

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL

CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O assassinato de um jovem casal na cidade de Embu-Guaçu reacende, com vigor desmesurado, a discussão sobre o limite de idade para a imputabilidade penal. O tema volta à tona, uma vez mais, sob o signo da *vindicta*, e recebe a atenção de sempre da mídia. Todos — do ministro da Justiça a representantes da Igreja, parentes das vítimas, deputados, homem da rua — manifestam suas opiniões neste momento de comoção. Vale o recorrente alerta: elaborar política criminal sob o influxo de casos concretos significa tratar o geral com base na exceção. O máximo que se pode alcançar com isso é generalizar as exceções, de modo inconsequente.

Segundo os meios de comunicação querem fazer crer, a maioria dos cidadãos seria favorável à redução do limite de imputabilidade penal de 18 para 16 anos. Não seria difícil, com uma simples campanha desinformativa, modificar ainda mais esse limite; afinal, por que 16 e não 14 ou 12? O Governo de São Paulo, que tem na construção de penitenciárias uma de suas prioridades, entregou à Câmara dos Deputados, no dia 19 de novembro p.p., proposta de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): propõe o aumento, de três para até dez anos, do limite da privação de liberdade para o menor infrator (riscando da vida do menor a integralidade de sua juventude); estabelecer no início da pena um prazo determinado para o cumprimento da medida socioeducativa (o que elimina o juízo permanente de reavaliação da *necessidade* da medida restritiva de direitos, que deveria ser excepcional); e a transferência para penitenciárias comuns dos adolescentes que completarem 18 anos e ainda não forem considerados recuperados (o que parece querer ressuscitar o juízo — subjetivo — de periculosidade).

A mudança da lei não pode ser resposta à ineficiência das instituições (Administração, Polícia, MP, Judiciário), que falham ao não evitar que o menor seja atraído para a transgressão e, depois, falham novamente ao não reagir à ocorrência de fatos criminosos de modo rápido, eficaz e sem demagogia.

No pretender o agravamento das punições impostas ao adolescente, há a mal velada pretensão de incrementar o caráter preventivo da sanção, principalmente sob o aspecto de prevenção geral negativa e de prevenção especial negativa. A prevenção geral negativa seria o efeito gerado pela pena de prisão ao intimidar potenciais futuros adolescentes infratores, que seriam desencorajados da prática de delitos diante do exemplo da punição aplicada a outros infratores. Percebe-se aí a sombra da exemplaridade da pena, de que falava Feuerbach no início do século XIX, enquanto fator de coação psicológica sobre a sociedade, e que já se revelou um mito. A prevenção especial negativa, por sua vez, decorreria da neutralização do adolescente que, preso, não poderia delinquir.

No sistema prisional, a pena privativa de liberdade promete considerar em sua aplicação o critério de necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59). Na realidade, limita-se a castigar, retribuir o mal com o mal, sem preocupação efetiva com a recuperação do condenado. Se a função preventiva surtisse algum efeito, provavelmente a criminalidade teria diminuído na última década em que, salvo raríssimas exceções, as leis penais e processuais penais somente fizeram

agravar o tratamento imposto ao condenado e mesmo ao simples acusado.

De igual modo, não é menos sabido que as medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes infratores também se têm mostrado ineficientes para os fins a que se destinam. A internação — sanção privativa de liberdade por excelência — nas condições em que é cumprida em estabelecimentos como a Febem, não tem função pedagógica, pois acaba constituindo-se em uma escola de iniciação ao crime.

O Estado, portanto, oferece dois sistemas — penas para os imputáveis e medidas socioeducativas para os inimputáveis — os quais se restringem a punir. No mais, o sistema prisional não previne e o sistema de internação para adolescentes não educa.

Ora, é equivocado o argumento, muito utilizado pelos defensores da redução de idade para imputabilidade penal, de que o *entendimento* do caráter criminoso da conduta já existe aos dezesseis anos ou menos. Não se trata de simples “*inteligência*” quanto ao fato, mas sim de maior ou menor possibilidade pessoal de se afastar dele ou de assumi-lo, tendo em vista a formação da personalidade. Há controvérsia também sobre a idade exata em que essa etapa formativa se completa, mas os estudiosos colocam-na seguramente acima dos 21 anos de idade, a exigir tratamento diferenciado por parte da legislação.

Cabe, então, questionar qual sanção seria a mais adequada para os infratores que se encontram nessa faixa etária. As “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores” — *Regras de Beijing* — estabelecem que “a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do menor, assim como às necessidades da sociedade” (regra 17.1). Se, substancialmente, a proposta dos que advogam a redução da fronteira de imputabilidade penal para 16 anos é meramente de despejar os adolescentes mais cedo em um sistema prisional falido, como é o caso, que utilidade para a sociedade e para o infrator pode haver nisso? O paradoxo é evidente. De um lado buscam-se alternativas para a prisão, com o estímulo às penas de multa e restritivas de direito, em especial a prestação de serviços à comunidade; e de outro lado cresce o coro para que adolescentes ingressem ainda antes no sistema penitenciário, com todas as mazelas e incapacidade deste para cumprir sua missão de reprovar e prevenir delitos.

Permitir que a sociedade organizada se aproxime do menor infrator, passando a atuar nos estabelecimentos destinados a medidas verdadeiramente socioeducativas, as quais, mantendo o caráter punitivo, também privilegiem o escopo pedagógico, pode ser uma saída para o sistema. Em instituições criadas para abrigar número reduzido de infratores, os familiares, a comunidade e entidades sociais poderão contribuir, ao lado do Estado, para que o ECA seja cumprido de modo efetivo. Nesse modelo, caberia ao Estado a gestão, a fiscalização das atividades e a segurança interna das instituições. Atividades pedagógicas, profissionalizantes, sociais, psicológicas, esportivas, entre outras, poderiam ser confiadas à comunidade e a entes não estatais. Com vontade política, participação social e verbas orçamentárias adequadas pode ser que, em meio ao breu, se veja luz no fim do túnel. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL:
CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O CRIME DO JUIZ - A BARBÁRIE JUDICIALIZADA	1
Renato Luiz Mello Varoto	2
QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO (OU COMO IGNORAR OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS E ARMAR BARRICADAS PARA DEFENDER O DIREITO DE VIOLÁ-LAS)	4
Eugênio José G. de Aragão	4
SOBRE AS MODERNAS VIOLAÇÕES ANTIGAS	6
Camila Figueiredo Soldá	6
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM CASO DE APLICAÇÃO DE PENA COM FUNDAMENTO NO “PRINCÍPIO DO ‘PORQUE SIM’”	7
Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa estellita	7
TODOS OS CRIMES APENADOS COM DETENÇÃO SÃO DE “MENOR POTENCIAL OFENSIVO”	10
César Peres	10
REPRESENTAÇÃO FISCAL E REFLEXÃO SOBRE A PORTARIA CAT Nº 005/2000 DA SEFAZ/SP	12
Luiz Gustavo Fernandes	12
QUAL DELINQUENTE ECOLÓGICO A LEI AMBIENTAL PRETENDE ALCANÇAR?	13
Fernando Célio de Brito Nogueira	13
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: REINCIDÊNCIA: AGRAVANTE OU ATENUANTE?	14
Gustavo Araujo Vilas Boas	14
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: LIBERDADE DE EXPRESSÃO. MÍDIA E PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA	753
Cezar Peluso	753
O DIREITO POR QUEM O FAZ: REPARAÇÃO DO DANO NÃO É REQUISITO PARA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	753
Vico Mañas	753
O DIREITO POR QUEM O FAZ: INTERROGATÓRIO ON-LINE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE DOS ATOS JUDICIAIS E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE CONFIGURADA	754
Ary Casagrande	754
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	756
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	757
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	758
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	759
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	760

O resultado essencial e primeiro dos projetos de Lei nºs 4.730/2001 e 4.887/2001, que se encontram na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, é trazer a debate a grave questão carcerária brasileira no que respeita ao descontrole das condições dos encarcerados.

O projeto do deputado gaúcho **Pompeo de Mattos** — nº 4.730/01 —, dispondo sobre a obrigatoriedade do exame do HIV ao condenado preso, contém pecado original. É preciso saná-lo. A questão embora objetiva, não se esgota aí, uma vez que, contrariando a Lei nº 7.210/84 e os incisos XLVIII e XLIX do art. 5º da Constituição Federal, o Judiciário e o Ministério Público têm consentido com a mistura, num mesmo espaço, de condenados, presos preventivos, presos provisórios e, o terrífico, inocentes. Revogou-se o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no inc. LVII do já mencionado art. 5º.

O HIV, bem como outras doenças infecto-contagiosas, não atinge apenas condenados. Elas não diferenciam vítimas por suas condições jurídicas e, menos ainda, pela falta delas. Ataca a todos os que forem forçados a “confraternizar” no mesmo espaço. A omissão do Estado, principalmente do Ministério Público e do Poder Judiciário, no controle do mecanismo penitenciário tem judicializado a barbárie. São, como disse o ministro **Márcio Thomaz Bastos**, integrantes de uma “perversa linha de produção”.

O debate em torno do direito punitivo do Estado é matéria de todo em todo superada. À unanimidade há concordância quanto ao dever/direito que tem o Estado, enquanto gestor do bem comum e promotor do desenvolvimento, de exercer o seu *jus puniendi* em relação àqueles que, pelo menos no que acorda às normas vigentes, apresentem conduta que, por ser típica, é punível.

Ainda que inafastável o poder punitivo do Estado, enquadrando-se mesmo em um dado ordenamento jurídico e nele, num ordenamento jurídico penal, histórico e concreto, não é menos sólido o entender de que forte é a divergência quanto à amplitude e forma desse agir. No fundo todas as concepções reconhecem, com um ou outro argumento, que o Estado tem no direito punitivo pesado e eventualmente eficaz instrumento de controle social, inclusive surgindo as sanções como a expressão positivada de tal comportamento. Tanto, entretanto, não o autoriza a eliminar física e/ou moralmente os cidadãos, como vem ocorrendo em nossos institutos prisionais.

Um dos deveres primários do Estado é forjar uma sociedade justa e igualitária e, por isso mesmo, a Constituição Federal proíbe a pena de morte. E o faz não por mero subjetivismo. A pena de morte, sempre desumana e cruel, não pode ser admitida sob qualquer forma. Há, pois, responsabilizar aqueles que de alguma forma a promovam. Importa salientar ser a pena de morte muito mais cruel quando patrocinada pela omissão do Estado ou, como talvez seja o caso hoje no Brasil, por um processo consciente e ordenado de “elimina-

ção social” seletiva. A pena de morte, por equipamentos previamente selecionados e testados, por certo é mais humana, mais justa e infinitamente menos cruel.

O projeto de Lei nº 4.730/01, embora correto, é praticamente inócuo, uma vez que abarca parcela mínima da população carcerária, isto é, os condenados, mesmo que sem sentença transitada em julgado. A grande massa carcerária é formada por investigados, processados e, insista-se, inocentes, todos misturados com a mesma tranqüilidade com que se amassam os restos que servirão de ração aos porcos. Mais: a expressiva parcela de juizes e praticamente a totalidade dos integrantes do Ministério Público fazem absoluta questão de não se aproximar de tais “chiqueiros” para que não venham a sofrer da contaminação que, com suas condutas, nutrem.

Os fatos não são mais novidades. As denúncias já chegaram ao campo inclusive da literatura, e aí vale destacar *Meu Casaco de General* de **Luís Eduardo Soares**, *Vidas do Carandiru* de **Humberto Rodrigues** e *Estação Carandiru* de **Dráusio Varela**. Por lamentável em todos a mais dura realidade. Nenhum deles traduz simples episódios das sempre dramáticas histórias da genialidade de **Kafka**. Despejam o horror oficial de nossas instituições prisionais, inclusive as de menores. Não é mais possível silenciar.

O Projeto nº 4.730/01, como dito, é um grito de alerta. Há aperfeiçoá-lo, para que possa no mundo dos fatos e, sobretudo, no mundo jurídico produzir algum resultado.

No mesmo sentido deve ser cuidadosamente analisado o projeto de Lei nº 4.887/01 do deputado capixaba **Feu Rosa** que introduz o art. 267-A no Código Penal, dispondo sobre o contágio com doença notoriamente incurável, projeto que também se encontra na CCJR da Câmara Federal.

Aqui, como no projeto do deputado **Pompeo de Mattos**, se tem uma boa idéia, mas, por igual, ineficaz se for levada em conta a realidade de nosso ordenamento jurídico, ou seja, continuar-se punindo o menor, para proteger o maior.

Como?

Um ordenamento jurídico para poder ser eficaz, atendendo a seus objetivos, exige coerência. “*Dois normas jurídicas incompatíveis juridicamente do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação de outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além é claro, da ab-rogação legislativa).*”

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento⁽¹⁾.

E o que se vive hoje no Brasil?

Uma fúria acusatória que tem resultado num despejo diário, aos magotes, de cidadãos em nossos presídios, no mais das vezes com sentenças calçadas em inquéritos mal feitos,

termos circunstanciados incompletos e até mesmo processos apressados e completamente despidos das devidas garantias constitucionais, principalmente da ampla defesa. O devido processo legal se está tornando simples e desprezível referência histórica. A prova ilícita se espalha⁽²⁾.

Como muito bem acentuou o advogado e professor em Ribeirão Preto, **César Augusto Moreira**, contra a formatação policialista que vem tomando o Judiciário Brasileiro: “*a coragem deixou de ser uma marca indelével dos nossos juizes. Há algum tempo os juizes têm medo de dar a cada um o que é seu. Medo de condenar quando tiver que fazê-lo. Medo de, acima de tudo, absolver quando tiver de ser feito*” (grifo nosso)⁽³⁾.

Os magistrados precisam ter coragem no decidir, assim como precisam ser responsabilizados pelo não controle das sanções que aplicam. O tempo do juiz-Pilatos é vencido. Urge dar um basta a essa colaboração efetiva que com seu agir têm os aplicadores da lei ofertado à “eliminação seletiva”, pelas doenças epidêmicas e infecto-contagiosas que grassam em nossos institutos prisionais. Quem de qualquer modo concorre para a ocorrência de crime deve ser por ele responsabilizado. E com o Judiciário e o Ministério Público não há que ser diverso. Quem lhes sustenta a impunidade?

Portanto, não se pode, como quer o projeto de lei do deputado **Feu Rosa**, punir apenas quem contagia diretamente. Há punir quem contagia consciente e deliberadamente, ao misturar num mesmo espaço infectados e cidadãos sadios, sabendo da ilegalidade e da imoralidade de sua conduta. A desculpa de superlotação das casas prisionais é mesquinha e covarde. Quem não tem condições de punir nos termos da lei que não use de tal poder. Fazê-lo é arbítrio, é dolo, é crime.

A Constituição, bem como a legislação ordinária, são definitivas no garantir a integridade dos presos, determinando, o que não ocorre, a sua separação pela natureza do delito e idade. Insista-se, o Brasil pratica a barbárie e desconhece os direitos humanos e, dentre estes, os dos presos ou detidos de qualquer espécie.

Muito embora não se tenham estatísticas plenamente confiáveis, certo é ser expressivo o número de encarcerados que chegam ao óbito em decorrência de doenças contraídas ao tempo da prisão. Doenças como *aids*, sífilis, tuberculose são presenças em todos, absolutamente todos os nossos presídios. E, tristemente, nenhuma atitude é tomada para proteger os doentes, menos ainda para impedir que outros venham a adquirir tais doenças. Sem medo de ser repetitivo, está a sociedade sendo “higienizada” por óbitos patrocinados pelo Estado.

E tanto é agravado se for levado em conta o terrível, mas verdadeiro, alerta de **Nilmário Miranda**, secretário nacional dos Direitos Humanos:

“*Ainda não temos na prática o amplo direito de defesa e um terço da população não tem acesso à Justiça*”⁽⁴⁾.

Em absoluto realismo, patrocina-se, nos termos da Lei nº 2.889/56, um aterrorador ge-

➔ nocídio sob o comando exatamente daqueles que deveriam garantir a aplicação correta da lei: Ministério Público e magistrados.

Todavia, infelizmente, parece que se perdeu a noção de ordenamento jurídico: o que se escreve aqui, não se pratica ali. As leis se vão tornando meros papéis de razoável valor histórico.

Sem entrar em mais detalhado exame da ilegalidade representada pelo depositar de investidos, detidos, presos e condenados num mesmo espaço, impossível deixar de alertar que abandoná-los em ambientes infectos, sem condições mínimas de higiene, desprovidos de equipamentos básicos como camas e cobertores, sem alimentação, mas acima de tudo em contato com doentes de alta infectologia, não fosse criminosamente tipificado, o seria na esfera ético-moral. E o tipo penal deve ser aplicado a todos, afinal, pelo menos na esfera constitucional, todos são iguais perante a lei.

Ao contrário do que pensam e praticam alguns aplicadores do Direito os ocupantes das instituições prisionais não podem equiparar-se a *res* dos romanos. Ainda que não acreditem, internados e condenados, são seres humanos, cuja dignidade exige se lhes respeitem todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (Lei nº 7.210/03, art. 3º).

A análise feita pelo brilhante **Heleno Cláudio Fragoso** sobre o crime do art. 267 do Código Penal (epidemia) permanece moderna e ajusta-se como uma luva ao comportamento dos que estão entulhando as casas prisionais:

“É este crime de perigo para a incolumidade pública, perigo que se presume, de forma absoluta. Todavia, é também crime de dano, já que a epidemia constitui em si mesma evento lesivo da saúde pública. A presunção de perigo funda-se na possibilidade notável de difusão da moléstia⁽⁵⁾.”

Ao que logo acrescenta:

“O modo pelo qual a ação de propagar (espalhar, difundir, reproduzir) se pratica, é irrelevante⁽⁶⁾.”

Não fosse tanto suficiente para caracteri-

zar o *iter criminis* das condutas assumidas por agentes do Ministério Público e Judiciário, haveria considerar ainda **Fragoso** quando giza:

“É bastante que o agente assumo o risco de causar epidemia (dolo eventual), o que envolve a consciência do perigo comum⁽⁷⁾.”

Resumindo, não há como afastar a responsabilidade, civil e penal, dos aplicadores da lei que promovem uma falsa “higienização social”, fazendo proliferar doenças epidêmicas, infecto-contagiosas e outras dentro de nossos presídios, longe dos olhos da sociedade.

Fica, por derradeiro, evidenciando que os dois projetos de lei não ultrapassam os limites da boa intenção e que, enquanto não adotarmos uma verdade absoluta a Constituição Federal, a Lei de Execuções Criminais, e não passarmos efetivamente à prática de penas alternativas, tudo, absolutamente tudo, será inútil. (1)

Notas

- (1) **BOBBIO, Norberto.** *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 7ª ed., Brasília: UNB, 1996, p. 113.
- (2) **VAROTO, Renato Luiz Mello.** *Da Verdade no Interrogatório – A Mentira Consentida*. Pelotas: Editora Universitária/UFPel., 2000, p. 78.
- (3) **MOREIRA, César Augusto.** “Para ser Juiz é Preciso Ter Coragem...”, **Boletim do IBCCRIM**, ano 11, nº 125, abril, 2003, p.12.
- (4) *Isto É*, 14 de maio de 2003, São Paulo: Editora Três, nº 1.754, p. 11
- (5) *Lições de Direito Penal*, v. 3, Rio de Janeiro: José Bushatsky, Editor, 1959, p. 680
- (6) Ob. cit., p. 680.
- (7) Ob. cit., p. 681.

Renato Luiz Mello Varoto

Advogado, professor universitário aposentado da Univ. Fed. de Pelotas, jornalista, membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e membro da Associação Americana de Juristas

Renato Luiz Mello Varoto



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:

Olga Espinoza Mavila

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Janaína C. Paschoal

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Lúcia Sabadell

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Alvino Augusto de Sá

PÓS-GRADUAÇÃO:

Renato de Mello Jorge Silveira

REDES INTERNACIONAIS:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

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

ASSEMBLÉIA

Será realizada, no próximo dia 11 de dezembro, às 11 horas, em primeira convocação, estando presente o quórum legal, ou às 11h30, com qualquer número, a **ASSEMBLÉIA GERAL DO IBCCRIM**, que tratará da aprovação do relatório 2003, da reforma estatutária e de outros assuntos de interesse geral.

QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO (OU COMO IGNORAR OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS E ARMAR BARRICADAS PARA DEFENDER O DIREITO DE VIOLÁ-LAS)

Eugênio José Guilherme de Aragão

O ministro **Maurício Corrêa**, presidente do STF, se fez líder sindical dos juizes de todo o País. Depois de ter afirmado que o Presidente **Lula** já não é o mesmo, porque gosta de cabelo penteado e de barba bem-feita, esbravejou sua ira classista contra a ONU. O motivo da bronca é singelo: Foi o Brasil visitado pela sra. **Asma Jahangir**, relatora especial da ONU para execuções sumárias. Após constatar o mísero quadro da proteção do direito à vida no País, externou, a relatora, em entrevista, que poderia vir a sugerir que a ONU procedesse a uma investigação específica da situação do Judiciário brasileiro. Para a sra. **Asma**, seria a inércia de nossos tribunais um fator de estímulo à impunidade e, com isso, também, às execuções sumárias promovidas, no Brasil, por policiais e organizações criminosas. Para o ministro **Maurício Corrêa**, a sugestão da relatora da ONU não passa de uma intromissão indevida nos assuntos domésticos do País. Foi acompanhado do ministro **Franco Fausto**, presidente do TST, e do ministro **Nilson Naves**, presidente do STJ, todos se proclamando defensores da soberania pátria. E, no entanto, será que a sugestão da sra. **Asma Jahangir** é tão absurda assim? Será que o Judiciário brasileiro conseguirá se impor à comunidade internacional, como impôs, na Constituinte, sua inescrutinabilidade ao povo, quando certo juiz bradou: “acima de nós, só Deus”? Talvez conviesse mostrar que alguma razão há, para investigarmos melhor nossas práticas forenses.

As críticas contra a alienação de nossas cortes para com os direitos humanos — e o STF nisso não é exceção — não são novas. No plano internacional, também sir **Nigel Rodley**, quando relator especial da ONU para tortura, se chocou com a impunidade no País e igualmente reconheceu no judiciário parte do problema. Declarou **Nigel** que “o sistema judiciário como um todo tem sido criticado por sua ineficiência, em particular por sua lentidão, falta de independência, corrupção e por problemas relacionados à falta de meios e de pessoal treinado, bem como à ampla prática de impunidade em prol dos poderosos”. Na literatura especializada internacional, a fama da Justiça brasileira também não é das melhores. Mas, ao contrário de **Nigel Rodley**, certa crítica vinda de fontes acadêmicas, de que é exemplo **William C. Prillaman** (*The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*), parte

da constatação de que é precisamente o excesso de independência do Judiciário em relação aos demais poderes da República e, em especial, em relação à soberania popular, que o torna ineficiente. O Poder Judiciário brasileiro não deve satisfação a ninguém — esta é sua conclusão fatal. Talvez por isso que 73% da população no Brasil afirma não ter nenhuma confiança na justiça... O Presidente **Lula**, quando afirmou ser o judiciário “uma caixa preta”, na verdade, apenas disse o que todo mundo pensa: que esse poder não se sente devedor de transparência. E, para preservar sua opacidade, vários de seus representantes, o ministro **Maurício Corrêa** à frente, desqualificam os críticos, atribuindo-lhes falta de conhecimento técnico. Em outras palavras, o Judiciário seria opaco para a maioria, porque são poucos os ungidos com conhecimentos necessários para entendê-lo. E a sra. **Asma Jahangir**, apesar de ter atuado anos a fio como advogada perante a Corte Suprema paquistanesa e ostentar dois títulos de doutor, não pertence a esse seletor grupo.

Se o problema do Judiciário brasileiro se resume à falta de compreensão alheia, por que ele não se torna mais claro? Um bom começo seria encarar a crítica dos outros com naturalidade e enfrentá-la com transparência, ao invés de se esconder na indignação. Mas, a verdade é que, em sua auto-suficiência e sua soberba, muitos de nossos juizes não vêem necessidade, nem utilidade em se abrir para o mundo. Bastam-se com seus processos. E o que não está nos processos, para eles não está no mundo. Sim, foi precisamente com esse brocardo do latim — *quid non est in actis, non est in mundo* — que o ministro **Maurício Corrêa**, como relator do *Habeas Corpus* nº 73.565, de Santa Catarina, se negou a tomar conhecimento de alegação de tortura, porque a alegação da vítima por si só não mereceria crédito. Caberia, ao certo, ao paciente provar que fora torturado. E o art. 40 do CPP (“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”) passou em brancas nuvens. Não se interessou o ministro. E, agora, fica furioso, quando a comunidade internacional se interessa...

O mesmo ministro **Maurício Corrêa**, aliás, foi quem inaugurou triste jurisprudência no

STF, que põe uma pá de cal na validade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Foi no caso do *Habeas Corpus* nº 73.044, de São Paulo, que o ministro, mais uma vez na qualidade de relator, rejeitou o argumento da insustentabilidade da prisão civil do depositário infiel face à Convenção Americana dos Direitos Humanos. E fê-lo sem muito esforço de argumentação. Basicamente, o art. 7º, § 7º, da Convenção proíbe a prisão por dívida, excetuando, apenas, da regra, o caso de dívida alimentar. Entendeu o ministro **Maurício Corrêa**, todavia, que, como a Constituição Federal, no art. 5º, LXVII, permite a prisão do depositário infiel, deveria prevalecer sobre a regra internacional. “*Tout court*”. Tal seria um imperativo da “soberania do Estado-povo.”

Quem diria: a soberania do Estado-povo serviria para reduzir direitos de seus integrantes, a cuja proteção o Brasil se comprometeu perante a ordem internacional... Mas, aderir ao tratado também é manifestação do estado-povo. E não só isso. A própria Constituição trata os tratados de direitos humanos de forma diferenciada, declarando-os complementares a suas normas assecuratórias de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º). Já passamos dos tempos tenebrosos da ditadura, em que “direitos humanos” era conversa de subversivo e que denunciar suas violações era tido como ato impatriótico, contrário ao interesse nacional. Mas, se não quisesse tocar em assunto para si tão espinhoso, bastaria ao ministro dizer que a Convenção Americana em nada ofende a Constituição, porque esta, afinal, apenas autoriza, mas não determina, a prisão civil do depositário infiel. Trata-se de autorização ampla, dada como “*carte blanche*” ao legislador ordinário. Se este preferir não usá-la e se submeter a um regime de direitos mais rigoroso — como o fez ao avalizar a assinatura do representante brasileiro aposta à Convenção — a Carta Maior não o impede... Mas, a hostilidade contra qualquer preocupação internacional para com os direitos dos indivíduos brasileiros também aqui não quis silenciar. Preferiu o ministro então, como agora, o confronto.

A atitude do presidente do STF, portanto, não é nova. É precisamente esse tipo de postura que está a merecer atenção internacional. Porque é esse pouco-caso com compromissos externos do Brasil que nos mantém na triste condição de país torturador, ➡

Eugênio José Guilherme de Aragão

QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO...

➔ assassino e escravocrata. É essa arrogância judiciária — “acima de nós só Deus” — que é avessa a qualquer escrutínio internacional, ainda que seja para o bem de todos. Ela estimula a violência, porque os violadores do Direito sabem-se protegidos pelo desinteresse da Justiça.

Como sair dessa situação? A ONU ofereceu seu apoio ao Brasil. Sim, a atitude da sra. **Asma Jahangir** deve ser antes de mais nada interpretada como um convite à cooperação internacional. Com efeito, seu mandato de relatora especial é regido pela Resolução 1.235, do Conselho Econômico e Social da ONU. Trata-se de um mandato de investigação pública, que — diferentemente do que teme o ministro **Maurício Corrêa** — não visa à execração do País perante outros Estados, mas tão e só a auxiliá-lo a aprimorar seus padrões domésticos de respeito aos direitos humanos fundamentais e nivelá-los aos padrões internacionais. O Brasil tem demonstrado nas últimas duas décadas uma crescente vontade de cooperar com a ONU nesse campo. E nem poderia ser doutro modo, para um País que quer se tornar personagem central na ordem internacional. Trata-se de um processo irreversível e que só vem a favorecer a posição do Brasil no mundo e, sobretudo, nossa gente pobre e sofrida.

Foi o grande mérito do Governo passado ter franqueado a todos os relatores da ONU o acesso ao País e a suas instituições, sem necessidade de convite prévio. A atitude de transparência do Brasil foi tida como exemplar. E o Governo Federal, através de seu Poder Executivo, fê-lo em nome do Estado brasileiro como um todo. Vinculou a essa iniciativa todos os poderes e todas as instâncias nacionais. Tinha competência constitucional para tanto, uma vez que manter relações com outros estados e organizações internacionais é um poder constitucionalmente conferido à União Federal através de seu executivo (cf. art. 21, I, e art. 84, VII, VIII, XIX, XX e XXII, da Constituição Federal). Nesse particular, o Presidente da República pode, sim, comprometer todos os Po-

deres da República, incluindo o Judiciário. Não há aí nenhuma invasão da competência de um poder sobre o outro. O Judiciário, por mais independência que tenha logrado através da derradeira Constituinte, ainda não tem atribuição de abrir embaixadas ou estabelecer suas próprias relações com a comunidade internacional. E para esta comunidade, o Brasil, como Estado, é visto de forma homogênea, porque todos os órgãos do Estado atuam por ele e com isso podem originar sua responsabilidade internacional. Será muito pernicioso para o Brasil como um todo, se prevalecer a atitude esbravejante do ministro **Maurício Corrêa** e, com isso, se fecharem as portas dos tribunais a relatores internacionais.

Portanto, a atitude de avestruz, que é sugerida pela recusa do ministro **Maurício Corrêa** em abrir o Judiciário com transparência à curiosidade internacional, é pouco produtiva e, antes de mais nada, inconstitucional, porque recusa ao Presidente da República o exercício legítimo de sua competência constitucional sobre a política externa do Brasil. Esperemos que prevaleça o bom senso, que o Supremo Tribunal Federal se dê o respeito como guardião máximo da Constituição e que permita ao Brasil manter sua postura de franqueza para com os órgãos de supervisão internacional. Essa cooperação, em verdade, é do interesse da soberania do País, não vista como arrogante irresponsabilidade de um Poder do Estado, mas, sim, como o conjunto dos direitos da cidadania, mormente o direito à vida, o direito a não ser torturado, o direito, enfim, a ter dignidade humana. ☾

Eugênio José Guilherme de Aragão
Procurador regional da República,
professor de Direito Internacional Público da
Universidade de Brasília, mestre em Direito
Internacional dos Direitos Humanos
pela University of Essex (Inglaterra)
e doutorando na Ruhr-Universität
Bochum (Alemanha)

ESCREVAM NO BOLETIM!

O **Boletim** depende da colaboração dos leitores. Os artigos devem ser inéditos em quaisquer veículos, Internet inclusive, e ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3½ e processador de texto *Word for Windows*, além do texto impresso em 2 vias.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

Solicitamos, ainda, que os artigos tenham 3, 5 ou 6 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador para determinar os parágrafos: o próprio já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

Aos estudantes de graduação, o **Boletim** dedica uma seção exclusiva.

Eugênio José Guilherme de Aragão



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Celso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:
Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Emy Matsuda,
Fernanda Velloso Teixeira e
Luis Fernando Silveira Beraldo

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

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

“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

“aqui na terra tão jogando futebol tem muito samba, muito choro e rock’ n’ roll uns dias chove, noutros dias bate sol mas o que eu quero é lhe dizer que a coisa aqui tá preta”⁽¹⁾

Em 1976, **Francis Hime** e **Chico Buarque** diziam que aqui no Brasil viver estava muito difícil. Eram outros tempos, e a democracia, ainda um projeto. De muitos, mas não de todos. Sabe-se que as violações aos direitos fundamentais da pessoa eram recorrentes e institucionalizadas. Mas isso foi no século passado.

Hoje, por certo que as infrações não são institucionalizadas, mas o mesmo não se pode falar de sua frequência: se não recorrentes, ainda corriqueiras, e praticadas por alguns Órgãos Públicos.

No século XXI, afronta moderna aos direitos fundamentais da pessoa — aqueles, do século passado — é a que vem sendo praticada pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo: a violação *on-line*. A novidade torna prosaicos os instrumentos de violação do passado (embora qualquer violação seja avassalante por si mesma e seus efeitos não arrefecem com o passar do tempo).

Na página inicial do *site* www.ssp.sp.gov.br, o Poder Público noticia as prisões realizadas pela Polícia Civil, identificando os detidos de forma inequívoca. Nome, sobrenome, apelido, em muitos casos até a idade. Raríssimas vezes — não se sabe o motivo — constam apenas as iniciais dos presos. O que deveria ser a regra, é exceção. Até há poucos dias, a situação era ainda pior, pois no *site* da Polícia (www.policia-civ.sp.gov.br), havia um destaque específico para relatar as ações (“prisões efetuadas”), que foi retirado, como se verá ao final.

É a megalomania da publicidade. Publicíssimo: as informações chegam a todo mundo e também ao mundo todo, pelas ramificações da rede universal de comunicações. Só que, com a divulgação das proveitosas ações da Polícia de São Paulo, devassa-se a dignidade e a vida privada daqueles que são, no momento, apenas investigados. Indiciados sim, alguns poucos processados, mas não condenados em definitivo.

O tema não é recente. O público e o privado desde há muito desafiam as leis da física e tentam ocupar espaço onde cabe apenas um.

Não se nega que, para a consecução de seus fins, são outorgadas à Administração Pública “*prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular*”⁽²⁾. Mas exatamente porque dispõe de tanto poder, deve haver proporcionalidade entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e o objetivo que busca alcançar⁽³⁾. Dito de outro modo, o ato deve ser realmente necessário e do tamanho exato.

Ora, acredita-se que o objetivo pretendi-

do pela Secretaria de Segurança Pública, ao noticiar na *internet*, as prisões efetuadas, seja dar publicidade aos atos praticados pela Polícia Civil de São Paulo, a fim de informar a sociedade, para formar convicções acerca dos assuntos públicos. Este, pois, o interesse público. A intenção é salutar e constitucional, considerando a garantia, a todos, ao acesso à informação⁽⁴⁾. Nota-se, porém, que a sociedade estaria satisfatoriamente informada das ações policiais se fosse omitido o nome dos detidos, ou seja, se se fizesse da exceção a regra.

Lamenta-se que a Administração Pública tenha esquecido — confia-se que tenha sido isso mesmo, um esquecimento — que os outros personagens das ações policiais — os presos — também dispõem de proteção constitucional. Como sabem os bons operadores do Direito, é direito de todos a não exposição de sua intimidade e de sua vida privada⁵, direito não exclusivo aos que estão em liberdade, como também aos presos, investigados ou processados, que aguardam uma solução jurisdicional definitiva.

A verdade é que apesar de expressa em pactos internacionais de direitos humanos, e festejada pela doutrina e jurisprudência atual, a presunção de não-culpabilidade, na prática, aparece tímida e vacilante. Por isso é tão sujeita a desrespeitos, como no caso retratado. Não há uma cultura de tratamento de não-culpados aos que têm contra si um inquérito policial ou uma ação penal instaurada e não concluída, o que contraria visivelmente o espírito do princípio constitucional⁽⁶⁾.

A violação em foco é ainda mais gritante ao se ter em vista que outro órgão da Administração Pública, a Corregedoria-Geral de Justiça, determina que as certidões e relatórios de pesquisa eletrônica, para fins exclusivamente civis, serão expedidos com a anotação *nada consta*, nas hipóteses de inquéritos policiais e indiciados não denunciados, dentre outras⁽⁷⁾.

À lógica despretensiosa é o que bastaria para concluir que, já que é vedada a informação em certidão e pesquisa eletrônica sobre a existência de inquéritos policiais, com ou sem indiciados, é igualmente defeso o lançamento de tais informações na *internet*.

Conclusão contrária levaria à situação insustentável de que, quando solicitada e em âmbito restrito, a informação não poderia ser fornecida, mas quando não solicitada e em âmbito mundial, estaria liberada sua divulgação.

Mais não é preciso para mostrar o abuso perpetrado diariamente, *on-line*, contra os detidos pela polícia paulista.

E, para que o texto não termine em tom catastrófico, informa-se: há luzes no fim do túnel (e sempre há). Em recente Mandado de Segurança, impetrado por pessoa cuja prisão estava sendo notificada pela Secretaria de Segurança Pública via *internet*, foi concedida liminar a fim de que seu nome fosse omitido da informação, determinando-se que sua identificação restasse impossível. Na ocasião, o magistrado considerou que a notícia afigura-se ilegal “*porque aumenta por demais as consequências sociais da existência do inquérito policial, mesmo que iniciado por prisão em flagrante*”⁽⁸⁾. (Em tempo: após a autoridade impetrada ter sido notificada da decisão, o destaque “prisões efetuadas” — do *site* da Polícia Civil — foi retirado. A providência não fez cessar a violação aqui tratada, já que as prisões continuam sendo informadas na página inicial do *site* da Secretaria).

Em que pesem todas as modernidades do nosso século, liminares como esta nunca saem de moda. ☪

Notas

- (1) “Meu Caro Amigo”, 1976, **Francis Hime** e **Chico Buarque**.
- (2) **ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia**. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 65.
- (3) **MORAES, Alexandre**. *Constituição do Brasil Interpretada*, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 170.
- (4) Artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal. O princípio da publicidade dos atos públicos está mencionado no artigo 37, *caput*, da Carta Magna. Sobre a publicidade dos atos da Administração Pública quando ofendem a intimidade da pessoa, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** faz importantes observações à página 75, obra citada.
- (5) Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.
- (6) **Alexandre de Moraes**, obra citada, p. 385, esclarece que o direito de ser presumivelmente inocente possui quatro funções, sendo uma delas o critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente).
- (7) Conferir Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Capítulo VII, artigo 54.
- (8) Por coerência aos argumentos do texto, omite-se o número do Mandado de Segurança, evitando-se, assim, a exposição pública do impetrante que esteve preso.

Camila Figueiredo Soldá
Advogada em São Paulo

PALESTRA

No dia 06.11.2003, às 10h, o **IBCCRIM** recebeu a visita do dr. **Louk Hulsman**, professor emérito da Universidade de Roterdã, Holanda. Na ocasião foi proferida palestra sobre **Política de Drogas na Europa**.

A fita, com a gravação da palestra, estará em breve à disposição dos associados na Biblioteca do **IBCCRIM**.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UM CASO DE APLICAÇÃO DE PENA COM FUNDAMENTO NO “PRINCÍPIO DO ‘PORQUE SIM’”

Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estellita

Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estellita

A responsabilidade penal da pessoa jurídica tem sido amplamente discutida, especialmente pela doutrina, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, com mais vigor, a partir da Lei nº 9.605/98. Algumas decisões sobre o tema vêm surgindo na jurisprudência, merecendo análise a decisão proferida pelo TRF da 4ª Região⁽¹⁾, que demonstra cabalmente a completa inadequação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, especialmente nos moldes traçados pela lei mencionada.

Trata-se de acórdão que confirmou sentença proferida pelo juiz federal da 1ª Vara de Criciúma/SC, condenando uma pessoa jurídica e seu diretor pela prática dos crimes descritos nos arts. 48 e 55 da Lei nº 9.605/98, em concurso formal. Segundo a denúncia, a empresa, por determinação de seu diretor, estava extraindo minério sem autorização do Departamento de Produção Mineral e sem licença da Fundação do Meio Ambiente, acarretando a destruição da vegetação localizada na margem do rio.

Diversos são os pontos do acórdão que merecem análise.

Pois bem, vejamos, então, como foi tratada a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Apesar de nada ter sido questionado pela defesa, tanto a sentença quanto o acórdão cuidaram da matéria, buscando fundamentar a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica na importância da preservação do meio ambiente hodiernamente, na gravidade das ofensas ao meio ambiente e na dificuldade em se definir autoria e fixar responsabilidades em crimes praticados por meio da empresa.

A sentença discorre largamente — ao motivar seu entendimento na possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica — sobre o fato de serem duas e distintas as pessoas criminalmente responsáveis: “*não pode ser ignorado que, na verdade, existem duas pessoas distintas: a pessoa física, que de qualquer forma contribuir para a prática de crime (art. 2º e art. 3º, parágrafo único, ambos da Lei nº 9.605/98; art. 29, CP). Já a outra, distinta da física, é a pessoa jurídica que, segundo a Teoria da Ficção, defendida por Savigny, corresponderia a uma criação artificial do direito, através de uma ficção legal, para possibilitar a sua atuação como se fora uma pessoa real; ou segundo, a Teoria da Realidade ou Organicista, para a qual a pessoa jurídica é um ser real, possuindo vontade própria. Mas ponto incontroverso é que, efetivamente, duas são as pessoas, perfeitamente individualizadas, na forma do*

Direito hoje vigente — pessoa física e pessoa jurídica” (grifamos).

Afastando a ocorrência de *bis in idem* ao se responsabilizar a pessoa física e a pessoa jurídica, a sentença aduz que “*na verdade, se trata de duas pessoas, cada qual recebendo a punição individualizadamente. O acusado, como pessoa física, receberia uma pena, a ele imposta, não podendo ser confundidas as pessoas*” (grifamos).

Este o fundamento para condenar tanto a pessoa física quanto a jurídica: a completa diferenciação entre elas.

Ocorre que o próprio processo se encarregou de desmascarar o inegável *bis in idem* verificável no caso ora analisado, pois o diretor da empresa foi citado e interrogado apenas na qualidade de representante legal da empresa e não como pessoa física acusada.

A defesa argüiu nulidade em virtude da falta de citação e interrogatório do acusado A.J.B.B. Sobre o tema, o acórdão afirmou: “*Contudo, ‘segundo a jurisprudência, a falta de citação do réu é sanada pelo seu comparecimento a juízo para o interrogatório STF: ‘O comparecimento do réu a juízo sana a falta ou defeito da citação’ (RT 610/542). No mesmo sentido, STF: RTJ 71/699 (Mirabete, CPP Interpretado, p. 709). In casu, embora tenha assinado o mandado de citação apenas na condição de diretor da sociedade, A. foi regularmente interrogado, tomando plena ciência da acusação formulada contra si e a pessoa jurídica. Sendo ele próprio o titular da empresa, como se vê do estatuto social acostado, não seria judicioso realizar-se duas citações, muito menos dois interrogatórios, o que consistiria em extremado formalismo*” (grifamos).

E transcreve trecho das contra-razões do Ministério Público em que se afirma: “*a única assinatura constante é a do réu A.J.B.B., que responde em nome próprio e como representante legal da empresa, verificando-se que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica são expressões de uma mesma individualidade. Registre-se, em reforço a esta constatação, que o contrato social da empresa às fls. demonstra que a forma de constituição adotada é de sociedade por quotas, porém tendo sido apenas pro forma, uma vez que o acusado A.J.B.B. exerce, exclusivamente, na qualidade de Diretor, a administração da sociedade, representando-a ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente, e na forma dos artigos 6º e 7º possui 99% (noventa e nove por cento) das quotas, cabendo apenas 1% à sócia minoritária, que por acaso é sua mulher*” (grifamos).

Por que, para fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica, são apontadas duas pessoas absoluta e completamente distintas e, para fins de defesa processual, apenas e tão-somente uma pessoa?

Porque sim!

Na verdade, por duas razões: para encobrir o inexorável *bis in idem* e porque o processo penal não se coaduna com a responsabilização da pessoa jurídica. Porque o Direito Penal confere respostas a crimes, ou seja, condutas de alta gravidade cometidas, necessariamente, com dolo ou culpa e capacidade de compreensão do caráter criminoso do ato praticado. Tais características, obviamente, não se ajustam às práticas cometidas por empresas.

A constatação de que as novas formas de criminalidade muitas vezes envolvem atividades cometidas por meio de empresas não pode bastar para justificar a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pois ela se mostra completamente inadequada para a tutela do bem jurídico ambiental. Tentar encaixar a responsabilidade das empresas no Direito Penal, que não foi modelado para atender às características das ações empresariais, apenas passa uma falsa impressão de combate a esta moderna categoria infracional.

Se as complexidades da sociedade atual exigem novas formas de atuação diante dos novos riscos, sejamos criativos: pensemos em um direito administrativo sancionador, mas ágil, especializado na matéria ambiental, com um procedimento adequado às condutas praticadas pelas pessoas jurídicas e, portanto, mais eficaz que o Direito Penal.

Em mais um ponto o caso concreto analisado merece atenção: na violação ao princípio da legalidade das penas, mácula que atinge a disciplina da Lei nº 9.605/98 e que não deixou de se refletir na sentença ora examinada.

O princípio da legalidade, como é conhecido, tem hierarquia constitucional e possui a seguinte formulação em nossa Constituição: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (art. 5º, XXXIX, CF, grifamos)⁽²⁾. Uma de suas exigências é que a pena esteja cominada, anteriormente à prática da infração penal, em lei em sentido formal. Qual o sentido da previsão além do evidentemente garantista?

Através da cominação legal da pena a cada infração penal, o legislador estabelece a gravidade da conduta, dando ciência aos destinatários da norma incriminadora acer-

ca da punição que a acompanha, procurando *prevenir* a prática da infração ao inculcar na coletividade a carga axiológica do bem jurídico. Com a previsão dos limites máximo e mínimo da pena, estabelece, em abstrato e *proporcionalmente à importância do bem jurídico-penal tutelado, à gravidade da conduta e de seu resultado*, a sanção penal correspondente. Sanção que, num segundo momento, o da aplicação, deverá refletir a culpabilidade e demais elementos concretos que cercaram a prática criminosa, no sentido preconizado pelo art. 59 do Código Penal (pena aplicada concretamente pelo juiz). Esta última atividade, inclusive, é uma das etapas próprias ao processo de *individualização das penas*, previsto também constitucionalmente (art. 5º, XLVI, CF).

A cada crime deve corresponder uma pena, cominada previamente pela lei.

E aqui começam os problemas.

Se pacífico é o entendimento de que as penas privativas de liberdade não se aplicam às pessoas jurídicas, perguntamo-nos: qual a pena abstratamente cominada para a pessoa jurídica que praticar o delito previsto no art. 48 da Lei nº 9.605/98 (para usar um crime pelo qual foi efetivamente condenada a pessoa jurídica no caso *sub examine*)? E qual aquela prevista para o ente jurídico no caso do crime previsto no art. 55 da mesma lei (*idem*)?

Partamos de mais um ponto sobre o qual não há discussão: as penas compatíveis com a natureza da pessoa jurídica não foram cominadas nos diversos tipos legais de crime previstos na “Parte Especial” da Lei nº 9.605/98 — exceção feita à pena de multa (*v. infra*) —, o que, por si só, já macula a validade constitucional das normas relativamente às pessoas jurídicas.

Mas dizer-se-á: “Ora, bolas, aplica-se a pena de detenção prevista nas respectivas normas incriminadoras convertidas em penas compatíveis com a natureza das pessoas jurídicas previstas no art. 21 da mesma lei! É óbvio!”

Este seria efetivamente o caminho óbvio! Ocorre, porém, que o legislador não estabeleceu esta correlação ou conversão na disciplina da Lei nº 9.605/98! Basta que se vasculhe o arcabouço normativo (arts. 6º a 24) que cuida da matéria para se dar pela falta, justamente, de uma norma que determine a conversão das penas privativas de liberdade previstas nas diversas normas incriminadoras em penas de pessoas jurídicas (previstas no art. 21) quanto aos crimes por elas “praticados”⁽³⁾!

A disciplina das penas previstas para as pessoas físicas e para as pessoas jurídicas é tratada autonomamente no quadro normativo do diploma ambiental: enquanto para

as pessoas físicas as penas restritivas de direitos são autônomas e “**substituem**” as penas privativas de liberdade (ora, só se pode substituir algo que pode ser aplicado!) (art. 7º, *caput*); para as pessoas jurídicas, as suas penas podem ser aplicadas **isolada, cumulativa ou alternativamente** (art. 21, *caput*). Ou seja, as penas previstas neste dispositivo legal para as pessoas jurídicas não são **substitutivas** mas, pelo contrário, **originárias**, daí que a falta de cominação destas penas aos crimes previstos na “Parte Especial”, ou qualquer critério legal de “equivalência” entre aquelas cominadas e estas previstas no art. 21 deixe patente o descumprimento do segundo preceito contido no inciso XXXIX do art. 5º da CF.

Uma outra prova do quanto acima foi dito está no próprio art. 22, § 3º, que, ao disciplinar a pena restritiva de direito da pessoa jurídica consistente na “*proibição de contratar com o Poder Público*”, determina que ela “*não poderá exceder o prazo de 10 (dez) anos*”, deixando de estabelecer qualquer critério de equivalência, mas, pelo contrário, **demonstrando claramente a total falta de equivalência entre as penas das pessoas jurídicas e aquelas cominadas na “Parte Especial”**, que não prevê sanção privativa de liberdade superior a 5 (cinco) anos⁽⁴⁾.

Não se pode saber, de antemão, qual pena corresponderá a qual delito; o que implica dizer que a disciplina sancionadora penal é incapaz de cumprir quer com a função *preventiva*, quer com a função *retributiva* da pena, afrontando assim, numa só penada, tanto o princípio da legalidade como o da proporcionalidade.

Certamente ninguém hesitaria em declarar inconstitucional — por violação ao princípio da legalidade — uma hipotética norma da própria Lei nº 9.605/98 que dispusesse que: “*As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas naturais, de acordo com o disposto nesta lei, são: a) as privativas de liberdade (reclusão e detenção); b) a multa; d) as restritivas de direitos*”.

O princípio da legalidade *determina* que o legislador é o único órgão competente para, no mínimo, estabelecer a *prévia cominação de pena a um determinado crime*. No regime instalado com a nova lei ambiental, porém, o magistrado é senhor absoluto da escolha da espécie da pena ou das penas que aplicará aos crimes, de sua duração e intensidade. Certamente isto não se coaduna com os postulados constitucionais aplicáveis à matéria.

Analisemos cada uma das penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas.

Quanto à multa, poderíamos “aproveitar” a cominação instituída pelo legislador para os diversos tipos legais de crime previstos na

“parte especial” (quase todos). Neste caso específico, teríamos até um prazo prescricional calculável, regulado pelo CP conforme determina o art. 79 da lei.

Quanto às penas restritivas de direitos, o primeiro vício que as atinge é a total ausência de critério legal — ao contrário do que ocorre com as penas restritivas de direitos previstas para as pessoas físicas (*v. art. 7º*) — que permita estabelecer correlação e proporção entre o crime e a espécie e duração destas penas. O que impede, por exemplo, de se saber qual o prazo prescricional em abstrato ou em concreto para a imputação criminal eventualmente deduzida em juízo, já que todo o sistema de cálculo dos prazos prescricionais funda-se na pena privativa de liberdade cominada ou aplicada, ou na multa (art. 79 da Lei nº 9.605/98 c.c. art. 109 do CP).

Segundo dispõe o art. 22 da Lei nº 9.605/98, as penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas são:

a) suspensão parcial ou total de atividades (inc. I), que será aplicada quando as pessoas jurídicas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente (§ 1º). O legislador não estabeleceu os limites mínimos e máximos, não *cominando previamente a pena*. Não há como deixar ao Judiciário o poder de determinar, sem nenhum parâmetro legal, a duração e as condições às quais se subordina a suspensão parcial de atividades, ou mesmo a suspensão total das atividades, que poderá, em alguns casos, elevar-se à *pena de morte da empresa*. Ora, tal pena seria admissível à luz do que dispõe o art. 5º, XLVII, “a” e “b”, da CF? Se fosse, seria constitucional deixar ao magistrado a escolha dos crimes aos quais aplicá-la?

b) a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (inc. II), que será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar (§ 2º), igualmente carece do estabelecimento dos limites mínimo e máximo para cada conduta criminosa ou mesmo em geral, abstendo-se, o legislador, da *cominação prévia da pena*. Não há como deixar ao magistrado o poder de determinar, sem nenhum parâmetro legal, a duração e as condições desta pena!

c) a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (inc. III), que não excederá o prazo de 10 anos (§ 3º). A impossibilidade de sua aplicação restringe-se à primeira inconstitucionalidade antes formulada.

No que diz respeito à disciplina da pena de prestação de serviços à comunidade, por seu turno, seu primeiro vício, tal qual ocorre

com as restritivas de direitos, consiste na ausência de critério legal que permita estabelecer correlação e proporção entre o crime e a espécie e duração destas penas, impedindo o cálculo do prazo prescricional e deixando de estabelecer a *duração* desta pena em casos nos quais deveria necessariamente fazê-lo: a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) manutenção de espaços públicos; c) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Como se trata, ainda e como se vê, de hipóteses que envolvem sempre uma despesa financeira para a empresa, em atenção ao princípio da legalidade (a pena deve ser cominada previamente) e da proporcionalidade, deveria o legislador estabelecer, no mínimo, um teto máximo para o gasto a ser despendido pela pessoa jurídica condenada (como o fez, ilustre-se, nas novas penas de perdimento de bens e prestação pecuniária previstas no CP, art. 45, §§ 1º e 3º).

Isto tudo sem nos olvidarmos de que: a) se as penas podem ser aplicadas “alternativamente”, poderia o magistrado condenar as pessoas jurídicas à pena de prestação de serviços à comunidade, **ou** pagamento de multa? A quem incumbiria a escolha entre as penas?; b) a permissão para que as penas sejam aplicáveis cumulativamente, sem mais, pode conduzir à “morte” da pessoa jurídica e a uma insustentável desproporção entre o crime e a pena; c) não há como calcular qual o prazo prescricional, sequer no caso de multa porque, como vimos, não se sabe qual a pena ou as penas que poderão ser aplicadas pelo magistrado, já que elas podem ser aplicadas isolada, cumulada ou alternativamente (poder-se-ia até dizer que, para a prescrição em abstrato, os parâmetros da “Parte Especial” poderiam ser usados, mas, ainda assim, quais seriam os parâmetros para a prescrição em concreto?); d) não há regras a respeito da execução destas penas e, muito menos, acerca do que acontecerá em caso de descumprimento, pela pessoa jurídica, da sentença penal condenatória, não havendo, no ordenamento, normas que disponham sobre a execução forçada destas penas.

Seria possível “remendar” todas estas lacunas? Até que ponto o princípio da legalidade permitiria tantos e tamanhos “remendos”?

Toda esta problemática reflete-se **perfeita e claramente** no caso concreto ora analisado.

Vejamos como o magistrado procedeu à “dosimetria” da pena para a pessoa jurídica condenada, *verbis*:

“Por todas estas razões⁽⁵⁾, verificando que aquelas circunstâncias judiciais examinadas preponderam a favor da empresa acusada, na forma como previsto no artigo 21, inc. III, c/c o art. 23, inc. I, da Lei nº 9605/98, aplico a pena de prestação de serviços à comunidade,

de, representada pelo custeio de programas/projetos ambientais, no importe total de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de forma a ser estabelecida e detalhada pelo MM. Juízo competente para a Execução Penal, e mediante acompanhamento do órgão de proteção ambiental — Fundação do Meio Ambiente - FATMA — através da Coordenação Regional Sul, ou outro órgão de proteção ambiental. Entendo que a pena acima estabelecida é suficiente e necessária à repressão da conduta, além do que reverterá em favor do meio ambiente, minimizando os efeitos do ato infracional.

Justifico a estipulação do valor para o custeio em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), equivalente a cinquenta salários mínimos atuais, ante o capital social da empresa (fls... — R\$ 78.000,00 — em maio/95), como ainda na atividade desenvolvida, que se prolongou por longo tempo, seguramente proporcionando considerável obtenção de lucro. Veja-se que a atividade é desenvolvida, inclusive, com o uso de equipamentos (como indicados às fls...), de grande porte e conseqüente elevado custo. A fixação em valor menor não traria efeitos práticos a título de apenamento, enquanto que inexistem elementos nos autos que possibilitem a fixação em valor maior” (p. 18, negrito do original)⁽⁶⁾.

Note-se, já de saída, que a sentença não faz qualquer menção à cominação legal de pena prevista nos crimes pelos quais foi condenada a pessoa jurídica (arts. 48 e 55 da Lei nº 9.605/98), como, aliás, não poderia mesmo deixar de ser, confirmando, assim, a total ausência de cominação legal e prévia da pena.

Agora, vamos às questões que não querem calar: qual o fundamento da escolha “isolada” da pena de “prestação de serviços à sociedade”? Por que não a multa ou a pena restritiva de direitos? Por que não sua aplicação cumulada ou alternativa? Por que, dentre as prestações, a escolha recaiu sobre o custeio de programas e de projetos ambientais? Por que o capital social da empresa e não seu lucro ou faturamento, ou o custo do projeto, como parâmetro para o *quantum* de custeio?

Porque sim!

Com fundamento no consagrado “princípio do ‘porque sim’” instituído pelo legislador de 1998, o magistrado “pode tudo porque sim” em termos de sanções aplicáveis às pessoas jurídicas.

E o “princípio do ‘porque sim’” acaba por permitir a afirmativa de que “a pena acima estabelecida é suficiente e necessária à repressão da conduta”, afirmação vazia, cujo único fundamento é o princípio acima apontado, já desacompanhada das razões que a poderiam fundamentar.

Por que a pena de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é suficiente e necessária?

Porque sim!

Da forma como “disciplinada” a matéria da Lei nº 9.605/98, uma outra pessoa jurídica, condenada pela “prática” dos crimes previstos nos arts. 48 e 55 da Lei Ambiental poderá receber, ao invés dos R\$ 10.000,00 (dez mil reais) da pessoa jurídica de Criciúma-SC, uma multa de R\$ 2.000,00 (mil reais) **e/ou** a manutenção de um espaço público (o Parque Ibirapuera, talvez) pelo prazo de 20 ou 30 anos **e/ou** a suspensão total de suas atividades por 5, 10, 20 ou 30 anos (não custa dar uma mais uma “remendadinha” e aplicar o limite previsto no art. 75, *caput*, do CP) Mas por quê?

Porque sim! Uai!

E esta “infeliz” pessoa jurídica, dar-se-á conta ao final e ao cabo, e o magistrado que a condenar também, de que a pena de prestação de serviços à comunidade e a pena de multa se inviabilizaram pela suspensão total das atividades da pessoa jurídica.

E aqui deixamos à vontade o leitor para o seu “vôo livre” no incomensurável mundo das imponderáveis possibilidades de sancionamento penal dos “crimes ambientais” praticados pelas pessoas jurídicas... bem ao gosto do “princípio do ‘porque sim’”. ●

Notas

- (1) Apelação Criminal nº 2001.72.04.002225-0/SC.
- (2) Cf., ainda, artigo 1º do Código Penal.
- (3) Há norma de conversão para as substitutivas das pessoas físicas, mas não para as originais das pessoas jurídicas. *V. infra*.
- (4) Exceção feita à combinação do art. 54, *caput*, com o art. 58, III (crime de poluição de que resultar morte de alguém).
- (5) Linhas antes, ao fixar a pena, o magistrado anota, ainda, quanto à pessoa jurídica, que “a reprovabilidade da conduta é normal à espécie”, sendo de se indagar em que consiste uma “reprovabilidade normal”. Seria a reprovabilidade da pessoa jurídica média? Não, a “pessoa jurídica média” não cometeria crimes... deve ser, portanto, a reprovabilidade da “pessoa jurídica média criminosa”?!?
- (6) Como o TRF da 4ª Região limitou-se a confirmar, sem modificações, as penas aplicadas, deixamos de comentar a confirmação da sentença em segunda instância (Ap. Crim. nº 2001.72.04.002225-0-SC).

Helena Regina Lobo da Costa

Mestranda em Direito Penal (USP),
advogada e coordenadora-adjunta do
Departamento de Internet do IBCCRIM

Heloisa Estellita

Doutoranda em Direito Penal (USP),
assessora de ministro (STF) e
coordenadora-chefe do Departamento de
Internet do IBCCRIM

“(...) o professor que está ensinando o Direito Penal sem levar em conta o princípio da ofensividade, bem como as teorias da norma penal, do bem jurídico e da imputação objetiva; o intérprete que os ignora em seus manuais; o juiz que não os menciona em suas decisões; e o estudante que deles nunca ouviu falar não são professores, nem intérpretes, nem juízes, nem estudantes do terceiro milênio. Continuam atrelados (e limitados) ao método formalista do século XX. São, portanto, juristas ou estudantes do século passado. Não são juristas ou estudantes do seu tempo. Cientificamente já morreram, embora ainda não tenham sido sepultados. Precisam se atualizar!”

Luiz Flávio Gomes, *Princípio da Ofensividade no Direito Penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico* (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 7, nota do autor.

O Direito Penal tem como escopo a proteção de bens jurídicos, os quais, no dizer de **Luiz Flávio Gomes**⁽¹⁾, são “relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática”. Na mesma linha, **Assis Toledo**⁽²⁾: “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”. Entretanto, no Estado constitucional democrático, ou dos direitos fundamentais, nem todo bem jurídico é considerado bem jurídico-penal e não será qualquer ataque que irá merecer a proteção do Direito Criminal. Somente a agressão intolerável, que cause real lesão ou perigo concreto de dano poderá ser penalmente punível (princípio da fragmentariedade). A reprimenda acontecerá apenas se não houver meios idôneos menos gravosos de resolução do conflito (princípio da subsidiariedade); e de forma proporcional (princípio da proporcionalidade ou da necessidade).⁽³⁾

Como quer o art. 1º do Decreto-lei nº 3.914/41 — Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais —, os crimes terão penas de “reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”, dependendo, obviamente, da gravidade da ofensa. Como se vê, “reclusão” e “detenção”, são espécies do gênero “penas privativas de liberdade”⁽⁴⁾. A primeira é aplicada aos crimes mais graves, a segunda é reservada para as infrações menos lesivas. Chega-se a tal conclusão a partir de uma interpretação sistemática do

CP. Assim, apenas exemplificativamente, o crime de homicídio (art. 121) é apenado com reclusão, mas o infanticídio (art. 123), tendo em vista a condição especial da autora (estado puerperal) — considerado por isto mesmo menos agressivo —, prevê a pena de detenção. Esta forma de penalidade, mais moderada, não enseja a possibilidade de cumprimento em regime inicialmente fechado, ao contrário daquela, mais severa, dentre outras diferenças, a cuja análise não se propõe este exíguo estudo⁽⁵⁾.

No dizer de **Anibal Bruno**⁽⁶⁾: “O critério para medir a responsabilidade penal do agente não é a sua intenção, nem a gravidade do seu pecado. Será apenas o dano que do seu crime resulte para a sociedade”.

Como se vê, a baliza para determinação das penas — em abstrato e em concreto — tem de ter por estremo fundamental o princípio da proporcionalidade. Vale lembrar **Beccaria**⁽⁷⁾: “Se fosse possível adaptar a geometria às combinações infinitas e obscuras das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas, indo da mais forte à mais fraca: mas bastará ao sábio legislador marcar os pontos principais, sem alterar a ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas do último”. Destarte, nessa linha de princípios, a perda da liberdade — um direito fundamental — só se justifica em face de agressão a outro direito, de igual ou maior hierarquia⁽⁸⁾.

Ocorre que a Lei nº 9.099/95, instituidora dos chamados Juizados Especiais Criminais, destinados ao trato dos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitou, presentes os pressupostos subjetivos, os institutos despenalizadores da conciliação e da transação penal aos acusados de cometerem contravenções penais e delitos com cominação de pena máxima não superior a 1 (um) ano — limite alterado para 2 (dois) anos, ou multa, pela Lei nº 10.259/01 — e da suspensão condicional do processo, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, quando a imputação for a de infração cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano. Não fez referência o Diploma em apreço à qualidade da sanção; nada importa ser ela de reclusão ou de detenção. Interessa, como requisito objetivo, tão-somente a previsão em abstrato de encarceramento.

Assim, por exemplo, o acusado pelo crime de estelionato (art. 171), cuja pena prevista é a de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, dependendo de suas condições pessoais, terá direito à suspensão processual; fosse, entretanto, a acusação pelo delito de duplicata simulada (art. 172), pena de detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, não teria o agente direito ao benefício.

Flagrante contradição!

O bem jurídico atingido em ambas as situações é, em primeiro lugar, o patrimônio, embora no segundo caso seja tutelada, “(...) também, a boa-fé de que devem estar revestidos os títulos comerciais, equiparados a documentos públicos (art. 297, § 2º)”⁽⁹⁾. Mas a agressão primeiramente descrita (art. 171) é mais grave do que a segunda (172). Esta, como antes dito, prevê detenção como reprimenda, aquela reclusão. E não é por menos.

É que, se o agente emitir fatura, duplicata ou nota de venda, em desconformidade com as operações realizadas, objetivando a fazer caixa, com o fito de resgatá-las no vencimento, sem pretender causar prejuízo real a quem quer que seja, há o crime do art. 172; se se quiser locupletar, no entanto, com dolo *ab initio* de causar prejuízo ao tomador ou a terceiros, responderá pelo art. 171 do CP. A matéria é pacífica na doutrina e na jurisprudência - TACRSP: “Se ao expedir duplicata sem causa o agente tem por fim induzir em erro e obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, comete o crime de estelionato e não o delito do art. 172 do CP, se, ao contrário, não o move o propósito de lesar o patrimônio do futuro tomador, mas apenas o de conseguir dinheiro, imaginado resgatar, oportunamente, o título, só pratica o crime de expedir duplicata simulada” (JTACRIM 87/420). Ainda a corroborar este entendimento, v.g., cito o TJRS: “Se o meio para atingir a vantagem econômica, crime-fim, foi a prática de outro crime, emissão de duplicata simulada, crime-meio, resta evidente a absorção deste pelo crime de estelionato” (RT 730/625). Ora, fosse o crime do art. 172 mais grave que o descrito no art. 171, como poderia este absorver aquele? O princípio da consunção impõe ser o crime menos grave absorvido pelo mais grave, quando servir de meio necessário à obtenção da meta optata, a qual será o crime-fim, não o contrário. Assim, por exemplo, as lesões corporais impostas à vítima, para causar-lhe a morte, serão absorvidas pelo homicídio, objetivo finalístico do agente, mais severamente castigado. Neste caso, como naquele, presente está o chamado crime progressivo.

Ao discorrer sobre o crime complexo, embora não seja esta a hipótese, pese poder ser utilizada a mesma regra, diz **Walter Coelho**⁽¹⁰⁾: “A aplicação no caso é a do princípio da consunção, continência ou absorção, em que a norma consuntiva, que define o crime complexo, sobrepe-se e prevalece sobre as normas ditadas consumidas (crimes-membros). Ou seja: *lex consumens derogat legi consumptae*”. Depois, diz o emérito penalista gaúcho⁽¹¹⁾: “Trata-se, mais propriamente, de uma relação de continência, em que a parte se integra no todo”.

A lei em comento, nesse aspecto de duvidosa constitucionalidade, pode levar a uma situação surrealista: confesse o agente tivesse a intenção de não pagar os títulos — ao arrepio da verdade —, dizendo ter agido desde o início com dolo de se favorecer, lesando o sacado (a fim de ver a imputação ser desclassificada para mais grave — do art. 172 — pena de detenção — para o art. 171 — apenado com reclusão — do CP) e gozará do benefício da suspensão condicional do processo.

Evidentemente o Estado constitucional democrático não se harmoniza com uma situação que tal. Com a introdução da Lei dos Juizados Especiais, buscou-se, por meio dos institutos antes referidos (conciliação e transação), na medida do possível, não punir condutas consideradas menos gravosas (crimes de menor potencial ofensivo), além de proporcionar a suspensão do processo nos casos de delitos com previsão de penas de pequena duração (médio potencial ofensivo), na esteira de uma política criminal mais assente com os postulados do Direito Penal moderno.

Em relação à teoria dos fins da pena, diz **Roxin**⁽¹²⁾: “Uma vez verificado que a ação do autor era errônea também do ponto de vista da regulação social de conflitos, falta ainda que o trabalho dogmático responda se um tal comportamento merece pena”.

Oportuna a lembrança da reflexão de **Zaffaroni**⁽¹³⁾: “Imaginemos o que sucederia em qualquer país ocidental desenvolvido, caso se conseguisse efetivamente punir com a privação de liberdade, conforme previsto em lei, todos os furtos a supermercados e todos os casos de porte de entorpecentes proibidos”.

De outra banda, em consonância com o acima exposto, traz-se, mais uma vez, à colação o emérito **Luiz Flávio Gomes**⁽¹⁴⁾: “Consoante a decisão do legislador, estão inseridas no espaço de consenso as infrações de menor potencial ofensivo (mencionadas no art. 98, I, da Constituição Federal de 1988), assim como as de médio potencial ofensivo”.

Por isso, à luz do antes aludido princípio da necessidade, força é convir não existir lógica em se imaginar haver pretendido o legislador negar os institutos despenalizadores a crimes que o próprio ordenamento jurídico já considera menos lesivos, a ponto de reservá-los reprimenda mais branda (detenção).

A menos se diga possam ser apenados com detenção crimes que não se enquadrem em nenhuma dessas duas categorias, o que seria oposto à razão. À evidência, esta qualidade de pena não se coaduna com delitos de grande potencial ofensivo, para os quais é reservada exclusivamente a punição de reclusão.

Destarte, o princípio da isonomia requer seja dado tratamento paritário às situações assemelhadas. Como ensinam o professor **Alberto Silva Franco** e outros⁽¹⁵⁾: “Desse modo,

não basta a igualdade perante a lei, mas ainda é de mister a igualdade através da lei”. Dizem mais: “Leis penais que tipifiquem condutas iguais como ensejadoras do mesmo delito, mas que impõem penas quantitativamente e qualitativamente desiguais ofendem, a um só tempo, os princípios da proporcionalidade e da humanização da pena e, portanto, desatendem, ainda, ao princípio da igualdade”.

O fato é que, na equivocada — e demagógica — política de endurecimento de penas, como panacéia para a resolução de problemas muito mais complexos, o legislador penal alterou, por meio da Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), a pena do art. 172 (de forma absolutamente contraditória, porque exacerbou-a no *quantum* mínimo, diminuindo-a no máximo) que era detenção de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, para detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Desta forma inepta, quebrou o sistema. É manifesto ser o apenamento anteriormente previsto mais consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio.

Diante da Lei nº 10.259/01, *verbi gratia*, o delito do art. 216 (atentado ao pudor mediante fraude), apenado com **reclusão** de 1 (um) a 2 (dois) anos, é considerado de menor potencial ofensivo. Somente numa visão positivista e sem compromisso com os postulados da CF, poder-se-ia aceitar não serem assim classificados crimes apenados com **detenção**.

Em suma, em homenagem aos já referidos princípios constitucionais da isonomia — expressamente previsto na cabeça do art. 5º da Constituição Federal — e da proporcionalidade, o qual “(...) ostenta consagração constitucional (ao menos implícita) também no Brasil”⁽¹⁶⁾, a pena para o crime do art. 172 deverá ser fixada desde o patamar de 1 (um) ano de detenção, isonômica, em relação ao “quantum” mínimo (embora — e com justiça! — mais suave em relação à qualidade), à punição prevista para o delito do art. 171 do CP; e a interpretação dos arts. 61 e 89 da Lei nº 9.099/95 e 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/01, será no sentido de que, existentes os demais requisitos, os institutos da conciliação (quando houver vítima), da transação penal e, por último — e nesta ordem —, da suspensão condicional do processo, deverão ser propostos também a todos os crimes apenados com detenção. ●

Notas

- (1) Obra citada, p. 43.
- (2) **TOLEDO, Francisco de Assis**. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 13 e 14.
- (3) **GOMES, Luiz Flávio**. *Princípio da Ofensividade*, p. 45.
- (4) **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1, 6ª ed. rev. e atual. pelas Leis nºs 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98 do livro *Lições de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 415.
- (5) Sobre o tema, por todos, ver **Cezar Roberto Bitencourt**, obra citada, pp. 415 e 416.
- (6) **BRUNO, Anibal**. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1º: Introdução, Norma Penal, Fato Punível*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 96.
- (7) **BECCARIA, Cesare Bonesana**. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução **Lúcia Guidicini** e outros, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 51.
- (8) Ver **GOMES, Luiz Flávio**, obra citada, pp. 45 e 46.
- (9) **MIRABETE, Júlio Fabbrini**. *Manual de Direito Penal*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp. 324.
- (10) **COELHO, Walter**. *Teoria Geral do Crime*, vol. I, Porto Alegre: Sergio Augusto Fabris Editor e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1991, p. 122.
- (11) Obra citada, p. 123, em nota de rodapé.
- (12) **ROXIN, Claus**. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução **Luís Greco**, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 67.
- (13) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Em Busca das Penas Perdidas. A Perda da Legitimidade do Sistema Penal*. Tradução **Vania Romano Pedrosa** e **Amir Lopez da Conceição**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15, em nota de rodapé.
- (14) **PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia** e **GOMES, Luiz Flávio**. *Criminologia - Introdução a seus Fundamentos Teóricos. Introdução às Bases Criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais*, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 423.
- (15) **FRANCO, Alberto Silva [et al.]**. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 2, 6ª ed. rev. e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 2.081.
- (16) **GOMES, Luiz Flávio**. *Princípio da Ofensividade*, p. 59.

César Peres

Advogado e professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal na ULBRA – Gravataí/RS

FALECIMENTO

O cenário jurídico nacional sofre com a perda do criminalista e professor **Ariosvaldo de Campos Pires**, que faleceu aos 12 de novembro p.p.

Foi presidente da Seção mineira da OAB e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, além de diretor da Faculdade de Direito da UFMG e sócio do IBCCRIM, desde os tempos de sua fundação.

Antes de o título ser enfocado, importante questão a ser discutida é a da não correlação das esferas nas quais a infração tributária incide, a saber, a administrativa e a penal, desencadeando na última, por intermédio de Representação Fiscal, abertura de Inquérito Policial e eventual interposição da ação penal, mesmo sem a manifestação da esfera administrativa sobre se o tributo discutido é ou não exigível, ou se é ou não existente.

Os crimes aqui discutidos são materiais e, assim sendo, necessária seria a manifestação da esfera administrativa para a comprovação do dano, ou seja, julgamento da instância administrativa condenando o contribuinte.

Ora, verificando as decisões exaradas nos julgamentos administrativos tributários, quer no Conselho de Contribuintes, órgão julgador de 2ª instância administrativa do Fisco Federal, quer nos demais tribunais administrativos estaduais, pode-se constatar o grande número de julgados, na realidade a grande maioria, nos quais o Fisco torna-se perdedor.

Verificando as decisões exaradas pelo respeitado Tribunal de Impostos e Taxas, órgão julgador de 2ª instância administrativa do Estado de São Paulo, nos últimos 5 (cinco) anos, pode-se constatar que o número de processos nos quais os recorrentes/contribuintes restaram vencedores atinge elevado e considerável percentual.

Mas, ao mesmo tempo, como já dito, existe a independência dos órgãos administrativos e judiciários. Enquanto se discute, na esfera administrativa, a exigência ou existência do tributo cobrado, pode ser discutido no órgão judiciário, por interposição da ação penal pelo Ministério Público, o crime de sonegação fiscal, sem mesmo a razoável averiguação se o tributo existia ou era exigido, decisão essa que somente será dada pelo órgão administrativo, após a decisão final do processo administrativo.

Não se pode olvidar que o Direito Penal Tributário é um direito de superposição, ou seja, para que o agente cometa crime tributário é necessário que haja cometido, primeiramente, infração tributária. Ademais, certeza do cometimento da infração tributária só se terá, no caso de impugnações e recursos apresentados pelo autuado, após a decisão final do julgamento administrativo.

O entendimento razoável e lógico é que, para que o Ministério Público pudesse propor a ação penal, seria necessário que houvesse a resposta dos Tribunais Administrativos de que o tributo era exigido e que o contribuinte tinha cometido a infração tributária.

Por questão de coerência e em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, após oferecida a denúncia pelo Ministério Público e antes do término do processo administrativo, pode ocorrer, raciocinando pelo absurdo, e tendo em vista a independência das esferas administrativas e judiciais, chegar-se a uma condenação criminal do agente e, logo após, na esfera ad-

ministrativa, reconhecer-se a não-exigibilidade e/ou a não-existência do tributo.

Como bem exemplificado pelo professor **Luiz Flávio Gomes** em matéria publicada no **Boletim IBCCRIM** — ano 7, nº 86 —, *“isso muito se assemelha à condenação de alguém por homicídio consumado quando a vítima está presente assistindo ao julgamento no Tribunal do Júri”*.

A discussão, todavia, foi mais além. Como regra, o Ministério Público é independente e, sendo assim, discutiu-se a respeito da questão de procedibilidade desse órgão frente ao vínculo da decisão administrativa, o que nos parece inconstitucional.

Para o Ministério Público, o entrave está na prescrição da pretensão punitiva do crime em discussão, pois o prazo prescricional é longo, mas a demora para julgamento nos Tribunais Administrativos também o é; assim, o prazo prescricional pode ser atingido, podendo ocorrer, em alguns casos, a impunidade para tal categoria de crimes.

O legislador ainda não encontrou um ponto de equilíbrio entre os interesses do Estado (arrecadação de tributos), do Ministério Público (processar o infrator, visando a condenação) e do contribuinte (não ser privado de sua liberdade e de seus bens senão pelo devido processo legal).

Enfocando, agora, o título em comento, a discrepância maior e de difícil solução é encontrada na questão da representação do crime para o Ministério Público.

O art. 16 da Lei nº 8.137/90, no seu bojo, traz, *verbis*:

“Art. 16 - Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”.

Todavia, com o advento da Lei nº 9.430/96, e na conformidade com o que prescreve o seu art. 83, a representação fiscal só deverá ser encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final na esfera administrativa:

“Art. 83 - A representação fiscal para fins penais relativas aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

Referido dispositivo legal teve a intenção de resolver os problemas existentes, coibindo, de uma forma geral, o abuso cometido por agentes fiscais, de dar, precipitadamente, a notícia dos presumíveis delitos ao Ministério Público e causar sérios e indevidos constrangimentos aos contribuintes.

Para o contribuinte é, além de técnico, de suma importância que somente possa ser iniciada a ação penal depois de findo o processo administrativo, pois, após constituído o crédito tributário, teria ele o direito, e a oportunidade, de recolhê-lo, extinguindo-se a pu-

nibilidade. Não se vislumbra tal hipótese se, concomitantemente, as duas ações, tanto a penal quanto a administrativa, tiverem cursos independentes, acarretando, talvez, o recolhimento de tributo indevido para que o contribuinte possa se ver livre de uma ação penal; ou seja, trocando em miúdos, uma verdadeira coação estatal arrecadatória.

A suspensão do prazo prescricional satisfaria tanto ao contribuinte, a quem se assegurariam todos os direitos constitucionais (de petição, ampla defesa, contraditório, devido processo legal), quanto ao Estado, que teria, se devido o tributo, assegurada a arrecadação.

Agiu de tal forma o legislador, no que se refere à Lei nº 10.684, de 30 de maio do corrente ano, a qual dispõe sobre parcelamentos de débitos tributários perante a Fazenda Nacional e a Previdência Social, trazendo no seu bojo a figura da suspensão da pretensão punitiva.

Também, como norte para medida mais acertada, pode-se tomar como exemplo, por analogia, a norma inserta no art. 151 do Código Tributário Nacional, a qual prescreve que o recurso administrativo suspende a exigência do tributo.

Mas, após o advento da Portaria CAT nº 005, de 17/01/2000 — baixada pelo senhor coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, requisitada por Ofício nº 6.895, de 16/09/99, do senhor procurador-geral de Justiça do Estado de São Paulo —, a prática dos agentes fiscais no Estado de São Paulo é a mesma de antes da entrada em vigor da Lei nº 9.430/90, ou seja, representação fiscal ao Ministério Público.

Permitimo-nos transcrever a teratológica norma infralegal, *verbis*:

“Art. 1º - O agente fiscal de Rendas sempre que, no desempenho de sua atividade, lavra Auto de Infração e Imposição de Multa resultante de ato do contribuinte que tenha implicado redução ou supressão do tributo, providenciará cópia autenticada da 1ª via juntamente com cópia da última Deca (Declaração Cadastral) relativa ao contribuinte envolvido, para encaminhamento ao Ministério Público nos termos desta Portaria”.

Parágrafo único - O conjunto que instrui o Auto de Infração e Imposição de Multa será encaminhado ao Ministério Público quando este o requisitar, formada a sua opinião sobre a ocorrência, em tese, do delito”.

Art. 2º - As cópias da 1ª via do Auto de Infração e Imposição de Multa e dos elementos que o integram serão encaminhadas ao Ministério Público, juntamente com a Representação Fiscal para Fins Penais, segundo modelo anexo a esta Portaria, independentemente do julgamento do processo de determinação do crédito tributário na esfera administrativa” (grifo nosso).

Flagrante a contradição dessa portaria, pois, em indistigável confronto com os termos constantes do art. 83 da Lei nº 9.430/96, foi dada ordem diversa para satisfazer a sanha arrecadadora do erário estadual. Ademais, não se pode olvidar que o agente fiscal

de rendas, como detentor do poder administrativo vinculado, não se poderá furtar ao cumprimento de tal determinação.

Conclui-se, portanto, que a falta de correlação e interdependência das esferas administrativa e penal no caso de crimes contra a ordem tributária, e a má técnica legislativa da norma infralegal, no caso específico da Portaria CAT nº 005/2000, vêm acarretan-

do verdadeira avalanche de procedimentos criminais sem que o **dano** esteja comprovado, pois, como já dito, estamos tratando de crimes materiais.

Assim sendo, muitas vezes o contribuinte vê-se obrigado ao recolhimento do tributo, mesmo que indevido, por força da temerosa ação penal.

Conclui-se, por derradeiro, que o Estado

pouco se interessa em respeitar as normas e técnicas, tanto legislativas como principiológicas, colocando como interesse maior a arrecadação a qualquer custo. 

Luiz Gustavo Fernandes

Bacharelado em Direito pela Univers. São Francisco e pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Univers. de Coimbra

QUAL DELINQUENTE ECOLÓGICO A LEI AMBIENTAL PRETENDE ALCANÇAR?

Fernando Célio de Brito Nogueira

A Lei Federal nº 9.605/98 trouxe várias inovações em matéria ambiental, visando instrumentalizar o ordenamento jurídico de novos mecanismos para uma defesa mais firme, abrangente e eficaz do meio ambiente.

Mas a aplicação da nova lei, em alguns aspectos, tem emprestado atualidade e importância inegáveis à advertência oportuna de **Rubens Limongi França**:

“Uma coisa é a lei no papel, nas páginas indiferentes do Diário Oficial, mera cristalização fria, inflexível e despersonalizada de um ideal jurídico; outra é a lei analisada, ativada, humanizada e adaptada pelo julgador. É quando as imprecisões se evidenciam, as incongruências emergem, as asperezas se realçam, e as falhas se tornam patentes... Daí a inegável missão da jurisprudência, de rejuvenescer a lei. Isto é, não só de, sem perder de vista a essência do preceito, ir adaptando-o à realidade social e às transmutações da vida cotidiana; como ainda, com isso, e mais, com críticas, sugestões, observações que se façam sentir em trabalhos individuais, simpósios, etc., fornecer, quer aos jusperitos, quer ao Poder Legislativo, os elementos de reelaboração constante do sistema jurídico, para que este permaneça sempre ordenado àquele fim prático, objetivo e necessário para as leis de um país, a saber, a utilidade comum” (O Direito, a Lei e a Jurisprudência, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 203 e 204).

Dentre as figuras típicas constantes da lei, em seu Capítulo V, dos Crimes contra o Meio Ambiente, chama a atenção o delito previsto no art. 29, § 1º, III, que prevê pena de 6 meses a 1 ano de detenção e multa para “quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente”.

Trata-se de crime de ação múltipla, tipo penal de grande alcance, visando coibir as condutas que tenham por objeto larvas, ovos, espécimes da fauna silvestre ou produtos dela resultantes à margem de permissão, licença ou autorização dos órgãos ambientais do Estado. Infração penal de menor potencial ofensivo, por não ter pena máxima prevista superior a 2 anos, passível,

portanto, de transação penal, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, desde que não estejam presentes os óbices ali previstos.

Termos circunstanciados têm sido lavrados contra algumas pessoas pelo simples fato de terem, em sua residência, sem autorização, um ou dois espécimes de canário-da-terra por exemplo, sem nenhuma destinação comercial ou mesmo sem que as aves estejam submetidas a maus-tratos ou abrigadas em condições impróprias.

A interpretação fria do texto da lei penal poderá dar margem ao entendimento de que a conduta daquele que tem um pássaro da fauna silvestre, sem autorização, se adequará à lei penal em questão.

Não se discute, aqui, a configuração de eventual infração de ordem administrativa na conduta, ilícito que por si só não induz obviamente à configuração de crime ambiental.

Note-se, porém, que o tipo penal não se refere a *espécime no singular*, mas a *espécimes no plural*, precedidos de *larvas* ou *ovos* e sucedidos de *seus produtos* e *objetos dela oriundos*.

Uma análise finalística da norma penal incriminadora autoriza concluir que o legislador não quis nesse preceito alcançar o pequeno criador do âmbito doméstico, não comerciante de espécimes, mas visou claramente coibir atos típicos do comércio clandestino de animais silvestres e seus consecutórios, larvas, ovos ou produtos, em seu sentido mais amplo.

Não seria consentâneo com o princípio da lesividade ou mesmo com o princípio da razoabilidade concluir que a norma penal tem por objetivo abranger o pequeno criador de âmbito doméstico, cuja conduta, ao manter em cativeiro uns poucos espécimes da fauna silvestre, não ameaçados de extinção, bem cuidados e abrigados em local adequado, não causa lesão alguma ao meio ambiente. Poderá, frise-se, infringir norma administrativa.

Soltar tais espécimes próximo dos núcleos urbanos da atualidade, cuja expansão desordenada, somada a determinadas práticas agrícolas e agropastoris, se incumbiu de fazer com que desaparecessem as matas que serviam de *habitat* àquelas criaturas, significa condená-las à mortandade. Sem considerar a ameaça representada pelos produtos ainda usados nas culturas agrícolas, denominados, num eufem-

ismo evidente, “defensivos agrícolas”.

Confirmando, na essência, essa interpretação de que o alvo primeiro do legislador não foi o pequeno criador doméstico, note-se que a própria Lei nº 9.605/98, em seu art. 29, § 2º, logo abaixo da figura típica acima transcrita, previu que “no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena”.

Hipótese clara de perdão judicial para cuja incidência se exige apenas que não se trate de espécie silvestre ameaçada de extinção. A interpretação conjugada do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da Lei Ambiental autoriza concluir que não foi o pequeno criador doméstico o alvo do preceito incriminador sob enfoque. Principalmente hoje, superada a antiga divergência sobre a natureza da sentença concessiva do perdão judicial, que é declaratória da extinção da punibilidade, conforme arts. 107, IX, e 120, do Código Penal, e ainda nos termos da Súmula 18 do STJ, editada para dissipar quaisquer dúvidas, no sentido de que “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Em síntese, podemos dizer que, ainda que superada ou frustrada, em casos tais, a possibilidade de transação penal, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, não se justifica a provocação do Poder Judiciário, por meio de ação penal de conhecimento, para que ao final se obtenha não um provimento penal condenatório que se traduza em imposição de pena criminal, mas mera sentença declaratória da extinção da punibilidade. Faltará ao Estado um dos elementos do interesse de agir (interesse de agir = necessidade + adequação da via eleita), que é condição da ação penal: a necessidade da via eleita, pois, como disse apropriadamente **José Frederico Marques**, “ação penal condenatória é a que tem por objetivo o reconhecimento de uma pretensão punitiva ou a aplicação de medida de segurança, para que seja imposto ao réu o preceito sancionador da norma penal incriminadora” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 299). 

Fernando Célio de Brito Nogueira
Promotor de Justiça em Barretos/SP

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: REINCIDÊNCIA: AGRAVANTE OU ATENUANTE?

Gustavo Araújo Vilas Boas

Gustavo Araújo Vilas Boas

Ad principium, pertinente se faz um estudo preliminar acerca das penas e prisões brasileiras.

A prisão, como método penal, é relativamente recente. Pois antes era terrivelmente desumana e impiedosa.

Oportuno observarmos os ensinamentos de **Cesare Beccaria**, autor do livro, *Dos Delitos e das Penas*, pioneiro da defesa dos direitos humanos. **Beccaria** faz sustentar na Ciência Penal de nossos dias o movimento que se fortalece no sentido da abolição das próprias prisões, com o encontro de substitutivos ou alternativas para manifestar a reprovação da sociedade contra o crime. De logo, via-se que seus pressentimentos faziam antever que, um dia, o homem seria libertado e resgatado de toda punição infamante, cruel ou atentatória a sua dignidade.

Por ora, as penas são privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples (para as contravenções penais); restritivas de direitos, e multa (art. 32, CP), das quais as duas primeiras se fazem relevantes. Verifica-se que, quanto aos tipos de regimes penitenciários, temos os seguintes: regime fechado, pelo qual o condenado cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média, este não existente na pena de detenção; regime semi-aberto, segundo a qual o condenado cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar, e o regime aberto, em que o condenado trabalha ou frequenta cursos durante o dia, e recolhe-se na Casa do Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

Porém, hodiernamente, não se descarta que a prisão não faz por regenerar nem ressocializar quem lá ingressa; muito além, o que se vê é que ela, cada vez mais, torna-se uma fábrica da reincidência, uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime, deformando a personalidade, ajustando-se à subcultura prisional.

O problema da prisão é, pois, a própria prisão: superpopulação, ociosidade, promiscuidade.

Estima-se que o Brasil tenha, nesse momento, cerca de 220 mil presos. O déficit de vagas estaria em torno de 96 mil. Esses números tornam-se ainda mais dramáticos quando agregamos a informação de que há no Brasil cerca de 300 mil mandados judiciais de prisão a serem cumpridos.

Em um sistema político-democrático representativo, sustentado pela soberania do povo, todo ato de poder público constituído tem de ser necessariamente:

- a) benéfico à sociedade;
 - b) revestido de legalidade;
 - c) obediente à proteção dos Direitos Humanos.
- Na linguagem contemporânea, pode-se

conceituar os Direitos Humanos como as faculdades e possibilidades que decorrem da preservação da integridade, da dignidade, bem como das necessidades e condições inerentes à natureza humana para assegurar plena realização da personalidade no convívio social.

Ao se verificar a opinião de renomados estudiosos, constata-se que a política criminal do nosso tempo deve encaminhar-se para uma gradual eliminação da pena de prisão, com o encontro de substitutivos.

Parece-nos que deve o juiz, ao fazer a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, observar se esta terá como escopo principal a regeneração do condenado e não uma possível marginalização.

Momento adequado para ilustrar com países que desenvolvem interessantes experiências com penas alternativas, dentre os quais: os países escandinavos, como Dinamarca, Suécia e Noruega, que são apontados como os mais eficientes, no mundo, em matéria de tratamento penitenciário ressocializador e no que diz respeito ao trabalho em favor da comunidade (*Community Service*); a Inglaterra, com a possibilidade alternativa da sentença comunitária; os Estados Unidos, com o chamado “tratamento de crime de rua”, pelo qual se utilizam estagiários das universidades no atendimento aos viciados em drogas ou na orientação a infratores que cometem pequenos crimes; o modelo asiático de recuperação de detentos, com a proposta de estimular a reabilitação do condenado e evitar, assim, a recidiva.

É, pois, nesse sentido, o entendimento da Assembléia Geral e do Conselho Econômico-Social da ONU, que através de suas resoluções pedem que os países-membros troquem informações e experiências produtivas sobre o melhor caminho de evitar o aprisionamento.

Entendemos com isso, portanto, o que melhor for para o delinqüente será melhor também para a sociedade.

Reportamo-nos neste momento à consagração agravante sob exame. Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Fala-se, pois, em reincidência genérica, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido a pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria daquele pelo qual sofreu anterior condenação. Também costuma-se falar em reincidência ficta, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência real, que consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e sofrido pena, por um delito anterior.⁽¹⁾

Como fundamento da circunstância agravante da reincidência, constata-se ser a mais difundida, como consequência da penosa recepção do positivismo perigoso na América Latina, a demonstração de uma maior periculosidade da pessoa. Não me parece, portanto, ser isso de todo compatível, se por periculosidade se entende uma maior possibilidade de cometer um delito; de modo algum se pode afirmar isto na reincidência, particularmente na reincidência ficta ou genérica. Senão vejamos o exemplo dado pelo professor **Eugenio Raúl Zaffaroni**, *verbis*: “*Nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com o seu veículo, do que aquele que nada fez até então*”.

Uma outra teoria que consideramos pertinente à questão, a normativa da culpabilidade, entende que, se a anterior condenação não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, faz-se necessário reforçar a condenação pelo segundo delito.

Nos dizeres do professor **Fernando Capez**, a exacerbação da pena justifica-se para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinqüir, demonstrando que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente. O que veremos mais adiante, está na base tão-somente da teoria, não estando a corresponder, pois, com a realidade.⁽²⁾

Ora, depois de um breve aparato, temos as seguintes considerações: hoje, perfaz-se pacífico o objetivo das prisões, qual seja, o de regenerar e ressocializar o criminoso ao *status libertatis* social; porém, lamentavelmente, não é isso que se constata, e mais, vai de encontro aos objetivos, ao menos teóricos, desses cárceres.

Trata-se de realidade instintiva e nada racional; logo, jamais levará à colheita de bons frutos para o prestígio pragmático do Direito Penal no Brasil.

Por derradeiro, tem-se que as finalidades da pena são explicadas por três teorias, quais sejam, a absoluta ou da retribuição, a teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção e a teoria adotada pelo Código Penal pátrio, a mista, eclética, intermediária ou conciliatória.

Esta última dispõe que a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática de crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

É mister que se diga que, muito ao contrário do sustentado objetivo teórico das finalidades da pena e prisões, o que se verifica é que a cadeia perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, despersonaliza e, portanto, não cumpre com seus reais deveres. Mas a quem deve se atribuir tal responsabilidade? Quanto à reincidência, tem esta reais poderes legais e morais

➔ para agravar a pena? Antes de adentrar no *meritum causae*, assim dispõe o art. 63 da legislação substantiva penal:

“Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

De logo, e em caráter subsidiário, trata-se o aumento, pela agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal, de verdadeiro *bis in idem* em função da pena maior, que se impõe na condenação pelo segundo delito, decorrer do primeiro, pelo qual a pessoa já se houve por julgada e condenada.

Trata-se, portanto, de situação proibida pela Carta Política vigente, em afronta ao princípio do *non bis in idem*. Inclui-la, ainda, como causa de agravamento da pena não leva em conta que o acusado reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o delinqüente primário, conforme anteriormente explicitado.

Depois, não pode o próprio Estado, na verdade um verdadeiro estimulador da reincidência, exigir que se exacerbe a punição, a pretexto de que o agente desrespeitou sentença anterior.

De mais a mais, quanto ao ponto específico do princípio sob comento, que se traduz na proibição da dupla valorização fática, em concomitância com a reincidência, suscetível se faz de uma outra discussão a exigir maior profundidade.

Ao que se vê, o instituto do art. 63 do CP decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, em contrapartida, pois, da real função do direito penal garantidor.

Ademais, é indubitável ser a reincidência ponto polêmico, gerando divergências doutrinárias, bem como jurisprudenciais; porém, inadmissível não adequá-la à realidade brasileira, haja vista não se poder conceber que o próprio Estado não cumpra com os objetivos cruciais da prisão e, conseqüentemente, com os objetivos da pena, devendo a ele se atribuir a responsabilidade pela própria não restauração pessoal dos criminosos, aos quais só resta a luta feroz pela sobrevivência sem a esperança do consenso e da restauração pessoal.⁽³⁾

Por fim, deixo bem claro, quem sabe um dia com prisões aptas a oferecer esperança e o mínimo de dignidade aos detentos, com a perspectiva de reinserir-se em sociedade, posamos dizer que a agravante em questão foi e é um dos maiores marcos do vigente Código Penal brasileiro, não só este ponto específico, bem como a justificação da agravação da pena ser em razão ao conteúdo do injusto do fato, não havendo que se falar, até mesmo, em violação do *non bis in idem*, eis que a pessoa, que comete um delito depois de ter sido condenada pela prática de um delito anterior, estaria afetando a imagem pública do Estado, como provedor da segurança jurídica: um, seria o do delito cometido depois de um primeiro; o outro, seria a transparência do Estado, que sairia denegrida quanto ao eficaz cumprimento de suas funções. (B)

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1/Fernando Capez, 2ª ed. ver., São Paulo: Saraiva, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, CD-ROM, vol. 2, arts. 28 a 74, Rio de Janeiro: Forense.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal - Parte Geral*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*/Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, 3ª ed. ver. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Notas

(1) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*/Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, 3ª ed. ver. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 837.

(2) Capez, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1/Fernando Capez, 2ª ed. ver., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 435.

(3) Oliveira, Edmundo. “É preciso parar de prender”, Consulex, ano VI, nº 143, pp. 43/44.

Gustavo Araújo Vilas Boas
Estudante de Direito do
Uniceuma, São Luís/MA

BOAS FESTAS!

No ano de 2003, que registra para todos fatos intensamente vividos, o IBCCRIM agradece a honra de ter estado ao seu lado, esperando que nossa intenção de prestar-lhe serviços da melhor qualidade tenha sido alcançada.

Além disso, o IBCCRIM reafirma sua vocação para ser centro de debates e de difusão de uma idéia: é possível construir um Direito Penal mais humano e mais democrático. Esperamos manter o apoio e a confiança dos leitores e que em 2004 possamos seguir juntos nossa caminhada, fortalecendo ainda mais nossos vínculos.

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público 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)

— 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

— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- 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

ANO NOVO CARA NOVA



Publicada em parceria com a Editora Revista dos Tribunais, a revista aborda as mais relevantes discussões das ciências criminais e disciplinas correlatas, tais como sociologia, polícia, infância e juventude, entre outros.

Acompanhando a reforma visual do Instituto, em 2004 a RBCCRIM estará modificada: capa, diagramação e periodicidade renovadas. As edições passarão a ser bimestrais, proporcionando maior celeridade entre a elaboração da produção científica e sua divulgação.

Além das questões que apresenta, a RBCCRIM traz estudos e pareceres elaborados por especialistas nacionais e estrangeiros, legislação aplicável à área, acórdãos na íntegra e prático ementário de jurisprudência, elaborado pelos Drs. Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto. Repositório de jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais Federais das 1.^a, 4.^a e 5.^a Regiões é indiscutivelmente obrigatória para todo pesquisador do âmbito das Ciências Criminais.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

**Nova capa e nova diagramação
em edições bimestrais.
(6 volumes/ano)**

RENOVE JÁ SUA ASSINATURA
0800 702 2433

**Adquira estas e
outras obras na
Livraria RT Virtual**

**livraria
RT**
www.livrariart.com.br

EDITORIA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br