

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCCRIM

EDITORIAL:

QUEM TEM MEDO DO RELATOR DA ONU?

A internacionalização dos direitos humanos pode ser localizada a partir da segunda metade do século XIX, com manifestação no terreno do direito humanitário, iniciando-se com a luta contra a escravidão e com a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

Ao início do século XXI, ainda não nos livramos nem do trabalho escravo — é conferir os jornais e a forma de exploração desse tipo de trabalho no campo, com trabalhadores rurais e mesmo na cidade, com imigrantes ilegais, e tampouco o trabalhador assalariado tem seus direitos respeitados — que o diga o dia-a-dia da tão atarefada Justiça do Trabalho.

É cediço que os Direitos Humanos nunca fizeram parte de nosso patrimônio cultural. As duas condições históricas para a realização concreta dos Direitos Humanos confluem na vida comunal européia, a partir do século XII: a abolição da sociedade de estamentos e o fundamento comunitário do direito. Ora, nenhuma dessas condições históricas existiu na América Latina. Desde o início de nossa colonização, as duas grandes características foram: a escravidão e o oficialismo.

As pistas de superação desse impasse cultural devem ser encontradas em políticas que privilegiem a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos e reconheçam seu caráter internacional. O nascimento da Organização das Nações Unidas, em 1946, depois dos horrores da 2ª Guerra Mundial, logo seguida da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Universal dos Direitos Humanos, em 1948, prova a afirmação.

A fase das declarações seguiu-se a etapa de reforçar os mecanismos internacionais de proteção dos direitos — tanto no âmbito universal quanto no regional — de estabelecer e implementar os pactos internacionais. Criaram-se instâncias de caráter quase judicial, como o Comitê de Defesa dos Direitos Humanos e mesmo Tribunais Internacionais, como a Corte Européia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre outros. Admitiu-se a competência de vários desses organismos para abrigar disputas entre o indivíduo e seu próprio país de origem, sempre que esgotada a jurisdição interna e não utilizada outra via internacional. Outros mecanismos de proteção e promoção dos direitos humanos foram criados, sempre por incentivo das inúmeras situações de violação que esses direitos e seus defensores enfrentaram, mundo afora, na América Latina, e no Brasil inclusive. Foram gerados outros mecanismos muito criativos de proteção, como visitas e missões a paí-

ses, nomeação de relatores especiais por países ou por temas, medidas que salvaram vidas e protegeram pessoas.

Algumas convenções internacionais, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, instituíram a jurisdição universal, habilitando outras jurisdições que não apenas a do país do torturador, para processá-lo e julgá-lo por crimes ainda que não ali cometidos, presentes determinadas condições.

A jurisdição universal é um claro exemplo de superação dos parâmetros conservadores baseados na “soberania nacional”. Entende-se, entretanto, que esta nunca pode ser utilizada como pretexto para impedir o acionamento desses mecanismos de defesa, salvo, é claro, em épocas de ditadura.

O Brasil sempre participou ativamente desse cenário, desde a própria fundação da ONU. Mulheres e homens brasileiros integraram diversos desses órgãos de proteção, inclusive compõem cortes internacionais, são relatores especiais ou tiveram outros papéis relevantes na redação de instrumentos ou declarações internacionais. Um brasileiro, **Sérgio Vieira de Mello**, cuja lúcida e intensa trajetória internacional, em favor dos direitos humanos, ainda é viva em nossa memória, chegou a exercer o posto de Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos.

Tudo isto se disse para qualificar como pequena, própria de concepções autoritárias e oitocentista a resistência esboçada por alguns setores em relação à presença no Brasil do advogado argentino **Leandro Despouy**, relator especial da ONU para questões relacionadas à independência de juízes e advogados.

A reflexão internacional já produziu vários *standards*, hoje considerados mínimos necessários para inúmeras atividades como o papel dos funcionários encarregados de cumprir a lei, o exercício de atividades por juízes e promotores, a proteção a defensores de direitos humanos e o exercício independente da advocacia. **Leandro Despouy** é exatamente especialista nesses instrumentos, tendo ajudado a construí-los como experto da ONU. Daí a extensão do seu mandato e a razão de sua escolha.

Leandro Despouy chegou ao Brasil a 13 de outubro, convidado pelo Governo brasileiro, para, no exercício de seu mandato de relator, conhecer e se pronunciar sobre a situação brasileira. Reuniu-se com juízes, membros do Ministério Público, advogados, e autoridades; visitou tribunais e associações de operadores do Direito; falou com a sociedade civil. Recebeu

Editorial

Índice

EDITORIAL:

QUEM TEM MEDO DO RELATOR DA ONU?

1

E O JUIZ?

Alberto Silva Franco

2

NOTA SOBRE A HIPOCRISIA
OU DE COMO A JUSTIÇA DA
INFÂNCIA E DA JUVENTUDE
DE SÃO PAULO NÃO CONSEGUE
DIFERENCIAR SER E DEVER-SER

Mário Henrique Ditticio
e Karyna Batista Sposato

4

“JUSTIÇA” E O
LEPROSÁRIO CARIOCA

Rodrigo Baptista Pacheco

5

INDULTO CONDICIONAL:
TRISTE EQUÍVOCO...

Carmen Silvia de Moraes Barros

6

“ARREPENDIMENTO POSTERIOR”
E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Marcelo Lessa Bastos

7

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
TRIBUTÁRIO E MEDIDA CAUTELAR
NO PROCESSO PENAL

Débora Pimentel
e Rodrigo Dall’Acqua

9

LAVAGEM DE DINHEIRO E O
TRATAMENTO PENAL DO
“PITUFE” OU “SMURFING”

Flavio Cardoso Pereira

10

O NOVO ESTATUTO DO IDOSO
NASCEU VELHO?

Fábio Bonini Simões de Lima

12

A LIBERDADE PROVISÓRIA,
A GRAVIDADE DO DELITO E
O CLAMOR PÚBLICO

Warley Belo

13

BALCÃO DE DIREITOS
DIREITO E CIDADANIA

Rodney Malveira da Silva

14

APONTAMENTOS SOBRE O CÓDIGO
PENAL INTERNACIONAL ALEMÃO

Pablo Rodrigo Afllen da Silva

15

IDADE PENAL (MAIORIDADE)
NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
DESDE A COLONIZAÇÃO
ATÉ O CÓDIGO DE 1969

Heloisa Gaspar Martins Tavares

18

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.
FALTA DE JUSTA CAUSA.
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE
PELA PENA EM PERSPECTIVA

Idúlio Teixeira da Silva

841

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
ATO DISCRICIONÁRIO
DE PREFEITO. ATIPICIDADE

Tibagy Salles

842

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

844

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

845

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

846

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

847

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

848

membros do **IBCCRIM** em audiência especial. O **IBCCRIM** tratou com o relator dos temas importantes da atualidade jurídica e judiciária nacional.

O **IBCCRIM** igualmente reforçou no relator a boa impressão que já lhe fora causada pela política pública dos Centros de Integração da Cidadania (CICs), experiência paulista, sobre a qual este instituto já havia realizado exaustiva investigação. O relator recebeu um exemplar do livro publicado pelo **IBCCRIM** com

o conteúdo da pesquisa sobre os CICs.

Após cumprir sua agenda em vários Estados Brasileiros, com base nas informações coletadas durante a viagem, o relator formulará um Relatório a ser apresentado à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Espera-se que suas recomendações sejam seriamente levadas em conta e provoquem o debate, o interesse, a atenção que a sua própria visita provocou. Lembremo-nos todos que a questão do Judi-

ciário não está reservada apenas para operadores do direito. Ela afeta toda a cidadania. É matéria de direitos humanos.

Em momento em que o Brasil se projeta no cenário internacional, participa de missões de paz, sugere políticas mundiais de combate à pobreza e chega a pleitear assento permanente no Conselho de Segurança, seria penoso sustentar que a Justiça é matéria de ordem interna e que a ONU “não tem nada a ver com isso”. 

E O JUIZ?

Alberto Silva Franco

Há mais de uma década, discute-se em nível de Congresso Nacional a reforma do Poder Judiciário: a necessidade ou não da existência de órgão de controle externo; a proposta de súmulas vinculantes ou de súmulas meramente impeditivas de recursos; a federalização ou não das hipóteses de graves violações de direitos humanos; a questão do período de *quarentena*, em relação ao magistrado aposentado ou exonerado; o combate ao nepotismo; a maior democratização interna; a transparência nos procedimentos de escolha para os cargos diretivos. Tudo isso e outras questões de significação menos relevante estão sendo objeto de acalorados debates. Só não se questionou até agora o principal protagonista do Poder Judiciário: o juiz. Teria ele — por seu embasamento universitário, pela forma como foi recrutado, pela perspectiva com que encara seus próprios conhecimentos, pela maneira como exercita o seu poder de julgar, pelo modo como age em relação a seus iguais — condições de exercer adequadamente, na atualidade, a sua função? Ou o perfil do juiz atual não se acomoda mais ao modelo exigido por uma sociedade de economia globalizada, dependente, em alta medida, de novas tecnologias que alargam a massificação e a exclusão dos segmentos sociais mais frágeis? O confronto entre o juiz da atualidade e o juiz desejável na sociedade pós-moderna dá a medida exata do nível de transformações exigíveis para um novo padrão de juiz. E se nada for construído nessa direção, não há reforma judiciária que possa ter sucesso e, mais do que isso, que tenha legitimação e validade.

O juiz de hoje é o resultado final de uma formação universitária que desemboca numa petrificante postura positivista, de um sistema de recrutamento que privilegia a cultura normativista; de uma visão compartimental de suas atividades;

de uma compreensão burocrática dos feitos submetidos a seu julgamento, e de uma conduta insegura e corporativa. A formação universitária é dominada por um processo de aprendizagem legalista que despoja o estudante de todo poder crítico e não lhe dá margem para desenvolver a capacidade criativa. A idéia-chave é a de que a lei funciona como um paradigma sagrado e insubstituível, porque tem a capacidade de equacionar e solucionar todos os conflitos. O recrutamento dos juizes, por sua vez, é feito entre pessoas que já introjetaram esse modo de pensar. Mas o que é pior: nos concursos públicos, não interessa a visão que o candidato tenha do mundo ou da

sociedade na qual será inserido, mas apenas os seus conhecimentos técnico-jurídicos, avaliados com frequência por meio de testes de memorização. Não causa, portanto, surpresa que o juiz, modelado segundo padrões positivistas, não passe de um burocrata, de um temeroso respeitador de formas, de um seguidor obstinado e compulsivo de regras porque elas simplesmente existem e, por isso, têm validade formal. É ele a *boca repetidora*; é ele quem exerce a função de *salvador* da lei. A submissão à lei é de tal ordem que, mesmo quando ela se mostre em flagrante colisão com o conteúdo material da Constituição, é dever do juiz preservá-la a qualquer preço. Além disso, o juiz atual está satisfeito com os seus conhecimentos e prescinde da influência e da comunicação de outros saberes. O Direito, enfim, lhe basta; a realidade, em sua dinâmica mudança, é incorporada seletivamente na medida do interesse do juiz. Fora dele, nada importa: é de uma indiferença

O juiz atual não reflete mais a sociedade em que vive, na medida em que constrói, numa perigosa atitude autista, a sua própria realidade.

total. “O direito é autônomo, portanto, molda a sociedade e a sociedade responde, nada mais do que isso. A sociedade é um dado” (**Boaventura de Souza Santos**. “Que formação para os juizes nos dias de hoje”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 82, abr.-jun., 2000, pp. 7-25). A inapetência por outros saberes e a decorrente incapacidade de construir uma adequada comunicação interdisciplinar conduzem o juiz atual a uma posição solitária e pretensiosa; enfim, a uma atitude de superioridade, de quase soberba. Esse modelo-padrão de juiz faz “uma gestão burocrática dos processos”, sobrepondo “a circulação à decisão — o chamado andamento aparente do processo”; dá preferência “às

decisões processuais em detrimento de decisões substantivas”. Bem por isso, esse juiz formalista “conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe apertar e espremer os processos até que eles destilem a sociedade, violação de direitos humanos, pessoas a sofrer, pessoas com fome”. O que o seduz não é a qualidade da Justiça, mas sim a sua quantidade. “A qualidade não está na agenda política. Está apenas a quantidade, a morosidade, a ineficácia, as prescrições. São sempre indicadores quantitativos” (**Boaventura de Souza Santos**, *op. cit.*, pp. 17-20). Por fim, o juiz atual, sob o domínio de aparente auto-suficiência, vê crescer, em seu íntimo, o insopitável sentimento de insegurança que só consegue ser compensado por meio de duas distintas estratégias. De um lado, pela reunião com seus iguais, formando uma corporação — carreira hierarquizada, na qual cada integrante é inimigo potencial do outro —, que se sustenta fundamental-

mente, não na concordância de objetivos mas na defesa de privilégios corporativos comuns e de um posicionamento judicial falsamente apolítico. De outro lado, os sinais externos (arquitetura grandiosa dos prédios, a suntuosidade das salas dos tribunais, as vestes talares, o estrado, o linguajar específico, etc.), que sacralizam os rituais da justiça, servem para pôr à distância o homem comum, livrando assim o juiz da insegurança que o perturba.

De tanto girar em torno do eixo do direito positivo, o juiz acaba por alongar-se da realidade exterior, como se direito e sociedade fossem dois corpos estranhos, como se o direito não fosse um fenômeno social vinculado à própria sociedade. O juiz atual não reflete mais a sociedade em que vive, na medida em que constrói, numa perigosa atitude autista, a sua própria realidade. É ele o único habitante de seu mundo particular e como não convive com os que vivem na sociedade, torna-se *“presa fácil de idéias dominantes porque não tem idéias próprias sobre isso. Aliás, segundo a cultura dominante, não tem que as ter; tem é que aplicar a lei. Obviamente que, não tendo idéias próprias, tem que ter algumas idéias, mesmo que pense que não as tem. São as idéias dominantes”* que *“são as idéias de uma classe política muito pequena, de formadores de opinião também muito pequena, e de uma grande concentração dos meios de comunicação social. E é aí que se cria um senso comum muito restrito no qual se analisa a realidade”* (Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 18). O juiz apolítico é, em verdade, o mais político de todos porque, a pretexto de não se envolver em nada, revela-se um mantenedor do *status quo*, ou seja, da ordem hegemônica.

É evidente que este perfil de juiz — que não passa de um retrato em largas pinceladas da cultura normativista, tão cultivada no País, e que se mostra até injusto em relação a tantos juízes que corajosamente repelem esse posicionamento — não tem condições de sobreviver numa sociedade dominada por transformações econômicas, sociais e da própria estrutura estatal. A globalização, o crescente nível de desigualdades e de exclusão social, as tensões entre o Estado-nação e a economia transnacional, as novas formas de criminalidade, as violações dos direitos humanos não apenas pelo Estado, mas também pelos agentes privados, são alguns dos fatores que determinam a necessidade da montagem de um novo protótipo de juiz. Sua preparação para o exercício dessa função parte, antes de tudo, da rejeição de uma visão segmentada da realidade. Direito

e sociedade não vivem apartados: estão no mesmo lugar. Por isso, é necessário que o novo juiz esteja sensibilizado pelo questionamento social. A apreensão da realidade social, a percepção de que lida, antes de tudo, com conflitos e não com consensos, e a compreensão de que o processo não é um monte de papéis, mas representa a expectativa, a pretensão, a tutela ou a proteção de um ser humano concreto, de carne e osso, permitirão que o juiz tenha uma perspectiva do mundo menos estamentada e corporativa e bem mais democrática. Essa cosmovisão deve ser acompanhada de uma captação de conhecimentos que não se circunscrevem à área do Direito. Economia, Sociologia, Política, Psicologia, Antropologia, Bioética, Criminologia e assim por diante, tudo isso deve tirar o juiz de seu isolamento imperial para levá-lo a uma compreensão facetada da realidade social. Cultura judicial, sim, mas sempre acompanhada de cultura geral porque ambas devem conviver na mesma figura humana. Com esse tipo de formação, será possível desenhar o novo perfil do juiz, em condições de atuar na sociedade de exclusão social. Só esse juiz, com a mudança radical de sua maneira de perceber e de compreender seu papel na complexa sociedade atual, terá condições de com o grau necessário de efetividade, obstar as vulnerações dos direitos humanos.

A Reforma do Poder Judiciário não surtirá nenhum resultado palpável; não transformará coisa alguma; não retirará o sistema judicial de seu protagonismo negativo; não servirá para nada se não construir um novo paradigma de juiz. Se não houver uma profunda reformulação do ensino jurídico; se não ocorrer a mudança radical da forma do recrutamento, da formação e da seleção do juiz; se não forem dominadas as resistências do juiz ao conhecimento multidisciplinar; se não tiver ele a compreensão humana dos processos submetidos a julgamento; se não adotar uma postura democrática, vencendo o corporativismo e a insegurança pessoal, não há esperança alguma para sua sobrevivência como figura central na estrutura da sociedade pós-moderna. O modelo do juiz atual está esgotado: não há nada que possa salvá-lo. Morreu de morte morrida. Urge criar um novo padrão para um mundo de tantas tensões e tão profundas rupturas. (1)

Alberto Silva Franco
Desembargador aposentado do TJ/SP
e membro do IBCCRIM



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Franciele Silva Cardoso

BOLETIM:

Carlos Alberto Pires Mendes

CURSOS:

Juliana Sinhorini Nahum

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Tatiana Viggiani Bicudo

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D' Urso

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIOS: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Sílvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro

Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

NOTA SOBRE A HIPOCRISIA – OU DE COMO A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE SÃO PAULO NÃO CONSEGUE DIFERENCIAR SER E DEVER-SER

Mário Henrique Ditticio e Karyna Batista Sposato

NOTA SOBRE A HIPOCRISIA – OU DE COMO A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE SÃO PAULO...

A Justiça da Infância e da Juventude de São Paulo é o local em que o *dever-ser* confunde-se com o *ser* da forma mais inusitada possível. Lá, e até o Tribunal de Justiça, a Febem realmente é um bem para o adolescente internado. Os promotores de Justiça e os magistrados chegam a afirmar que, em reverente respeito ao magno princípio da proteção integral, a internação é devida. Obviamente, para o bem-estar do jovem.

Será um idealismo mal digerido o que os move? O idealismo de Platão reduz o real ao ideal, “resolvendo o *ser* em *idéia*”⁽¹⁾. Ignorado o fenômeno, resta a *idéia* do real, o *dever-ser*. Já o idealismo moderno crê que as coisas não existem por si mesmas, “mas na medida e enquanto são representadas ou pensadas (...) no idealismo, em suma, declara-se que o homem, quando conhece, não copia uma realidade exterior a ele já dada, mas cria um objeto com os elementos de sua subjetividade”⁽²⁾. Talvez seja essa filosofia que os faça enxergar um paraíso no inferno das Unidades de Internação.

Talvez sejam eles os arautos da metafísica, fíéis seguidores de Platão, Aristóteles e Descartes. Adotam ingenuamente a posição de que “toda possibilidade de um conhecimento válido e fidedigno é garantida pela construção de conceitos logicamente parametrados e de uma privação da intimidade entre os homens e seu mundo”⁽³⁾. Em outros termos: ignoram o mundo em que atuam, construindo um próprio.

Quem sabe tal rompimento esquizofrênico com a realidade não decorra apenas de uma visão extremada do positivismo jurídico. Neste, o Direito aparece “precisamente como aquilo que ele próprio não é, como um ‘todo sistemático, coerente, pleno e objetivo’”⁽⁴⁾, não havendo por que questionar-se a partir das infundadas alegações dos defensores de que a Febem não seria um bem: se a Constituição prevê que o Estado dará proteção integral aos adolescentes, assim é, ainda que não seja.

Sendo inverossímil pensar-se que os promotores e magistrados tenham rompido tão drasticamente com a realidade (a ponto de ignorar torturas e privações cotidianas da dignidade devida a qualquer ser vivo, que ocorrem na Febem), o que ensinaria intervenções psiquiátricas um tanto drásticas, passa-se a uma nova hipótese: talvez a defesa intransigente de uma alucinação togada coletiva decorra justamente da visão dogmática do direito que, ao mostrar-se como não é (sistemático e coerente), revela precisamente aquilo que é — uma forma de controle social pela qual são legitimadas certas relações sociais⁽⁵⁾.

Se não se trata de opção filosófica pelo idealismo, descartada igualmente a defesa intransigente da metafísica e mesmo de um dogmatismo alheio ao ser, resta-nos admitir que tal posição deriva de uma bem definida ideologia. Ideologia vista aqui no sentido marxista de *falsa consciência*, “que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas”⁽⁶⁾. Nesse ponto caem as máscaras e a luz do sol mais cristalina revela a hipocrisia a mover o sistema *neomenorista* da Justiça da Infância e da Juventude de São Paulo. Ao optar pelo rompimento com a realidade, o Estado legitima torturas e maus tratos através de um discurso cínico, defendendo com unhas e dentes que o *ser* é, sim, como o *dever-ser*, e que a realidade se esgota nas prescrições legais.

A consequência prática de tal opção ideológica é o afastamento sumário das garantias do devido processo legal aos acusados da prática de atos infracionais. Chega-se ao cúmulo de afastar princípios constitucionais básicos inerentes a qualquer Estado de Direito após o Iluminismo, como o princípio da inércia da jurisdição e do sistema acusatório, tudo, é claro, para o bem não só da sociedade, mas principalmente do jovem. Ora, seu bem dispensa o “culto ao formalismo”, substituído, poder-se-ia dizer, pelo culto ao surrealismo, como se lê nas ementas abaixo:

“Justiça da Infância e da Juventude - Ato infracional atribuído à (sic) adolescente - Processo iniciado pelo próprio magistrado, que também determinou internação sem prévia representação e pedido do Ministério Público - Menor envolvido em infração de extrema gravidade, visando a providência a retirá-lo do ambiente deletério que freqüentava, nocivo à formação de sua personalidade - Feito em que a observância do fim visa do pelo legislador, consistente no bem do menor, se sobrepõe ao culto ao formalismo - Nulidade inexistente” (TJSP, RT 668/258).

Mesmo o STJ chegou a recusar a aplicação do instituto da prescrição, evidentemente benéfico ao jovem, para não “estigmatizar” o adolescente e “respeitar o espírito do ECA”:

“Criminal. Recurso ordinário em habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Internação. Extinção da punibilidade pelo instituto da prescrição regulado no Código Penal. Caráter repressivo da medida socioeducativa. Negativa do espírito do ECA. I. A conclusão pelo caráter repressivo da medida socioeducativa, que, em última análise, seria equivalente à pena, implicaria na negativa de todo o espírito do estatuto menorista, que tem por

objetivo maior evitar a estigmatização do menor infrator, tratando-o, assim de forma diferenciada (...)” (RHC nº 9.736/SP, ministro Gilson Dipp, DJ 25.02.2002, p. 396).

Afinal, *dever-se-ia* tratar de jurisdição voluntária, já que a internação atenderia, sobretudo, aos interesses dos adolescentes, e não apenas de uma sociedade que, de há muito, perdeu o sentido do Estado Democrático de Direito e entregou-se à mais desmedida vingança, seja togada ou encapuzada nos esquadrões da morte, contra aqueles que, desgraçados, investem contra as pessoas de bem.

Talvez para nós, defensores, os juízes e promotores ainda digam: “*Todo o vosso sofrimento haverá sido inútil, vã toda vossa teimosia, e então compreenderéis, demasiado tarde, que os direitos só o são integralmente nas palavras com que tenham sido enunciados e no papel em que hajam sido consignados, quer ele seja uma constituição, uma lei ou um regulamento qualquer, compreenderéis, oxalá convencidos, que a sua aplicação desmedida, inconsiderada, convulsionaria a sociedade mais solidamente estabelecida, compreenderéis, enfim, que o simples senso comum ordena que os tomemos como mero símbolo daquilo que poderia ser, se fosse, e nunca como sua efetiva e possível realidade*”⁽⁷⁾. Contentemo-nos com a lei, já que, no sistema da Infância e Juventude, o *dever-ser* já se tornou *ser*, ainda que assim não seja. ●

Notas

- (1) REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 119.
- (2) *Idem*, p. 119.
- (3) CRITELLI, Dulce Mára, *Análise do Sentido – Uma Aproximação e Interpretação do Real de Orientação Fenomenológica*, São Paulo, EDUC, 1996, p. 14.
- (4) ALVES, Alaôr Caffé, “A Função Ideológica do Direito”, in: *Fronteiras do Direito Contemporâneo*, São Paulo, Mackenzie, 2002, p. 19.
- (5) *Idem*, p. 20.
- (6) BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, trad. br. Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999, p. 240.
- (7) SARAMAGO, José, *Ensaio Sobre a Lucidez*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004, p. 97.

Mário Henrique Ditticio

Mestre em Direito Penal pela USP e advogado do Centro de Defesa Técnico-Jurídica de Adolescentes em Conflito em Lei do Ilanud (Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção de Delito e Tratamento de Delinquentes)

Karyna Batista Sposato

Mestre em Direito Penal pela USP e diretora executiva do Ilanud

Mário Henrique Ditticio e Karyna Batista Sposato

“JUSTIÇA” E O LEPROSÁRIO CARIOCA

Rodrigo Baptista Pacheco

Cena um: o rapaz chega à sala de audiências em um cadeira de rodas empurrada pelo policial militar. O juiz, ora olhando o processo, ora conferindo a digitação de seu secretário no computador, maquinalmente dirige as incompreensíveis perguntas ao rapaz. Concluído o cerimonioso ato, o pobre passageiro da cadeira de rodas pergunta ao juiz se é possível a sua transferência para o hospital penitenciário, pois a ausência de pernas torna difícil a sua vida no cárcere. O nobre magistrado ergue os olhos do processo e questiona se ele está doente, quando só então percebe que o nosso personagem é portador de deficiência física. Nada obstante poder constatar *in loco*, burocraticamente explica ao rapaz que somente poderá transferi-lo após os peritos elaborarem laudo sobre a sua “doença”, pois aquilo era problema de médico, não de juiz.

Cena dois: a Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro solicita que a Defensoria Pública desocupe as salas do segundo andar do Fórum da Capital, e oferece o espaço do Arquivo Judiciário, que se localiza em frente, no prédio outrora ocupado.

Fatos aparentemente incomuns, mas tanto a primeira cena do documentário *Justiça*, quanto a solicitação feita pela Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, demonstram a distância do Judiciário fluminense da população carente.

Silenciosamente, a invisível barreira da exclusão de cidadania está em plena construção. Alicerça este vil empreendimento o juiz que somente ao final do interrogatório percebe a deficiência do rapaz e se escusa de resolver o problema. O reforço da estrutura ocorre com a saída do fórum central daqueles que atendem a mais de dois milhões de pessoas pobres do nosso Estado.

Da mesma forma que as freiras do leprosário da Amazônia separam osãos dos doentes com o Rio Amazonas, como retratado no filme *Diários de Motocicleta*, o

Judiciário fluminense vem invisivelmente separando os juizes dos miseráveis.

Expurgam-se os assistidos da Defensoria Pública para o outro lado da rua, fora da sede do tribunal, para que osãos — os juizes — não possam ser contaminados pela doença dos pobres.

Alegará a chefia do leprosário carioca, assim como as freiras do filme de **Walter Salles**, que estão ajudando os doentes ao lhes dar um mínimo de dignidade com a mudança das instalações da Defensoria Pública?

Ledo engano, pois a exigência de se atravessar o Rio Amazonas carioca, para buscar processos e comparecer às audiências, causará inúmeros transtornos aos Defensores Públicos no atendimento aos expurgados, problemas que serão especialmente agravados com a ausência de funcionários.

Todavia mais grave que os transtornos, é a carga simbólica contida neste ato da chefia do Judiciário fluminense. Prefere-se reproduzir a estrutura de discriminação da sociedade brasileira ao alocar os invisíveis — na feliz expressão de **Luiz Eduardo Soares** — no gueto dos leprosos, ao invés de oferecer um espaço maior no prédio do Fórum Central.

Se não bastasse este fato, os magistrados, cada vez mais desumanizados e distantes dos jurisdicionados, não enxergam o réu além de um nome impresso em uma folha do processo, a exemplo das freiras que cuidam dos leprosos como meros objetos.

Mas a sociedade fluminense, inspirada na travessia de **Ernesto Guevara**, tem a missão de retirar as luvas do preconceito, mergulhar no rio da discriminação e mostrar ao Judiciário que o fim último de sua existência é a promoção da dignidade de cada ser humano, seja ele leproso ou não. ☺

Rodrigo Baptista Pacheco
Defensor Público e diretor cultural da
Associação dos Defensores Públicos do
Estado do Rio de Janeiro

Rodrigo Baptista Pacheco



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Carlos Alberto Pires Mendes

COORDENADORES ADJUNTOS:
Andréa Cristina D'Angelo, Fernanda Velloso Teixeira, Leopoldo Stefanno Leone Louveira e Paulo Sérgio de Oliveira

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:
Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

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

TIRAGEM:
15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:

Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

“JUSTIÇA” E O LEPROSÁRIO CARIOCA

MESA DE ESTUDOS E DEBATES: ABORTO E ANENCEFALIA

Ocorrerá, no dia 25 de novembro, às 9:30 hs, na sede do **IBCCRIM** (2º andar), a **Mesa de Estudos e Debates sobre “Aborto e Anencefalia”**.

Para os debates, contaremos com a presença do dr. **Thomaz Raphael Gollop** (médico) e dr. **Guilherme Alfredo de Moraes Nostre** (advogado).

Mais informações podem ser obtidas pelo telefone 3105-4607 ramal 153, ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br.

Todos estão convidados. Participe!

Está em discussão o decreto presidencial referente ao indulto de Natal de 2004. A proposta é, mais uma vez, a exemplo do Decreto de 2003, que o indulto seja condicional. Trata-se de grave equívoco que, é bom lembrar, tem sua razão histórica de ser, embora, hoje o indulto condicional seja inadmissível.

É que o Direito Penal desde os tempos primitivos manteve estreita relação com a religião — o elemento religioso integrava o conceito de delito e de pena. A noção de crime se confundia com a noção de pecado e quem aplicava a pena era, então, considerado um gestor dos negócios divinos.

Crime e pecado sempre se confundiram, mas, com a penetração do Cristianismo, essa confusão se tornou tal que todo pecado devia ser punido pela justiça dos homens.

O Direito Penal Canônico estabeleceu sanções de caráter expiatório com o fim de obter o arrependimento dos faltosos (penitências, flagelações, etc.), posto que a Justiça Canônica buscava a purgação da falta cometida, o arrependimento e a consequente regeneração do criminoso-pecador ou pecador-criminoso (nunca se pode fazer a exata distinção).

Também o indulto pode ser considerado fruto dessa ambígua relação e, embora politicamente visasse promover a afirmação do poder soberano, o fato é que sempre foi perdão, assim como perdão é perdão.

Portanto, e por óbvio que pareça, indulto é perdão e não condição. Por sua vez, perdão condicional não é perdão é medida de cunho moralista e guarda clara ligação com a pretérita confusão entre crime e pecado, pena e penitência, arrependimento e regeneração.

O indulto condicional é medida titubeante, é o “perdão inseguro”; o perdão que não perdoa já que tem por objetivo derradeiro a punição dos hereges impenitentes, daqueles que, embora aquinhoados com a liberdade, não se arrependem da vida pecadora-criminosa e, em razão de sua persistência herética e de sua escolha pelo caminho do mal, devem ter o perdão “cassado”...

É o Direito Penal de funções docentes catequéticas, que se propõe salvador de almas desgarradas.

O indulto condicional carrega já consigo a justificativa para a platéia: não é assim perdão puro e simples, como só o perdão pode ser. É mais uma chance de emenda, quem sabe? Cumpre, desse modo, as funções meramente simbólicas que se vêm atribuindo ao Direito Penal há tempos.

Como não é imaginável um perdão que

pode se transformar em punição, temos que o indulto condicional é um não-perdão; é uma forma qualquer de tentativa de adestramento.

Assim é que, se não ficar demonstrado o arrependimento e houver persistência na vida criminosa, passa-se à função repressiva e à função preventiva, para preservar a comunidade do elemento nocivo, de sua má influência e, através da pena de prisão, recuperá-lo e transformá-lo. O indulto condicional traz em si a idéia — completamente ultrapassada — de que a pena privativa de liberdade tem função corretiva e educadora.

O indulto condicional envergonha-se de ser indulto, abre mão de ser perdão para tornar-se barganha.

Diz o indulto condicional em suas entrelinhas: *“só merece perdão quem é penitente, quem se arrepende e se regenera”*. Mais. Diz: *“serás solto hoje, porém só serás perdoado se te arrependeres, te recuperares e te regenerares”*.

Demonstra, pois, o indulto pendente de condição, evidente confusão entre Direito Penal e Religião. Confusão que, conforme já anotado, se verifica desde os primórdios do Direito Penal, mas que é inadmissível no Estado Democrático de Direito que tem entre seus princípios fundantes o pluralismo político e no qual nenhum ser humano, por razões meramente morais, pode ter restrição dos direitos que lhe outorgam cidadania.

O indulto ainda hoje se justifica porque a pena privativa de liberdade é cumprida em excesso. Aliás, indultar é forma de reconhecer o excesso e admitir que o Estado submete pessoas ao cumprimento de penas absolutamente fora das condições previstas em lei e que os cinco, dez, trinta anos de encarceramento, neste País, dado o absoluto e generalizado excesso em execução (art. 185 da Lei nº 7.210/84), equivalem, na prática, ao cumprimento de penas constitucionalmente proibidas (degradantes, cruéis, penas de morte, de mutilação).

Talvez, se esses “detalhes” fossem lembrados, não fosse necessário mascarar o indulto impondo condições para sua concessão, e se pudesse simplesmente assumir que se perdoa porque se tem mesmo de perdoar (não é um favor, é uma obrigação diante do excesso no cumprimento da pena).

Era de se imaginar que, separado o direito da moral, sob a égide do Estado de direito, o perdão não teria sentido nos dias atuais. Afinal, as penas deveriam ser aplicadas no limite da culpabilidade para atender às ne-

cessidades de prevenção, e estariam sujeitas à legalidade estrita em sua execução. Mas não é nada disso que ocorre.

Daí o lugar privilegiado do indulto na Constituição Brasileira, indulto cuja legitimidade, nos dias de hoje, pode ser atribuída, entre outros, aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da proporcionalidade.

No entanto, o indulto condicional é o indulto com medo da mídia, da opinião pública. Embora se reconheça que se deve conceder indulto porque assim determina a Constituição por razão de política criminal, não se sabe como explicar que se está perdoando “criminosos”... Clara a inversão de valores.

Indulto, num país onde se executam penas ilegais sem a menor cerimônia, como no Brasil, tem no mínimo caráter compensatório para o condenado que foi enganado por um Estado que dizia que iria prendê-lo, no limite de sua culpa para prevenir o crime, e não que iria dessocializá-lo e, muito menos, destruí-lo.

É despótico e opressor todo poder que extrapole os limites da legalidade estrita, o que ocorre, não de forma excepcional, no tratamento dado aos presos.

Nessa perspectiva, o indulto (não condicionado, evidentemente) pode ser considerado a face oposta do direito de resistência, expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e implícito no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: *“... se se quer evitar que o homem seja obrigado, como última instância, à rebelião contra a tirania e a opressão...”*.

Na vigência do Estado Democrático de Direito os poderes do Estado não têm legitimidade para condicionar a concessão de perdão à conformação moral dos jurisdicionados. Essa é apenas mais uma evidência da inconstitucionalidade do indulto condicional na vigência dessa forma-Estado eleita pela Constituição Federal.

Por fim, não custa recordar, parafraseando **Roxin**, que condição para perdoar só pode impor o titular do poder estatal que recebe seus poderes diretamente da autoridade divina, e não quem os recebe diretamente do povo. É, pois, o indulto condicional insustentável numa Constituição Democrática. ◉

Carmen Silvia de Moraes Barros

Procuradora do Estado em São Paulo,

mestre em Direito Penal pela

Faculdade de Direito da USP e presidente

da Comissão de monografias do IBCCRIM

“ARREPENDIMENTO POSTERIOR” E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Marcelo Lessa Bastos

Marcelo Lessa Bastos

O art. 16 do Código Penal, nada obstante estar entre nós há 20 (vinte) anos, está a merecer uma reflexão que, após muito hesitar, resolvi trazer ao debate.

Cuida-se do denominado “*arrependimento posterior*” introduzido no Código, com a Reforma Penal de 1984, para estabelecer que “*nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços*”⁽¹⁾. Como se vê, ao mesmo tempo que o legislador afirma que a reparação do dano antes da formação da relação processual impulsionada pela denúncia não é motivo suficiente para a extinção da punibilidade do réu, estabelece que, caso se trate de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e tendo a reparação ocorrido por ato voluntário do agente, este será contemplado com redução de sua pena, caso venha a ser condenado.

É uma causa especial de redução de pena⁽²⁾ que, nada obstante aparentar ser exclusiva dos crimes contra o patrimônio, nada impede que seja aplicada a qualquer outro crime de que tenha resultado dano para a vítima, ainda que tal dano não se relacione diretamente com o bem jurídico imediatamente protegido contra o delito em questão. Neste sentido, **Wáléria Garcelan Loma Garcia**⁽³⁾, levantando a hipótese de suspensão condicional do processo no crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, em virtude da incidência do art. 16, que traria a pena mínima cominada a patamar permissivo da medida, supondo que o agente, voluntariamente, tenha procurado minimizar os danos ocasionados pela infração penal, indenizando a família da vítima, antes do oferecimento da denúncia. Considera-se, como premissa, que, ao se referir aos crimes cometidos “*sem violência ou grave ameaça à pessoa*”, o dispositivo em comento tem em mente a violência dolosa, não a violência culposa, onde o que se pune não é o desvalor da ação, mas, sim, o desvalor do resultado que, *in casu*, foi minimizado pelo agente⁽⁴⁾.

Não é demais destacar que a denominação “*arrependimento posterior*”, escolhida para rubrica do dispositivo, é um crasso pleonismo, posto que, se é *arrependimento*, só pode ser mesmo posterior, vez que ninguém se arrepende do que ainda não fez⁽⁵⁾, mas do que já fez. Pretendeu-se confrontar o dispositivo com aquele denominado “*arrependimento eficaz*”⁽⁶⁾. Todavia, o preço semântico que se pagou não justificou a heresia. A toda evidência, melhor seria ter denominado o art. 16 de

“*reparação do dano*”, já que é disto que cuida, afinal, o dispositivo.

Fincadas essas prefaciais, é hora de trazer à colação o confronto entre este dispositivo — art. 16 do Código Penal — e aqueles que estabelecem a extinção da punibilidade nos crimes tributários, para saber se há alguma justificativa plausível que explique a diferença de tratamento entre situações absolutamente idênticas, ou quiçá um tratamento bem mais benevolente para uma situação muito mais grave.

A questão é como contemplar o ladrão de galinhas, que cometeu um simples furto, apenas com a redução de pena decorrente do *arrependimento posterior*, enquanto que o sonegador, que desvia milhões do erário, é premiado com a extinção da punibilidade, caso pague o tributo devido ou o negocie com o fisco, antes do recebimento da denúncia.

Sabe-se que o art. 14 da Lei nº 8.137/90 dispunha que “*extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*”. Tal dispositivo foi revogado expressamente pela Lei nº 8.383/91⁽⁷⁾. Contudo, a situação de seriedade no trato do recolhimento de tributos durou muito pouco, já que, com a Lei nº 9.249/95, restabeleceu-se a regra da extinção da punibilidade nos crimes tributários, o que produziu efeitos retroativos no que concerne aos delitos cometidos quando ao desabrigo da benesse⁽⁸⁾, uma vez que, neste ponto, foi *novatio legis in melius*, sendo de se aplicar o art. 5º, XL, da Constituição Federal e o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Tudo voltou a ser como antes: “*extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, 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*”⁽⁹⁾. Regra idêntica a esta se encontra, hoje, dentro do próprio Código Penal, no art. 168-A, que trata da apropriação indébita previdenciária, acrescentado que foi pela Lei nº 9.983/00: “*é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta*

as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”⁽¹⁰⁾.

Muito embora se encontrem na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal arestos decidindo que só o pagamento integral do tributo sonegado é capaz de acarretar a extinção da punibilidade⁽¹¹⁾, existem, em outras Cortes, entendimentos que acentuam ainda mais a benesse, ao conside-

rar que o parcelamento da dívida tributária, feito oportunamente, equivale ao pagamento, aproveitando-se da causa extintiva, por ter ocorrido novação da dívida, o que, segundo este entendimento, equivale ao pagamento. No próprio Superior Tribunal de Justiça vêem-se arestos

assim decidindo⁽¹²⁾, como, de resto, nos Tribunais Regionais Federais.

Ora, na sonegação fiscal o interesse público em jogo é muito maior do que em um simples furto. Enquanto que neste está envolvido o patrimônio particular, naquele outro caso tem-se um dano ao erário que, em última análise, é patrimônio de todos. Não faz o menor sentido contemplar o ladrão, que investe contra o patrimônio de uma única pessoa, com uma mera causa especial de redução de pena, ao passo que ao sonegador, que investe contra o patrimônio público, se assegura a extinção da punibilidade, ainda que ele não tenha pago todo o tributo sonegado de uma só vez e, sim, parceladamente. Isto sem falar que, não raras vezes, furta-se um bem de determinado valor, não necessariamente alto e, sendo devolvido, obtém-se apenas a redução da pena; ao passo que, sonegam-se milhões de reais e ajustado com o fisco o parcelamento sabe-se lá em quantas vezes e se vai ser honrado, assegurando-se a extinção da punibilidade. Neste último caso, o desvalor da ação é muito maior — sonegação de milhões de reais — e também o desvalor do resultado o pode ser — pagamento parcial. No primeiro caso, conforme o valor da *res furtiva*, o desvalor da ação e do resultado pode ser bem menor.

Como se pode continuar convivendo, em pleno século XXI, sob a égide do princípio da igualdade constitucionalmente assegurado — art. 5º, *caput*, Constituição Federal — com regras tão iníquas, que

Enquanto continuar vigorando a causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários, este mesmo dispositivo deve ser aplicado, por analogia in bonam partem, aos casos de crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando o dano for reparado antes do oferecimento da denúncia.

➔ conduzem a situações paradoxais?!

Nenhum fundamento jurídico justifica a diversidade de tratamento dado pelo legislador ao furtador e ao sonegador; ao ladrão de galinhas e ao empresário. A única coisa que explica esse paradoxo — e ao mesmo tempo causa revolta ao jurista consciente — é o fato de que o ladrão de galinhas será sempre o inimigo, ao passo que o sonegador pode estar sentado à mesa da gente. É a discriminação econômica em sua forma mais odiosa — reservando a punição para uns menos favorecidos e trazendo a impunidade para os mais abastados.

É hora de dar um basta nessa hipocrisia, devendo o Estado-juiz dizer o seguinte para o Estado-legislador: “— *Se você, legislador, quer continuar premiando o sonegador com a extinção da punibilidade, eu, juiz, nada posso fazer. Tenho que reconhecer a causa extintiva. Todavia, enquanto isto me for imposto, saiba que levarei a bem também aquele que você excluiu!*”

Em outras palavras, o que se defende neste artigo é que, a continuar e enquanto continuar vigorando a causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários, este mesmo dispositivo deve ser aplicado, por analogia *in bonam partem*, aos casos de crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando o dano for reparado antes do oferecimento da denúncia. Ao invés de simplesmente se aplicar a figura do arrependimento posterior, deve-se partir para a extinção da punibilidade do ladrão, com a mesma tranqüilidade com que se ignoram os milhões sonegados em tributos ao erário, quando se procede, nas mesmas circunstâncias, ao pagamento ou, para uns, ao simples parcelamento do débito. E se deve fazer isso invocando a norma maior, que é a Constituição Federal, em homenagem ao princípio da isonomia, eis que não há a menor razão que justifique a diversidade de tratamento dado

pelos textos legais infraconstitucionais.

Não se quer, com isso, amenizar a repressão aos crimes contra o patrimônio; mas tratá-la do mesmo modo como se tratam crimes muito mais graves por atingirem o erário público, que pertence a todos nós. Que fique com o legislador a decisão acerca da benevolência ou da efetiva repressão para com ladrões e sonegadores⁽¹³⁾. Mas que os operadores do Direito — em especial, o Poder Judiciário — não tolerem mais, enquanto isso, conviver com a hipocrisia. ◀

Notas

- (1) BRASIL, Código Penal, art. 16.
- (2) JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 344.
- (3) GARCIA, Waléria Garcelan Loma. “Código de Trânsito Brasileiro: o Crime de Homicídio Culposo e a Possibilidade de Suspensão Condicional do Processo”, São Paulo: *Boletim do IBCCRIM* n° 63, de fevereiro de 1998.
- (4) O mesmo raciocínio poderia ser aplicado aos crimes de lesão corporal culposa, quando o autor do fato resolve indenizar voluntariamente a vítima, reparando o dano oriundo de sua infração penal, antes do recebimento da denúncia.
- (5) Ao menos não juridicamente falando.
- (6) BRASIL, Código Penal, art. 15, segunda parte.
- (7) Sancionada, curiosamente, pelo ex-presidente **Fernando Collor**.
- (8) Entre 1991 (em virtude da Lei n° 8.383/91) e 1995 (Lei n° 9.249/95).
- (9) BRASIL, Lei n° 9.249/95, art. 34.
- (10) BRASIL, Código Penal, art. 168-A, § 2°.
- (11) Vide STF/Informativo n° 136: “Nos crimes contra a ordem tributária (Lei n° 8.137/90), a extinção da punibilidade ‘quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (Lei n° 9.249/95, art. 34)’ pressupõe a satisfação integral do débito, e não apenas o seu parcelamento. Precedente citado: *Inq (OO)* n° 1.028-RS (DJU de 30.8.96); HC n° 74.754-SP (julgado em 4.3.97, acórdão pendente de publicação, v. *‘Informativo’* n° 62). HC n° 77.010-RS, rel. min. **Néri da Silveira**, 24.11.98”; STF/Informativo n° 117: “No crime previsto no art.

95, d, da Lei n° 8.212/91 (‘deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público’), a extinção da punibilidade ‘quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (Lei n° 9.249/95, art. 34)’ pressupõe a satisfação integral do débito. Com esse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus, confirmando acórdão do TRF da 3ª Região que revogara a extinção da punibilidade do paciente decretada pelo juiz de 1º grau, pela ausência de quitação da correção monetária do débito. HC n° 77.151-SP, rel. min. **Sidney Sanches**, 23.6.98”.

- (12) Vide STJ/Informativo n° 216: “Parcelamento. Débito. Extinção da punibilidade. O denunciado, entre 1991 e 1993, na qualidade de ex-presidente de clube atlético, foi acusado da apropriação de contribuições devidas à Previdência Social (art. 95, d, da Lei n° 8.212/1991) e descontadas dos salários dos empregados daquela agremiação. Sucede que, antes da denúncia, houve o parcelamento do referido débito. Esse, porém, por situação alheia ao denunciado, não foi pago totalmente, o que ocasionou a posterior rescisão da transação. Isso posto, prosseguindo o julgamento, a Corte Especial, por maioria, entendeu que, para fins penais, o parcelamento se amolda na expressão ‘promover o pagamento’ constante do art. 34 da Lei n° 9.249/1995 e, como restou comprovado que foi realizado antes da denúncia, ocasionou realmente a extinção da punibilidade. O min. **Gilson Dipp** asseverou que esse instituto envolve transação, novação, que altera a natureza da relação jurídica, retirando o conteúdo criminal para atribuir-lhe caráter de ilícito civil lato sensu. Precedentes citados: RHC n° 11.598-SC, DJ 28/4/2003; HC n° 9.909-PE, DJ 13/12/1999; REsp. n° 197.365-MG, DJ 6/9/1999; REsp. n° 184.338-SC, DJ 31/5/1999, e REsp. n° 441.866-RS, DJ 23/6/2003”. INQ n° 352-ES, rel. min. **Fernando Gonçalves**, julgado em 4/8/2004.
- (13) Que, ontologicamente, não se distinguem, sendo apenas uma questão de classe social!

Marcelo Lessa Bastos

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, professor de Direito Penal e de Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos, mestre e especialista em Direito Público

ASSEMBLÉIA GERAL ORDINÁRIA

CONVOCAÇÃO

Ficam convocados os associados do **IBCCRIM**, inscritos há mais de um ano, e em dia com as suas contribuições, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária**, no dia 9 de dezembro de 2004, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede do Instituto, na Rua Onze de Agosto, 52 – 2º andar – Centro – São Paulo, para deliberar sobre a seguinte ordem do dia:

- a) Aprovação das contas do exercício findo;
- b) Apresentação do Relatório de Atividades de 2004;
- c) Eleição da Diretoria Executiva e do Conselho Consultivo;
- d) Aprovação da nova mensalidade;
- e) Outros assuntos de interesse geral.

MARCO ANTONIO R. NAHUM
Presidente

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E MEDIDA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Débora Pimentel e Rodrigo Dall'Acqua

Débora Pimentel e Rodrigo Dall'Acqua

Em notória manifestação de seu órgão plenário, o STF entendeu ser necessário o término do processo administrativo tributário para que o Ministério Público possa intentar ação penal por crime de sonegação fiscal. O posicionamento encampado é simples e lógico, partindo do princípio de que o crime de sonegação fiscal pressupõe a existência de um tributo devido aos cofres públicos, que somente será constituído após o lançamento fiscal definitivo.

Em seu voto, o ministro **Celso de Mello** assinalou que somente ao término do procedimento administrativo é que *“ter-se-ão, então, por definitivos, tanto a existência, como o conteúdo da própria relação jurídico-tributária, fazendo cessar o estado de incerteza objetiva, resultante da simples potencialidade de uma contestação”*⁽¹⁾. Esse entendimento gera um contundente efeito penal, fazendo com que o crime de sonegação fiscal se materialize somente após o lançamento final do crédito tributário, com o encerramento do procedimento administrativo. Antes disto não há a consumação do crime tributário.

Mas, apesar do reconhecimento pelo plenário do STF, não unânime aliás, tal tese não possui aceitação pacífica, recebendo fortíssimo coro em contrário, onde se sustenta, dentre outros argumentos, a independência e autonomia das esferas penal e administrativa, entendendo-se que o esgotamento do procedimento fiscal não pode servir de obstáculo à atuação do Poder Judiciário. A defesa desta tese passa, quase sempre, por uma visão depreciativa da apuração administrativa, classificada como *“uma limitada análise de caráter estritamente extrapenal”*⁽²⁾, bem inferior às dimensões e possibilidades da persecução penal, que teria ainda *status* constitucional de produzir coisa julgada. Com isso, permite-se a instauração da ação penal mesmo sem a apuração definitiva do débito fiscal, admitindo-se que *“eventual dúvida do magistrado quanto à existência ou mesmo ao quantum do débito deverá ser aferida durante a instrução criminal”*⁽³⁾, sendo que nem mesmo uma eventual decisão administrativa reconhecendo a inexistência do tributo será capaz de influenciar a esfera penal.

Pode-se notar um tênue ponto de convergência entre as duas correntes, especificamente quanto à dificuldade de apuração da materialidade dos crimes tributários. Para a maioria dos ministros do Supremo, o procedimento administrativo em trâmite gera o *“estado de incerteza ob-*

jetiva” que impede a configuração do crime tributário, e, segundo entendem os opositores desta tese, as páginas do mesmo procedimento, encerrado ou não, são vistas como provas fracas e pouco capazes de gerarem efeitos no processo criminal. Em comum, pouco ou nenhum valor probatório é conferido ao procedimento administrativo tributário não encerrado.

Para incrementar a controvérsia quanto à materialidade dos delitos tributários, temos ainda o entendimento em que se afirma que a prova produzida nos procedimentos administrativos é parcial, face ao natural interesse da Administração Pública em arrecadar impostos. Em decorrência, a prova da materialidade do delito deve ser produzida pelo competente exame de corpo de delito previsto no Código de Processo Penal, através de perito judicial isento e imparcial⁽⁴⁾.

Promete ir longe a discussão sobre as consequências penais do término do processo administrativo tributário e, enquanto não há uniformidade sobre o tema, inúmeros contribuintes seguem sendo processados por crimes tributários, ao mesmo tempo que se defendem na esfera administrativa. Além do grande constrangimento de responder a um processo criminal, o réu ainda fica sujeito a sofrer as consequências da decretação das medidas cautelares processuais penais, tendo como exemplo mais aterrorizante a prisão preventiva.

Ocorre que, mesmo que se adote posição contrária ao STF, não há como negar que as ações penais que tramitam na pendência do lançamento tributário estão arrimadas em prova particularmente frágil, quase que exclusivamente num auto de infração ou em outras peças de um processo administrativo fiscal inacabado.

Neste panorama de incerteza sobre o valor e a própria existência do tributo, resta incabível a imposição das medidas cautelares processuais penais que, para serem decretadas, exigem um estado de certeza quanto à materialidade do delito. As medidas cautelares penais são providências extremas, já que privam o indivíduo de seus bens e liberdade antes de qualquer manifestação definitiva de sua cul-

pabilidade e, como decorrência de sua excepcionalidade constitucional, só podem ser decretadas quando presente prova indiscutível da existência do crime, que, obviamente, não admite a menor probabilidade de dúvida ou incorreção.

A prova da infração penal exigível para as medidas cautelares aproxima-se de uma certeza absoluta, bem mais evidente e incontestável do que a que basta para a instauração de um inquérito ou o recebimento de uma denúncia. Definindo a prova da materialidade como o *“corpo de delito”*, **José Frederico Marques** assevera que *“a denúncia ou a queixa são admissíveis com a simples suspeita de crime (opinio delicti). Todavia, a coação jurisdicional cautelar sempre exige a prova do fato punível ou corpus delicti”*⁽⁵⁾.

Analisando as medidas cautelares pessoais e patrimoniais previstas no Código de Processo Penal, os melhores exemplos de enunciados que clamam pela prova plena de materialidade são a hipoteca legal e a prisão preventiva.

Com maior ênfase, a constrição patrimonial de hipoteca legal requer expressamente a *“certeza da infração”*, que equivale a uma *“prova plena, tornando certa a existência da infração penal”*⁽⁶⁾, bem mais palpável que a prova suficiente à instauração da ação penal, posto que sua decretação *“exige certeza da infração e indícios suficientes da autoria (artigo 134, CPP), não bastando os requisitos para o recebimento da denúncia, para que é suficiente a existência de prova da existência do crime e indícios de autoria”*⁽⁷⁾.

A mesma exigência é imposta na decretação da prisão preventiva, que reclama *“prova da existência do crime”*, a qual também não pode ser confundida com os indícios da existência do delito suficientes para instauração da ação penal. Vale alertar que a certeza da infração é um dos pressupostos da prisão preventiva, ou seja, se não for cabalmente demonstrada, a medida cautelar não poderá ser imposta, ainda que presentes seus fundamentos. Nesse sentido, **Basileu Garcia** adverte que *“onde mais se limita o poder do juiz de decretar a medida é no que toca à certeza da existência da infração”*⁽⁸⁾, pois *“o corpo de delito não autoriza dúvida”*, portanto, eventual incerteza sobre o débito tributário

A prova da infração penal exigível para as medidas cautelares aproxima-se de uma certeza absoluta, bem mais evidente e incontestável do que a que basta para a instauração de um inquérito ou o recebimento de uma denúncia.

➔ será obstáculo intransponível à prisão cautelar.

Nelson Hungria analisou questão semelhante ao relatar um *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, em que se argumentava que a prisão preventiva havia sido decretada sem prova da materialidade do crime de peculato. Ressaltando que para o decreto de prisão preventiva “é indispensável a prova concludente da materialidade do crime imputado”⁽⁹⁾, **Hungria** detectou um estado de grande incerteza acerca da suposta dívida e revogou o decreto de prisão, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal.

Enfim, seja de cunho patrimonial ou pessoal, toda medida cautelar que se pre-

tenda adotar no curso de um processo criminal deverá necessariamente demonstrar a certeza da infração penal, comprovação absolutamente incompatível com o estado de incerteza ocasionado pelo procedimento administrativo em trâmite, onde, muito além do desconhecimento do valor devido, não se sabe sequer se há algo a ser pago. ●

Notas

- (1) STF, HC nº 81.611/DF, Pleno, rel. min. **Se-púlveda Pertence**, j. 10.12.03, m.v.
- (2) STJ, HC nº 12.929/GQ, 5ª Turma, rel. min. **Felix Fischer**, j. 01.04.04, v.u.
- (3) STJ, RHC nº 7.862/SC, 6ª Turma, rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, j. 10.08.99, v.u.
- (4) TRF 2ª Região, 1ª Turma, Ap. nº 98.02.19601-

0, rel. des. fed. **Carreira Alvim**, DJ 06.09.01, p. 49. Vide também “Da necessidade do exame de corpo de delito nos crimes contra a ordem tributária”, **Helios Nogueis Moyano, Fernanda Velloso Teixeira e Carlos Alberto Pires Mendes**, *Boletim IBCCRIM* nº 102, maio/2001.

- (5) *Elementos de Direito Processual Penal*, 1ª ed., vol. I, Forense, p. 172.
- (6) **Eduardo Espínola Filho**, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 4ª ed., vol. II, Editor Borsoi, p. 397.
- (7) TRF 3ª Região; rel. des. fed. **Peixoto Júnior**, MS nº 2002.03.00.033582-0, decisão monocrática, j. 11.09.02.
- (8) *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. III, pp. 154/155.
- (9) RHC nº 31.833/SP, j. 12.12.51, v.u.

Débora Pimentel e Rodrigo Dall’Acqua
Advogados em São Paulo

Débora Pimentel e Rodrigo Dall’Acqua

LAVAGEM DE DINHEIRO E O TRATAMENTO PENAL DO “PITUFEIO” OU “SMURFING”

Flavio Cardoso Pereira

Partindo do conceito de lavagem de dinheiro como sendo “um processo tendente a obter a aplicação em atividades econômicas lícitas, de uma massa patrimonial derivada de qualquer gênero de condutas ilícitas, com independência de qual seja a forma que essa massa adote, mediante a progressiva concessão à mesma de uma aparência de legalidade”⁽¹⁾, interessante se torna uma breve e sucinta análise de um dos métodos mais utilizados pelos agentes criminosos para a obtenção da *meta optata* relativa a esta espécie de delito socioeconômico, qual seja, a meta da reciclagem do dinheiro “sujo”, com a sua posterior reintegração ao sistema financeiro.

Referimos a técnica ou método conhecido na América Latina como “*pitufo*”, ou ainda “*smurfing*” na linguagem dos norte-americanos. Consiste esta modalidade de lavagem de dinheiro em efetuar o agente criminoso vários depósitos fracionados em uma mesma ou em diversas contas bancárias, de um mesmo cliente ou ainda de diversos, sendo que, se somadas as quantias depositadas e pertencentes efetivamente a um só dono, se chegará à ilação de que o valor total representa uma quantia expressiva em dinheiro.

Dito de outra forma, consiste essa técnica na introdução de pequenas quantias em dinheiro através de casas de câmbio ou de transações bancárias, com o respectivo envio de mínimas quantidades em espécie a determinados lugares anteriormente escolhidos pelos criminosos, evitando-se assim, que tais operações sejam notórias e despertem a fiscalização ban-

cária, visto tratar-se, em um contexto global, de um grande volume de dinheiro suspeito e fracionado.

Neste sentido, percebe-se que o lavador realiza numerosas transações bancárias, utilizando-se de pequenas quantias a serem depositadas, com o intuito óbvio de não despertar a atenção dos agentes financeiros, uma vez que tais depósitos fracionados, se analisados de forma individual, tendem a não ultrapassar o valor limite já pré-estabelecido pelos bancos. Buscando uma justificativa para a utilização do vocábulo dado a esta modalidade de lavagem de dinheiro, ou seja, *smurfing*, chegaremos à conclusão de que procede tal termo de alguns personagens em tamanho pequeno, na cor azul, conhecidos no mundo dos desenhos animados como *smurfs* e que em castelhano são denominados *pitufo*s. Tais personagens são notadamente conhecidos pelas características de serem ágeis e extremamente trabalhadores. Assim, *pitufo* e *smurf* foram os apelidos dados aos agentes que praticam esta forma de delinquência econômica, ao fracionarem depósitos de valores, os quais são remetidos para outros lugares, geralmente paraísos fiscais, a fim de se proceder ao distanciamento dos bens obtidos através da prática de delitos prévios, buscando como objetivo precípua a ocultação da origem dos mesmos.

Tal modalidade de lavagem de dinheiro, embora rotineira no âmbito financeiro, encontra mérito junto ao meio criminoso por ser uma técnica de difícil cons-

tatação e apuração pelos agentes bancários ou outras autoridades imbuídas na tarefa de prevenção e combate à proliferação da reciclagem de capitais.

Por outro lado, não se pode olvidar que na dogmática penal moderna, face à crescente expansão do Direito Penal, predomina a idéia de que deverá, sempre que necessário, ser invocado o princípio da intervenção mínima, utilizando-se a esfera penal como *ultima ratio*, a fim de se evitar a atuação do *ius puniendi* estatal, no tocante a condutas que efetivamente não provoquem graves lesões aos bens jurídicos protegidos.

No caso do delito de lavagem de dinheiro, observa-se uma tendência em se distinguir entre a reciclagem de grandes quantidades de dinheiro ou outros bens e, ao contrário, a lavagem de pequenas ou médias quantidades desses mesmos capitais. Na visão do penalista espanhol **Silva Sánchez**, resta clara tal distinção, ao afirmar que “*não seria razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas ou médias quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito da lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação às quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante)*”⁽²⁾.

Fica então a dúvida, no sentido de que, se por um lado é crescente a utiliza-

Flavio Cardoso Pereira

ção do fracionamento do dinheiro "sujo" (*pitufo* ou *smurfing*) como forma de obtenção de êxito no complexo processo da lavagem de dinheiro; de outro, por razões de nítida aplicação de política criminal, necessária como forma de contenção ao desenfreio "crescimento" do Direito Penal, deverá ser invocado sempre que possível o princípio da intervenção mínima, no intuito de se incentivar a utilização inicial de outros meios de controle, sejam administrativos, civis, etc., para a prevenção e repressão da lavagem de quantias pequenas ou medianas. Assim, ficaria *a priori*, em tais casos, afastada de imediato a incidência de sanções de natureza penal.

Em síntese, fica claro que os lavadores de dinheiro, que operam utilizando-se de tal método de fracionamento do capital, visam a aproveitar-se dessas operações para evitarem a aplicação de controles administrativos ou penais. Destarte, em determinadas situações, o reconhecimento do princípio da intervenção mínima, com relação aos pequenos depósitos ou irrisórias transferências bancárias, poderia servir como incentivo à manutenção dessa odiosa prática criminosa.

Diante dessa aparente contradição, surge a necessidade dos operadores do Direito buscarem um efetivo e correto tratamento penal dessa forma de delinquência denominada *pitufo* ou *smurfing*. Ao nosso entender, mesmo em se tratando de várias e pequenas operações, com o fracionamento da quantia a ser lavada não haverá qualquer impedimento de ordem legal, no sentido de se valorar tais ações criminosas em seu conjunto, ou seja, de forma global. Melhor explicando, trata-se na hipótese, de um problema de distinção entre o mundo do "ser" e do "dever ser", uma vez que, ainda que sejam várias operações, devem ser consideradas pelo direito como uma só. Desde o ponto de vista das ciências naturais são muitas ou várias condutas mas, se analisarmos sob um plano normativo, verifica-se que trata-se de uma só, passível de enquadramento na figura dogmática prevista no art. 71 do Código Penal brasileiro, em razão de tratar-se de nítida hipótese de continuidade delitiva.

Seria então correta a aplicação, nos casos comprovados de operações de *pitufo* ou *smurfing*, da ficção jurídica denominada crime continuado, na qual se aplica a regra de que muitas condutas se consideram como uma só, para efeito de processamento perante o Direito Penal. Comentando a origem de tal instituto, aduz

Edmundo Oliveira: *"Este instituto é uma construção dos práticos medievais. No início da era moderna, o jurista italiano Prospero Farinácio (famoso defensor da romana Beatriz Cenci, celebrada em peça de Gonçalves Dias) sistematizou o regime do crime continuado. Tratando de furto, sustentou que há um só crime, que não vários, quando alguém subtrai do mesmo lugar, em tempos diversos, mas continuados e sucessivos, uma ou mais coisas (quando quis est uno loco, tempore tamen diverso, sed continuato et successivo, unam rem sive plures furatur). No início do século XIX, Anselm von Feuerbach, notabilizado por haver abolido a tortura na Baviera, introduziu no Código bávaro a figura do crime continuado. Em 1853, o Código da Toscana deu ao crime continuado a formulação daí por diante adotada com ligeiras variações, nos códigos modernos"*⁽³⁾. Assim, no Direito Penal moderno, cumpridos os requisitos exigidos por lei para a configuração do crime continuado (prática de dois ou mais delitos da mesma espécie, mesmas condições de tempo, de lugar e ainda, idêntico *modus operandi*), estaria o agente criminoso em condições de responder pela prática do delito de lavagem de dinheiro, previsto no sistema penal brasileiro na Lei nº 9.613/98, na forma do concurso de crimes conhecido como continuidade delitiva, com aplicação da pena de um só dos crimes, aumentada de um sexto (1/6) a um terço (1/3).

Acerca da compatibilidade entre o crime continuado e a lavagem de dinheiro, destacam-se os ensinamentos de **Palma Herrera**, no sentido de que *"podrá hablarse, por tanto, de delito continuado de blanqueo en aquellos casos en los que se realicen diversos actos de blanqueo que formen parte de operaciones distintas y tengan por objeto bienes distintos, siempre que esas operaciones se encuentren vinculadas entre sí desde el punto de vista subjetivo como consecuencia de la identidad o semejanza de las circunstancias externas que impulsan al sujeto a actuar, o de la existencia de un plano previo"*⁽⁴⁾.

Embora seja majoritária a corrente, por exemplo na Espanha, que aceita a compatibilidade entre a lavagem de dinheiro e o crime continuado⁽⁵⁾, podemos perceber que tal situação é contestada no âmbito da doutrina norte-americana, conforme defendem **Chang** e **Hersco-**

witz, que consideram que, na hipótese de um sujeito dividir um milhão de dólares em dez transferências bancárias de 100.000 por dez sucursais bancárias distintas, estaria cometendo, em um só dia, dez delitos de lavagem de dinheiro⁽⁶⁾. Tal solução não nos parece adequada, denotando nítida aparência de um direito penal máximo, inconcebível nos dias atuais.

Assim, a não aceitação da figura da continuidade delitiva no tocante ao crime de lavagem de dinheiro, levaria ao absurdo de o agente ter que responder por tantas quantas fossem as transferências bancárias realizadas na forma de fracionamento, fugindo, pois, do objetivo buscado pelo art.

71 do Código Penal brasileiro, qual seja, evitar o castigo autônomo destes tantos delitos de lavagem de dinheiro.

Por todo o exposto nesta singela abordagem, concluímos ser este o melhor e mais acertado tratamento penal a ser adotado, quando da utilização do método do fracionamento como forma de prática do delito de lavagem de dinheiro. 

A não aceitação da figura da continuidade delitiva no tocante ao crime de lavagem de dinheiro, levaria ao absurdo de o agente ter que responder por tantas quantas fossem as transferências bancárias realizadas na forma de fracionamento.

Notas

- (1) **FÁBIAN CAPARRÓS, Eduardo Angel.** *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Madrid: Colex, 1998, p. 76. Tradução nossa para o português.
- (2) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*, São Paulo: RT, 2002, p. 28.
- (3) **OLIVEIRA, Edmundo.** *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 406.
- (4) **PALMA HERRERA, José Manuel.** *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Edersa, 2000, p. 725.
- (5) Neste sentido: **CARPIO DELGADO, Juana Del.** *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 380 e **DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio.** *El Blanqueo de Capitales en el Derecho Español*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 44.
- (6) **CHANG, Aileen e M. HERSCOWITZ, Andrew.** *Money Laundering, American Criminal Law Review*, 1995, pp. 513-514.

Flávio Cardoso Pereira

Promotor de Justiça em Goiás, professor de Direito Penal da Universidade de Rio Verde, pós-graduado em Direito Penal pela USAL/Espanha e doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha

Em 01/10/2003 o **Presidente Lula** sancionou a Lei nº 10.741, que ficou conhecida como “Estatuto do Idoso”. Neste verdadeiro manual do dever-ser de conduta com relação aos idosos, pode-se encontrar uma série de prerrogativas e direitos “excepcionais” garantidos a essa parcela da população que muito contribuiu ao País e que, sem dúvida nenhuma, pode contribuir muito mais.

Sob esta óptica, o Estatuto cuida de maneira acurada de vários aspectos sociais e políticos voltados aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, à preservação de sua saúde física e mental, ao aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, tudo em condições de liberdade e dignidade, conforme

o teor de seu artigo 2º, direitos e prerrogativas estes verdadeiramente dignos de países denominados desenvolvidos.

O Estatuto também se lembra de estabelecer que se constitui em obrigação da família, da comunidade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Avança mais esse diploma ao criar conselhos e estabelecer políticas sociais positivas, e em seus Capítulos I ao X do Título II, melhor especifica essas políticas com medidas ligadas ao direito à vida; ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; aos alimentos; ao direito à saúde; à educação, cultura, esporte e lazer; à profissionalização e ao trabalho; à previdência social; à assistência social; à habitação; e ao transporte, ponto este de importância menor diante do todo que se propõe a lei, mas que tem sido responsável pela única polêmica em torno do referido Estatuto, lamentavelmente.

No entanto, ao completar um ano de vida, forçoso se torna reconhecer que esse Estatuto apresenta uma lacuna imperdoável em área que se constitui das mais sensíveis do ponto de vista de política social. Perdemos a oportunidade de aprender com quem chegou a esta fase da vida.

O Estatuto do Idoso, como de costume nas leis contemporâneas do Brasil, insiste em querer demonstrar a mão forte

do Estado por meio do “velho” recurso da criminalização de condutas praticadas contra os idosos, ou por meio de aumento de penas, a despeito de muitas dessas condutas já se encontrarem tipificadas na legislação ordinária e, ao fazê-lo, o Estatuto o fez de maneira imprecisa e confusa, situação que seguramente mais atrapalhará do que ajudará os idosos.

Assim, embora contenha um Título inteiro sobre crimes, o Estatuto — não sei se por excesso de pejo de nosso Congresso Nacional — não trata efetivamente

de uma política criminal voltada ao idoso; não traz um único artigo sequer que trate da situação do idoso encarcerado e nem do idoso como réu em processo criminal, ou como indiciado em inquérito policial, ou seja, o

Estatuto não trata do idoso recluso ou acusado de crime, a não ser, por óbvio, nas afirmações genéricas de seu artigo 2º.

A política criminal, expressão aqui usada em sentido amplo, é tão importante para a sociedade quanto a política pública de educação, habitação, acesso à Justiça ou qualquer outra matéria ligada às liberdades e garantias individuais.

E política criminal não se faz apenas criminalizando condutas, faz-se também com a criação de alternativas para a terapêutica criminal, como medidas alternativas à prisão que, como se sabe, em geral no Brasil não possui as mínimas condições de abrigar qualquer cidadão, muito menos um idoso ou idosa, basta considerarmos, para tanto, as recentes declarações do Exmo. Sr. Ministro da Justiça com relação ao tema.

A crítica ao Estatuto, bem como nossa propositura de discussão, não se cinge apenas à questão quantitativa dos idosos encarcerados, que particularmente nem sei qual é, mas vem no sentido de reforçar a idéia de que o encarceramento não é a medida mais eficiente de se prevenir o crime (outra faceta da política criminal), e corrobora a sabedoria popular que, à evidência, concorda que o idoso oferece menor, para não dizer nenhum, “risco de delinquir”, principalmente em crimes com violência ou grave ameaça.

Esta omissão apontada poderia muito bem ser redimida com propositura de projeto de lei que dispusesse sobre três medidas: a primeira, alterar o Código Penal

para equiparar o conceito jurídico de idoso, agora trazido pelo estatuto como a pessoa que atingiu os 60 anos, para todos os efeitos, principalmente para se tornar uma agravante genérica nos crimes praticados contra idosos e, não menos importante, para importar na redução em metade dos prazos prescricionais conforme prevê hoje o artigo 115 do Código Penal.

A segunda disposição, mais complexa, seria acabar com toda e qualquer forma de **encarceramento** para crimes sem violência ou grave ameaça à vida, praticados por idosos. Para os chamados crimes de colarinho branco (*white collar crimes*), no intuito de evitar as críticas mais precipitadas, haveria a necessidade de se vincular a obtenção destes “benefícios” à quantidade de valores desviados indevidamente, reembolsados às vítimas, inclusive ao Estado, no curso da ação penal.

A terceira medida seria incluir no projeto dispositivo que determinasse a imediata e incondicional colocação em liberdade, mesmo que de forma vigiada ou restrita (por meio de regime semi-aberto, regime aberto, prestação de serviços no prazo restante de pena, restrição de direitos, etc.), de todos os presos no momento em que atinjam a idade prevista no Estatuto, ou seja, 60 anos, garantindo-se lhes efetivamente as demais medidas já mencionadas previstas no corpo do próprio Estatuto.

Desta forma, a sociedade verdadeiramente demonstraria aos idosos em que nível de consideração e preocupação os tem e, com o passar do tempo, os idosos ensinariam para toda a sociedade que a política criminal como instrumento de prevenção ao crime está contida com muito mais ênfase e eficácia nos Capítulos I ao X do Título II desse Estatuto do que em qualquer outra lei que trate exclusivamente da quantidade de pena a ser imposta ao criminoso, ou na forma desumana de cumprimento da pena.

E com a vantagem adicional de não se precisar abordar temas bem mais sensíveis e de difícil compreensão para a sociedade como quer nosso ministro da Justiça ao propor a alteração da hedionda Lei de Crimes Hediondos, alteração esta a que particularmente sou favorável, neste momento tão delicado, no qual mendigos são assassinados a sangue frio nas ruas centrais de São Paulo, e crianças são seqüestradas na porta de suas escolas e demoram meses até serem resgatadas por seus pais. 

Fábio Bonini Simões de Lima

Advogado e vice-presidente da Comissão de Política Criminal da OAB/SP

A LIBERDADE PROVISÓRIA, A GRAVIDADE DO DELITO E O CLAMOR PÚBLICO

Warley Belo

1. Introdução

A prisão preventiva, como coerção provisória cautelar penal que antecede a decisão condenatória, é medida de exceção. Deixou de ser obrigatória para ser facultativa, adequada apenas às hipóteses precisa e limitadamente fixadas em lei.

Como a sua aplicação compromete o *jus libertatis* e o *jus dignitatis* do cidadão, não pode ser aplicada senão quando absolutamente indispensável, quando indubitavelmente imperiosa à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ressaltadas essas características por dados concretos, inequívocos, bem reconhecidos e postos em destaque pela autoridade judiciária, configurado estará o *periculum in mora*, um dos pré-requisitos. É entendimento corrente, mesmo no Supremo Tribunal Federal, que “a prisão preventiva deve ser convincentemente motivada. Não bastam para isso meras conjecturas de que o acusado poderá evadir-se, ou embaraçar a ação da justiça... A fundamentação deve ser substancial, com base em fatos concretos, e não mero ato formal”⁽¹⁾.

Além desse pressuposto, há de se ver presente prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (*fumus delicti*).

A decretação da prisão preventiva, portanto, na sistemática processual vigente, deve atender aos pressupostos básicos do art. 312, CPP, visualizando também, em perspectiva abrangente, a ação delituosa e a figura do acusado. Esta, sobretudo, é da maior importância. Se não se trata de criminoso vulgar, de marginal perigoso, nada aconselha a medida cautelar⁽²⁾.

2. O princípio constitucional da não-culpabilidade

O princípio constitucional da não-culpabilidade — artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal — direciona a considerar-se a prisão preventiva como procedimento excepcional.

Como expõe Pacelli⁽³⁾, “tem-se, portanto, como regra primeira do novo sistema, que o não-culpado — em situação jurídica de inocente — somente poderá ser preso antes da decisão final por razões de comprovada necessidade, para fins de acatamento dos interesses que fundamentam e legitimam a própria jurisdição penal, de natureza marcadamente instrumental, e nos limites da proporcionalidade. Precisamente daí a exigência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente para a decretação da prisão anterior à condenação de-

finitiva, salvo a hipótese de flagrante delito (art. 5º, LXI)”.

A prisão preventiva é regra excepcional, pois é certa a regra da presunção da não-culpabilidade. Para que isto realmente tenha lastro legal, indispensável é que se demonstre, no caso concreto, a realidade do *periculum in mora*, não simplesmente suposições, conjecturas sobre o enquadramento no artigo 312 do Código de Processo Penal⁽⁴⁾.

O enfoque principiológico constitucional robustece a necessidade de se ter devidamente fundamentado o ato processual de exceção, sob pena de se ocultar, sob o manto cego da vingança pública, uma odiosa medida inquisitiva.

3. Clamor Público

O clamor geral da população pelo fim da violência, que vem assolando indistintamente todo o País, não serve como justificativa para a medida, sob pena de ser transformada a prisão preventiva em inaceitável instrumento de justiça sumária. O *periculum in mora*, como pré-requisito da preventiva, estampado na garantia da ordem pública, não pode ser confundido, absolutamente, com a satisfação do clamor público. Nesse caso, é desnecessária a prisão preventiva que não pode ser usada como antecipação da pena, finalidade a que alguns se prestam, mas não se compatibiliza com a presunção de inocência.

Moreno Catena⁽⁵⁾ afirma que “a via legítima para acalmar o alarma social não pode ser a prisão provisória, encarcerando sem mais o maior número possível daqueles que prima facie apareçam como autores de atos delituosos, senão uma decisão rápida de mérito, condenando ou absolvendo, porque só a sentença prolatada num processo penal determina a pena do acusado”.

Uma coisa é preservar a credibilidade da Justiça, em que há hipóteses de extrema gravidade, e outra é satisfazer o desejo da vingança social, à qual não pode aderir o Poder Judiciário.

4. A gravidade do crime

A gravidade abstrata da infração ou mesmo a eventual certeza de autoria não obstam a liberdade provisória, se não implicarem, também, em qualquer uma daquelas circunstâncias a que alude o preceito processual.

Daí, aliás, e bem a propósito, a lição sempre atual de Carrara⁽⁶⁾, para quem “...a custódia preventiva atende a uma tripla necessidade: a) necessidade de justiça, na medida em que afasta a fuga do réu; b) ne-

cessidade de verdade, na medida em que obsta que o réu confunda as atividades da autoridade policial, destrua os vestígios do delito ou intimide testemunhas e c) necessidade de defesa pública, na medida em que impede a certos delinquentes, pendentes o processo, continuar seus ataques ao direito alheio”.

A gravidade do crime não autoriza por si só a prisão preventiva, como vem entendendo a Suprema Corte⁽⁷⁾. A sociedade não aceita a situação vivida de violência generalizada. Mas, e isto não é menos verdadeiro, há um interesse maior na preservação dos ditames do devido processo legal, nos ditames constitucionais sem atropelos, e, portanto, sem açodamentos.

5. Conclusão

Ainda que haja simples referência aos requisitos impostos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, sem a menção das peculiaridades do caso concreto não assenta observância no mandamento constitucional esculpido no inciso IX do artigo 93, sobre a fundamentação das decisões judiciais. Desse modo, a prisão preventiva não deve subsistir. Ao magistrado, não basta reproduzir as hipóteses previstas pela lei. É preciso muito mais, isto é, demonstrar, com base nos elementos constantes dos autos, como e porquê o agente poderá dificultar a instrução criminal, frustrar a aplicação da lei e atentar contra a ordem pública ou econômica se permanecer solto.

A motivação abstrata é inaceitável porque não se tolera, como cediço para a custódia preventiva, mero juízo de conjecturas sem qualquer base fática. O próprio Supremo Tribunal Federal enfatiza que a medida “somente pode ser decretada mediante motivação que indique razões objetivas, em conformidade com as diretrizes dos artigos 312 e 313 do código de processo penal”⁽⁸⁾.

A decisão pela prisão provisória cautelar deve, portanto, repousar sobre condições fáticas palpáveis, tangíveis de modo objetivo. É preciso que as circunstâncias autorizadoras aflorem das provas colhidas, porquanto o juiz no despacho, deverá trazer ao bojo dos autos fatos reais e não meras probabilidades.

O ato relativo à preventiva, para se tornar merecedor de endosso, deve fazer-se ao mundo jurídico com referência a dados completos ligados ao indiciado. A liberdade provisória no caso de prisão em flagrante está subordinada à certeza da inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (CPP, artigo 310, caput e parágrafo único). Qual-

quer outro fundamento para decretação ou manutenção da preventiva não encontra guarita nem na Carta e nem no Código de Processo Penal. (1)

Notas

- (1) RTJ 73/411.
- (2) "A simples referência aos requisitos estampados no código de processo penal não se presta a embasar o pedido de prisão preventiva, sendo necessários elementos concretos que demonstrem que o agente

poderá cometer outros crimes de igual natureza, bem como que seu convívio com a sociedade seja suscetível de vulnerar interesses a ela contrários" (STF, RT 547/314).

- (3) OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais de Liberdade Provisória*, Del Rey, 1998, p. 87.
- (4) "O despacho que indefere o pedido de liberdade provisória, tal como o que decreta a prisão preventiva, deve ser adequadamente fundamentado, com indicação objetiva de atos ou fatos concretos suscetíveis de causar prejuízo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal

(CPP, art. 315; CF, art. 93, IX)" (STF, RHC nº 6.683/SP).

- (5) CATENA, Victor Moreno. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Editorial: Colex Editorial Constitución y Leis, SA, 2003, p. 208.
- (6) *Programa*, vol. II, Lucca, 1877, p. 466.
- (7) V.g., HC nºs 69.950. e 67.850.
- (8) RHC nº 62.920/SP.

Warley Belo

Advogado, mestre em Ciências Penais (UFMG) e professor de Direito e Processo Penal

Warley Belo

BALCÃO DE DIREITOS - DIREITO E CIDADANIA

Rodney Malveira da Silva

O Projeto Balcão de Direitos da Fadipa (Faculdade de Direito de Passos/MG) se inspira no Projeto Balcões de Direitos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República — cujo ministro é o deputado federal Nilmário Miranda —, e busca levar e resgatar a cidadania de pessoas excluídas, ou em vias de, residentes em bairros da periferia da cidade, onde as ações governamentais (municipais, estaduais e federais), a não ser em época de campanha política, são um nada ou quase nada. Assim, basicamente, a proposta é levar àquelas pessoas, de forma regular, um pronto-atendimento jurídico, através de alunos e professores, além de proporcionar a confecção de documento de identidade e certidão de nascimento gratuitamente, firmando parcerias com os órgãos responsáveis por sua emissão.

Pois bem, em nossa versão, o Projeto Balcão de Direitos tem levado às populações de bairros de Passos/MG, que apresentam elevados índices de carência (material e intelectual), atendimento jurídico, informações e encaminhamentos a órgãos públicos e/ou de atendimento (Defensoria Pública, Procon, Escritório Escola da Fadipa, etc.), através dos motivados alunos e professores, que não têm demonstrado qualquer cansaço após horas a fio de extenuantes jornadas nas tardes dos sábados, quando são atendidas centenas de pessoas, ávidas de tornarem-se cidadãos, de conhecerem e de exercerem seus direitos.

Até agora estivemos em quatro bairros, Jardim Polivalente, Cohab IV, Casa-rão e Nossa Senhora Aparecida, onde foram atendidas, em cada um deles, mais de trezentas pessoas que, em sua maioria, buscavam documentos de identidade, já que há isenção de taxa, e as fotografias são gratuitas, fruto da parceria com o Foto Simosono, que tem à frente o empresário Afonso Simosono e, com

alto espírito de solidariedade e amor ao próximo, não hesitou em participar do projeto. Aqui destacamos a atuação dos nossos alunos da 1ª e 2ª séries que, dedicados e interessados, auxiliam na confecção das carteiras de identidade, ao lado do incansável detetive José Izane de Oliveira, da Polícia Civil de Minas Gerais, responsável pelo setor de identificação daquele órgão.

Nossos alunos da 3ª, 4ª e 5ª séries, professores e funcionários também têm trabalhado bastante, pois o número de atendimentos cresce a cada ação do Projeto e à medida que o trabalho vai sendo divulgado nos bairros de forma direta (*banners* em pontos estratégicos e distribuição de folhetos explicativos), atingindo o público interessado, sem estardalhaço.

Mas não nos esqueçamos das parcerias, que a cada dia vão aumentando, levando às pessoas atendidas não só o devido esclarecimento acerca de seus direitos e confecção de documentos, mas também ações na área de saúde, previdência social e educação, através de técnicos do INSS da agência de Passos, do Projeto Aprender da Faculdade de Pedagogia de Passos, de alunos das Faculdades de Enfermagem, de Serviço Social e, futuramente já na próxima ação prevista para o bairro Coimbrãs em 30/10/2004, dos alunos das faculdades de Educação Física e Nutrição. Cabe aos técnicos do INSS prestar informações e encaminhar pessoas para o recebimento de pensões e aposentadorias. O Projeto Aprender, da Faculdade de Pedagogia de Passos, coordenado por Fernanda Velloso, propicia às crianças, enquanto os pais são atendidos, atividades culturais e brincadeiras educativas. Os alunos e alunas da Enfermagem trabalham na aferição da pressão arterial. A participação de alunos da Faculdade de Serviço Social é

fundamental no diagnóstico de problemas que não são jurídicos e que reclamam intervenção daqueles profissionais. Enfim, cidadania.

Não menos importante tem sido a crescente participação de empresários, como o Foto Simosono já citado, bem como a Panificadora Exposição, do empresário e aluno José Roberto, no fornecimento de lanches aos alunos e professores participantes. Também no patrocínio das camisetas, destacamos a Transportadora Batista Duarte de Itaú de Minas/MG, a Construtora Berna e a Auto Passos.

O apoio do Conselho Curador da FESP, na pessoa do professor Fábio Esper Kallas, tem sido fundamental, possibilitando o transporte de nossos alunos, professores e materiais até os locais de atendimento, além de patrocinar o material de propaganda. Aqui nosso agradecimento especial ao engenheiro Lindomar, chefe do departamento de compras, e aos motoristas da FESP que nos têm atendido e servido de forma eficaz e atenciosa.

Mas fundamental é o apoio incondicional do Centro Acadêmico "Professor Eder da Silva Capute" da Faculdade de Direito de Passos, o qual através de seu presidente e diretores tem se empenhado ao máximo para o sucesso do Projeto.

Como se vê, alunos e professores da Faculdade de Direito de Passos tiveram, têm e terão verdadeiras aulas práticas e regulares de cidadania e de solidariedade, tão importantes ao desempenho de qualquer função, principalmente as que lidam diretamente com o ser humano, seus anseios, decepções e inconformismos, como é o caso das funções ligadas ao direito e ao meio jurídico.

Que cada um faça a sua parte. Basta querer. (1)

Rodney Malveira da Silva

Diretor da Fadipa e coordenador do Projeto

Rodney Malveira da Silva

APONTAMENTOS SOBRE O CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL ALEMÃO

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

1. Apontamentos de caráter geral

Em 11 de dezembro de 2000 a Alemanha ratificou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Porém, já no momento da subscrição do Estatuto de Roma, efetuada em 09.12.1998, o governo alemão manifestava a intenção de adaptar o direito penal alemão interno vigente ao Estatuto. E, tendo em vista este propósito, em outubro de 1999 o governo alemão designou um grupo de estudiosos para trabalhar na elaboração do projeto de lei para a transposição do Estatuto (a este grupo pertenciam seis cientistas do âmbito do Direito Penal e do Direito Internacional: **Kai Ambos, Horst Fischer, Claus Kreß, Thomas Weigend, Gerhard Werle e Andreas Zimmermann**). Em maio de 2001 foi apresentado o “Projeto de Trabalho de uma Lei de Introdução ao Código Penal Internacional”.

O projeto apresentava originariamente quatro finalidades básicas: 1- possibilitar uma melhor compreensão dos crimes contra o Direito Internacional e preencher algumas lacunas; 2- desenvolver um trabalho próprio de regulamentação, orientado pela idéia de clareza e aplicabilidade à práxis; 3- tendo em vista a complementaridade da persecução penal pelo Tribunal Penal Internacional, orientar-se segundo a idéia de, na dúvida, assegurar a liberdade; 4- contribuir com a proteção do Direito Internacional Humanitário, mediante a criação de um trabalho de regulamentação nacional, e contribuir com a sua propagação⁽¹⁾. Face a isso, em 30 de junho de 2002, justamente um dia antes da entrada em vigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, entrou em vigor o *Código Penal Internacional Alemão (Völkerstrafgesetzbuch)*⁽²⁾, o qual contém as disposições penais que afetam a comunidade internacional como um todo, a saber, o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Em realidade, o Código Penal Internacional Alemão foi parte de um grande “pacote” de leis, visando a transposição do Estatuto de Roma. Com a Lei do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, publicada no *BGBI. 2000, II, S. 1393*, o legislador alemão criou os pressupostos para a entrada em vigência do Estatuto de Roma na Alemanha⁽³⁾, e com a modificação do art. 16, alínea 2 da própria Lei Fundamental assegurou que os nacionais alemães poderão ser submetidos ao Tribunal Penal Internacional.

Com isso o legislador alemão adaptou o Direito Penal Alemão interno às novas condições políticas e judiciais e, com esta atitude pioneira, poderá contribuir para a transposição dos dispositivos do Estatuto de Roma ao âmbito interno dos demais Estados-partes. Nesse sentido tem observado ainda **Steffen Wirth** que “o novo Código Penal Internacional Alemão tem potencial para se tornar uma poderosa ferramenta para a persecução dos crimes internacionais, por duas razões. Primeiro, porque possibilita a persecução mundial de acordo com os princípios da jurisdição universal. Segundo, porque se submete a algumas exceções, o princípio alemão da persecução obrigatória (Legalitätsprinzip) é aplicável às persecuções de acordo com o Código Penal Internacional, isto é, o promotor deve acionar (e não lhe cabe decidir de outro modo), se as evidências forem suficientes”⁽⁴⁾. O que é preciso ressaltar, é o fato de que o Estatuto de Roma não estabelece nenhuma determinação que imponha a realização desta transposição, isto é, não determina que a mesma seja efetuada por meio da criação de um Código Penal Internacional para os Estados-partes, isso decorre do fato de que é a melhor forma de fazer subsistir a tarefa primária dos Estados-partes de promover a persecução dos fatos puníveis mais graves contra o Direito Internacional.

2. Panorama do Código Penal Internacional Alemão

O Código Penal Internacional Alemão está estruturado em duas partes, nas quais estão contidas as regras acerca dos fatos puníveis cometidos contra o Direito Internacional. A primeira parte (§§ 1º a 5º) constitui a Parte Geral (AT), na qual estão dispostas as regras gerais e os princípios reitores. O § 1º refere o âmbito de aplicação do Código, determinando que o mesmo é aplicável tanto aos crimes como também aos delitos nele descritos, inclusive quando o fato não foi cometido no estrangeiro e não apresenta nenhuma relação com o âm-

bito interno do país. No § 2º está disposta a norma central que determina a aplicabilidade do Direito Penal comum, na medida em que não forem aplicáveis as regras especiais do Código Penal Internacional Alemão. Nesse sentido, as regras gerais do Direito Penal comum, como por exemplo as referentes aos elementos subjetivos do crime, erro, causas de exclusão da ilicitude, concurso de pessoas, bem como à omissão, também devem ser aplicadas em relação aos crimes internacionais, pois o Código Penal Internacional Alemão elabora regras específicas apenas para a atuação sob

ordem (§ 3º), referindo, neste caso, uma causa de exclusão da culpabilidade; para a responsabilidade do oficial militar e de outros superiores (§ 4º), prevendo, neste caso, como regra geral a posição de garantidor do superior que se omite de impedir que o seu su-

As regras gerais do Direito Penal comum, como por exemplo as referentes aos elementos subjetivos do crime, erro, causas de exclusão da ilicitude, concurso de pessoas, bem como à omissão, também devem ser aplicadas em relação aos crimes internacionais...

bordinado cometa um dos fatos puníveis descritos na Parte Especial do Código; e para a *imprescritibilidade* (§ 5º), dispondo em relação a isso que os crimes definidos pelo Código Penal Internacional alemão são imprescritíveis, pois em sua maior parte constituem atos que configuram violações graves aos Direitos Humanos e que “não autorizam a redução da necessidade de punição em razão do mero decurso do tempo”⁽⁵⁾; porém, os fatos puníveis descritos nos §§ 13 e 14 do Código estão sujeitos às regras gerais da prescrição, por tratarem-se de delitos⁽⁶⁾.

Na segunda parte do Código Penal Internacional alemão (§§ 6º a 14º) estão contidos os crimes em espécie.

a) O tipo penal do genocídio, já estabelecido no *StGB* (Código Penal Alemão), é recepcionado pelo § 6º do Código Penal Internacional alemão e compreende as condutas que são perpetradas com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, racial, religioso ou étnico. Não obstante, deve-se observar, como ressaltam **Werle e Jeßberger**⁽⁷⁾, que o elemento do tipo contido no antigo § 220a do *StGB* “ou pelas suas particularidades como povo”, foi ➔

➔ adaptado à linguagem internacional e substituído tão-só pela expressão “étnico”. Excetuando-se este ponto, o teor de ambos os dispositivos é idêntico.

b) O tipo penal regulado no § 7º do Código Penal Internacional Alemão, dos *crimes contra a humanidade*, supre uma lacuna até então existente no Direito Penal Alemão. Ali são cominadas com pena algumas condutas desumanas que são cometidas, nos marcos de um ataque sistemático ou generalizado, contra uma população civil. Com isso o § 7º do Código Penal Internacional alemão está em estrita unissonância com o art. 7º do Estatuto de Roma, ao distinguir entre o “ato integral”, isto é, o ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, e as hipóteses de condutas isoladas, os “atos isolados”⁽⁸⁾. Como atos isolados são indicados o homicídio (nº 1), o extermínio (nº 2), a escravidão (nº 3), a expulsão (nº 4), a tortura (nº 5), a violação sexual (nº 6), o ato de manter desaparecida uma pessoa pelo uso da força (nº 7), a infligência de danos físicos ou psíquicos graves (nº 8), a privação da liberdade (nº 9), bem como a perseguição (nº 10). Desviando-se do Estatuto de Roma, no entanto, o § 7º prevê vários tipos qualificados pelo resultado e dispõe hipóteses de casos de menor gravidade, cominando para os mesmos penas reduzidas.

c) Na Seção 2 (§§ 8º a 12º) estão tipificados os *crimes de guerra*⁽⁹⁾, isto é, os fatos puníveis que foram cometidos no contexto de um conflito armado internacional ou não-internacional. Como observam Werle e Jeßberger, foram transpostos, aqui, além do art. 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o I Protocolo Complementar às Convenções de Genebra⁽¹⁰⁾, bem como o II Protocolo Complementar à Convenção para Proteção dos bens culturais nos conflitos armados. Contudo, o critério de sistematização dos §§ 8º a 12º do Código Penal Internacional não é o caráter do conflito, mas a distinção entre a proteção das pessoas e do patrimônio por um lado (Direito de Genebra), e a limitação do emprego de determinados métodos e meios de condução da guerra por outro (Direito de Haia)⁽¹¹⁾. No início da Seção 2 estão tipificados os “*crimes de guerra contra pessoas*” (§ 8º). O § 8º, alínea, 1 do Código, vale tanto para os conflitos armados internacionais como para os não-internacionais, e abrange como atos isolados o homicídio (nº 1), a tomada de reféns (nº 2), o tratamento cruel ou desumano (nº 3), a violação sexual (nº 4), o alistamento e o

uso de crianças como soldados (nº 5), a deportação (nº 6), a punição sem o devido processo judicial (nº 7), os experimentos médicos ou a extração de órgãos (nº 8), assim como o tratamento aviltante ou degradante (nº 9). O § 8º, alínea 3, elenca os fatos puníveis cometidos, exclusivamente, em conflitos armados internacionais e compreende o repatriamento retardado dos presos de guerra (nº 1), a transferência da população civil de uma força de ocupação (nº 2), a imposição de servir nas forças armadas inimigas (nº 3), a prática de ato de guerra para a força inimiga (nº 4). Os §§ 9º e 10º do Código Penal Internacional tipificam, respectivamente, os “*crimes de guerra contra a propriedade e outros direitos*” e os “*crimes de guerra contra operações humanitárias e emblemas*”. Uma matéria essencial do Direito de Haia, como ressaltam Werle e Jeßberger, é regulada pelo § 11º do Código Penal Internacional, que tipifica os “*crimes de guerra do emprego de métodos de condução de guerra proibidos*”. A alínea 1, que vale, da mesma forma, tanto para os conflitos armados internacionais como para os não-internacionais, criminaliza os ataques contra pessoas civis (nº 1) e objetos civis (nº 2), assim como os ataques que levam a danos civis desproporcionais em relação à vantagem esperada (nº 3); além disso, criminaliza o uso de pessoas como escudo de proteção humano (nº 4), o estabelecimento da inanição de civis (nº 5), a ordem ou a ameaça de não conceder perdão (nº 6), a morte ou ferimento, à traição, de combatente das forças inimigas (nº 7). Por fim, o § 12º do Código Penal Internacional criminaliza o “*emprego de meios de condução de guerra proibidos*”. Neste caso, independente da ocorrência de dano, são punidos o emprego de veneno e de armas venenosas (nº 1), de armas químicas e biológicas (nº 2), bem como o uso das chamadas balas “dum-dum” (nº 3).

d) No Código Penal Internacional, porém, não foi estabelecida a regulamentação do *crime de agressão*. Diferentemente do que ocorreu com o § 220a (genocídio) do StGB em sua antiga ver-

são, o § 80º do StGB, que tipifica o crime de “*preparação de uma guerra de agressão*” (*Vorbereitung eines Angriffskrieges*), não foi adaptado ao Código Penal Internacional. Isso porque como o Estatuto de Roma não definiu o crime de agressão, o legislador alemão tomou como prudente manter o dispositivo do StGB, sem adaptá-lo ao Código Penal Internacional. Esta decisão do legislador alemão, de renun-

ciar a uma iniciativa independente e de aguardar o desenvolvimento da questão no âmbito do Direito Internacional, levou, inclusive, a que não fosse empregada a determinação constitucional do art. 26 da GG, que estabelece que tais

crimes (de guerra de agressão) sejam cominados com pena⁽¹²⁾.

3. Das punições

Ao passo que o Estatuto de Roma deixou de estabelecer os marcos penais para os tipos, afirmando tão só as penas admitidas, o Código Penal Internacional concretizou as cominações e estabeleceu marcos penais a todos os tipos (isso em razão de que o art. 103, 2º, da GG impõe não só a determinação do tipo, mas também dos marcos penais). Com isso, o Código Penal Internacional estabelece que os *crimes* (§§ 6º a 12º), serão punidos com penas que variam de prisão perpétua à pena privativa de liberdade mínima de um ano; já para os *delitos* (§§ 13º e 14º) foi estabelecida pena privativa de liberdade com o limite máximo de cinco anos.

4. Considerações

O Código Penal Internacional Alemão, enquanto atitude pioneira por parte do legislador alemão, cria fundamentos jurídicos consideravelmente melhores para a persecução dos crimes contra o Direito Internacional pela Justiça Alemã. Nesse sentido, contribui ainda para a consolidação do Direito Penal Internacional e do Direito Humanitário Internacional, ao passo que configura uma diretriz na transposição do Estatuto de Roma para o âmbito interno dos demais Estados-partes. Tal característica tinha sido levada em conta pelo legislador alemão já no momento da elaboração do ➔

O Código Penal Internacional Alemão, enquanto atitude pioneira por parte do legislador alemão, cria fundamentos jurídicos consideravelmente melhores para a persecução dos crimes contra o Direito Internacional pela Justiça Alemã.

➔ *Projeto de Trabalho de uma Lei de Introdução ao Código Penal Internacional*, de modo que, como os demais Estados-partes também se encontram diante da questão de como devem transpor o Estatuto de Roma, foi estabelecida como uma das finalidades do Projeto a função orientadora e instrutiva⁽¹³⁾. 

Notas

- (1) **GEIGER, Hansjörg**. "Internationaler Strafgerichtshof und Aspekte eines neuen Völkerstrafgesetzbuches", in: *Freundesgabe für Alfred Büllsbach*, 2002, p. 341.
- (2) A versão portuguesa do Código Penal Internacional Alemão (VStG), encontra-se em **SILVA, Pablo R. Alflen da** (org.). *Tribunal Penal Internacional: Aspectos Fundamentais e o Novo Código Penal Internacional Alemão*. Porto Alegre: safe, 2004.
- (3) **WERLE, Gerhard; JEBBERGER, Florian**. "Das Völkerstrafgesetzbuch", in: *JZ*, 2002, Nr. 15/16, p. 725.
- (4) **WIRTH, Steffen**. "Germany's New International Crimes Code", in: *JICJ*, nº 1, 2003, p. 151.
- (5) **KREICKER, Helmut**. "Die völkerstrafrechtliche Unverjährbarkeit und die Regelung im Völkerstrafgesetzbuch", in: *NJ*, Nr. 6, 2002, p. 286.
- (6) Cabe observar aqui a distinção que o Direito

Penal Alemão realiza entre crime e delito, considerando como crimes os fatos antijurídicos que são cominados com pena privativa de liberdade mínima não inferior a um ano.

- (7) **WERLE, Gerhard; JEBBERGER, Florian**. *Op. cit.*, p. 727.
- (8) *Idem*, p. 728.
- (9) Para uma análise aprofundada acerca disso, compare **WERLE, Gerhard; NERLICH, Volker**. "Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht", in: *Humanitäres Völkerrecht*. Heft 3, 2002, pp. 124 e segs. Há tradução portuguesa sob o título "A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o Direito Alemão", in: **SILVA, Pablo Rodrigo Alflen** (org.), *op. cit.* pp. 89 e segs.
- (10) Refere-se aqui ao Protocolo Complementar às Convenções de Genebra de 12.8.1949 sobre a Proteção das vítimas de Conflitos armados internacionais.
- (11) **WERLE, Gerhard; JEBBERGER, Florian**. *Op. cit.*, p. 728.
- (12) *Idem, ibidem*.
- (13) Nesse sentido, **GEIGER, Hansjörg**. *Op. cit.* p. 347.

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra), mestre em Ciências Criminais (PUC/RS) e advogado em Porto Alegre

Pablo Rodrigo Alflen da Silva



IBCCRIM

**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)**

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

COORDENADORES ESTADUAIS:

- ACRE
 - **Maria de Salette da Costa Maia**
E-mail: saletemaia@brturbo.com.br
- AMAPÁ
 - **João Guilherme Lages Mendes**
E-mail: cestadual.ap1@ibccrim.org.br
- AMAZONAS
 - **Ana Beatriz Baraúna Lopes**
E-mail: cestadual.am1@ibccrim.org.br
 - **Fabiola Monteconrado Ghidalevich**
E-mail: cestadual.am2@ibccrim.org.br
- BAHIA
 - **Elmir Duclerc**
E-mail: cestadual.ba1@ibccrim.org.br
 - **Selma P. de Santana**
E-mail: cestadual.ba2@ibccrim.org.br
- CEARÁ
 - **Fernando Luiz Ximenes Rocha**
E-mail: cestadual.ce1@ibccrim.org.br
- DISTRITO FEDERAL
 - **Carmen da Costa Barros**
E-mail: cestadual.df1@ibccrim.org.br
 - **Heloisa Estellita**
E-mail: cestadual.df2@ibccrim.org.br
- MARANHÃO
 - **Themis Maria Pachêco de Carvalho**
E-mail: themiscarvalho@terra.com.br
- MINAS GERAIS
 - **Liliane Cristina de Oliveira**
E-mail: cestadual.mg1@ibccrim.org.br
 - **Marcelo Leonardo**
E-mail: cestadual.mg2@ibccrim.org.br
- PARÁ
 - **Edmundo Alberto Branco de Oliveira**
E-mail: cestadual.pa1@ibccrim.org.br
- PARAÍBA
 - **Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato**
E-mail: cestadual.pb1@ibccrim.org.br
 - **Guilherme Costa Câmara**
E-mail: cestadual.pb3@ibccrim.org.br
 - **Oswaldo Trigueiro Filho**
E-mail: cestadual.pb2@ibccrim.org.br
- PARANÁ
 - **Maurício Kuehne**
E-mail: cestadual.pr1@ibccrim.org.br
- PERNAMBUCO
 - **Nilzardo Carneiro Leão**
E-mail: cestadual.pe1@ibccrim.org.br
- MATO GROSSO DO SUL
 - **Fabio Trad**
E-mail: cestadual.ms1@ibccrim.org.br
- RIO DE JANEIRO
 - **Maria Lúcia Karam**
E-mail: cestadual.rj1@ibccrim.org.br
- RIO GRANDE DO SUL
 - **Fabio Roberto D'Avila**
E-mail: cestadual.rs1@ibccrim.org.br
 - **Luiz Antônio Bogo Chies**
E-mail: cestadual.rs3@ibccrim.org.br
 - **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**
E-mail: cestadual.rs2@ibccrim.org.br
- RIO GRANDE DO NORTE
 - **Lena Rocha**
E-mail: cestadual.rn1@ibccrim.org.br
- SANTA CATARINA
 - **Felipe Cardoso Moreira de Oliveira**
E-mail: felipe@moreiradeoliveira.com.br

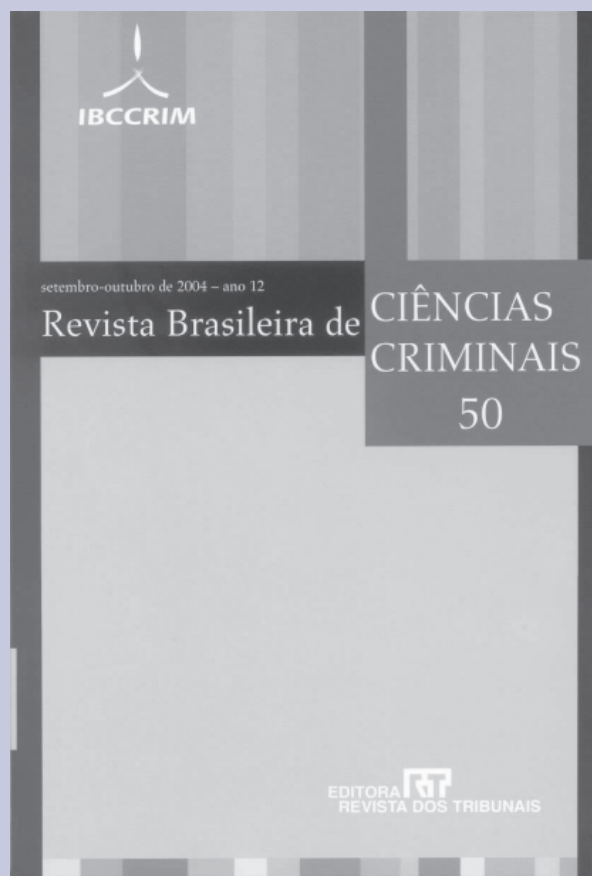
Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar. **Participe!**

IBCCRIM

Renove já a assinatura da Revista Brasileira de Ciências Criminais 2005

Ano	2005
Código	006285
Volumes	52 a 57
Preço de Tabela em R\$	480,00
Preço da Coleção c/ 30% de desconto	336,00
(somente para associados do IBCCRIM)	
Volume avulso	86,00
017005	
Índice CD Rom Revista IBCCRIM	
Vol.00/45	
40,00	

A renovação poderá ser feita pela internet www.ibccrim.org.br ou pelo Departamento de Vendas da RT: 0800-702-2433



A criança, indiscutivelmente, é o patrimônio da humanidade, e o nível de civilização de um povo pode ser aferido de acordo com o tratamento que se dispensa a ela. Por isso é que os povos modernos, sempre no afã de alcançar a sociedade justa, lutam para que seja conferido ao menor um tratamento jurídico capaz de alcançar a maturidade sem, contudo, despreocupar-se com a repressão da prática de crimes.

Muitas legislações foram criadas e aplicadas no Brasil ao longo de sua história. Desde a inimizabilidade absoluta até os 9 anos, até a responsabilização especial do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É sabido que, até a criação da primeira legislação penal brasileira, vigorava no Brasil o mesmo ordenamento jurídico que regia os portugueses (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Entretanto, as Ordenações Afonsinas não tiveram aplicação efetiva no Brasil, por falta de núcleo colonizador na época, e as Manuelinas tiveram aplicação escassa, sendo logo substituídas pelas Filipinas em 1603.

Estas, por sua vez, dispunham que, se o infrator tivesse idade de 17 anos até 20, ficaria ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuí-la. Quando o delinqüente fosse menor de 17 anos cumpridos, mesmo que o delito merecesse morte natural, em nenhum caso lhe seria dada, mas ficaria ao arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena.

Em 1830, com a criação do Código Criminal do Império, inspirado no Código Penal Francês de 1810, adotou-se o sistema do discernimento, determinando a maioridade penal absoluta a partir dos 14 anos, salvo se o agente tivesse obrado com discernimento, devendo, então, ser recolhido às casas de correção, pelo tempo determinado pelo juiz, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos. Por este critério, o discernimento poderia ser descoberto até mesmo em uma criança de oito anos, e um adolescente de 15 anos poderia ser condenado à prisão perpétua, o que se dava efetivamente, conforme criticava **Tobias Barreto**⁽¹⁾.

Já o Código Penal Republicano, de 1890, determinava a inimputabilidade absoluta até os nove anos de idade completos, sendo que os maiores de nove e menores de 14 anos estariam submetidos à análise do discernimento, critério este que sempre foi um verdadeiro enigma para os aplicadores da lei, chamado por **Evaristo de Moraes**, como lembra **Márcia Milanez Carneiro**, de "adivinhação psicológica".

A verificação da aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir o menor relativa lucidez para orientar-se segundo as alternativas do lícito e do ilícito, era atribuição das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente decidia em favor do menor, proclamando-lhe a ausência de discernimento, conforme ensina **Basileu Garcia**⁽²⁾.

O dispositivo do Código de 1890, que tratava da inimputabilidade, foi revogado em 1921 pela Lei nº 4.242, de 05.01.21, art. 3º, que autorizou o Governo da República a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente, construindo abrigos, fundando casas de preservação, etc., para, então, estabelecer no § 2º o seguinte: "O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma, e o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, será submetido a processo especial".

Em 1926 passou a vigorar o Código de Menores instituído pelo Decreto Legislativo de 1º de dezembro do mesmo ano, prevendo a impossibilidade de recolhimento à prisão do menor de 18 anos que houvesse praticado ato infracional. O menor de 14 anos, conforme sua condição de abandono ou perversão, seria abrigado em casa de educação ou preservação ou, ainda, confiado à guarda de pessoa idônea até a idade de 21 anos. Poderia ficar sob custódia dos pais, tutor ou outro responsável se sua periculosidade não fosse acentuada.

Com a introdução do Código Penal de 1940 no ordenamento jurídico brasileiro, o qual vigora até os dias de hoje embora com alterações, passou-se a adotar o critério puramente biológico, no que concerne à inimputabilidade em face da idade, estabelecendo-a para os menores de 18 anos, traduzindo-se, assim, como uma exceção à regra, ou seja, ao método biopsicológico, que prevalece no caso das demais espécies de inimputabilidade previstas naquele Código.

Sobre esse período ensina **Nelson Hungria**⁽³⁾ que o Código de 1940, "inspirado principalmente por um critério de política criminal, colocou os menores de 18 anos inteira e irrestritamente à margem do direito penal, deixando-os apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Código de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores, declarando-os, por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é, o entendimen-

to ético-jurídico e a faculdade de autogoverno". E continua: "ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício".

Em 1969 o natimorto Código Penal, em seu artigo 33, tentou ressuscitar o critério do discernimento ao estabelecer o retorno do critério biopsicológico, possibilitando a aplicação de pena ao maior de 16 e menor de 18 anos, com a pena reduzida de 1/3 a metade, desde que o mesmo entendesse o caráter ilícito do ato ou tivesse possibilidade de se portar de acordo com esse entendimento. A presunção da inimputabilidade era relativa, portanto.

Muito criticada foi a tentativa da redução da imputabilidade para 16 anos, conforme lembra **José Henrique Pierangeli**⁽⁴⁾, pois fazia depender de exame criminológico para a verificação da sua capacidade de entendimento e de autodeterminação.

Entretanto, como sabido, esse código, teve o início da vigência protelado por várias vezes e acabou por não ter tido a oportunidade de entrar em vigor. Com isso, a maioridade penal permaneceu nos moldes do estabelecido pelo de 1940, ou seja, 18 anos de idade, sujeitando os menores à legislação especial.

Não podemos deixar de mencionar, ainda, que o nosso Código Penal Militar adotou a teoria do discernimento ao fixar o limite penal em 18 anos salvo se, já tendo o menor 16 anos, revelar discernimento.

Fez-se surgir, assim, uma anomalia do processo contra o menor de 18 anos, já que se envia em primeiro lugar para a Justiça Militar, para que esta se declare ou não incompetente para remetê-lo ao juízo de menores, se entender haver o menor agido com discernimento. É tanto mais anômala essa situação quanto é certo que, pelo Código Penal comum, é absoluta a inimputabilidade do menor de 18 anos.

Contudo, como a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 228, que a menoridade penal termina aos 18 anos, o citado dispositivo do Código Penal Militar não mais vigora, por ausência de recepção pela nova ordem constitucional.

Enfim, pudemos observar, no decorrer do breve apanhado histórico da maioridade penal, que a responsabilidade do menor sempre foi alvo de discussões, desde os tempos mais remotos. Os menores passaram por exaustivos sacrifícios, inclusive tendo que pagar com a própria

vida, até alcançarem a garantia de seus direitos fundamentais.

Hoje, como se sabe, a maioridade penal é fixada aos 18 anos. No entanto, ressalta **Francisco de Assis Toledo**⁽⁵⁾, nada indica que essa idade seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação. É, entretanto, um limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas de 1949, em Paris, tanto que podemos afirmar ser o limite de 18 anos praticamente regra internacional, sendo adotado pela maioria dos países, ou com pequenas variações para mais ou para menos.

De toda a sorte, o aumento da criminalidade infanto-juvenil galgando até os dias de hoje, faz com que a maioridade penal continue sendo o foco de grande polêmica e discussões na sociedade, sobretudo no meio jurídico.

Todavia, não nos cabe, nesta oportunidade, expor a celeuma vivida na atualidade acerca da redução ou não da maioridade penal, nem sequer exaurir o tema, mas, tão somente, comprovar a existência bem como a evolução do direito menorista na história. ●

Bibliografia

- BARRETO, Tobias.** *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Senado Federal. 2003
- BRUNO, Aníbal.** *Direito Penal - Parte Geral*, t. II.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Direito do Menor*, Ed. Forense.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, t. I.

HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, t. II.

MASSA, Patrícia Helena. "A Menoridade Penal no Direito Brasileiro", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, fascículo 4, 1993.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da Emoção*. Editora Revista dos Tribunais.

PAULA, Paulo Afonso Ganido de. *Menores, Direito e Justiça: Apontamentos para um novo Direito das crianças e adolescentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PIEDEDE JÚNIOR, Heitor e LEAL, César Barros. *Idade da Responsabilidade Penal*, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil - Evolução Histórica*, 2ª ed., Revista dos Tribunais.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva 2002.

Notas

- (1) **Patrícia Helena Massa**, "A menoridade Penal no Direito Brasileiro", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.
- (2) *Instituições de Direito Penal*, t. I
- (3) *Comentários ao Código Penal*, t. II.
- (4) *Códigos Penais do Brasil*, Ed. Revista dos Tribunais.
- (5) *Princípios Fundamentais de Direito Penal*, p. 320

Heloisa Gaspar Martins Tavares

Advogada da Funap, mestranda em Direito Penal pela PUC/SP e professora de Direito Penal no Meritum - Centro de Estudos Jurídicos em São José do Rio Preto (SP)

1º CURSO DE ATUALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP

O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em parceria com o Curso Preparatório Apromax, realizará nos meses de outubro e novembro,

1º Curso de Atualização em Direito Penal,
em São José do Rio Preto/SP.

Módulo I (1º Sábado – 30/10) das 8h às 12h
Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003
Palestrante: **Dr. Davi Tangerino**

Módulo II (2º Sábado – 06/11) das 8h às 12h
Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90, artigos 1º e 2º)
e a Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-A, do Código Penal)
Palestrante: **Dra. Heloisa Estellita**

Módulo III (3º Sábado – 20/11) das 8h às 12h
Violência – Mídia e Advocacia Criminal
Palestrante: **Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira**

Módulo IV (4º Sábado – 27/11) das 8h às 12h
Crimes Ambientais
Palestrante: **Dr. Davi Tangerino**

Informações e inscrições, no Curso Apromax, pelo telefone (17) 235-7927.

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

— SÃO PAULO

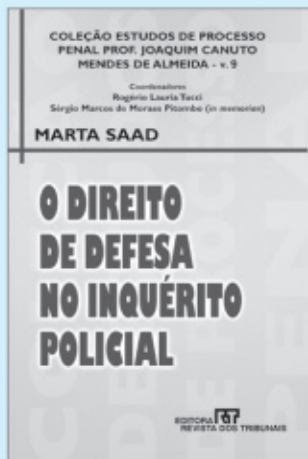
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Lançamentos RT



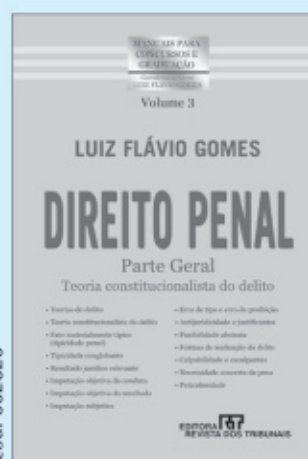
cód. 002618

438 páginas
brochura



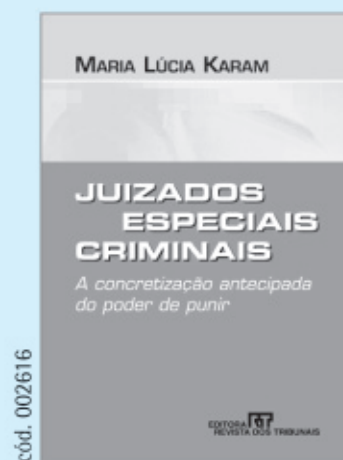
cód. 002617

404 páginas
brochura



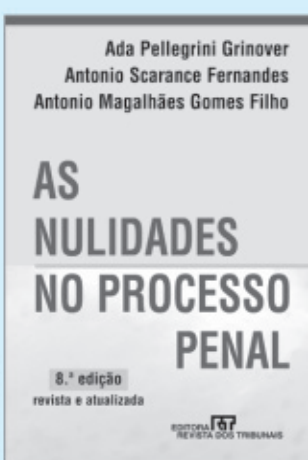
cód. 002620

400 páginas
brochura



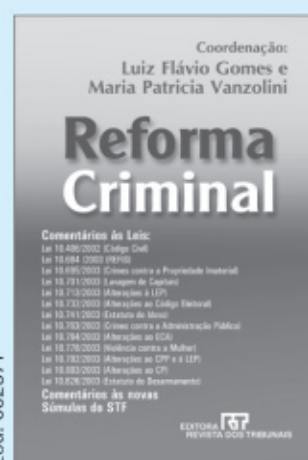
cód. 002616

288 páginas
brochura



cód. 002610

388 páginas
brochura



cód. 002571

584 páginas
brochura

EM BREVE



Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial

Coord.: Alberto Silva Franco e Rui Stoco

2.ª edição em 5 volumes

volume 1. Parte Constitucional

volume 2. Parte Processual Penal (arts. 1.º a 250)

volume 3. Parte Processual Penal (arts. 251 a 393)

volume 4. Parte Processual Penal (arts. 394 a 667)

volume 5. Parte Processual Penal (arts. 668 a 811)

livraria
RT

www.livrariart.com.br

Atendimento ao consumidor

0800 702 2433

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br