (Inquérito nº 1.028 - Questão de Ordem, relator Min. **Moreira Alves**, em 04.10.95, ainda sem acórdão) se tenha entendido necessário o recolhimento integral do tributo. É que a tese da sentença e do E. STJ também teve acolhida na Corte Suprema (v. Inquérito 763-3/DF, Min. **Carlos Velloso**, decisão de 18.10.94), estando a divergência por resolver-se..."

III. A DENÚNCIA ESPONTÂNEA (ART. 138 DO CTN)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, em julgamento recente, ocorrido em 2 de abril de 1996, equiparou, para fins de extinção da punibilidade, o pagamento parcelado do débito ao pagamento em seguida à denúncia espontânea, prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional. A ementa deste acórdão está assim redigida:

"- Criminal. Contribuições previdenciárias. Recolhimento seguinte à denúncia espontânea. Depositário infiel.

- Inexistência do crime. Orientação do Super-

ior Tribunal sobre reputar inexistente o crime do art. 5º da Lei 7.492/86, c.c. art. 95, 'd' e § 1º, da Lei 8.212/91, quando haja o pagamento parcelado do débito, ao que se equipara o pagamento que se siga à denúncia espontânea tratada no art. 138 do Cód. Tributário Nacional" (RHC nº 5.335/SP, rel. Min. **José Dantas**, v.u., com a participação dos Mins. **Edson Vidigal** e **Assis Toledo**).

O Ministro relator **José Dantas**, ao proferir seu douto voto neste acórdão, citou precedente dessa mesma 5ª Turma, no julgamento do HC nº 4.408-BA, tendo como relator o Ministro **Assis Toledo**, no qual foi provido o *writ* para trancar a ação penal, diante do pagamento das contribuições devidas à Previdência Social fora de prazo, valendo-se os contribuintes de parcelamento previsto na Lei 9.603/93 (nota nossa: deve ter havido erro datilográfico, tratando-se da Lei 8.866/94). Um outro argumento do Ministro **Assis Toledo** foi o seguinte: "O crime previsto no art. 95, 'd', da Lei 8.212/91 ... deixa de existir, ante a inequívoca demonstração da inexistência do 'animus rem sibi habendi'..."

O Ministro **José Dantas**, então, concluiu: "Ora, se a novação da dívida tributária, consubstanciada pelo parcelamento do pagamento, tem força bastante para tornar inexistente o crime, com maior força há de ter a denúncia espontânea concebida pelo art. 138 e seu parágrafo, Cód. Tributário Nacional."

Analisando o teor do art. 138 do Código Tributário Nacional, **Kiyoshi Harada** manifestou-se, com sua habitual acuidade, no sentido de que "o texto legal refere-se à exclusão de responsabilidade de forma genérica, o que autoriza a interpretar em seu sentido amplo para abranger a responsabilidade tributária e a penal" (*Direito Financeira e Tributário*, Ed. Atlas, 1995, p. 302).

IV. A NOVA LEI 9.249/95

Com o advento da Lei 9.249/95, voltou-se a permitir a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, a exemplo do que dispunha o art. 2º da Lei 4.729/65 e o art. 14 da Lei 8.137/90. Dispõe, a respeito, o art. 34 da referida lei:

"- Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 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."

E o art. 35 do mesmo diploma, por sua vez, prevê:

"- Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1996."

Diante da redação deste art. 34, é de se indagar: e os crimes referentes às contribuições previdenciárias, previstos na Lei 8.212/91? Estariam eles excluídos pela nova lei?

Por outro lado, é de se questionar, igualmente: essa causa de extinção da punibilidade não deve retroagir, em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica?





Pesquisando a respeito na jurisprudência, verificamos que Órgãos colegiados do Poder Judiciário já vêm se manifestando a respeito.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão unânime proferido pela sua Primeira Turma, relatado mais uma vez pelo juiz **Volkmer de Castilho**, proclamou:

“- Penal. Retenção de contribuições previdenciárias.

Mesmo tendo o suposto crime sido cometido durante as Leis 8.137 e 8.212, prevalece a aplicação do art. 34 da Lei 9.249, extinguindo-se a punibilidade e a ação penal retroativamente se o pagamento integral das contribuições se deu antes da denúncia. Recurso prejudicado” (Ap. nº 95.04.02712-1/SC, j. 09.04.96; 2º e 3º Juízes: **Vladimir Freitas e João Surreaux Chagas**).

O insigne relator deste acórdão, em seu judicioso voto, assim se manifestou:

“- Ocorre que o tipo do inciso II do art. 2º da Lei 8.137/90 é idêntico ao do art. 95, ‘d’, da Lei 8.212.”

(...)

“Com efeito, tanto aquele quanto este, guardada pequena alteração de forma, têm conteúdo idêntico, de tal maneira que este último, embora lei especial, não revogou ou alterou (art. 2º, § 2º, LICC) a lei geral (Lei 8.137), convivendo como delitos da mesma espécie e com identidade de regime jurídico penal, exceção feita à pena que na Lei 8.212 é bem mais grave que na Lei 8.137. Mas como aqui não se cuida de contraste da pena senão do tipo, a identidade deles leva, lógica e necessariamente, à aplicação retroativa, porque mais favorável (art. 2º, § único, CP), do art. 34 da Lei 9.245, também à hipótese da letra ‘d’ do art. 95 da Lei 8.212. Outra interpretação conduziria ao paradoxo de a mesma conduta ter dois tratamentos diversos.

Assim, tenho como alcançada pela lei 9.249, também a imputação pelo art. 95, ‘d’, da Lei 8.212, e então reconhecendo extinta a punibilidade do crime atribuído ao réu, ficando extinta a ação penal por falta de justa causa lançando-se nos registros anotação correspondente para os efeitos legais.”

Esse mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão proferido por sua 1ª Seção, tendo também como relator o culto juiz **Volkmer de Castilho**, por unanimidade, decidiu em igual sentido (A. Pn. nº 94.04.43422-1/RS, j. 10.04.96, com a participação dos juízes **Vladimir Freitas, Jardim de Camargo, Tânia Escobar, João Surreaux Chagas, Carlos Sobrinho e Luiz C. de Castro Lugon**).

Na mesma esteira, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu que o pagamento do débito previdenciário, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade (2º T, HC nº 95.03.88400-4, relatora eminente Juíza **Sylvia Steiner**, j. 26.03.96, m. v., DJU 17.04.96, p. 24.873; obs.: neste acórdão reconheceu-se a causa extintiva de punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/95).

O Colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por seu Pleno, ao julgar os Inquéritos nºs 149-PB e 159-PB, em que apurava delito de não recolhimento de contribuições previdenciárias por parte de Prefeitos, citou, também, como fundamento da decisão de arquivamento, o art. 34 da Lei 9.249/95 (DJU 26.04.96, p. 27.211).

Outros julgados têm decidido que, embora ineficiente como causa extintiva da punibilidade, o parcelamento cumprido antes da denúncia torna o fato atípico (STJ, 5º T., R. Esp. 67.648/PR, rel. Min. **José Dantas**, j. 06.12.95, v. u., DJU

05.02.96, p. 1.413) ou, ainda, que o pagamento antes do oferecimento da denúncia faz inexistir a *justa causa necessária à ação penal* (TRF da 2ª Reg., 2º T., HC nº 835/RJ, rel. Juiz **Silvério Cabral**, j. 12.12.95, v. u., DJU 15.02.96, p. 7.750).

V. A POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

A 2ª Câmara do Ministério Público Federal adotou a tese da extinção da punibilidade pelo art. 34 da Lei 9.249/95, através da Ata da 40ª Sessão da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, realizada em 15 de maio de 1996, e publicada no DJU de 21.05.96, pp. 17.031-2, nos seguintes termos:

“2. Processo nº 2.132/96-10 (Parecer 1.437/96)

Relator: Dr. **Wagner Batista**

Ementa: Apropriação de parcelas de contribuições previdenciárias, descontadas dos empregados e não repassadas aos cofres públicos. Aplicação do art. 34 da Lei nº 9.249/95 ao delito descrito no art. 95, ‘d’, da Lei nº 8.212. Quitação do débito. A conduta tipificada no art. 95, ‘d’ da Lei nº 8.212/91 coincide essencialmente com a conduta tipificada no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, sendo, então, aplicável a benesse instituída no art. 34 da Lei nº 9.249/95 àqueles delitos. Os delitos praticados após a vigência da Lei nº 8.383/91 são alcançados pelo benefício, face à retroatividade da lei posterior mais benéfica e os demais delitos, ocorridos sob a égide das Leis nº 3.807/60, nº 8.137/90 e nº 8.212/91, são alcançados pelo disposto no art. 14 da Lei nº 8.137/90. No caso concreto, houve pagamento do débito, o que ocasiona a extinção da punibilidade. Ratificação do pedido de arquivamento.

Decisão: Acolhido o voto do relator, unânime.”

No mesmo sentido, e na mesma oportunidade, o *Parquet* Federal ainda se pronunciou em mais três processos.

VI. OUTRAS CONSIDERAÇÕES

A Lei 9.249/95, ao prever de forma expressa a extinção da punibilidade, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, referiu-se tão-somente aos crimes denificados nas Leis 8.137/90 e 4.729/65, não fazendo menção ao delito previsto no art. 95, ‘d’, da Lei 8.212/91.

Apesar de tal fato, a nova lei, como vimos, acertadamente tem sido aplicada ao crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias (art. 95, ‘d’, da Lei 8.212/91).

Observe-se aqui, que o art. 34 da Lei 9.249/95 previu, como causa extintiva da punibilidade, o pagamento do tributo ou contribuição social, e que a Lei 8.212/91, em seu art. 95, ‘d’, tipifica a conduta daquele que deixar de recolher, na época própria, contribuição ou importância devida à *Seguridade Social* e arrecadada dos segurados ou do público.

De outra parte, as contribuições sociais “têm natureza tributária” (**Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil**, Saraiva, 1990, 6º volume, tomo I/133) e encontram-se hoje previstas no art. 149 da CR/88, dentro do Capítulo I (*Do Sistema Tributário Nacional*), do Título VI (*Da Tributação e do Orçamento*).

Referindo-se às “contribuições sociais para financiamento da seguridade social”, **Kiyoshi Harada** lembra que elas “são compulsórias e se enquadram perfeitamente na definição de tributo dada pelo art. 3º do CTN” (ob. cit., p. 170).

Por tais razões, igualmente, é que entendemos deverem os crimes contra a Previdência Social ter tratamento jurídico-penal igual àque-

le conferido aos crimes de Sonegação Fiscal (Lei 4.729/65) e contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei 8.137/90), sob pena de violação, em última análise, do princípio do devido processo legal.

Neste sentido é a lição de **Francisco C. de San Tiago Dantas**, segundo a qual, um dos requisitos do *due process of law* é o de que “a diferenciação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa”, abrindo-se “ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa” (*Problemas de Direito Positivo - Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 46-47).

VII. CONCLUSÕES

1. O art. 34 da Lei 9.249/95 deve ser aplicado também aos crimes previstos no art. 95, ‘d’, da Lei 8.212/90, e não somente aos tipos penais descritos nas Leis 8.137/90 e 4.729/65.

2. Assim, o pagamento ou mesmo o parcelamento do débito previdenciário deverá levar à extinção da punibilidade do delito de não recolhimento de contribuições previdenciárias, com o arquivamento do inquérito policial, a rejeição de eventual denúncia ou, ainda, o trancamento da ação penal por *habeas corpus*. Ressalte-se, quanto ao parcelamento, que, apesar de existir jurisprudência favorável, a questão ainda não é pacífica.

3. Os argumentos para tal entendimento têm sido, em nossos tribunais, os mais variados: a) o tipo do inciso II do art. 2º da Lei 8.137 é idêntico ao do art. 95, ‘d’, da Lei 8.212, devendo aplicar-se também a este, a causa extintiva da punibilidade do art. 34 da Lei 9.249/95; b) o pagamento ou o parcelamento mostra claramente que o agente não tinha a intenção de se apropriar das contribuições previdenciárias, retirando o dolo específico e necessário à caracterização do tipo penal, tornando a conduta atípica; c) há aplicação da causa de extinção da punibilidade prevista no art. 138 do Código Tributário Nacional, se o pagamento, ainda que parcelado, sobreveio à denúncia espontânea.

4. Entendeu-se ainda que, no caso do crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias ter-se iniciado ao tempo da Lei 8.137/90, que previa causa extintiva da punibilidade, e continuado (art. 71 do CP) a ocorrer durante a Lei 8.383/91, em que se revogou tal benefício, a causa extintiva da punibilidade da Lei 8.137/90 (art. 14) continua a ser aplicada (princípio da ultratividade).

5. Como lei penal benéfica, a retroatividade do disposto no art. 34 da Lei 9.249/95 é imperativa, por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição da República e do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

6. A nosso ver, uma vez pago pelo contribuinte-devedor o crédito tributário ou previdenciário antes do recebimento da denúncia, a finalidade precípua da norma penal alcançou seu objetivo, não existindo mais razão, até por princípio de economia processual, para o prosseguimento da *persecutio criminis*. Sem contar, ainda, os prejuízos daí decorrentes, não só de ordem penal, mas também moral e social, para aquele que não é um delinqüente, mas simples inadimplente temporário de suas obrigações para com a Receita ou Previdência Social, já que as pagou ou parcelou antes do recebimento da denúncia.

O autor é estudante do 5º ano de graduação da Unip e estagiário no escritório Delmanto Advocacia Criminal

Drogas: repensando os caminhos para o novo milênio

(Alberto Zacharias Toron)

Durkheim, no clássico *"Regras ao método sociológico"*, há mais de cem anos, já chamava atenção para o fato de que os crimes são definidos não pela "sua importância intrínseca, mas pela importância que a eles atribui a consciência comum" (tít. or.: "*Las Règles de la Méthode Sociologique*", trad. **Maria Isaura Pereira de Queiroz**, SP, ed. Cia. Editora Nacional, 8ª ed., p. 60). Tome-se como exemplo das variações a recente proteção penal ao consumidor e ao meio-ambiente ou, mais remotamente, o crime de "bruxaria", prática incriminada pelas legislações medievais, mas não pelas modernas. Há, como assinala o professor português **Taipa de Carvalho**, uma inegável "condicionalidade sócio-cultural do direito penal" (*"Condicionabilidade sócio cultural do Direito Penal"*, Coimbra, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra "Estudos em homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz"*, 1986, p. 49).

Por outro lado, uma conquista da cidadã em face do poder punitivo estatal é a separação entre direito penal e moral e, mais do que isso, a confinação daquele à proteção de bens jurídicos essenciais à convivência humana. Isto quer dizer, por exemplo, que a prática homossexual entre adultos, reservadamente, não deve ser catalogada como criminosa, ou mesmo a masturbação individual. Lembremo-nos que até os anos 60, países como a Inglaterra ou Alemanha puniam o homossexualismo. Aliás, ainda hoje o nosso Código Penal Militar pune a pederastia (art. 235).

Nessa linha de reflexão, não é mais possível aceitar-se que um jovem usuário seja tratado como criminoso, quando se sabe que a lei penal nesse particular tem pouca ou nenhuma eficácia intimidativa sobre si e, mais grave, tem um efeito mar-

ginalizador catastrófico. Vale dizer: estigmatiza o jovem de um modo tal que o simples indiciamento ou processo poderão comprometer sua futura carreira profissional. Numa palavra, a lei penal, além de não ser fator eficiente de prevenção, marginaliza.

Mas, se é certo que o tratamento estigmatizante do direito penal é inaceitável quando se trata de condutas que não afetam terceiros, é igualmente preocupante observar que a disseminação do crack e de outras drogas pode conduzir a situações calamitosas do ponto de vista da saúde pública. Neste caso a questão insistentemente levantada por políticos, médicos e educadores, entre outros, é a de se saber se a descriminalização das condutas hoje catalogadas no artigo 16 da Lei nº 6.368/76 (adquirir, trazer consigo ou guardar substância entorpecente ou que cause dependência física ou psicológica para uso próprio) não provocaria um enorme ascenso no consumo.

De fato, não se pode negar que o direito penal representa um instrumento de controle a mais do qual a sociedade dispõe. Assim, o seu emprego pode significar um reforço à proibição. Todavia, é sabido que, apesar dos esforços nesse sentido, o consumo não se vê reduzido com a atuação repressiva. Ao contrário, a experiência do fim dos anos 60 viu-se malograda. Só para recordar, naquela oportunidade, quando o governo militar de então, com base no AI-5, alterou o hoje revogado art. 281 do Código Penal de 1940 para atribuir aos usuários a mesma pena que aos traficantes, não houve decréscimo no consumo. As influências da contra-cultura, movimento hippie, etc., falaram mais alto e o número de usuários cresceu. Por isso, já no Governo Médici a sistemática legal pertinente às drogas foi modificada.

Ainda assim, não se pode

negar que uma descriminalização ou, mais ainda, a legalização possa, simbolicamente, sinalizar como um valor positivo para o jovem e, dessa maneira, facilitar uma onda de aumento no uso. Realmente, a ilicitude penal demarca com muita nitidez e força o campo do proibido. Sua exclusão pode, erroneamente, apontar para uma idéia de que "se não é mais crime, não deve fazer tanto mal" ou, por outra, "liberou geral".

Não é, também, despropositada a reflexão que aponta os problemas gerados pelo álcool, droga lícita e, em considerável medida, responsável pelos inúmeros acidentes de trânsito, agressões domésticas, ou crimes decorrentes de briga de bar. Aqui, porém, a linha de pensamento poderia ser invertida. Se a criminalização do álcool já se mostrou inadequada para a contenção do seu consumo, por que repetir-se o modelo para as substâncias que entorpecem ou causam dependência? Vale o registro de que não poucos autores ao tratarem da "Lei Seca" ("*Volstead Act*", de 1919) chamam atenção para que a proscrição do álcool gerou uma terrível violência entre gangues que disputavam pontos de venda ou que matavam revendedores ou consumidores "inadimplentes". Mais do que isso, houve uma enorme onda de corrupção na polícia e no judiciário (crime organizado). Tanto que vinte anos depois esta lei veio a ser revogada, sem que com isso o alcoolismo tomasse conta dos EUA.

Embora pessoas de respeito como **Miltom Friedman**, **Winfried Hassemer**, **Figueredo Dias**, **Zaffaroni** e outros, em maior ou menor extensão, venham defendendo a legalização das drogas ou, ao menos, de algumas delas (**Zaffaroni** lembra que o Estado nessa área atua como o alquimista na *Idade Média* que transforma "ferro em ouro"), não se pode deixar de reconhecer que há uma enorme resistência da população em

relação a propostas deste tipo ou mesmo de descriminalização. A resistência tem a ver tanto com o problema que a disseminação das drogas pode ocasionar em termos de saúde quanto com o aumento da criminalidade.

Por tudo isso, o caminho alternativo, politicamente viável, cauteloso e mais auspicioso parece ser o da adoção de uma estratégia de compromisso entre as diferentes propostas. Isto é, continua-se a manter a conduta do usuário debaixo do rol das criminosas, mas dispensa-se a este um tratamento singular. O Projeto de Lei aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados faz isto e com muita competência quando e porque proíbe que o usuário seja conduzido à Delegacia de Polícia e, conseqüentemente, a lavratura do flagrante, o que significa dizer que ele não mais será indiciado e, ao depois, permite a suspensão do processo (possibilidade, aliás, já existente com o advento da lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais), o que implica na preservação da primariedade.

Esta solução de compromisso tem a vantagem de permitir a utilização simbólica do direito penal como um marco proibitivo, mas impede a estigmatização do consumidor como um criminoso. Ao lado disso, pode-se pensar que esta proposta legislativa venha significar uma etapa de transição para uma futura solução mais liberal, onde a necessária prevenção em relação ao consumo das substâncias hoje etiquetadas como ilícitas possa ser feita da mesma maneira com que se procede nos casos do álcool e do tabaco. Aliás, os EUA reduziram o número de usuários de cigarros sem botar ninguém na cadeia.

O autor é presidente do Conselho Estadual de Entorpecentes e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Drogas: a irracionalidade da criminalização

(*Maria Lúcia Karam*)

Surgindo entre os efeitos do desequilíbrio e da potencial desestruturação econômico-social presentes nas formações do capitalismo pós-industrial, a intensificação do controle social, através da ampliação do poder punitivo do Estado, alimenta-se dos sentimentos de medo e insegurança, instalados em nossas sociedades contemporâneas, encontrando campo extremamente fértil no pouco compreendido e temido fenômeno da criminalidade, que, convenientemente manipulado, vai atender à necessidade de criação de novos inimigos e fantasmas, em substituição aos desaparecidos inimigos e fantasmas das derrotadas tentativas de realização do socialismo.

Comovendo e assustando o conjunto dos participantes de nossas sociedades contemporâneas, o medo da criminalidade provoca a busca dos rigores da repressão, da maior intervenção do sistema penal — alternativa tão palpável quanto irreal de solução de problemas, de satisfação de desejos de proteção, tranquilidade e segurança.

É especialmente no tema das drogas qualificadas de ilícitas, onde, hoje, mais fortemente atua a enganosa publicidade que consegue "vender" o sistema penal como o produto destinado a fornecer aquelas almeçadas proteção, tranquilidade e segurança, fazendo deste instrumento — na realidade, estimulante de situações delitivas e criador de maiores e mais graves conflitos — o centro de uma política supostamente destinada a conter, ou até mesmo acabar, com a irracionalmente temida circulação de tais mercadorias, ao mesmo tempo que ensejando uma intensificação do controle do Estado sobre a generalidade dos indivíduos.

Trabalhando com o mistério e a fantasia que cercam estas drogas qualificadas de ilícitas, com as falsas informações que apressadamente as associam às ameaças reais ou imaginárias do mal definido fenômeno da chamada criminalidade organizada, com o superdimensionamento das eventuais repercussões negativas da disseminação de suas oferta e demanda, esta política centrada na repressão traduz-se em legislações cuja irracionalidade se manifesta nas inúmeras contradições que nela despontam.

A irracionalidade da presensão de controle da oferta e da demanda daquelas determinadas drogas, qualificadas de ilícitas, através da proibição, atinge seu ápice, na vertente do consumo, com a

criminalização da posse de tais substâncias para uso pessoal.

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal, seja para punir tal conduta com pena privativa de liberdade, como, em nosso país, prevê a Lei nº 6.368/76 ainda em vigor, seja para impor penas de outra natureza — multa ou prestação de serviços à comunidade — como sugerem projetos aparentemente mais liberais, é claramente incompatível com os postulados de racionalidade que devem informar os atos de governo em um Estado Democrático de Direito.

A posse de drogas para uso pessoal é conduta que, se situando na esfera individual, não atinge a terceiros, assim se inserindo no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado — e, portanto, ao Direito — penetrar. Assim como não se pode criminalizar e punir — como, de fato, não se pune — a tentativa de suicídio e a autolesão, não se pode criminalizar e punir a posse de drogas para uso pessoal, que, menos danosa do que aquelas, pode encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão. Enquanto houver destinação pessoal, estar-se-á diante de uma conduta privada. E, a nocividade individual de uma tal conduta poderá ser uma boa razão para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a deixar de praticá-la. Há mais de um século, já assim alertava **Stuart Mill**, ao discorrer sobre a liberdade.

Se, sob este ângulo, a descriminalização é um imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual, é ainda na vertente do consumo que se encontra outra das mais fortes razões para o rompimento com a irracional política legislativa, que, explicitando a intenção de proteger a saúde pública, contraditoriamente cria, com a proibição, maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores daquelas substâncias proibidas.

Impondo a clandestinidade à distribuição e ao consumo, a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, impureza e encobrimento de sua potência, com os riscos maiores daí decorrentes. A clandestinidade também favorece a falta de higiene, questão especialmente preocupante, nestes tempos de disseminação da Aids, isto sem falar nas resistências e oposições à im-

plementação de programas de trocas de seringas, entre aditos, fundadas na absurda, mas corrente, interpretação de que tais programas se constituiriam em hipótese da criminalizada contribuição para o incentivo e a difusão do uso indevido de drogas. As condições clandestinas em que se realiza o consumo geram, ainda, maiores tensões, podendo acentuar a problemática original sintomatizada por uma eventual adição, assim, freqüentemente, funcionando como um realimentador na busca da droga. A isto se somam as limitações ao controle terapêutico-assistencial, a clandestinidade do consumo sendo um complicador à procura do tratamento.

Na outra vertente — a da produção e distribuição, configuradoras do tráfico — as contradições embutidas na opção pela proibição igualmente recomendam o rompimento com a política criminalizadora. Somando-se à ineficácia da intervenção do sistema penal na contenção do mercado, os pesados ônus que a ilegalidade traz revelam-se nos altos custos sociais que em muito superam os raros e isolados êxitos que eventualmente possam advir desta irracional forma de controle.

A ineficácia da repressão é inevitável. Suprindo as limitadas oportunidades oferecidas pela economia formal, o mercado das drogas ilícitas permanece abrindo espaço para a acumulação de capital e a geração de empregos, como já ocorreu em outras etapas do desenvolvimento capitalista. Em tais condições, os empresários — grandes ou pequenos — e os empregados das empresas produtoras e distribuidoras das drogas ilícitas, quando presos ou eliminados, são facilmente substituíveis por outros igualmente desejosos de oportunidades de emprego ou de acumulação de capital, oportunidades que, por maior que seja a repressão, subsistirão enquanto presentes as circunstâncias sócio-econômicas favoráveis da demanda criadora e incentivadora do mercado.

Mas, acaso se esgotasse apenas na ineficácia, talvez não fosse tão grave a irracionalidade da criminalização. Despejando-se sobre os consumidores, que, além de atingidos pelos maiores riscos à saúde, sofrem a superexploração decorrente dos preços artificialmente elevados, a, freqüentemente, levá-los a se empregar no tráfico ou a adotar a prática





de outros comportamentos ilícitos para obter a droga, os altos custos sociais da criminalização se espraiam pelo conjunto das sociedades que, sem perceber a irracionalidade de suas reivindicações, clamam pela solução penal — na realidade, a própria criadora dos problemas que, enganosamente, anuncia poder resolver.

A criminalização introduz uma variável na estrutura do mercado, que, provocando a artificial elevação dos preços, irá gerar enormes lucros, assim paradoxalmente funcionando como um dos mais poderosos incentivos à produção e ao comércio de tais mercadorias.

Estes enormes lucros, estabelecendo uma relação funcional com a circulação

legal do capital, trazem imenso poder de corrupção: o mercado das drogas ilícitas vai produzir graves desvios perigosamente contaminando órgãos do aparelho estatal e do sistema financeiro.

Mas, há outro efeito ainda mais grave. Ao tornar ilegais determinados bens e serviços, como ocorre também em relação ao jogo, o sistema penal funciona como o real criador da criminalidade e da violência. Ao contrário do que se costuma propagar, não são as drogas em si que geram criminalidade e violência, mas é o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminosas — mais ou menos organizadas — simultaneamente trazendo, além da corrupção, a violência como outro dos subprodutos necessários das ativida-

des econômicas assim desenvolvidas, com isso provocando conseqüências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza daquelas mercadorias tornadas ilegais.

Nestes tempos de medo e insegurança, de pânico em torno das ameaças vindas da criminalidade, talvez esteja aí o argumento decisivo para a recuperação da racionalidade. Basta olhar e seguir o exemplo da história: quem derrotou a violência da Chicago dos anos 30 não foram os *Intocáveis* de Eliot Ness — foi, simplesmente, o fim da Lei Seca.

A autora é juíza-auditora da Justiça Militar da União, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da Associação Juizes para a Democracia

O término do procedimento administrativo como pressuposto da ação penal nos crimes tributários

(Rosier B. Custódio e Janaina C. Paschoal)

A jurisprudência dominante entende que a conclusão do procedimento administrativo não constitui condição de procedibilidade para a ação penal nos crimes fiscais. Isto é, a propositura da mesma seria independente da finalização do processo de apuração e exigência do crédito tributário, ou de lançamento do tributo.

Tal entendimento nos causa perplexidade, pois, com fundamento nessa orientação, possibilita-se que o contribuinte seja submetido a um processo-crime sem que o próprio Fisco se tenha declarado lesado.

Imagine-se a hipótese de ser prolatado decreto condenatório com fundamento no recolhimento intempestivo de determinado tributo ou na prática de fraude fiscal, vindo posteriormente o Fisco a decidir que aquele não era devido, ou que fora lícita a conduta do contribuinte.

A injustiça é inequívoca e demonstra que o Direito é um sistema, não podendo por isso ser analisado parcialmente. A necessária comunicação entre as esferas penal e administrativa faz com que aguardar o término do procedimento fiscal seja mister não só para a condenação criminal, mas até para a propositura da ação penal, pois, somente através da decisão administrativa pode-se determinar se a conduta do contribuinte é

ou não típica. Nestes termos, dar início à ação na ausência da certeza de tipicidade, é fazê-lo sem justa causa, o que, indubitavelmente, constitui coação ilegal.

Ademais, se o Estado outorga ao contribuinte meios legais próprios para questionar a legalidade ou legitimidade do lançamento ou da autuação fiscal e até mesmo para contestar a constitucionalidade do tributo, não nos parece razoável que simultaneamente use a sanção penal como meio de coagi-lo ao pagamento do que se lhe afigura indevido.

Há ainda que se ressaltar ser imperativo aguardar a finalização do procedimento administrativo não só para evitar decisões contraditórias, para respeitar os princípios informadores do Processo Penal Moderno e para possibilitar ao contribuinte o exaurimento dos instrumentos legais que lhe são conferidos para contestar o débito, mas também com a finalidade de afastar uma dupla, e talvez inútil, movimentação da, já tão combatida, máquina estatal.

Cumpre-nos assinalar que os defensores da total independência das esferas administrativa e criminal fundamentam-se na virtual possibilidade de prescrição da ação penal, sendo que para solucionar tal problema, há quem sugira a suspensão do prazo prescricional.

No entanto, cremos que o cidadão não pode ser penalizado pela ineficiência estatal, já que, se analisarmos as leis que tipificam como crime o não recolhimento tempestivo de tributo e o artigo 109 do Código Penal, chegaremos a um prazo prescricional que varia entre quatro e doze anos, tempo mais que suficiente para que o Fisco possa apurar o fato.

Vale lembrar que nosso legislador, demonstrando interesse em avançar, muito apropriadamente, buscou estabelecer a vinculação das esferas administrativas e penal, no § 1º do artigo 34 da Lei nº 9.249/95, estatuinto que: "*Caberá a representação legal após julgamento do processo administrativo fiscal, quando neste forem apurados elementos caracterizadores dos cometimentos de crimes em tese*" (grifamos).

Lamentavelmente, talvez por motivos menos jurídicos que políticos, tal dispositivo foi vetado. Sendo interessante notar que a dependência entre as instâncias supra-referidas, se houvesse sido instituída, não seria novidade em nosso ordenamento jurídico, pois, já em 1964 era prevista no art. 11, § 3º da Lei nº 4.357.

A falta de previsão legal não tem impedido que sábios julgadores quando chamados a manifestarem-se sobre o tema de-

cidam no sentido de que o início da ação penal está condicionado ao término do procedimento fiscal.

"...*Denúncia oferecida antes do término do processo fiscal que apresenta ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal. Carência da ação...*" (TRF 1ª Região, rel. Juíza Eliana Calmon, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 11, p. 252).

Mesmo porque:

"*Admitir o início da ação penal antes da manifestação definitiva da autoridade administrativa sobre a ocorrência da supressão, ou redução do tributo, resultado que implica maus tratos à garantia constitucional da ampla defesa no processo administrativo...*" (TRF 5ª Região, rel. Juiz Hugo de Brito Machado, in *Boletim/IBCCrim* nº 42, p. 146).

As decisões supra-citadas vêm corroborar a convicção de que é manifesta a falta de justa causa aos processos-crime iniciados antes do esgotamento da via administrativa, sendo que, para vermos respeitados os princípios informadores do Direito Penal e Processual Penal, tais feitos devem ser considerados nulos de pleno direito.

As autoras são, respectivamente, advogada e estudante de Direito

A suspensão condicional do processo na ação penal privada

(Luiz Flávio Gomes)

Na primeira edição do livro *Suspensão Condicional do Processo Penal*, RT, SP, 1995, p. 149, sustentávamos a tese da impossibilidade de suspensão do processo nos casos de ação penal privada (exclusivamente privada ou personalíssima). Na ação penal privada subsidiária da pública já se mostrava evidente o cabimento da suspensão, porque, na verdade, é hipótese de ação pública. Refletindo melhor sobre o tema (*re melius perpen-sa*), mudamos de opinião. Dizíamos, para fundamentar nossa postura precedente de recusa da suspensão, que na ação penal privada já vigora o princípio da oportunidade e que qualquer acordo (processual) significaria perdão ou perempção. A doutrina, nos primeiros momentos de vigência da lei, enveredou-se, quase que unanimemente, pela via da inadmissibilidade (assim: **Damásio E. de Jesus**, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Saraiva, SP, 2ª ed., p. 111; **César R. Bitencourt**, *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*, Liv. do Advogado, Porto Alegre, 1995, p. 114; **Doorgal Gustavo B. Andrada**, *A Suspensão Condicional do Processo Penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 82; **Maurício A. Ribeiro Lopes**, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, RT, SP, 1995, pp. 380/381; **Marino Pazzagli Filho et alli**, *Juizado Especial Criminal*, Atlas, SP, 1996, p. 95).

Bem refletido o assunto, no entanto, pode-se verificar que a transação processual (suspensão do processo) não possui a mesma natureza do perdão (que afeta imediatamente o *ius puniendi*) nem da perempção (que é sanção processual ao querelante inerte, moroso). Havendo proposta e aceitação da suspensão do processo não se pode dizer que o querelante esteja sendo desdioso. Está agindo. Está fazendo uma opção pela incidência de uma resposta estatal alternativa, agora permitida, mas que é também resposta estatal ao delito. Isso não é inércia. Muito menos indulgência (perdão). Nem sequer abandono da lide.

De outra parte, no perdão e na perempção o que temos são atos de causalção (de encerramento do processo, sem margem de indeferimento pelo juiz). Já na suspensão, o que existe é um ato de postulação (a última palavra é do juiz) (v. nosso *Suspensão*

Condicional do Processo Penal, cit., p. 127).

Se o querelante pode o mais, que é perdoar, é evidente que também pode o menos (optar pela solução alternativa do litígio).

Cabe ainda lembrar o seguinte: o maior âmbito de incidência da suspensão na ação penal privada será constituído provavelmente pelos crimes contra a honra. Por terem procedimento especial, estão fora dos juizados especiais. Exatamente porque não integram os juizados, não vemos como excluí-los da suspensão (é dizer, da possibilidade de uma via alternativa de resolução do conflito). Na essência, tendo em vista a finalidade de prevenção geral e especial da pena, não são delitos que requeriam necessariamente a resposta estatal clássica (da prisão). Alguma alternativa transaccional deve ter cabimento, mesmo porque o legislador, no artigo 89, só teve em consideração a pena mínima do delito e de modo algum deixou transparecer que quisesse excluir qualquer modalidade de ação penal (pública ou privada).

O fato de o artigo 89 mencionar exclusivamente "Ministério Público", "denúncia", não é obstáculo para a incidência da suspensão na ação penal privada, por causa da analogia (no caso *in bonam partem*), que vem sendo reconhecida amplamente na hipótese do artigo 76 (v. **Ada P. Grinover et alli**, *Juizados Especiais Criminais - Comentários*, RT, SP, 1995, p. 122). Acima de preciosismos lingüísticos está o interesse maior na efetiva realização de uma política criminal alternativa, assim como o interesse do próprio acusado de valer-se, querendo, dessa resposta estatal alternativa.

Se os poderes do substituto processual (e nessa categoria enquadrada-se indiscutivelmente o querelante) coadunam-se inclusive com a transação penal, que envolve diretamente o *ius puniendi* estatal, com maior razão (*a fortiori*), afina-se perfeitamente com a transação processual (que não envolve diretamente referido direito). A base doutrinária dessa compatibilidade está "na evolução dos estudos sobre a vítima que faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal" (v. **Ada P. Grinover et alli**, ob. cit., p. 122).

Não é porque já reinava o

princípio da oportunidade em relação à ação penal privada, acrescente-se, que devemos sempre raciocinar em termos de punição total (resposta estatal tradicional, prisão) ou renúncia total (perdão, perempção). *Tertius datur*. A introdução no nosso ordenamento jurídico de uma forma alternativa de solução do conflito obriga-nos a questionar a bipolaridade tradicional. Entre as duas alternativas clássicas na ação penal privada, surge agora a possibilidade de algo intermediário (cumprimento de algumas condições, dentre elas a reparação dos danos, durante certo período de prova, com a eficácia extintiva da punibilidade). Muitas vezes, à vítima, nem interessa o processo clássico (por causa de todos os transtornos que ele provoca), nem tampouco o perdão puro e simples.

Em inúmeras ocasiões, ademais, mesmo em se tratando de crime contra a honra, é perfeitamente possível a ação penal pública (crime contra funcionário público, por exemplo), ao lado da ação penal privada. O crime é o mesmo. Pode ser perseguido pelo particular ou pelo Ministério Público. Cuidando-se de iniciativa pública, admite-se a suspensão do processo. Ora, não vemos como observar o princípio da igualdade, senão concebendo que cabe a suspensão do processo também em relação à ação penal privada, é dizer, independentemente de quem figura no pólo ativo da ação. Casos idênticos não podem ter consequências jurídicas distintas.

Urge ainda considerar (e esse argumento é de fundamental relevância) os interesses públicos gerais presentes no instituto da suspensão, que transcendem em muito os interesses pessoais dos envolvidos no litígio. Dentre aqueles destacam-se: ressocialização do infrator pela via alternativa da suspensão, reparação dos danos sem necessidade de um processo civil de execução, desburocratização da Justiça etc. Inviabilizada a suspensão na ação penal privada, nada disso será alcançado. Nem tampouco a meta político-criminal que o legislador quis imprimir para a chamada criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo.

Cabe ainda salientar a boa e generalizada aplicação que vem sendo feita da suspensão do processo, sua aprovação geral, bem como sua suficiência em termos de prevenção geral e especial do delito. Sendo assim, seu âmbito

de incidência deve ser ampliado, não restringido.

Uma última observação: considerando que a suspensão do processo é direito público subjetivo do acusado, desde que presentes todos os seus requisitos legais, não pode o querelante recusar a proposta de suspensão injustificadamente. Caso isso ocorra, cabe *habeas corpus* contra tal ato ilegal, que deve ser julgado pelo próprio juiz de primeiro grau. Deferido o *writ*, o juiz impõe ao querelante a obrigação de fazer a proposta. E tudo pode ocorrer numa só audiência. Não concordando o querelante, é evidente que tem o direito de apelação.

Diante do exposto, destaque merece o primeiro acórdão abaixo transcrito, relatado pelo eminente Magistrado **Ricardo Lewandowski** que, com acerto ímpar, no nosso modo de entender, com bastante pioneirismo, conseguiu dar passos firmes num terreno que ainda apresenta-se bastante movediço e desconhecido.

Jurisprudência:

a) Cabe a suspensão condicional do processo na ação penal privada:

"Lei nº 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Aplicação à ação penal privada. Possibilidade. A suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95 pode ser proposta pelo querelante na ação penal privada, em atenção às finalidades do novo diploma, por constituir direito público subjetivo do acusado" (TACRIM-SP, Embargos de Declaração nº 985.109, rel. **Ricardo Lewandowski**, Rolo/Flasch 1.037/202).

b) Não cabe a suspensão condicional do processo na ação penal privada:

"Lei nº 9.099/95. Crime de ação penal privada. Inaplicabilidade. Retorno dos autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça para manifestar-se acerca do mérito. Na ação penal privada 'não há suspensão condicional do processo, uma vez que já prevê meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc.' (Damásio E. de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*)" (TJSC, Apelação Criminal nº 34.581, rel. **José Roberge**).

O autor é juiz de Direito em São Paulo e mestre em Direito Penal pela USP

A suspensão condicional do processo e o princípio da proteção judiciária

(Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior)

A Lei 9.099/95 tem suscitado alguma perplexidade nos primeiros meses de sua vigência. Para cada assunto controvertido logo se formam três, quatro, até seis correntes, apontando soluções diferentes para determinada situação.

É certo que a compreensão exata da dimensão dos novos institutos penais — como o da suspensão condicional do processo — não pode ser feita sem uma mudança de mentalidade dos operadores jurídicos. Porém, não menos exato é que o legislador ordinário, ainda que quisesse fazê-lo, não poderia inovar tanto a ponto de violar princípios constitucionais relacionados com o devido processo legal, sobretudo em face do dado mais importante que preside tais relações: a pessoa humana, cuja dignidade foi erigida como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, CF).

Nesta linha, tem-se entendido que o legislador abrandou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas não chegou a conferir uma faculdade ao titular daquela para que requeresse ou não a suspensão do processo. Adotou, sim, o princípio da oportunidade regrada, submetida a controle judicial (cf. **Luiz Flávio Gomes**, *Sobre a Natureza Jurídica da proposta do Ministério Público na Suspensão Condicional do Processo*, em *Justiça e Democracia*, nº 1, 1996, p. 189). A expressão "*poderá propor a suspensão do processo*", contida no artigo 89 da Lei 9.099/95, seguida de critérios legais a serem aferidos — "*desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena*" — exprime um autêntico *poder-dever*.

Não constitui novidade interpretar-se a expressão "*poderá*" como um *poder-dever* que gera, em contrapartida, um direito subjetivo do réu. No caso do *sursis*, a jurisprudência assentou há tempos tal posição (STF, RT 663/366; RT 642/361), na esteira da melhor doutrina (cf. **Celso Delmanto**, *Direitos Públicos Subjetivos do Réu no CP*, em RT 554/466). Para a suspensão do processo o tratamento não poderia ser diferente. Preenchidas as condições legais, é um direito do réu, como firmado em recentes acórdãos do TJSP (AC 158. 135-3 — rel. **Devienne Ferraz** — em

IBCCrim Jurisprudência, maio/96, p. 140) e do TACrim-SP (MS 288.536-1 — rel. **Ary Casagrande**).

Há, evidentemente, entendimentos contrários. Mas não é este o aspecto que se quer destacar neste artigo, que toma, aliás, como pressupostos: 1º) que a suspensão condicional do processo é, uma vez presentes as condições legais, direito subjetivo do réu, cabendo ao juiz, ausente a proposta do MP, decidir o conflito entre os interesses deste e daquele (cf. **Damásio E. de Jesus**, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Saraiva, 1995, p. 92); 2º) que este provimento jurisdicional pode ser realizado em qualquer momento processual, antes da sentença, ainda que se trate de fato anterior à Lei 9.099/95 porque, sendo favorável ao réu e tendo importante reflexo no âmbito do direito material — a extinção de punibilidade —, a suspensão do processo não é atingida pela vedação do art. 90 da Lei 9.099/95 (cf. **Ada Pellegrini Grinover** e outros, *Juizados Especiais Criminais*, RT, 1995, p. 237).

O objetivo é ir além, para responder a seguinte indagação: é possível a correção da classificação da denúncia para o enquadramento do crime dentre aqueles em que cabe a suspensão?

Figure-se o caso de um réu primário, acusado de praticar furto qualificado por rompimento de obstáculo, em que não fique provada a qualificadora. Seria ele condenado, no máximo, por furto simples. Se é assim, porque negar-lhe a suspensão? Conclui-se, pois, que se o promotor não aditar a denúncia cabe ao juiz analisar a questão da classificação, para aqueles fins, bastando que o réu demonstre interesse.

A objeção no sentido de que, fazendo-o, estaria o juiz antecipando análise meritória, não tem consistência. Adotar tal entendimento significaria afirmar que a realização da Justiça está adstrita à formal classificação do fato na denúncia, com todas as implicações que disto decorram, inclusive o uso arbitrário daquela classificação.

Ora, há necessidade de analisar o fato com todas as suas circunstâncias para qualquer decisão. A jurisprudência já entendeu que uma análise da classificação do crime pode ser feita, por exemplo, para a concessão ou não de liberdade provisória, quando a lei

exclui o benefício para toda uma classe de delitos, como se dá com a lei dos crimes hediondos (TJESP — HC 63.008, rel. **Dínio Garcia** — em RT 627/309). Outrossim, é de nossa tradição processual a possibilidade de o juiz tomar os fatos com definição jurídica diversa da denúncia (art. 383 do CPP). Pode o juiz, inclusive, "*reconhecer*" a nova definição, antes da sentença, para que a defesa se manifeste, se a circunstância não estiver implícita na denúncia (art. 384, *caput*, do CPP).

No caso da suspensão do processo, a situação não é outra. Não se trata de abordar o mérito, propriamente, mas de "*reconhecer*" que a classificação do fato na denúncia está incorreta. Vedada esta possibilidade, tem-se como materialmente não garantido o acesso do réu à prestação jurisdicional, que inclui a apreciação de seu direito subjetivo à suspensão do processo.

É com independência e liberdade que o juiz deve formar sua convicção condicionada. Como falar em liberdade se o juiz não puder escapar, para garantir um direito ao réu, da formal referência a um tipo penal feita na denúncia?

O papel primordial do juiz, no Estado de Direito e em nosso sistema de aplicação da lei penal, é o de fiscalizar a estrita legalidade do exercício da atividade repressiva do Estado. Assim, é-lhe dado analisar a definição típica do fato em face da presença das condições legais para a suspensão do processo, para declarar se o MP pode prosseguir pleiteando o provimento de mérito ou não. Se a Lei 9.099/95 previu um novo instituto, que é prejudicial do exame da causa, há de estar embutido nesta previsão um momento processual para que o juiz analise a oportunidade da suspensão com base na regras previstas em lei.

E o provimento jurisdicional é necessário sob pena de, passada a oportunidade, abrir-se caminho para a injustiça. Ao juiz só restaria, então, condenar ou absolver o réu, cujo direito à suspensão do processo estaria irremediavelmente lesado, com graves conseqüências e violação frontal ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

As novas tendências para o processo penal

(Fauzi Hassan Choukr)

1. Noções Gerais

Após a Segunda Guerra Mundial profundas transformações no cenário político ocidental ocorreram, quer no âmbito interno, quer no internacional, repercutindo a nova onda de valores na forma de operacionalizar o sistema persecutório penal.

Basicamente as nações da Europa continental reestruturaram em primeiro lugar suas constituições⁽¹⁾ para, num segundo momento, forçosamente mais lento e sujeito a avanços e retrocessos, edificar códigos processuais penais locais⁽²⁾ que, numa visão de conjunto, apresentam traços comuns e podem ser apreendidos não mais exatamente como uma tendência, mas como pontos consolidados.

Por outro turno, em nível internacional cresceu em importância a celebração de tratados que têm como objetivo a salvaguarda de direitos humanos e que apresentam em seu conjunto um interesse inquestionável sobre o processo justo⁽³⁾.

2. Modelo acusatório

Após a inclinação inquisitorial verificada nos anos antecedentes à Segunda Guerra e que tem como ponto central o Código Rocco italiano⁽⁴⁾ com suas conseqüentes influências, o modelo inquisitório perde definitivamente espaço para a feição acusatória, com a separação nítida de funções entre o órgão promovedor da ação penal e o julgador, além de retirar o acusado (ou suspeito) da condição de objeto do processo para alçá-lo a sujeito de direitos na relação processual⁽⁵⁾.

3. Juiz

Uma vez separado o órgão julgador do promovedor da ação penal, fica reservado um novo papel ao magistrado, que não é o de interferir na investigação penal (infra, nº 6) ou atuar como verdadeira parte no processo, agindo em nome de uma cega busca da verdade real. Agora, sobretudo, aparece como verdadeiro guardião dos direitos consti-

tucionalmente estabelecidos para a realização de um devido processo legal.

Na visão do processo de partes, como também é enunciado o modelo acusatório, o juiz não é inerte como se pode inicialmente presumir, mas um ativo defensor das conquistas políticas estampadas no processo penal⁽⁶⁾.

4. Ministério Público

O Ministério Público ganha definitivamente a posição de parte no processo penal, distinguindo-se da figura do juiz na promoção da ação penal, bem como sendo responsável pela preparação da mesma, nesta fase sendo auxiliado pela polícia judiciária que, em muitos casos, atua diretamente sob sua coordenação hierárquica⁽⁷⁾.

5. Investigação Preparatória

Com o novo modelo abandona-se definitivamente a figura do juiz de instrução, que durante tanto tempo foi considerada como essencial à persecução penal. O juiz que atua nesta fase não é mais o investigador, mas o responsável pela observância aos direitos constitucionais e é freqüentemente chamado a atuar em incidentes jurisdicionais quando em jogo estiver qualquer invasão a esses mesmos direitos. A polícia judiciária permanece como auxiliar do titular da ação penal e, como já salientado, em muitos casos a ele (Ministério Público) diretamente subordinada⁽⁸⁾.

6. Procedimentos

Firma-se como uma necessidade a existência de procedimentos diferenciados em face dos delitos cometidos. Já não se concebe mais a possibilidade de colocar-se num mesmo contexto aquilo que entre nós denominamos de pequena, média e grande criminalidade. A flexibilização do procedimento em face do direito material corresponde a uma necessária evolução do processo penal, fazendo eco assim ao

mesmo entendimento esposado no processo civil⁽⁹⁾.

7. Prova

Poucos temas apresentam tão caloroso debate quanto o das provas e, mais exatamente, o das provas ilícitas e sua admissibilidade ou não no processo. Trata-se de questão em aberto cuja solução depende de vários fatores (v.g. tipo de criminalidade enfrentada). De forma geral, mas sujeita a muitas exceções, a prova ilícita não deve ser admitida. Remanesce, contudo, a utilização ou não das provas que são lícitas, mas derivadas de uma ilícita. Não se pode concluir que majoritariamente haja uma inclinação para a aceitação ou repulsa⁽¹⁰⁾.

8. Decisões e duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição aparece como uma condição de existência de um devido processo legal. Nos países que não o prevêm expressamente resta a introdução no modelo através dos tratados internacionais, que sempre postulam a possibilidade de revisão das posições judiciais.

A abrangência do recurso, se limitada a questões de fato ou de direito ou apenas a estas últimas, variará de acordo com o sistema interno, podendo-se sentir no âmbito da *common law* uma inclinação limitadora.

O autor é promotor de Justiça, mestre em Direito Processual Penal e professor na USJT

(1) Assim, tivemos as reformas italiana, francesa e alemã logo em seguida ao término da Guerra. Tardiamente, quando da superação dos regimes autoritários, Portugal e Espanha tiveram suas reformas nas décadas de 70 e 80. Mesmo o Brasil conheceu a reforma de 1946, sempre saudada como um dos grandes momentos da democracia entre nós.

(2) A reforma processual italiana, longa mas profícua, durou quase 20 anos, vingando em 1988. Antes, em 1975, a Alemanha já havia providenciado uma reforma substancial em sua estrutura processual penal, o mesmo tendo ocorrido em Portugal. O final da década de 80 e início de 90 conheceu inúmeras reformas na América Latina, com os novos códigos argentinos provinciais e nacionais, além da finalização do trabalho teórico conhecido como Código Modelo para Ibero-América.

(3) Veja-se a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969; Convenção Internacional para Direitos Cívicos e Políticos (1966); Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1959).

(4) **Chiavario, Mario**, "Procedura Penale - un codice tra storia e cronaca", G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, esp. parte primeira.

(5) Veja-se o nosso "A Ordem Constitucional e o Processo Penal", in *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, vol. 08. Também **Salas, Denis**, "Du procès penal", PUF, Paris, 1992.

(6) Referências quanto a esta observação podem ser encontradas em **Delmas-Marty, Mireille**, "Procédures Pénales d'Europe", PUF, Paris, 1995, com especial ênfase para o modelo alemão, italiano.

(7) Mesmo na Inglaterra, que até 1985 não conhecia uma instituição nos moldes do Ministério Público, criou o Crown Prosecution Service, nos mesmos termos do *parquet* continental. Neste sentido, **Ashworth, Andrew**, "The criminal process - an evolutive study", Caledon Press, Oxford, 1995.

(8) Veja-se o nosso "Garantias Constitucionais na Investigação Criminal", SP, RT, 1995, especialmente cap. 02 e 10. Para um quadro comparativo das estruturas policiais nos Estados Unidos, Irlanda do Norte, Israel, África do Sul e China, consultar **Brewe, D. John et alii**, "The police - public order and the state", St. Martin's Press, New York, 1996, 2ª ed.

(9) Neste sentido a nossa recente lei de criação dos Juizados Especiais Criminais (9.099/95). No sistema italiano, consulte-se **Marty**, op. cit., p. 289 e segs. No modelo inglês, **Ashworth**, op. cit.

(10) Veja-se **Delmas-Marty**, op. cit. Para a Inglaterra, **Murphy, Peter**, "Evidence", Blackstone Press Limited, Londres, 5ª ed., 1995. Numa visão comparativa, **Chase, O. G.**, "Legal Process and National Cultures", in First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence, Haia, 1995. Ainda, **Dianu, T.**, "Collecting evidence in the Human Rights Cards System".

Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

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

Art. 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º - Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º - A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º - O pedido de interceptação de comunicações telefônicas conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º - Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º - O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º - A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º - Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os

procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º - No caso de diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º - Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações.

§ 3º - Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º - Para os procedimentos de interceptação de que trata esta lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos.

Art. 8º - A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados nos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º - A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10 - Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12 - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175ª da Independência e 108ª da República.

Fernando Henrique Cardoso
Nelson A. Jobim

A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96

(Antonio Magalhães Gomes Filho)

No Estado de direito democrático as leis que restringem direitos fundamentais, ainda que por autorização contida na própria Lei Maior, devem atender ao princípio da *proporcionalidade* ou da *justa medida*. Como doutrina **Canotilho**, uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote *cargas coativas* de direitos, liberdades e garantias *desmedidas, desajustadas, excessivas* ou *desproporcionadas* em relação aos resultados obtidos (**J.J. Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 617).

Tal princípio, reconhecido, expressa ou implicitamente nos modernos sistemas constitucionais, constitui, entre nós, decorrência de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais (como, por exemplo, o art. 60, § 4º, IV, da CF de 1988) e, bem o demonstra **Suzana de Toledo Barros**, complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), convertendo-se no *princípio da reserva legal proporcional*. Para essa ilustre constitucionalista, não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entende cabíveis, quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais; se fosse assim, as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido (**Suzana de Toledo Barros**, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp. 89/90).

Essas observações parecem-nos indispensáveis a uma primeira análise sobre o diploma regulamentador das interceptações telefônicas, recentemente promulgado: Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

É que, longe de atender à natureza excepcional da previsão contida na parte final do art. 5º, inciso XII, da CF, a nova lei conferiu-lhe am-

plitude suficiente para propiciar o virtual aniquilamento do direito à intimidade assegurado pela cláusula constitucional. Com isso, torna-se cada vez mais evidente a distância entre o modelo garantista de processo penal esboçado pelo constituinte e a realidade legislativa.

De fato, ao restringir a utilização desse poderoso recurso técnico às hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não pretendeu a Constituição, certamente, outorgar uma *carta branca* para que o legislador ordinário autorizasse o seu emprego na apuração de *todos os crimes* punidos com reclusão, como faz o art. 2º, inc. III, da Lei 9.296/96.

Ao contrário, referindo-se a hipóteses em que a lei poderia autorizar as interceptações, o próprio texto constitucional incumbiu-se de indicar a imperiosidade de uma ponderação antecipada, pelo legislador, entre o direito à intimidade, tutelado de forma ampla pelo inc. XII da art. 5º, e o direito à prova no processo penal. Isso afasta, evidentemente, a idéia de uma previsão generalizada da possibilidade de recurso às interceptações na apuração de todos os crimes apensados com reclusão, como acabou resultando do texto analisado.

Parece claro que somente diante da excepcional gravidade de certos delitos ou da forma particular de execução de outros (como, v.g., ameaça ou injúria cometidas por telefone), é que seria justificável a intromissão do aparato repressivo nas conversações telefônicas, com o fim de colher informações.

Essa tem sido a solução das legislações estrangeiras que se ocuparam do tema, como a alemã e a italiana e, também no Brasil, foi proposta pelo Grupo de Trabalho formado pelo deputado **Michel Temer**, quando relator da Comissão Especial sobre Crime Organizado. Aliás, igualmente chegou a ser alvitrada pelo Min.





Paulo Brossard no julgamento do HC 69.912-0/RS pelo STF, quando ao votar pela denegação da ordem em caso de tráfico de entorpecentes, acentuou: *"Entre as hipóteses a serem contempladas pela lei com justificativas de autorização judicial tem de estar, inequivocamente, aquelas que a própria Constituição denomina crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia"*.

Nem se argumente que esse mesmo critério informa o sistema processual (tocante à prisão preventiva (art. 313, I, CPP), pois nessa matéria o que se tem em conta é a possibilidade de uma futura privação da liberdade, bastante improvável nos delitos punidos com detenção. No terreno das interceptações, a questão é outra: trata-se de saber se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas (que diz respeito inclusive a

pessoas não envolvidas com práticas delituosas) é o único meio de obtenção de prova, diante da forma de execução do crime, da urgência na sua apuração, ou então da excepcional gravidade da conduta investigada, a ponto de justificar-se a intromissão.

O direito à prova, como corolário dos próprios direitos de ação e de defesa, possui estatura constitucional, mas nem por isso pode sobrepor-se sistemática-

mente aos demais valores tutelados pela ordem jurídica. Especialmente no campo penal, é inconcebível que o Estado banalize os direitos fundamentais para obter provas.

O autor é procurador de Justiça aposentado e prof. associado de Direito Proc. Penal da Faculdade de Direito da USP

Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei

(Antonio Scarance Fernandes)

1. A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal, que declarava ser *"inviolável o sigilo ... das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*.

Com a lei cessa a discussão travada na doutrina e nos tribunais sobre a recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações, que previa a interceptação da comunicação telefônica, por ordem judicial, mas não indicava as hipóteses e a forma. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus membros, vinha se orientando no sentido de que, na falta de lei, não seria possível no sistema brasileiro a interceptação telefônica, pois o dispositivo do Código Brasileiro de Telecomunicações não refere as hipóteses e a forma exigidas pela Carta Magna.

2. No primeiro artigo está definida a abrangência da interceptação, que alcança qualquer forma de comunicação telefônica, incluindo-se a que se processa em sistema de informática e telemática.

Ainda, nos termos da exigência constitucional, subordina-se a realização da interceptação à autorização do juiz competente, ou seja, o juiz da ação principal (art. 1º). Em comarcas com vários juízes criminais, poderá haver necessidade de distribuição do requerimento em que se pede a interceptação, ficando prevento o juiz que a autorizar para futura ação penal.

Diz o dispositivo que a interceptação só poderá ser realizada se observado o que nela está disposto. Trata-se de norma em si desnecessária pois, obviamente, se a lei existe é para que seja respeitada. Talvez tenha sido intenção do legislador deixar claro que, em caso de inobservância da lei, de nada valerá a prova obtida, a qual não poderá ser considerada pelo juiz no julgamento, nem servirá para fundamentar provas derivadas, temas de difícil equacionamento prático.

Instaurado o incidente de interceptação telefônica deverá correr em segredo de justiça (art. 1º).

3. A lei, em vez de estabelecer os requisitos para a interceptação de comunicações telefônicas, indica as hipóteses em que não será admitida. Essa técnica, também utilizada em relação à fiança em que os artigos 323 e 324 especificaram os casos em que ela não será cabível, ora restringe, ora alarga o âmbito da interceptação se comparado com outros sistemas estrangeiros ou com as

necessidades correntes da persecução criminal.

O primeiro inciso impede a interceptação quando não estiver presente o pressuposto necessário de toda medida de natureza cautelar: o *"fumus boni iuris"* ou a aparência do direito, que, no crime, engloba duas exigências: a probabilidade da autoria e a probabilidade de existência de infração penal.

Assim, uma das exigências é alusiva ao agente — existência de "indícios suficientes de autoria ou participação" e a outra à materialidade — ocorrência de "infração penal".

Para que o juiz possa avaliar a presença no caso concreto destas duas exigências, haverá necessidade de investigação iniciada ou processo instaurado (art. 3º, I), onde os elementos de convicção serão obtidos, ficando excluída a possibilidade de interceptação para iniciar a investigação.

A interceptação só será admitida se não houver outro meio disponível para obtenção da prova (inciso II), ou seja, é necessário que seja o único meio para evidenciar a autoria e a materialidade do crime.

Não será fácil para o juiz examinar, em cada caso, se há o outro meio referido no dispositivo. Como alude o inciso a "meio disponível", terá ele que extrair o seu convencimento com base em outros meios que são ou podem ser de seu conhecimento no momento da decisão e, ainda, que possam ser eficazmente utilizados.

Só será possível a interceptação em crime punido com reclusão (inciso III). Ficam excluídas as contravenções penais, que são punidas com prisão simples, e os crimes apenados com detenção.

Se, por um lado, é exagerada a regra ao admitir a medida em qualquer delito punido com reclusão, por outro restringe em casos em que poderia ser necessária, como na contravenção do jogo do bicho, ou em crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone.

Melhor seria que o legislador tivesse seguido o sistema do projeto em cuja elaboração tivemos oportunidade de colaborar juntamente com a professora **Ada Pellegrini Grinover**, que o transcreveu em sua obra *"Novas Tendências do Direito Processual"* (Forense Universitária, 1990, pp. 430-435). Esse projeto preferiu especificar os crimes em que a interceptação seria possível.

Ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil em crimes de maior ou menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar quais as infrações em que poderia constituir-se em valioso instrumento para a investigação criminal ou instrução proces-

sual. No aludido projeto, que tomou como base os sistemas alemão e italiano, estavam elencados os seguintes crimes: terrorismo; tráfico de substância entorpecente e drogas afins; tráfico de mulheres e subtração de incapazes; quadrilha ou bando; crime contra a ordem econômica e financeira; falsificação de moedas; extorsão simples e extorsão mediante seqüestro; contrabando; homicídio qualificado e roubo seguido de morte; ameaça ou injúria cometidas por telefone; outros decorrentes de organização criminosa.

A forma abrangente seguida pelo legislador é perigosa, podendo dar margem a abusos, sem o resultado positivo de melhoria na colheita de elementos de investigação ou de prova.

4. No parágrafo único, do artigo 2º, estão elencadas algumas formalidades essenciais do requerimento e da decisão relacionadas à **situação objeto da investigação e ao indiciado**, devendo a primeira estar delineada com clareza e o segundo suficientemente qualificado, salvo impossibilidade manifesta.

A previsão é semelhante à do art. 243 do CPP sobre o conteúdo do mandado de busca e apreensão (incisos I e II) e, certamente, surgirão problemas similares aos ocorrentes na aplicação daquele dispositivo, relacionados com o desvio de finalidade do mandado quando, no decorrer da diligência de busca domiciliar, surge a necessidade ou possibilidade de apreender objeto diverso daquele que era procurado, mas relevante para a prova do crime apurado ou de outro delito. Será bem provável que, no desenrolar da interceptação, venha a autoridade policial a ter notícia de outros crimes, diversos daqueles que eram objeto da investigação. Será assunto que, sem dúvida, gerará controvérsias.

5. A interceptação poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento da autoridade policial (na investigação criminal) ou do representante do Ministério Público (na investigação criminal e na instrução processual penal), conforme consta do artigo 3º.

Quando houver **pedido**, que poderá ser escrito ou verbal, com redução a termo (art. 4º, § 1º), deverá conter:

a) a descrição clara da situação objeto da investigação e indicação da qualificação do investigado, salvo impossibilidade manifesta devidamente justificada (art. 2º, parágrafo único);

b) a demonstração de que a realização é neces-





sária à apuração da infração penal e não há outros meios disponíveis (art. 4º, "caput", primeira parte, c.c. art. 2º, II);

c) a indicação dos meios a serem empregados na interceptação (art. 4º, "caput", segunda parte), da forma de execução (art. 5º) e, se for o caso, se serão requisitados serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos (art. 7º) e se será feita a gravação e transcrição da comunicação telefônica (art. 6º, § 1º).

A decisão judicial, a ser proferida no prazo máximo de vinte e quatro horas (art. 4º, § 2º), deverá ser fundamentada. Na motivação incumbe ao juiz indicar as razões pelas quais concluiu ser a medida necessária e inexistir outros meios disponíveis para a obtenção da prova, além, obviamente, da menção expressa à situação objeto da investigação e à pessoa investigada, exceto se não houver possibilidade de indicar o suspeito.

Fala a lei em nulidade pela falta de fundamentação. Nem podia ser diferente porque toda decisão judicial deve ser motivada. A grande questão consistirá em saber o que sucederá com o material probatório colhido com base na interceptação se a decisão vier a ser declarada nula por falta de

fundamentação. Ora, se a decisão é nula não poderia gerar o seu efeito principal consistente em autorizar, legitimamente, a interceptação e, por conseguinte, validar todas as diligências realizadas e provas derivadas.

6. A diligência será feita pela autoridade policial (art. 6º), que poderá contar com auxílio de pessoal especializado (art. 7º), podendo o Ministério Público acompanhar a interceptação.

Tudo será feito em auto apartado, formando-se um procedimento incidental, com preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8º, "caput"). No encerramento do inquérito ou na conclusão do processo para o juiz nos momentos previstos nos artigos 407, 502 e 538 do CPP, o auto do procedimento incidental será apensado aos autos principais.

O que não interessar à prova será inutilizado (art. 9º), prevendo-se a instauração de um incidente simples com os seguintes autos: requerimento do Ministério Público ou da parte interessada; assistência do Ministério Público; possibilidade de acompanhamento do acusado e de seu defensor.

7. Duas observações finais são importantes para reflexão.

A lei não se refere à participação do investiga-

do, réu ou defensor no procedimento incidental e nas diligências, exceto no art. 9º quando faculta ao acusado ou seu advogado acompanhar o ato de inutilização da gravação. Tudo decorre da própria natureza da diligência, pois, obviamente, se informado o réu ou o investigado, nunca iria ele efetuar qualquer comunicação comprometedor. O contraditório será diferido, garantindo-se, após a gravação e transcrição, ao investigado e ao acusado o direito de impugnar a prova obtida e oferecer contra-prova.

Outro ponto foi o de a lei só ter mencionado a interceptação, ficando excluídas do texto a escuta e a gravação das comunicações telefônicas, o que gerará controvérsias sobre a licitude da prova obtida por esses meios. Nem cuidou também, como fazia o projeto referido em seu artigo 12, da gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, tema que é objeto de acesa controvérsia.

O autor é procurador de Justiça aposentado, professor associado do Departamento de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP e advogado em São Paulo

A mídia e o Direito Penal

(Sérgio Salomão Shecaira)

"Os principais jornais e emissoras de TV, privadas e estatais, abandonaram o jornalismo independente e apartidário para se engajarem na campanha leitsinista. Houve bloqueio de informações sobre a oposição, silêncio sobre a doença de Leitsin e até suborno de jornalistas" (Folha de S. Paulo, 07.07.1996, p. 1-19).

Não é novidade que a moderna imprensa tem hoje um caráter eminentemente empresarial. Antes da mídia ter uma função pública, não se pode deixar de lembrar que ela se constitui através de uma empresa, com objetivos comerciais e com notório interesse em explorar de forma sensacionalista fatos policiais, que lhe rendam muito dinheiro.

O conhecimento que se obtém do mundo é mediado pela maneira de conhecer do homem. Na atual sociedade de massas, uma das principais formas de conhecimento se dá através dos meios de comunicação de massas. A notícia aparece como o principal elemento de construção da realidade do indivíduo (cf. Cervini, *Os Processos de Descriminalização*, p. 92), deixando de ser um mero reflexo do fato social digno de divulgação para as pessoas.

Um dos mais graves problemas envolvendo a justiça criminal, segundo Drapkin, é que a mídia, ao expressar suas próprias opiniões durante os procedimentos criminais, acaba por

"julgar" as pessoas proferindo vereditos sem qualquer base fático-processual ("trial by the media"). Tais decisões, inapeláveis, criam fatos consumados pela divulgação de informações prematuras que se constituem em verdadeiro desserviço público (*Criminologia da Violência*, p. 52).

Além disso, são os meios de comunicação de massas que desencadeiam as campanhas seletivas com a fabricação de estereótipos de fatos e de crimes. As campanhas da "lei e da ordem" sempre descrevem a "impunidade total", falam da "polícia que prende e do juiz que solta", "dos menores que entram e saem da FEBEM graças ao ECA", atribui o mal funcionamento do aparelho estatal "às leis benevolentes, especialmente à Constituição, que só garante direitos humanos para bandidos", etc. "Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquentes de colarinho branco, de trânsito, etc.)" (Zaffaroni, *Em Busca das Penas Perdidas*, p. 130), que talvez atentem contra valores sociais até mais relevantes do que aqueles abordados nas campanhas sistemáticas desencadeadas pela imprensa.

Estas fábricas ideológicas condicionadoras, em momentos mais agudos de tensão social, não

hesitam em alterar declaradamente a realidade dos fatos criando um processo permanente de indução criminalizante. Zaffaroni e Cervini, nas obras citadas, destacam que os meios de comunicação de massas, ao agirem dessa forma, atuam impedindo os processos de descriminalização de condutas de bagatela (por exemplo), incentivando a majoração de penas, constituindo-se, pois, num dos principais obstáculos à criação de uma sociedade democrática fundada nos valores de respeito aos direitos dos cidadãos e da dignidade humana.

Por derradeiro, bem é de observar-se que qualquer discussão acerca do que faz ou deixa de fazer a imprensa, no plano político ou policial (são realidades nada distantes, até no plano semântico), só se justifica dentro do contexto da democracia garantidora da liberdade de pensar e agir. Se a própria mídia não cria mecanismos asseguradores da manutenção dos valores democráticos, corre o risco, em face dos resultados decorrentes de sua ação, de sofrer as eventuais consequências da falta de democracia, que tanto apregoa defender, mas que não defende; e isso é muito claro pelo contexto em epígrafe.

O autor é advogado, professor da Unesp e 2º vice-presidente do IBCCrim

Patrocinadores:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

 
NOSSA CAIXA - NOSSO BANCO S.A.



BANCO DE BOSTON



Apoio:



Curso Damásio


UNIVERSIDADE
BRAZ CUBAS