

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCCRIM

ESTADO E CRIMINALIDADE

Marco Antonio Rodrigues Nahum

A vida de uma pessoa constitui um patrimônio de valor inestimável e a ninguém é dado o direito de tirá-la, qualquer que seja a razão pretensamente justificadora disso. Nem por parte do Estado e muito menos por parte de particulares.

Alceu Amoroso Lima nos fala dos aspectos críticos da morte de **Sócrates** (*“Apologia de Sócrates”*, Ed. Ediouro, Introdução): *“a mais alta voz do paganismo se antecipa, como um profeta desconhecido, à mais alta voz do cristianismo”*, disse ele. *“Nunca a dignidade do homem, a liberdade de consciência, a defesa da verdade, da justiça, da virtude, a serenidade perante a morte, a humildade de espírito e a grandeza de alma, a compreensão e a fortaleza de ânimo, a coragem sem jactância, nunca um pensamento tão alto, uma lição tão profunda foram dados por um homem aos homens em termos perfeitamente belos.”* E anota os instantes finais da vida do grande filósofo, que ingressava tranquilamente não na morte, mas na eternidade, *“não com lágrimas nos olhos, mas com um sorriso nos lábios, condenando, para sempre, na pessoa dos seus algozes, a arrogância dos fanáticos, a violência dos mediocres e a implacabilidade dos primários.”*

Não era o padre **Antonio Vieira**, em uma de suas mais celebradas homilias, quem falava da justiça da morte, que a todos nos leva consigo na derradeira viagem? E não era ele mesmo que falava também de sua injustiça, quando leva pessoas que, a nosso limitado ver, ainda deveriam estar longe do momento dessa partida?

O **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** manifesta, neste momento, como não poderia deixar de manifestar, seu profundo pesar pelo assassinato do magistrado dr. **Antonio José Machado Dias**, juiz corregedor da região de Presidente Prudente, e se solidariza, neste momento tão sofrido, com sua família, cuja dor por sua perda jamais poderemos aquilatar ou diminuir.

É de todo necessário que as autoridades policiais do Estado façam uma rigorosa investigação, a fim de apurar as causas e os motivos da ação criminosa que não só levou àquela morte como vem causando à nossa sociedade perdas de vidas que, muitas vezes, restam esquecidas no anonimato.

Sente, porém, o mesmo **IBCCCRIM** ser de seu dever enfatizar que a questão do crime organizado — que, por sinal, está inapropriadamente tipificado no direito penal brasileiro — não se resume, com exclusividade, à violência desregrada de grupos formados para a prática ostensiva de delitos, pois ele também se caracteriza por sua íntima conexão com o problema da corrupção, o que envolve a participação de agentes do Estado em tais nefandas práticas. A infiltração do crime organizado na intimidade dos próprios poderes republicanos tem o óbvio condão de torná-los inoperan-

tes, de forma a criar impunidade, que já se encontra em nível insuportável.

Discutir em profundidade essa matéria torna-se, portanto, providência inadiável, de que não parece dúvida. Entretanto, entendemos que não será em clima de emocionalismo e de irracionalidade, que os meios de comunicação já começam a emprestar à problemática do crime organizado, que se tornará possível enfrentá-la com eficácia.

Uma vez mais mostra-se pertinente a afirmação de que a criação de figuras criminais típicas, com penas exacerbadas, ou de uma atmosfera repressiva ao arripio dos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito não bastam para conduzir à transformação substancial dessa realidade.

É da experiência de todos nós que a demanda por mais e mais penas não produziu a redução da taxa de incidência de delitos que os arautos dessa filosofia repressora aguardavam. Os crimes hediondos aumentam em quantidade assustadora, não obstante a gravidade das sanções cominadas; a tortura continua a existir de modo crescente, sem que nenhuma autoridade lhe ponha termo; os homicídios realizados por grupos de extermínio, denunciados pela imprensa, são praticados sem nenhum tipo de punição, e a corrupção dá mostras de sua presença em todas as áreas dos poderes do Estado.

O **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** entende ser este momento uma extraordinária oportunidade para que se discuta, com seriedade, a violência e a corrupção, que estão ínsitas no conceito de crime organizado, e se põe à disposição de nossas autoridades para tratar dessa matéria, com a seriedade que um tema dessa importância exige.

Não concorda, portanto, que o fato gerador da presente situação sirva de pretexto para legitimar agressões à Constituição e à Lei de Execução Penal ou para deixar em plano secundário a apuração de fatos extremamente graves atribuídos às autoridades judiciais, policiais civis e policiais militares do Estado de São Paulo, tais como os que envolveram a chamada “operação castelinho”, patrocinados por grupo especial da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo (GRADI) e a atuação de grupos de extermínio, também envolvendo policiais civis e militares, como os que teriam ocorrido nas cidades de Ribeirão Preto e de Guarulhos e que culminaram com o afastamento do delegado-corregedor da Polícia Civil.

Recordando **Tristão de Ataíde**, o grande advogado dos direitos humanos, esperamos que o estudo de um tema de tanta relevância se faça sem a arrogância dos fanáticos, sem a violência dos mediocres e sem a implacabilidade dos primários. ●

Marco Antonio Rodrigues Nahum
Presidente do IBCCCRIM

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Índice

ESTADO E CRIMINALIDADE Marco Antonio Rodrigues Nahum	1
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL José Heitor dos Santos	2
UMA, DENTRE MUITAS, LIÇÃO DO PROFESSOR PITOMBO Benedito Roberto Garcia Pozzer	3
DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO Renato Luiz Mello Varoto	4
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – UMA PROPOSTA DE POLÍTICA CRIMINAL Willey Lopes Sucasas	6
BREVES NOTAS ACERCA DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL “PERSECUÇÃO PENAL DE CRIMES INTERNACIONAIS SOB UMA PERSPECTIVA COMPARADA” Maria Thereza Rocha de Assis Moura	9
PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS: ALGUNS ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS Grecianny Carvalho Cordeiro	10
COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - O ALCANCE DA LEI Nº 10.628/02 Leonardo Luiz de Figueiredo Costa	11
PARA SER JUIZ É PRECISO TER CORAGEM... César Augusto Moreira	12
UMA CRÔNICA DE MORTES ANUNCIADAS Adauro Suannes	13
INTERPRETANDO O ART. 15 DA LEI 9.964/2000 Ricardo Pieri Nunes	14

Caderno de Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: RECONHECIDA A CIENTIFICIDADE DO BOLETIM DO IBCCCRIM Fabiana Eduardo Saenz	689
O DIREITO POR QUEM O FAZ: INFRAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO: ELEMENTO DOS TIPOS CULPOSOS. CRIME MILITAR Alexandre Abrahão D. Teixeira	690
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	692
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	693
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	694
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	695
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	696

Encarte Núcleo de Pesquisas

MULHERES NEGRAS: AS MAIS PUNIDAS NOS CRIMES DE ROUBO Convênio IBCCCRIM/FSede	1
RAÇA E GÊNERO NO FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA CRIMINAL Renato Sérgio de Lima, Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto	4

No Brasil, a maioridade penal já foi reduzida: Começa aos 12 anos de idade. A discussão sobre o tema, portanto, é estéril e objetiva, na verdade, isentar os culpados de responsabilidade pelo desrespeito aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal.

O maior de 18 anos de idade que pratica crimes e contravenções penais (infrações penais) pode ser preso, processado, condenado e, se o caso, cumprir pena em presídios. O menor de 18 anos de idade, de igual modo, também responde pelos crimes ou contravenções penais (atos infracionais) que pratica.

Assim, um adolescente com 12 anos de idade (que na verdade ainda é psicologicamente uma criança), que comete atos infracionais (crimes), pode ser internado (**preso**), **processado**, sancionado (**condenado**) e, se o caso, cumprir a medida (**pena**) em estabelecimentos educacionais, que são verdadeiros **presídios**.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a teoria da proteção integral, que vê a criança e o adolescente (menores) como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, necessitando, em conseqüência, de proteção diferenciada, especializada e integral, não teve por objetivo manter a impunidade de jovens, autores de infrações penais, tanto que criou diversas medidas sócio-educativas que, na realidade, são verdadeiras penas, iguais àquelas aplicadas aos adultos.

Assim, um menor com 12 anos de idade, que mata seu semelhante, se necessário, pode ser internado provisoriamente pelo prazo de 45 dias, internação esta que não passa de uma prisão, sendo semelhante, para o maior, à prisão temporária ou preventiva, com a ressalva de que para o maior o prazo da prisão temporária, em algumas situações, não pode ser superior a 10 dias. Custodiado provisoriamente, sem sentença definitiva, o menor responde ao processo, com assistência de advogado, tem de indicar testemunhas de defesa, senta no banco dos réus, participa do julgamento, tudo igual ao maior de 18 anos, mas apenas com 12 anos de idade. Não é só. Ao final do processo, pode ser sancionado, na verdade **condenado**, e, em conseqüência, ser obrigado a cumprir uma medida, que pode ser a internação, na verdade uma **pena privativa de liberdade**, em estabelecimento educacional, na verdade **presídio** de menores, pelo prazo máximo de 3 anos.

A esta altura, muitos devem estar se perguntando: Mas a maioridade penal não se inicia aos 18 anos de idade?

Sim e não!

A Constituição Federal (art. 228) e as leis infraconstitucionais, como por exemplo o Código Penal (art. 27), o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104) dizem que sim, ou seja, que a maioridade penal começa aos 18 anos, contudo o que acontece na prática é bem diferente, pois as medidas sócio-educativas aplicadas aos menores (adolescentes de 12 a 18 anos de idade) são verdadeiras penas, iguais às que são aplicadas aos adultos; logo

é forçoso concluir que a maioridade penal, no Brasil, começa aos 12 anos de idade.

Vale lembrar, nesse particular, que a internação em estabelecimento educacional, a inserção em regime de semiliberdade, à liberdade assistida e a prestação de serviços à comunidade, algumas das medidas previstas no Estatuto da Criança e do adolescente (art. 112), são iguais ou muito semelhantes àquelas previstas no Código Penal para os adultos que são: prisão, igual à internação do menor; regime semi-aberto, semelhante à inserção do menor em regime de semiliberdade; prisão albergue ou domiciliar, semelhante a liberdade assistida aplicada ao menor; prestação de serviços à comunidade, exatamente igual para menores e adultos.

É verdade que ao criar as medidas sócio-educativas o legislador tentou dar um tratamento diferenciado aos menores, reconhecendo nelas a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Nessa linha, as medidas deveriam ser aplicadas para recuperar e reintegrar o jovem à comunidade, o que lamentavelmente não ocorre, pois ao serem executadas transformam-se em verdadeiras penas, completamente inócuas, ineficazes, gerando a impunidade, tão reclamada e combatida por todos.

No processo de sua execução, esta é a verdade, as medidas transformam-se em castigos, revoltam os menores, os maiores, a sociedade, não recuperam ninguém, a exemplo do que ocorre no sistema penitenciário adotado para os adultos.

A questão, portanto, não é reduzir a maioridade penal, que na prática já foi reduzida, mas discutir o processo de execução das medidas aplicadas aos menores, que é completamente falho, corrigi-lo, pô-lo em funcionamento e, além disso, aperfeiçoá-lo, buscando assim a recuperação de jovens que se envolvem em crimes, evitando-se, de outro lado, com esse atual processo de execução, semelhante ao adotado para o maior, que é reconhecidamente falido, corrompê-los ainda mais.

O Estado, Poder Público, Família e Sociedade, que têm por obrigação garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente (menores), não podem, para cobrir suas falhas e faltas, que são gritantes e vergonhosas, exigir que a maioridade penal seja reduzida.

Para ilustrar, vejamos quantas crianças sem escola (quase três milhões) e sem saúde (milhões) por omissão do Estado; quantas outras abandonadas nas ruas ou em instituições, por omissão dos pais e da família; quantas sofrendo abusos sexuais e violências domésticas por parte dos pais e da família; quantas exploradas no trabalho, no campo e na cidade (cerca de 7,5 milhões), sendo obrigadas a trabalhar em minas, galerias de esgotos, mata-douros, curtumes, carvoarias, pedreiras, lavouras, bateadeiras de sisal, no corte da cana-de-açúcar, em depósitos de lixo, etc., por ação dos pais e omissão do Estado.

A sociedade, por seu lado, que não desconhece todos esses problemas, que prejudicam sensivelmente os menores, não exige mudanças, tolera, aceita, cala-se, mas ao vê-los envol-

vidos em crimes, muito provavelmente por conta destas situações, grita, esperneia, sugere, cobra, coloca-os em situação irregular e exige, para eles, punição, castigo, internação, abrigo em instituições.

Ora, quem está em situação irregular não é a criança ou o adolescente, mas o Estado, que não cumpre suas políticas sociais básicas; a Família, que não tem estrutura e abandona a criança; os pais que descumprem os deveres do pátrio poder; a Sociedade, que não exige do Poder Público a execução de políticas públicas sociais dirigidas à criança e ao adolescente.

O sistema é falho, principalmente o da execução das medidas sócio-educativas, para não dizer falido, mas o menor, um ser em desenvolvimento, que necessita do auxílio de todos para ser criado, educado e formado, é quem vem sofrendo as conseqüências da falta de todos aqueles que de fato e de direito são os verdadeiros culpados pela sua situação de risco.

Não bastasse isso, o que, por si só, já é extremamente grave, pretendem alguns reduzir a maioridade penal, tentando, com a proposta, diminuir sua culpa e eliminar os problemas da criminalidade, esquecendo-se, porém, além de tantos outros aspectos, que metade da população é composta de crianças e adolescentes, os quais, contudo, são autores de apenas 10% dos crimes praticados.

A proposta de redução busca encobrir as falhas dos Poderes, das Instituições, da Família e da Sociedade e, de outro lado, revela a falta de coragem de muitos em enfrentar o problema na sua raiz, cumprindo ou compelindo os faltosos a cumprir com seus deveres, o que é lamentável, pois preferem atingir os mais fracos — crianças e adolescentes —, que muitas vezes não têm, para socorrê-los, sequer o auxílio da família.

Por estes motivos e outros, repudiamos a proposta de redução da maioridade penal, que, se vingar, configurará um “crime hediondo”, praticado contra milhões de crianças e adolescentes que vivem em situação de risco por culpa, não deles, mas de outros que tentam esconder suas faltas atrás dessa proposta, que, ademais, se aprovada, não diminuirá a criminalidade, a exemplo do que já ocorreu em outros países do Mundo. ☪

José Heitor dos Santos

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, mestre em Direito Público, professor de Direito Processual Civil na Unip e sócio-fundador da AREJ - Academia Riopretense de Estudos Jurídicos

Com a Palavra, o Estudante

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

Participem enviando seus artigos ao nosso informativo pelo e-mail: publicacoes@ibccrim.org.br.

Aguardamos sua participação!

UMA, DENTRE MUITAS, LIÇÃO DO PROFESSOR PITOMBO

Benedito Roberto Garcia Pozzer

O professor **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo** ainda vive; apenas está em outra dimensão. Vive na memória de todos que o conheceram. Pelas lições deixadas — não só jurídicas — não será esquecido jamais.

Nas Arcadas de São Francisco sua voz ainda ecoa forte em defesa dos direitos fundamentais. Ensinou o processo penal iluminado por mandamentos constitucionais. Negava-se a imaginar o processo penal de gabinete, abstrato, apenas doutrinário. Antes, preocupava-se com os efeitos concretos da persecução penal na vida de cada pessoa.

Aos alunos transmitiu o sentimento de indignação pela ignorância do óbvio, superada tão-somente pelo constante estudo. Não repetia lições de manuais. Engendrava conceitos próprios, muitos ainda não compreendidos, mas que perpetuarão a memória do professor **Pitombo**.

A inabalável independência o afastou de associações. Porém, nunca deixou de contribuir com aquelas que cultuam o respeito aos direitos fundamentais. Nos *boletins* e *revistas* podem ser encontrados diversos artigos de sua autoria. Ampliou o conhecimento de muitos. Angariou alunos que não conheceu e manteve-se sempre próximo ao **IBCCRIM**.


Repensou o Processo Penal. Não hesitou em reformular conceitos ultrapassados. Com destemor desdisse antigas e desatualizadas lições. As inovações passaram a identificá-lo. Quem as estuda logo percebe o autor. Dentre muitas, uma deve ser destacada e repetida, por manter viva sua imagem na memória de todos que o conheceram.

A persecução penal é uma, embora exiba duas fases: extrajudicial e judicial, dizia. Entretanto, sem se esquecer da ação penal, revelava grave preocupação com a investigação policial e execução da pena. Por certo, pela maior fragilidade do investigado ou condenado nesses momentos.

O inquérito policial, ensinou, não deve ser visto como *peça meramente informativa, destinada a fornecer elementos para formação da opinião delicti*. Coerente ao estudo sistemático, ensinou, aos alunos da graduação das Arcadas, enunciado completo desse instrumento utilizado há mais de século. A inovação sugere a divulgação, para melhor compreensão de seu pensamento.

Para o professor **Pitombo** o *“inquérito policial é o procedimento administrativo, cautelar, tendente à apuração preliminar de fato que se desenha (parece) infração penal e ao menos indícios de autoria, co-autoria e participação, em tutela a direitos individuais”* (1).

Poderia ser lembrado por outras tantas lições, deixadas em seus escritos ou encontradas nas anotações de alunos em sala de aula. Entretanto, a veemência e severidade com que discordava de fórmulas simplistas pode ser verificada no estudo do inquérito policial, ensinado logo no primeiro ano em que ministrava aulas de processo penal.

O professor **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo** ainda vive. Vive em outra dimensão, vive nas lições que deixou, vive nas aulas de processo penal que ministrou nas Arcadas do Largo de São Francisco, vive na admiração e reverência dos que o conheceram, vive nos discípulos que conquistou e que devem propagar suas idéias. 

Nota

(1) **Procedimento**, pela inexistência do contraditório em toda completude do processo judicial, embora preservado o direito de defesa; **administrativo**, na forma e órgão responsável pela feitura, apesar da finalidade judiciária; por ser obra da polícia civil (judiciária), instituição da administração pública; **cautelar**, por preservar provas que não poderiam ser repetidas durante o processo criminal; **tendente à apuração** preliminar de fato que se desenha (parece) infração penal e ao menos indícios de autoria, co-autoria e participação, porque não tem por finalidade última (absoluta) provar a existência desse fato e autoria, pois, ao contrário, poderá revelar a inexistência ou impossibilidade de atribuição da autoria; e, **em tutela a direitos fundamentais**, porque no inquérito policial se divisam interesses do acusado, vítima e sociedade (Conceito transmitido em sala de aula da Faculdade Largo de São Francisco, aos alunos do 3º Ano de Graduação, período matutino, no ano de 2000).

Benedito Roberto Garcia Pozzer

Mestre em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, juiz de Direito em São Paulo, 2º tesoureiro do **IBCCRIM** e membro do Conselho Executivo da Associação Juizes para a Democracia

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

O conteúdo programático do 9º **Seminário Internacional** encontra-se em fase final de elaboração. Serão abordados temas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Sociologia.

O evento será realizado no período de 30 de setembro a 3 de outubro de 2003, no Hotel Maksoud Plaza, em São Paulo/SP.

Veja a programação completa desse Seminário no próximo *Boletim*. Informações na Seção de Comunicação e Eventos, telefone: (11) 3105-4607 r. 153 ou 144, ou através do e-mail: eventos@ibccrim.org.br



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 Ivahi 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 Silvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro

Dias Neto

Não é nova, na geografia constitucional, a problemática que envolve o posicionamento do Ministério Público, mas seu entendimento torna-se imprescindível à adequada colocação do tema proposto.

Assim, é preciso perceber que, quando da definição dos poderes do Estado, a Constituição de 1988 deixou o Ministério Público num posicionamento tal que torna, em muitas situações, pouco clara sua competência.

O art. 2º da Magna Carta, ao definir os poderes da União, nenhuma referência faz ao Ministério Público. A Instituição surge no capítulo IV como “função essencial à justiça”, integrando o título “Da Organização dos Poderes”.

Onde, pois, situá-lo?

A questão tem obtido como resposta primeira ser o Ministério Público integrante do Poder Executivo, o que, não parece a muitos doutrinadores, aos quais modestamente aderimos, a melhor solução.

Com muita lucidez pergunta-se **Cretella Júnior**: “É órgão administrativo? É órgão essencial à justiça e, como tal, com funções idênticas às judicantes? Trata-se de um quarto Poder? É órgão funcionalmente independente? Enfim, onde deverá inserir-se o Ministério Público?”⁽¹⁾.

Nos termos amplos e difusos do art. 127 da Constituição Federal pode tornar-se o Ministério Público um quarto e superior poder, talvez um novel poder.

A distribuição pouco clara, em vários textos legais, da competência do Ministério Público, oligopolizando-o, bem como as insistentes ingerências do órgão no Legislativo, Executivo e Judiciário, além de, com frequência, descambar para o abuso do poder e o arbítrio, têm poderoso efeito destruidor sobre o frágil ordenamento jurídico pátrio.

Resumindo, “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a **justiça** do ordenamento”⁽²⁾.

As normas propostas para funcionamento do Ministério Público não permitem, como insistem alguns, nele visualizar a vertente única do bem-estar social do povo. É preciso saber ler a vontade do legislador.

“Esta opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal.”⁽³⁾

Lembra, com precisão, **Pinto Ferreira**: “O poder político é uno e indivisível, porém se apresenta na prática dividido no exercício das funções institucionais que lhe são inerentes, deferidas a órgãos especializados e independentes do Estado, porém harmônicos, para assegurar a existência do próprio Estado”⁽⁴⁾.

É exatamente o descompromisso com essa indivisibilidade que torna o agir de alguns agentes do Ministério Público agressivo aos limites que deveriam ser buscados no ordenamento jurídico.

Apresentado como defensor da socieda-

de, o Ministério Público tem, num crescendo, superado o poder-dever de fiscal da lei, para tornar-se a própria lei.

O deletrear das funções constitucionais do Ministério Público não permite argumentos do tipo de que, porque seus membros ingressam, na carreira, através de concurso público de provas e títulos, e possuem garantia de vitaliciedade, teriam maior legitimidade do que os governantes (eleitos temporariamente).

Ora, tomando-se a gênese do poder, tal argumento esvai-se quando levado em conta, o que não pode ser de modo diverso, que o povo diretamente delega poder, do qual é dono originário e absoluto, aos eleitos pelo voto popular, o que não é o caso dos integrantes do Ministério Público. Aliás, países marcadamente democráticos, onde a vontade do povo é realmente a primeira e merece respeito, têm-se definido por um Ministério Público eleito pelo voto popular.

Leis ditadas à sociedade por linhas transversas e tutela jurisdicional fora do Judiciário, mais do que uma agressão ao ordenamento jurídico, revelam dramático desapego à cidadania. Em assim agindo, o Ministério Público pode, o que não é inédito, deixar de ser fiscal para tornar-se interventor nos demais poderes e, por óbvio, nos destinos do Estado, inclusive nas decisões políticas, para as quais não está legitimado pelo povo.

Ora, a legitimidade investigatória e processual conferida ao Ministério Público ofertam à Instituição um poder amplo, mas não absoluto. Mesmo assim, agentes do Ministério Público esgarçam o rol de atribuições constitucionais próprias.

Neste contexto vem a improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, sendo matéria tratada pelo Ministério Público.

No exercício desse controle o Ministério Público dispõe — art. 129, III da Constituição Federal — de dois instrumentos de amplo espectro de ação: o inquérito civil e a ação civil pública, os quais requerem cautela, evitando o desvio de poder ou de finalidade e, por extensão, o arbítrio.

O inquérito civil diante da imprecisão conceitual de improbidade administrativa e da largueza dos tipos previstos na Lei nº 8.429/92, pode, por utilização pouco criteriosa, despir-se de seu papel constitucional, inclusive o de eliminar lides temerárias, para tornar-se verdadeira “máquina mortífera”. Se é verdade que o inquérito civil é “procedimento investigatório público e inquisitivo”⁽⁵⁾, não é menos verdade que seu uso deve ser feito nos limites da lei. O mesmo entendimento deve ser aplicado à ação civil pública, que, voltada à proteção de interesses difusos ou coletivos, não pode produzir “o envolvimento impertinente e desnecessário do Ministério Público na esfera das rivalidades político-partidárias e das querelas particulares”⁽⁶⁾.

Apesar de sólidas as divergências, o entendimento dominante é o de que a ação própria para responsabilizar por atos de improbidade administrativa é a ação civil pública, sendo o Ministério Público seu titular,

tudo nos termos da Lei nº 7.347/85.

A Lei nº 8.624/93 em seu art. 25, IV, incumbe ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública. Ora, tanto implica na observância de parâmetros essenciais, como é o caso do respeito às partes e às investigações e diligências, realizadas sem qualquer arranjo às garantias legais.

No que respeita à relação com os demais integrantes do processo há, por oportuno, lembrar o lúcido voto do desembargador **Augusto Otávio Stern**, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“Quanto à postura do Ministério Público na presente demanda, sustentada na tribuna e nas observações do des. **Perciano**, penso que o excesso havido — e ocorre raramente, mas ocorre — é porque o Ministério Público obviou a circunstância peculiar de que é parte na ação civil pública, por isso que suporta todos os ônus e bônus da lide, especialmente quanto à conduta processual.

No momento em que o Ministério Público é parte, ele está submetido, invariável e obrigatoriamente, às regras do Código de Processo Civil: tratar a todos com urbanidade, respeitar a lealdade processual. Como parte, **ele não está nem acima nem abaixo, mas em igualdade com os outros atores do processo.**

O episódio, contudo, não macula a instituição.

Com esses breves adendos, acompanho o brilhante voto do eminente relator, porque entendo que a **natimorta ação** não poderia ter outro destino que não a sua improcedência” (Apelação e Reexame Necessário nº 70001603216, julgamento 08.02.2001 — grifos nossos).

O desrespeito às partes e o desatender do CPC não são novidades. O que começa a ser inovador é o uso de meios pouco claros para obtenção de prova.

Por isso, a pergunta que se tem feito a sociedade brasileira: é inevitável que o Ministério Público envolva-se na produção ilícita de prova e em diligências desnudadas de respeito à ética e à lei?

Em um país marcado pelas contradições, talvez não seja facilmente perceptível a prática, sempre execrável, do arbítrio. É, por certo, extremamente difícil estabelecer o não existir correspondência do mundo real, de miséria e sofrimento, com práticas espúrias, verbalizadas em nome da defesa de interesses coletivos, inclusive os dos excluídos. O resultado inseparável dessa turbulência é um lamentável desequilíbrio do dispositivo legal e o exercício das ações.

Assim: “O combate ao delinquente, a perseguição ao infrator e a aplicação de sanções aos criminosos exige do Estado de Direito métodos e princípios moralmente inatacáveis, sob pena de, em adotando provas ilícitas, ombrear, estrategicamente, com os marginais”⁽⁷⁾.

Quando se tem clara a inaceitabilidade de provas ilícitas, mais sólida é a garantia de um adequado processo legal. Este pensar importa em manifestações como a do procurador-geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **José Muíños Piñeiro Filho**: “o Ministério Público jamais ignora uma prova. Quando de origem ilícita, refuta a prova”⁽⁸⁾.

➔ A atuação leviana e irresponsável de alguns procuradores e promotores tem, como previsto, resultado em perda crescente da credibilidade do Ministério Público, envolvendo, por óbvia confusão conceitual, o Poder Judiciário, embora totalmente equidistante.

Por esta visão, que no dizer de alguns representa um ato de defesa dos princípios constitucionais, dentre outros, da inviolabilidade e da presunção de inocência, é que o Brasil assistiu, em janeiro de 2001, a edição, pelo Executivo Federal, de medida provisória, numa terceira tentativa de promover restrições à ação do Ministério Público.

Na análise do tema, embora condenando duramente a medida provisória, a revista *Veja* afirma:

“Quase todo mundo já percebeu — inclusive a imprensa, que prefere silenciar sobre o assunto com receio de perder o acesso às informações — que os procuradores têm tido uma atuação leviana em alguns casos. Há vezes em que apresentam denúncia à justiça apenas com base em uma notícia de jornal, que eles mesmos trataram de deixar vaziar por baixo do pano. É comum hoje um jornal divulgar uma denúncia hoje e, no dia seguinte, publicar a notícia de que um procurador ‘vai investigar o assunto’, num círculo de compadrio entre repórteres e procuradores que, muitas vezes, arrasa reputações com base em indícios frágeis” (grifos nossos)⁽⁹⁾.

Ao conjunto de erros que representou tal medida, somou-se o triste argumento de que procuradores e promotores deixariam de agir, por medo de serem responsabilizados. Não fosse covarde e pueril o raciocínio, com o que inaceitável, seria uma comprovação de que alguns vêm atuando fora, muito distante, de suas funções legais.

No que respeita à obrigatoriedade de agir do Ministério Público vale advertir *“que o Ministério Público utilize o direito de ação na esfera civil é anomalia só justificável se e quando na persecução de um direito indisponível ou ligado ao interesse público primário. Age como advogado da sociedade na área cível. Assim não fosse e sua intromissão seria indevida e impertinente”*⁽¹⁰⁾.

Posiciona-se **Caio Tácito** no sentido de que: *“A atual Constituição estimula, ainda, a participação popular no controle da legalidade e da legitimidade dos atos da Administração Pública. A ação popular, como a ação civil pública, são instrumentos adequados ao combate de ilicitudes e malversações mediante a contenção de abusos do poder administrativo”*⁽¹¹⁾.

Cumpra, portanto, observar que o Ministério Público assume posição profundamente complexa, porque lhe é permitido atuar como fiscal da prática de improbidade administrativa, embora não fugindo à possibilidade de ser sujeito ativo dela mesma,

uma vez que, sob todos os ângulos jurídicos, em especial o art. 2º da Lei nº 8.429/92, seus integrantes são havidos como agentes públicos.

E, por inevitável, quem fiscaliza o fiscal?

A resposta não é fácil. E há equívoco em responsabilizar o Poder Judiciário pelo controle dos atos de agentes do Ministério Público. Não é seu papel.

Questão importante a ser aqui observada é a da absoluta insustentabilidade do argumento de que eventuais abusos de prerrogativas por parte de agentes do Ministério Público já são figuras abarcadas pela legislação vigente — entre outras CPC, art. 85; CP, art. 312; Lei nº 8.429/92, art. 11, *caput* — pela simples razão de que se circula sempre em torno do mesmo ponto: quem fiscaliza o fiscal?

De mais a mais, se o argumento fosse válido, não haveria nenhuma razão a justificar a edição da Lei nº 8.429/92 e, mais recentemente, da Lei nº 10.028/2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal. O que se buscou com esses dois textos legais foi ajustar a lei à realidade, permitindo maior agilidade na responsabilização dos ímprobos. Por que não aplicar tal princípio aos integrantes do Ministério Público?

Por fim, é necessário salientar que não se está a afirmar que estejam eles isentos de responsabilização por improbidade administrativa, fugindo às sanções nas esferas penal, administrativa e civil; o que se está a questionar é quem exercerá o papel fiscalizador que foi conferido ao órgão.

Repetindo: quem fiscaliza o fiscal? ●

Notas

- (1) Ob. cit., p. 3.299.
- (2) **BOBBIO, Norberto**. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed., Brasília: UNB, 1966, p. 113.
- (3) **MORAIS, Alexandre de**. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 281.
- (4) *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I, p. 37.
- (5) **PAZZAGLINI, Marino Filho et al.** *Improbidade Administrativa*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 151.
- (6) *Ibidem*, p. 153.
- (7) **BERGMANN, Érico R.** *Prova Ilícita*. Porto Alegre: Estudos MP-5, 1992, p. 16.
- (8) Agência JB de Notícias, 14.07.2001.
- (9) Revista *Veja*, edição 1682, 10.01.2001, p. 47.
- (10) **PAZZAGLINI**, ob. cit., p. 201.
- (11) **TÁCITO, Caio**. “A Moralidade Administrativa e a Nova Lei do Tribunal de Contas da União”. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, Rio de Janeiro, p. 48.

Renato Luiz Mello Varoto

Membro do IARGS e da AAJ, professor aposentado da UFPel, advogado e jornalista

Renato Luiz Mello Varoto



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

EDITOR DO BOLETIM:
Celso Eduardo Faria Coracini

JORNALISTA:
Gisele V. Camargo
(MTb. 25.414)

**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@magnet.com.br

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

TIRAGEM:
15.000 exemplares

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

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

**ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:**

Administrativo Financeiro: 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria Executiva: 7
Núcleo de Pesquisas: 8

http: //www.ibccrim.org.br
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

Mesas de Estudos e Debates

Será realizada no dia **24 de abril**, em conjunto com o Departamento de Projetos Legislativos, mesa de debates sobre o **Projeto de Lei das Interceptações Telefônicas**, cujos resultados serão encaminhados à Comissão responsável pela elaboração do referido projeto de lei, assim como ao Poder Legislativo. Farão parte dessa mesa a professora **Ada Pellegrini Grinover** e **Maurício Zanoide de Moraes**.

Está também agendada, para o dia **13 de maio**, mesa de estudos sobre **Corrupção**, com a presença já confirmada de **Flávia Schilling**.

Ambos os eventos ocorrerão às 9:30 hs, na sede do **IBCCRIM** (2º andar). As inscrições devem ser feitas na seção de eventos, pelo telefone 3105-4607, ramais 153 ou 144, ou pelo e-mail eventos@ibccrim.org.br.

Participem!

A questão dos crimes patrimoniais tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de enorme preocupação e intensa discussão em todos os níveis sociais. Além disso, casos emblemáticos de latrocínio, roubo ou extorsão mediante seqüestro, dentre outras infrações penais de maior gravidade, antes afeitos somente aos interessados no funcionamento do sistema criminal, são amplamente divulgados no noticiário jornalístico e televisivo. Por tudo isso, paira na mente da maioria dos brasileiros um sentimento de medo generalizado, talvez reforçado pela enorme “propaganda” realizada de modo constante pelos meios de comunicação de massa⁽²⁾.

Todavia, infelizmente, não há como negar o aumento significativo do número de crimes contra o patrimônio na sociedade pós-industrial⁽³⁾. No Brasil, os delinqüentes, que outrora buscavam agir à sorrelfa, atualmente roubam, furtam e aplicam golpes em plena luz do dia. O valor dos objetos visados pelos agentes, na maioria dos casos, não supera o valor de um salário-mínimo. Este lamentável retrato social guarda alguma relação com a péssima situação socioeconômica brasileira, em que a penúria e a miserabilidade atingem cerca de 64% da população⁽⁴⁾.

Inobstante a pertinência e, sobretudo, a necessidade de uma discussão voltada ao aspecto sociológico do fenômeno da criminalidade patrimonial, interessa-nos, por ora, o enfrentamento da questão sob o prisma jurídico-penal. Não se trata, certamente, de fechar as portas para a criminologia ou para a sociologia jurídica, mas sim analisar possíveis alternativas de cunho político-criminal, inerentes ao próprio sistema legal, para se dar um novo tratamento a uma parte significativa da criminalidade contemporânea.

Sob o aspecto jurídico, o patrimônio pode ser conceituado como o complexo de bens, materiais e imateriais, de conteúdo econômico, através dos quais o homem satisfaz suas necessidades⁽⁵⁾. Denota-se, portanto, que o ponto central da definição jurídica está estritamente relacionado com a possibilidade de se mensurar e estabelecer um valor pecuniário aos bens e interesses que compõem o patrimônio público ou particular.

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º, elevou-o à categoria de direito fundamental e inviolável de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, restando, pois, reconhecida sua relevância na ordem social, econômica e política brasileira⁽⁶⁾. Noutras palavras, pode-se dizer que o patrimônio possui dignidade constitucional em decorrência da própria opção expressada no texto da Carta Magna, merecendo, em razão disso, a tutela do ordenamento jurídico infraconsti-

tucional, sempre em conformidade com os limites e contrapesos inerentes ao paradigma de sua função social.

O direito privado, notadamente no campo do direito civil, traz inúmeras regras sobre a aquisição, fruição, transmissão e, sobretudo, proteção do patrimônio, estabelecendo sanções aos comportamentos atentatórios ao livre exercício dos direitos de posse e propriedade. Da mesma forma, o direito público, sobretudo na seara do direito administrativo, estabelece um sem número de normas sobre o assunto. Entretanto, não obstante a imensa gama de dispositivos legais que regulam o direito de propriedade, a proteção do patrimônio não passou esquecida do campo de incidência do direito penal.

De fato, o Código Penal pátrio estabelece, em oito capítulos do título II da Parte Especial, tipos penais que descrevem condutas tidas como atentatórias ao patrimônio, bem como há significativo número de delitos patrimoniais previstos em leis penais extravagantes⁽⁷⁾.

Porém, neste instante, mister se faz refletir: quando se deve reputar necessária a intervenção penal na tutela do patrimônio?

A resposta a esse questionamento deve estar pautada pelos princípios informadores da moderna dogmática jurídico-penal, sobretudo porque a sanção penal, eminentemente restritiva de direitos fundamentais, constitui a mais drástica forma de intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos⁽⁸⁾.

É certo que nem todo bem jurídico pode e deve ser transformado em um bem jurídico-penal⁽⁹⁾. Tampouco o fato de extrair-se da Constituição, explícita ou implicitamente, a relevância de certos valores impõe ao legislador ordinário o dever de criar tipos penais para sua proteção⁽¹⁰⁾. Aliás, em respeito ao princípio da intervenção mínima⁽¹¹⁾, a utilização do direito penal só se torna legítima nos casos de ofensas graves aos bens jurídicos mais relevantes, deixando as violações de menor importância reservadas aos outros ramos do Direito. Em suma, é imperioso que sejam respeitadas as características da fragmentariedade e subsidiariedade inerentes ao direito penal de um legítimo Estado Democrático de Direito, de sorte que nem todos os interesses sejam penalmente tutelados, mas somente aqueles de maior magnitude e contra certas condutas ofensivas, bem

como somente quando não existirem outros meios menos lesivos capazes de impedir a ocorrência dessas violações.

Volvendo ao exame dos crimes patrimoniais, é plenamente aceitável a intervenção do direito penal nas hipóteses dos chamados crimes pluriativos, nos quais, além da finalidade de obtenção do locupletamento ilícito, há também lesão ou perigo concreto de lesão à liberdade individual, à integridade corporal ou mesmo à vida da vítima⁽¹²⁾. Nessas hipóteses, diante da importância dos bens

jurídicos expostos ao risco e da possibilidade concreta de lesão irreparável, outra alternativa não resta senão a imposição de pena ao autor do fato, como medida de prevenção geral e especial.

Entretanto, nas demais hipóteses previstas em lei⁽¹³⁾, a intervenção penal,

ainda que necessária para a proteção do patrimônio, mereceria, em nosso sentir, um tratamento diferenciado.

A simples leitura dos capítulos pertencentes ao título II da Parte Especial do Código Penal demonstra a falta de sistemática da legislação brasileira, notadamente no pertinente à persecução penal. Em regra, praticado um crime contra o patrimônio, cumpre ao Estado, por intermédio do Ministério Público, propor a ação penal para satisfazer a sua pretensão punitiva e, como por vezes dito, ver restabelecida a ordem desequilibrada momentaneamente pela conduta etiquetada como criminosa⁽¹⁴⁾. Em poucas palavras, segundo extrai-se da própria legislação, o exercício do direito de ação é reservado exclusivamente ao Estado na defesa dos interesses públicos e particulares. Realmente, pouquíssimos são os delitos patrimoniais nos quais o legislador franqueou ao titular do bem jurídico o direito de requerer ou não a prestação da tutela jurisdicional. No Código Penal em vigor isso ocorre apenas nos crimes de furto de coisa comum (art. 156), usurpação de propriedade particular cometida sem o emprego de violência (arts. 161 e 162), dano (art. 163), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164) e duas modalidades de fraude (arts. 176 e 179), hipóteses em que a ação penal é condicionada à representação da vítima ou exercida mediante queixa.

Desta forma, a persecução penal na maioria dos crimes patrimoniais, ainda que come-

Todavia, em um Estado de Direito que se pretende democrático e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), o direito penal não pode servir de instrumento de exclusão social, tampouco transigir com o interesse coletivo e desprezar a vontade individual.

→ tidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, é iniciada mediante ação penal pública incondicionada independentemente de qualquer autorização ou manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. Segundo se extrai da doutrina tradicional, essa opção do legislador está relacionada ao fato de que a ocorrência de tais crimes afetaria, de modo imediato, o interesse geral da coletividade, de modo que a vontade contrária do titular do bem jurídico consiste em dado absolutamente irrelevante⁽¹⁵⁾.

Ora, mas qual a razão da obrigatoriedade da propositura de ação penal para a tutela de bens jurídicos eminentemente disponíveis, como é caso do patrimônio individual? Por que a vítima, titular do bem jurídico e principal afetada com a conduta ilícita, não pode manifestar sua vontade no sentido de que o autor do fato não seja processado criminalmente como ocorre em outras modalidades de delitos? Por que não se adotar o perdão do ofendido como causa de extinção da punibilidade em certos crimes patrimoniais, a exemplo do que ocorre com alguns tipos penais? Por que não trazer ao direito penal a possibilidade de reparação do dano como instrumento de composição entre as partes diretamente envolvidas?

Decerto, argumentariam os críticos (*rectius*, conservadores) que a alteração da natureza da ação e, via de consequência, da persecução penal dos crimes patrimoniais daria ensejo a um prejudicial sentimento de impunidade, podendo transformar o sistema penal em algo parecido com um jogo de tómbola. Além disso, sustentariam, certamente de modo acirrado e veemente, que a punição certa e obrigatória de tais condutas desviadas se faz necessária, notadamente em face do caráter aflitivo da pena como instrumento de controle social, consubstanciado na chamada função preventiva (geral e especial) da pena criminal⁽¹⁶⁾.

Não se ignora, de fato, que a criminalidade patrimonial gera desconforto no meio social. Todavia, também é sabido que a impunidade não é a exceção, mas constitui a regra no sistema de justiça criminal⁽¹⁷⁾. Assim, o argumento conservador, repise-se, baseado na prevenção geral, merece ser recebido com reservas, porquanto não se pode aceitar como dogma a possibilidade ou a ameaça de imposição de pena como o único meio eficaz de se evitar a ocorrência de delitos⁽¹⁸⁾.

Ademais, não se compreende no atual sistema brasileiro, porquanto realmente inexplicável, sob o prisma técnico-jurídico, o motivo do tratamento diferenciado dado à criminalidade econômica, diga-se, de maior danosidade aos interesses coletivos do que os crimes de furto, apropriação indébita, estelionato e receptação definidos no Código Penal. Real-

mente, parece um tanto esdrúxulo reconhecer a pertinência e a legitimidade das causas extintivas do *ius puniendi* pelo pagamento do tributo ou recolhimento das contribuições previdenciárias, instituídas pelas Leis n° 9.249/95 e n° 9.983/00⁽¹⁹⁾.

Portanto, percebe-se de modo cristalino a preocupação (*rectius*, proteção) do legislador com a reparação dos danos como fator impeditivo de punição aos agentes da criminalidade econômica, não obstante a maior lesividade ao interesse coletivo gerada por esta classe de delinquência.

Ora, se este é o tratamento adequado e necessário nos casos do *white collar crime*, por que não estendê-lo à “clientela” do direito penal tradicional, notadamente nas hipóteses de certos crimes patrimoniais, típicos da denominada “criminalidade de rua”?

Talvez a mudança esbarre no caráter seletivo que impregna o sistema penal, mantenedor dos interesses de uma cultura burguesa-individualista que enfatiza a proteção máxima do patrimônio privado em detrimento de políticas de integração das classes marginalizadas⁽²⁰⁾.

Todavia, em um Estado de Direito que se pretende democrático e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1° da CF), o direito penal não pode servir de instrumento de exclusão social, tampouco transigir com o interesse coletivo e desprezar a vontade individual. Noutras palavras, a orientação a ser seguida pela dogmática deve estar pautada por diretrizes político-criminais que demonstrem o que deve ser considerado socialmente correto e adequado⁽²¹⁾.

Por essas razões, os crimes patrimoniais tipificados na legislação penal brasileira, sobretudo aqueles que afetam exclusivamente bens materiais de caráter disponível pertencentes ao sujeito passivo individualizado, deveriam, *de lege ferenda*, se sujeitar à manifestação do ofendido, por meio de representação, para a instauração do processo penal em face do autor da conduta, conferindo-se, ainda, a possibilidade de extinção da punibilidade pela reparação do dano decorrente do ilícito.

Seria este o primeiro passo para uma transformação substancial do direito penal pátrio. Em um segundo momento, é também imperiosa uma reflexão séria sobre a possibilidade de se ampliar as hipóteses de incidência das chamadas penas alternativas aos crimes patrimoniais e, quiçá, o enfrentamento da questão sobre a descriminalização dos delitos de bagatela.

Desta forma, parafraseando **Nilo Batista**, estaríamos lutando para a construção de um novo Direito, baseado na solidariedade, na liberdade e na igualdade⁽²²⁾. ●

Notas

- (1) Agradece-se a professora doutora **Ana Lucia Sabadell** pela análise crítica do presente texto, bem como ao professor doutor **Dimitri Dimoulis** pelas sugestões e conselhos.
- (2) Sobre a influência dos meios de comunicação como instrumento de “construção social da insegurança”, importante destacar a visão de **Francesc Barata**, no artigo “*La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación*”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 29, pp. 255-267. Também, **Jesús-María Silva Sánchez**, *A Expansão do Direito Penal*, pp. 37 e segs., sustenta a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação da mídia. Em nosso meio, é digna de registro a obra de **Leonardo Sica**, *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*, pp. 77 e segs.
- (3) Cf. **Jesús-María Silva Sánchez**, ob. cit., p. 32.
- (4) Cf. **José Eduardo Faria**, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 23.
- (5) Cf. **Helene Claudio Fragoso**, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, p. 263. Os civilistas definem o poder dos homens sobre os bens materiais e imateriais, bem como as maneiras de sua utilização econômica, fornecendo o conceito de propriedade à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Nessa perspectiva, oportuno ressaltar o escólio de **Orlando Gomes** sobre o direito de propriedade: “*Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. Se é certo que nem um desses critérios satisfaz isoladamente, o conhecimento dos três permite ter o direito de propriedade noção suficientemente clara*”. Cf. *Direitos Reais*, p. 97.
- (6) Nesse sentido, aduz **José Afonso da Silva**, *Curso de Direito Constitucional Positivo*: “*O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que atenda sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5°, XXII), a propriedade atenderá sua função social (art. 5°, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito de propriedade que atenda sua função social. (...) Isso tem importância, porque, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio.*”
- (7) Podemos citar, a título de exemplo, a legislação referente aos crimes falimentares (Decreto-lei n° 7.661/45), crimes contra a economia popular e sistema financeiro (Lei n° 4.591/64, →

- Lei nº 6.385/76, Lei nº 7.492/86, Lei nº 8.137/90, Lei nº 8.176/91 entre outras).
- (8) Cf. **Claus Roxin**, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, p. 23.
 - (9) Cf. **Luiz Regis Prado**, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, p. 79.
 - (10) Cf. **Giovanni Fiandaca**, O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal, *Revista dos Tribunais* nº 776, p. 433.
 - (11) Cf. **Nilo Batista**, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 85.
 - (12) Nesta categoria encontram-se os crimes de roubo em todas as suas modalidades, extorsão e extorsão mediante seqüestro previstos, respectivamente, nos arts. 157 a 160 do Código Penal brasileiro.
 - (13) Sobretudo nos crimes de furto, apropriação indébita, estelionato e receptação.
 - (14) Cf. **Adauto Suannes**, *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, pp. 129-154.
 - (15) Cf. **Ada Pellegrini Grinover et al.**, *Teoria Geral do Processo*, p. 225. No mesmo sentido, **Damázio Evangelista de Jesus**, *Direito Penal*, v. 2, p. 334.
 - (16) Segundo a teoria dialética unificadora de **Claus Roxin**, a melhor política criminal consiste em conciliar a prevenção geral, no sentido de impedir a comissão de delitos e garantir um mínimo de segurança, com a prevenção especial, consubstanciada na possibilidade de socialização e reintegração do condenado à sociedade (*La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo blanch, 2000, pp. 31 e 34). Na mesma esteira, aduz **Figueiredo Dias**: “Esta concepção básica resulta como consequência que não se justifica, nem é conveniente, nem eficaz, assinalar à pena ou só finalidades de prevenção geral, ou só de prevenção especial. Uma e outras devem coexistir e combinar-se da melhor forma e até o limite possíveis, porque umas e outras se encontram num propósito comum de prevenir a prática de crimes futuros” (*Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas*, pp. 129-130).
 - (17) Cf. **Alessandro Baratta**, “Funções Instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, p. 19. Em nosso meio, valiosa é a contribuição de **Ana Lucia Sabadell** sobre o caráter seletivo do

sistema penal e o elevado número de infrações que sequer chegam ao conhecimento dos órgãos estatais, compondo a chamada cifra obscura da criminalidade (cf. *Manual de Sociologia Jurídica*, pp. 157-160 e 162).

- (18) Cf. **Raúl Cervini**, *Os Processos de Descriminalização*, p. 97.
- (19) Cf. **Luiz Flávio Gomes**, “Efeitos penais e processuais penais do pagamento, do parcelamento e do Refis nos crimes tributários e previdenciários”, *Crimes Contra a Ordem Tributária*, pp. 23-32.
- (20) Cf. **Alessandro Baratta**, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 176.
- (21) Cf. **Claus Roxin**, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, p. 82.
- (22) **Nilo Batista**, *Punidos e Mal Pagos*, p. 181.

Referências Bibliográficas

- BARATA, Francesc.** “La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 29, jan.-mar. 2000, pp. 255-267.
- BARATTA, Alessandro.** *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. **Juarez Cirino dos Santos**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- . *Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico*. Trad. **Ana Lucia Sabadell**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, jan.-mar. 1994, pp. 05-24.
- BATISTA, Nilo.** *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- . *Punidos e Mal Pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- CERVINI, Raúl.** *Os Processos de Descriminalização*. Trad. **Eliana Granja (et al.)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FARIA, José Eduardo (org.)**. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIANDACA, Giovanni.** “O ‘bem jurídico’ como problema teórico e como critério de política criminal”. *Revista dos Tribunais*, v. 776, jun. 2000, pp. 409-439.
- FIGUEIREDO DIAS, José.** *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio.** *Lições de Direito Penal – Parte Especial*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GOMES, Luiz Flávio.** “Efeitos penais e processuais penais do pagamento, do parcelamento e do Refis nos crimes tributários e previdenciários”. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: IOB, 2002, pp. 21-62.
- GOMES, Orlando.** *Direitos Reais*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.)**. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.
- JESUS, Damásio Evangelista.** *Direito Penal*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- PRADO, Luiz Regis.** *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ROXIN, Claus.** *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Trad. **Francisco Muñoz Conde e Diego Manuel Luzón Peña**. Sevilha: Ed. Univ. de Sevilha, 1981.
- . *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. **Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- . *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. **Luís Greco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SABADELL, Ana Lucia.** *Manual de Sociologia Jurídica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SICA, Leonardo.** *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso da.** *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. **Luiz Otávio de Oliveira Rocha**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SUANNES, Adauto.** *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Willey Lopes Sucasas

Advogado, mestrando em Direito e professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba

Textos para publicação no Boletim

Em virtude do novo *lay-out* do **Boletim**, todos os artigos objetivando publicação 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 deverão ter 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 <TAB> para determinar os pa-

rágrafos: o próprio <ENTER> 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.

Todos os artigos enviados ao IBCCRIM, poderão ser incluídos tanto em nosso *site*, quanto publicados no **Boletim**.

BREVES NOTAS ACERCA DO SEMINÁRIO INTERNACIONAL “PERSECUÇÃO PENAL DE CRIMES INTERNACIONAIS SOB UMA PERSPECTIVA COMPARADA”

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Realizou-se em Montevidéu, nos dias 27 e 28 de fevereiro deste ano, o Seminário Internacional “Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales Desde una Perspectiva Comparada”, organizado pelo Instituto Max-Planck para o Direito Penal Estrangeiro e Internacional e pela Fundação Konrad Adenauer – Programa Estado de Direito para América do Sul, com o apoio da Faculdade de Direito – Universidade da República (Uruguai).

Onze países da América Latina participaram do evento, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil (representado pelo IBCCRIM), Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, México, Peru e Uruguai.

Trata-se de projeto desenvolvido pelo Instituto Max-Planck, que, segundo expôs o prof. dr. mult. h. c. **Albin Eser** quando da abertura do seminário, objetiva incentivar e dar impulso às reformas internas com vistas à implementação do Estatuto de Roma, que foi ratificado, até agora, por 89 países. De acordo com o contido no § 6º do preâmbulo, é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, daí por que o Tribunal Penal Internacional só deve atuar, de acordo com o princípio da complementariedade, quando se frustrar a persecução no Estado-Parte. Isto significa que, primeiramente, deve prevalecer a jurisdição nacional, sendo a Corte subsidiária⁽¹⁾.

O projeto, que teve uma fase preliminar no início do ano 2002, com o intuito de delimitar os países que dele participariam, deve desenvolver-se em duas etapas: na primeira, que se findou no seminário, cada país apresentou seu informe nacional, analisando: 1) em que medida as formas de comportamento criminalizadas no Estatuto de Roma e no Direito Internacional Consuetudinário (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) são puníveis internamente; 2) quais são os crimes perseguidos; 3) quais são os elementos de conexão aplicáveis (princípio da territorialidade, etc.); 4) quais são as causas de justificação aplicáveis (legítima defesa, obediência devida, etc.); 5) o que dispõem as regras especiais, tais como imunidades, prescrição e competência; 6) em que medida a persecução penal interna dos crimes internacionais é efetiva; 7) em que medida o país desenvolve alguma reforma penal nacional para a implementação do Estatuto. A última etapa consistirá em análise comparativa dos informes.

Antes da exposição feita por cada país, o prof. dr. **Kai Ambos**, do Instituto Max-Planck e da Universidade de Göttingen, introduziu o tema “Obrigação e Modelos de Implementação do Estatuto de Roma”. Como regra, o Estatuto não obriga os Estados-Partes a implementar suas disposições. A exceção vem prevista no art. 70, inc. 4.a: os crimes contra a Administração da Justiça devem ser objeto da legislação interna da cada país. O Estatuto pressupõe, porém, a colaboração dos Estados, nos moldes do estabelecido no art. 87.

A implementação do Estatuto faz-se porém necessária para que a persecução penal dos cri-

mes internacionais se dê de maneira eficaz, daí decorrendo que cada Estado deve legislar internamente sobre a matéria.

Embora os países participantes do projeto sejam signatários de instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, as reformas se fazem necessárias em face do princípio *nullum crimen sine lege*, sendo imprescindível tipificar as condutas dos crimes internacionais (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) e suas respectivas penas, para que a persecução penal possa ser realizada no âmbito de cada Estado-Parte.

Vários e conhecidos são os problemas a serem enfrentados, sobressaindo, dentre outros, a aplicação dos princípios da jurisdição universal, da culpabilidade, da legalidade e da certeza; prisão perpétua; extradição e entrega; imunidade, sem se falar nos acordos bilaterais firmados entre os Estados Unidos da América e o Estado-Parte, que obrigam este último a não entregar os nacionais dos EUA à Corte sem a concordância expressa daquele país⁽²⁾.

Os onze países que se fizeram representar no Seminário apresentaram seus informes e deram notícias sobre a implementação do Estatuto de Roma no direito interno.

O IBCCRIM participa do projeto a partir do Convênio de Intercâmbio Científico firmado com o Instituto Max-Planck em abril de 2002, tendo apresentado no Seminário texto intitulado “A Implementação do Estatuto de Roma no Brasil”, encaminhado pela então relatora do nosso informe nacional, a associada e desembargadora federal **Sylvia Steiner**, recentemente eleita juíza do Tribunal Penal Internacional. A base do trabalho apresentado deve-se ao dr. **Tarcisio Dal Maso Jardim**, consultor da Cruz Vermelha no Brasil, coordenador do grupo de trabalho do Ministério da Justiça para a implementação do Estatuto de Roma e um dos autores do informe brasileiro, que contou também com a participação, nesta fase, do dr. **Gustavo Badaró**, que é diretor do Departamento de Projetos Legislativos do IBCCRIM.

É interessante ressaltar que, dos países que participam do projeto, Chile e México não ratificaram o Estatuto. El Salvador sequer o subscreveu, devido à inequívoca influência exercida pelos Estados Unidos da América⁽³⁾, não existindo, no momento, sequer discussão política acerca do assunto.

As propostas de implementação do Estatuto de Roma dão-se de forma diferente nos países participantes do projeto. Alguns providenciam alterações nas suas Constituições, com vistas até mesmo à ratificação (Chile, México); outros procedem alterações na legislação ordinária, isto é, Código Penal comum e militar (Bolívia, Costa Rica, Venezuela); outros procedem ou procederam modificações na Constituição e na lei ordinária (Colômbia e Peru); outros, finalmente, pretendem implementar o Estatuto através de lei especial (Argentina, Brasil e Uruguai).

No Brasil, o Grupo de Trabalho instituído

pelo ministro da Justiça através da Portaria nº 1.036, de 2001, apresentou, no final do mês de outubro de 2002, anteprojeto de lei que “define o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”. O anteprojeto está dividido em sete títulos, que tratam, respectivamente: i) dos princípios gerais aplicáveis aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra (título I); ii) da definição de cada uma destas categorias em espécie (títulos II, III e IV); dos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional (título V); da cooperação com o Tribunal Penal Internacional (título VI) e das normas processuais (título VII).

De acordo com a Exposição de Motivos do Anteprojeto, além de implementar o Estatuto de Roma, “a proposta cumpre antigas obrigações internacionais de o Estado brasileiro punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949”.

O Anteprojeto, que foi uma iniciativa do Brasil de implementar o Estatuto de forma completa, está publicado no site do Ministério da Justiça⁽⁴⁾, para receber sugestões dos acadêmicos e de entidades da sociedade civil, nacionais e estrangeiras.

A Fundação Konrad Adenauer, que organizou o evento junto com o Instituto Max-Planck, fará publicar na íntegra, ainda este ano, os relatórios dos informes nacionais e, tendo em vista a importância do tema, o grupo de trabalho, criado informalmente e integrado por representantes dos onze países presentes ao evento, deverá provavelmente se reunir em São Paulo, Brasil, no próximo ano, para dar continuidade à discussão de temas relacionados à persecução de crimes internacionais e à implementação do Estatuto de Roma na América Latina. ◻

Notas

- (1) Cf. art. 17 do Estatuto de Roma.
- (2) Discutiu-se no Seminário acerca da validade do acordo bilateral firmado entre os EUA e um Estado-parte que já tenha ratificado o Estatuto, com tal propósito. O entendimento firmado foi no sentido de que, a partir do momento em que o Estado-Parte ratifique o Estatuto, não é mais possível firmar o acordo, sem que reste violado o dever de cooperação imposto no art. 96. A invocação do art. 98 só será possível se o tratado for anterior à ratificação. Por esse motivo, a Resolução de julho de 2002, das Nações Unidas, que concede imunidade aos soldados americanos pelo prazo de um ano, deslegitima todo o sistema internacional.
- (3) Que se recusam a subscrever o Estatuto de Roma, obviamente por motivos políticos.
- (4) Conferir: www.mj.gov.br.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Advogada e professora doutora de Direito Processual Penal da Fac. de Direito da USP

A grave problemática que envolve o sistema penitenciário brasileiro vem ocupando, a cada dia, um maior espaço na mídia e, em consequência, a sociedade acompanha, preocupada, notícias de constantes rebeliões em presídios, corrupção de agentes penitenciários e policiais, fortalecimento do crime organizado no interior das penitenciárias, enfim, as mazelas parecem infindáveis, levando todos a uma óbvia conclusão: a de que o Estado tem sido incompetente para garantir uma correta e eficaz execução da pena privativa de liberdade, falhando em todos os propósitos da pena de prisão (retributivo, preventivo — geral e especial —, ressocializador).

Diante desse caos vivenciado pelo sistema prisional brasileiro, uma luz no túnel parece surgir através da implementação de estabelecimentos prisionais ditos terceirizados, ou seja, a serem administrados pela iniciativa privada, numa parceria com o Estado.

Na década de 80, os Estados Unidos da América fomentaram a idéia privatizadora do sistema prisional, a qual foi exportada para a Inglaterra, França, Austrália e, finalmente, chega ao Brasil, concretizada através da implantação da primeira penitenciária terceirizada no País, a de Guarapuava, no Estado do Paraná, inaugurada em 1999, seguida da de Juazeiro do Norte, inaugurada em 2000, no Estado do Ceará, ambas denominadas penitenciárias industriais.

As penitenciárias industriais ditas terceirizadas, atualmente existentes no Brasil (a maioria delas nos Estados do Paraná e Ceará), inauguram um novo modelo de gestão do sistema penitenciário, baseado na lógica empresarial e, portanto, capitalista, indissociável do lucro.

A participação da iniciativa privada nesse novo modelo de gerenciamento prisional caracteriza-se por ser ela responsável pela administração da penitenciária, pelo fornecimento de alimentação, vestuário, educação e trabalho, pelo oferecimento de serviços jurídicos, médico-odontológicos, psicológicos, e pela segurança interna da prisão. Ao Estado compete basicamente a segurança externa do estabelecimento penitenciário e, ainda, indicar o diretor da penitenciária.

As críticas feitas à terceirização do sistema penitenciário são várias, dentre as quais podemos citar:

1. Desde o fim da vingança privada o *jus punitendi* pertence ao Estado, o detentor da soberania, o único ente a exercer o monopólio exclusivo do uso da força física. Cabendo ao Estado ditar as leis, interpretá-las, aplicá-las e executá-las, não poderá delegar ao particular quaisquer dessas funções.

2. A privatização e terceirização dos presí-

dios se constitui num negócio lucrativo, o que provoca um temor de que a avidez capitalista por lucro transforme o crime numa verdadeira indústria, tal como ocorre nos Estados Unidos.

3. A idéia privatizadora dos presídios possibilita que grande lucro seja auferido em detrimento do sofrimento humano, passando o preso a ser objeto de lucro.

Na verdade, não é pretensão desse trabalho discorrer minuciosamente acerca dos inúmeros aspectos que circundam a idéia privatizadora ou terceirizadora dos presídios no Brasil, mas sim a forma como esta idéia vem sendo implementada, numa verdadeira afronta à Constituição.

Contudo, poucos têm atentado para esse fato.

Vista sob o ângulo do Direito Administrativo, a transferência da execução material da pena privativa de liberdade, do poder público para o particular, trata-se de uma concessão, portanto sujeita à autorização

legal, regulamentação e licitação. E, como em todo contrato de concessão, é inafastável o auferimento de vantagem pecuniária por parte do concessionário, cabendo ao concedente, por sua vez, fiscalizar o serviço a ser prestado.

Mediante um contrato de concessão firmado entre a Secretaria de Justiça do Estado do Ceará e a empresa Humanitas (atualmente Conap), vem sendo administrada a Penitenciária Industrial Regional do Cariri, em Juazeiro do Norte. Contudo, o referido contrato nunca foi publicado no Diário Oficial, nunca foi realizada licitação para a contratação da empresa prestadora de serviços, além do que a sobredita concessão não foi regulamentada por lei, disciplinando o modo e a forma de prestação do serviço. Como se vê, esse modelo terceirizador adotado pelo Estado do Ceará viola vários princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a saber, os da legalidade, moralidade e publicidade.

Um outro aspecto que merece destaque em relação à terceirização dos presídios diz respeito ao pessoal encarregado dos serviços penitenciários.

Na Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), os serviços de agentes penitenciários são realizados pelos chamados “agentes de disciplina”, funcionários da empresa prestadora de serviços, portanto, sem qualquer vínculo com o Estado. Ocorre que os “agentes de disciplina” exercem uma função

pública que, por sua natureza, somente pode ser executada pela Administração Pública, através dos agentes penitenciários, servidores públicos investidos na função após aprovação prévia em concurso público.

O modelo terceirizador atrai o Estado principalmente por nele vislumbrar uma redução das despesas com a contratação de servidores públicos, tornando desnecessária a realização de concursos, despreocupando-se com eventuais greves, gastos com aposentadoria, licença, dificuldades de exoneração em virtude de prática de corrupção. Mas essa atraente economicidade é ilusória, principalmente se levarmos em conta que,

de acordo com o Enunciado nº 331 do TST, em se tratando de terceirização, a Administração Pública é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas da empresa tomadora de serviços, em especial, quando não comprovada a ocorrência de regu-

lar licitação para a contratação.

Esse modelo terceirizador promove ainda uma verdadeira deturpação da Lei de Execução Penal, ao dispor que o diretor do estabelecimento penal deve ser um servidor público — uma forma encontrada para mostrar que a execução da pena prisional não foi entregue totalmente ao particular. Ora, pela LEP, o diretor do estabelecimento penal pode ser alguém que não seja servidor público, pois se trata de um cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.

Conforme podemos constatar, a terceirização ou privatização dos presídios vem sendo apresentada como a tábua de salvação para todos os problemas que envolvem o sistema penitenciário brasileiro, a única forma de remediar a incompetência do Estado em promover uma correta execução da pena privativa de liberdade. Mas a implementação de tal idéia exige um estudo aprimorado de vários aspectos que envolvem tão delicada questão.

O lamentável é perceber que, sob um contestável discurso de economicidade e humanização da execução da pena prisional, o Estado venha adotando mais e mais presídios terceirizados, numa verdadeira afronta à Constituição Federal, mediante a aquiescência de quase todos. ●

O lamentável é perceber que, sob um contestável discurso de economicidade e humanização da execução da pena prisional, o Estado venha adotando mais e mais presídios terceirizados, numa verdadeira afronta à Constituição Federal, mediante a aquiescência de quase todos.

Grecianny Carvalho Cordeiro

Promotora de Justiça do Estado do Ceará

COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – O ALCANCE DA LEI Nº 10.628/02

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – O ALCANCE DA LEI Nº 10.628/02

Todos estamos acompanhando o grande debate acadêmico e jurisprudencial acerca do foro por prerrogativa de função, e sua extensão aos atos de improbidade administrativa, suscitado pelo início do julgamento da Reclamação nº 2.138 no Supremo Tribunal Federal, pela promulgação da Lei nº 10.628/02 e pela arguição de sua inconstitucionalidade pela CONAMP perante a nossa corte suprema, através da ADIN nº 2.797, cuja liminar foi indeferida, durante o recesso judiciário, pelo eminente ministro **Ilmar Galvão**, mas ainda sujeita ao referendo do plenário.

Esses breves apontamentos limitam-se a analisar a Lei nº 10.628/02 em relação ao seu alcance, no tocante aos crimes praticados por ex-ocupantes de funções sujeitas ao foro especial de julgamento, **abstraindo-se, por completo, da questão de sua (in)constitucionalidade**, que já foi exaustivamente analisada e debatida.

Embora nos pareça ser impossível a extensão da competência por prerrogativa de função àqueles que não mais exercem cargo público, pela completa falta de previsão constitucional e diante do anterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal (a partir da revogação da Súmula 394), nada impede que, academicamente, possamos analisar qual seria o sentido da norma, caso sua constitucionalidade viesse a ser eventualmente declarada.

Dispõe o art. 84, §1º, do Código de Processo Penal, com a sua nova redação: *“A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”*.

Notamos, de plano, que o legislador ex-

pressamente excepcionou o alcance do foro especial, no tocante às pessoas cujo exercício da função pública já cessou, **apenas no tocante aos seus atos administrativos**.

O que seriam os atos administrativos do agente, para os fins da Lei nº 10.628/02?

Longe de compilarmos as inúmeras definições de “ato administrativo” de nossos eméritos mestres do Direito Administrativo, nos limitaremos a um exame penal do tema, ou seja, seriam esses atos administrativos apenas atos de improbidade? Seriam crimes? Quais?

Da exegese da nova lei depreende-se que a intenção do legislador foi conferir aos atos de improbidade tratamento assemelhado aos crimes de responsabilidade, como consequência da intenção de proteger o agente político de ser julgado, pelos atos inerentes ao seu ofício, perante o juízo de primeiro grau. Tenta o legislador ordinário impor o raciocínio de que a relevância de função pública justifica a especialidade de foro, para a análise do caráter ilícito dos atos praticados em decorrência do seu exercício, pelo seu ocupante, atual ou pretérito.

Entendemos, pois, que estão abrangidos, pela nova lei, apenas os atos de improbidade e os crimes comuns e de responsabilidade identificados com a prática dos atos inerentes aos ofícios e funções relativas ao cargo público, que era ocupado pelo agente.

Nesse diapasão, a nova lei não restauraria a Súmula 394, do STF, apenas a excepcionaria no tocante aos fatos diretamente relacionados com o exercício da função pública.

Cria-se, portanto, um novo instituto jurídico, que guarda distantes semelhanças com a imunidade material dos parlamentares (em virtude da necessidade de análise da relação do fato com o cargo ocupado), ao estabelecer a competência jurisdicional a partir do exame do conteúdo e do objeto do delito.

Para aplicação do art. 84, §1º, do CPP, será imperativa a análise da **pertinência** do fato, imputado como criminoso, com as funções do cargo exercido pelo seu ex-ocupante, para concluir-se pela competência do órgão jurisdicional especial ou do órgão jurisdicional de 1ª grau.

Não basta que o agente tenha praticado o fato quando estava em exercício no cargo público, **é necessário que tenha praticado o fato no exercício do cargo público, em razão deste e no âmbito das atribuições que lhes eram conferidas**.

Os fatos que não guardarem relação com o cargo anteriormente ocupado, ainda que praticados na época em que o exercia, não são passíveis de julgamento perante os tribunais, não deslocam a competência do juízo de primeiro grau, pois não constituem “atos administrativos” que são os discrimina-

dos pela nova lei e **devem, independentemente, do posicionamento do STF acerca da constitucionalidade da nova lei, seguir a orientação dominante desde a revogação da súmula 394.** ●

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

Procurador da República, ex-defensor público e ex-juiz do Estado do Rio de Janeiro

Tenta o legislador ordinário impor o raciocínio de que a relevância de função pública justifica a especialidade de foro, para a análise do caráter ilícito dos atos praticados em decorrência do seu exercício, pelo seu ocupante, atual ou pretérito.

Não basta que o agente tenha praticado o fato quando estava em exercício no cargo público, é necessário que tenha praticado o fato no exercício do cargo público, em razão deste e no âmbito das atribuições que lhes eram conferidas.

Seminário de Direito Penal e Processo Penal

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em parceria com o Centro de Atualização em Direito, realizará, entre os dias 15 e 17 de maio, **Seminário de Direito Penal e Processo Penal**, no auditório da OAB, na cidade de Belo Horizonte - MG.

15/05/03

Palestra de Abertura:

“Crimes contra o Consumidor” - dr. **Marco Antonio Rodrigues Nahum**

“Crimes de Informática” - dr. **Antônio Cláudio Mariz de Oliveira**

16/05/03

“Quebra de Sigilo Bancário” - dr. **Maurício Zanoide de Moraes**

17/05/03

“Crimes contra a ordem Tributária” - dra. **Heloisa Estellita**

Local: Auditório da OAB/MG - Rua Paraíba, 1352 - 15º andar - Funcionários

Informações e inscrições no CAD - Centro de Atualização em Direito, tel: (031) 3282-3352 ou através do e-mail: cad@cadireito.com.br

Li, no **Boletim** nº 123 desse **Instituto**, um artigo da lavra das dras. **Beatriz Rizzo**, **Carmen Silvia de Moraes Barros** e **Inês Tomaz** no qual encontrei a seguinte frase “*Para ser juiz é preciso ter coragem...*”

Num dos momentos de reflexão sobre os rumos do Direito, sobre a questão da Justiça ou Injustiça que é oferecida à população, essa frase veio-me à mente. Trata-se, hoje, de uma frase de profundo significado. É com grande pesar que vejo um Poder Judiciário cada vez mais policialesco. Um Poder Judiciário cada vez mais suscetível a uma opinião pública (de)formada por um jornalismo trapeiro. Um Poder Judiciário que passou a ser instância de controle social e nada mais do que isso. Um Poder Judiciário que trata pessoas que se encontram em igual situação, de forma completamente diferente. Um Poder Judiciário arrogante e distante da sociedade.

Problema que assola o Poder Judiciário, e converte-se num verdadeiro descalabro, é a falta de coragem dos juízes. E a coragem a que me refiro aqui é aquela coragem em sentido amplo. A coragem de escolher o Direito por que é direito, e deixar com Deus as conseqüências. Dos magistrados, sejam novos ou velhos, buscarei, na sua nobilíssima classe, um exemplo de juiz corajoso, para ilustrar nossa fala, quem seja, dr. **Joaquim de Souza Neto**.

Esse magistrado presidiu o 1º Tribunal do Júri do Distrito Federal nas décadas dos 40 e 50. A postura do magistrado **Souza Neto**, que enfrentou as mais diversas e ilegítimas formas de pressão para decidir um processo da forma que lhe pareceu justa, merece ser lembrada como lição de coragem e resistência.

Quis o destino que o juiz **Souza Neto**, na qualidade de presidente do 1º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, capital da República à época, tivesse que decidir a ação penal intentada para apuração da morte da jovem **Aída Cury**. Na época, julho de 1958, o País parou, literalmente, para acompanhar os acontecimentos relativos à ocorrência do que se chamou um crime bárbaro, pois **Aída Cury** teria sido atirada da cobertura do Edifício Rio Nobre, localizado na Avenida Atlântica, 3.388, depois de ter sido abusada e seviciada sexualmente.

Na ocasião dos fatos, havia televisão somente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, cujas sociedades foram imediatamente inflamadas por esse veículo, contra os supostos autores do delito. Os demais Estados foram alcançados pelas potentes emissoras de rádio de então, bem como por uma revista de circulação nacional, que pregavam a imolação, com requintes de crueldade, dos supostos autores, em praça pública.

O feito teve tramitação regular, e, declara-

do o encerramento da instrução, foi prolatada a sentença sobre a *res in iudicium deducta*. Contrariando toda a expectativa da mídia, que já havia infundido na cabeça da população que os acusados seriam pronunciados para que fossem julgados pelo Tribunal do Júri Popular, o juiz **Souza Neto**, numa sentença que, inclusive, foi chamada de antológica, impronunciou os acusados.

A partir daí, como bem disse **René Ariel Dotti** (*in* “Casos Criminais Célebres”, Ed. RT, 2ª ed.), “*uma terrível, insidiosa e permanentemente campanha de infamação foi deflagrada contra o juiz de Direito Souza Neto, deixando em segundo plano as figuras dos réus... A sentença de impronúncia, datada de 6 de janeiro de 1959, constituiu-se em pauta obrigatória de abordagens sensacionalistas pelos meios de comunicação. Uma infinidade de pelourinhos morais foi plantada em todo o Brasil. A reforma da sentença de impronúncia, muito antes do processo chegar ao tribunal, era uma imposição da massa popular impulsionada pela imprensa, rádio e televisão*”.

Deletereamente, o Tribunal de Justiça capitulou diante da pressão da imprensa, que contaminou a massa, sendo que ambas são ignaras, pois do contrário teriam sido encarregadas de distribuir a justiça, e reformou a irreformável decisão proferida em primeiro grau, sentença que perquiriu todos os detalhes do processo, perfazendo quase 50 laudas e que, pasmem, foi reformada por um acórdão medíocre expresso numa lauda e meia.

Diante de tamanha e tão grande covardia da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (ano de 1959), o juiz **Souza Neto**, numa atitude de repúdio — e, quiçá, mesmo de revolta, por sentir-se traído —, apresentou pedido de demissão do cargo público que até então ocupava. Felizmente, homens corajosos, juízes e demais operadores do direito, dentre eles a quase maioria dos advogados que militavam no 1º Tribunal do Júri do Distrito Federal, postaram-se publicamente ao lado do juiz **Souza Neto** e ajudaram-no a recobrar a confiança nos seres humanos.

É com acentuado desencanto que assisto, todos os dias, a episódios nos quais juízes capitulam no cumprimento do dever. Um dos mais recentes foi o que se deu no Estado da Bahia, no qual uma juíza de Direito deixou de cumprir seu dever, por sentir-se intimidada, pois o seu ato implicaria na toma-

da de decisões contra um senador da República. Que Poder é esse que teme senadores?

Será que temos um Poder que só o é diante dos pequenos? Será que temos que assistir, impotentes, ao Poder Judiciário tomar medidas só contra os pobres, os negros, as...? Será que o Poder Judiciário somente deve se dignar em ler os feitos quando aparecem nomes de pessoas ricas, poderosas e importantes?

Tenho sido muitas vezes tomado pelo desespero, e sei que outros defensores também o são, quando recebemos decisões de juízes

que não leram o processo para proferir a necessária decisão. Na maioria das vezes, nem a propalada leitura dinâmica é feita, pois a decisão segue o padrão: **defiro/indefiro nos termos da cota**

retro. Ah, a cota retro! Por mais eficiente que seja, representa a visão e o entendimento da outra parte. No processo penal, da Parte que acusa e que persegue a condenação, muitas vezes a qualquer custo e, num sem número delas, por vaidade intelectual. Portanto, a cota *retro* sempre vai representar a visão unilateral da parte que a apresentou, especialmente na defesa de seu interesse.

Onde está, ou onde foi parar a coragem dos juízes? Essa conduta do Poder Judiciário, marcada pela total ausência de coragem de se afirmar como um Poder que é, causa do medo. Medo porque, segundo **Rui Barbosa**, se tudo perdera o Brasil, se nada absolutamente restasse à nação, ainda tínhamos os juízes, ainda tínhamos a Justiça. Contudo, pelo que vemos todos os dias, podemos afirmar, sem qualquer reboço, que já não os temos mais. Não os temos porque a coragem deixou de ser uma marca indelével dos nossos juízes. Há algum tempo os juízes 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 que ser feito.

Já disseram alhures que a maior necessidade da sociedade, hoje, é de homens que não se vendam e nem se comprem. Homens que sejam fiéis ao dever assim como a bússola o é ao pólo. Aproveitando esse pensamento, digo que os Jurisdicionados precisam de juízes corajosos, para que voltem a sentir a segurança que um dia foi dada pelo Poder Judiciário. ●

César Augusto Moreira

Advogado criminalista e professor de Direito Penal e Processo Penal, em Ribeirão Preto (SP)

Há algum tempo os juízes 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 que ser feito.

UMA CRÔNICA DE MORTES ANUNCIADAS

Adauto Suannes

A cena está nos jornais: uma seqüência de fotografias mostra cinco ou seis rapazes manipulando um cigarro feito artesanalmente, cujo tamanho e espessura sugerem cuidar-se de um baseado, nome que os iniciados dão ao cigarro coletivo de maconha (em oposição ao fininho, nome dado ao cigarro de uso individual). Um cigarro digno da capa de um disco de **Bob Marley**. O repórter informa que aqueles rapazes, sentados em um amplo degrau, são internos da Febem, cujos responsáveis põem em dúvida aquela suposição. Talvez se tratasse de um mero cigarro de arapiraca, um fumo grosso e mais barato de que também se utilizam.

Que estariam fazendo ali àquela hora essas rapazes, isso não sabemos, pois a reportagem não nos diz. Talvez tivessem terminado uma sessão de aulas teóricas para aumento de sua cultura. Ou de aulas práticas, que os preparassem para concorrer no concorridíssimo mercado de emprego que todos enfrentamos aqui fora. Ou uma pausa em alguma atividade recreativa.

Um grupo de cinco ou seis rapazes, pretos ou quase pretos, como diz **Caetano**, ocupando seu tempo na elaboração e degustação de um cigarro suspeito, é o que mais importa à reportagem. Que também não nos diz como a pretensa arapiraca teria chegado até os rapazes. Talvez pelo correio, sugere o repórter, o que significa que não se fiscaliza o que entra num estabelecimento reeducacional.

Passamos às páginas esportivas e ali vemos um rapaz, nem preto nem quase preto, mas branco como nós outros, os civilizados, olhos azuis, aspecto saudável, “de boa família”, que lamenta haver, de fato, utilizado *cannabis sativa* de **Lineus** em um momento de descontração, o que foi detectado no exame *antidoping* e lhe causou a suspensão por algumas partidas no time de voleibol a que pertence, na Itália. Ele é brasileiro e sua grande preocupação não é com o mau exemplo que eventualmente significa para outros jovens, mas com o risco de não ser convocado para a próxima Olimpíada, essas disputas internacionais que são apenas vitrines onde os bons esportistas se exibem para a realização de contratos para atuar em equipes do Exterior.

Em primeiro lugar, sabendo-se que a palavra *doping* designa a aplicação legal de substância estimulante em competição para aumentar o rendimento de pessoa ou animal, como está em nossos dicionários, fica difícil concluir que a utilização do THC (*tetraidrocanabinol*), um conhecido relaxante, possa enquadrar-se nessa definição. A punição do desportista, pois, tem uma motivação não explícita e indica uma forma preconceituosa de lidar com a liberdade das pessoas de escolher os padrões de seu comportamento.

“Relaxar” com a utilização da fumaça da *cannabis* ou com o conteúdo de um copo de

uísque, qual a diferença? Essa era precisamente a pergunta que o personagem do filme “*Expresso da Meia-Noite*” fazia a seu pai, quando este o visitou na prisão onde aquele se encontrava. E que mostra o cinismo dos chamados valores morais da sociedade.

Da mesma forma o registro do incidente da Febem esconde uma indagação óbvia: como as centenas de jovens ali internados ocupam seu tempo? De fato, se o Estado os encarcera (e os eufemismos não escondem que se cuida de encarceramento) com propósitos pretensamente educacionais, qual o programa que essa reeducação observa? Quem fiscaliza o êxito disso? Quem redireciona essa reeducação quando não atinge os objetivos pretendidos? Quem é responsabilizado por isso?

Finalmente, as revistas de fim de semana fazem estardalhaço com o assassinato de um honrado juiz criminal, como se estivéssemos diante de algo impensável, inesperável. Como se quem se dispõe a contrariar interesses de poderosos (qualquer que seja a base desse poder) não estivesse correndo risco de vida e pudesse circular sem o mínimo cuidado pelas ruas da cidade, certo de que lhe basta o elevado cargo para ser respeitado. Foi-se esse tempo! Basta conhecer o que ocorreu na Itália, por exemplo, para saber que isso não é bem assim. Lamente-se a morte de mais uma pessoa digna que tem a vida imolada em prol de um aperfeiçoamento da sociedade que a todos nós parece hoje mais distante do que nunca. Imaginar que isso jamais viria a ocorrer entre nós, um povo tão “cordial”, que ingenuidade! Deixar que isso viesse a ocorrer, eis nossa responsabilidade, que insta assumir.

Apontados os problemas, quais as soluções?

Não precisamos ir tão longe. Convido os mesmos repórteres que estiveram na Febem a visitar o Fórum João Mendes, na Capital do Estado, a 50 metros do Palácio da Justiça, sede da cúpula diretiva do Poder Judiciário. Prédio de 22 andares, onde atua número incalculável de juizes e membros do Ministério Público, os chamados *custodes legis*. Pois ali os repórteres verão que todas, simplesmente todas as portas corta-fogo (de uso obrigatório por lei e que devem ser vistoriadas periodicamente pelos órgãos fiscalizadores de edifícios de acesso público) não funcionam. Ou estão travadas com calços de madeira ou simples-

mente as molas já cederam em razão justamente de travas semelhantes. De quebra, encontrarão portas em que, ao lado de uma plaqueta que indica que a porta deve permanecer fechada, há uma lingüeta móvel que, evidentemente acionada por algum funcionário, trava a porta, impedindo, assim, que ela exerça as funções para as quais foi ali posta. Além da perda do que se gastou na aquisição e instalação delas, há o risco de um incêndio se alastrar pelos andares todos, com mortes inteiramente previsíveis. E isso sob o nariz de juizes, promotores e advogados e a poucos metros da sede do Poder Judiciário.

Se a simples operação de tornar minimamente eficientes portas corta-fogo não encontra naqueles, que julgam culpas alheias, disposição de ser adequadamente realizada, que se pode esperar quando o problema tem a gravidade do enfrentamento do chamado “crime organizado”? Será, de fato, tão organizado assim o crime de alto calibre, ou o Estado é que não apresenta um mínimo de algo que possa ser chamado de organização, para que sua atuação atinja os objetivos esperados pela sociedade? Para que seja minimamente eficiente naquilo a que se dispõe e a que está vocacionado constitucionalmente?

Arrombada a porta, vêm as “soluções” drásticas, tão absurdas quanto inexecutáveis. Ou inteiramente exequíveis, como o renascimento do nefasto “esquadrão da morte”, cuja existência o Poder Executivo estadual não parece muito interessado em apurar, talvez por resolver adotar a conhecida máxima de um notório demagogo: “*bandido bom é bandido morto*”. Lembremos apenas que, recentemente, quando da rebelião em um distrito policial, descobriu-se que o número de presos que ali se encontravam superava o quádruplo da capacidade das celas. Revolta injustificada?

Muito estranha essa forma de administrar a coisa pública: coloca-se a gasolina ao lado do fósforo e depois pretexta-se admiração porque alguém resolveu encostar uma coisa à outra para ver no que dava. ●

Adauto Suannes

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Criminal, da Associação Juizes para a Democracia e do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família

SOLIDARIEDADE AO DR. GENOFRE

O IBCCRIM, que tem acompanhado atentamente nos últimos meses a gestão da Segurança Pública em São Paulo e sempre considerou a seriedade do trabalho que vinha sendo feito pelo delegado **Roberto Mauricio Genofre** como Corregedor da Polícia Civil, lamenta o seu inesperado e inexplicável afastamento do cargo, por ato do secretário da Segurança Pública, e vem por isso prestar sua inteira solidariedade ao ex-corregedor.

Ricardo Pieri Nunes

I - Contornos da questão

Em uma das suas últimas manifestações no campo do Direito Penal Econômico, veiculada pelo art. 15 da Lei nº 9.964/2000, o legislador outorgou à celebração do ajuste de parcelamento do débito tributário anterior ao recebimento da denúncia, por meio da adesão ao programa de recuperação fiscal (Refis), o condão de suspender a pretensão punitiva estatal, determinando, ainda, a extinção da punibilidade ante o cabal cumprimento dos termos do acordo.

O alcance dessa norma penal, de parcial conteúdo material, notadamente benéfica ao agente⁽¹⁾, cingiu-se aos injustos envolvendo créditos tributários titularizados pela União — alvo do diploma legal —, restando, sua aplicação aos delitos envolvendo créditos tributários estaduais, municipais e do Distrito Federal, condicionada a *interpositio legislatoris* dos respectivos entes federativos criando seus próprios programas de recuperação fiscal, nos termos do § 2º, I, do referido dispositivo de lei.

Questionar a legitimidade desse anômalo condicionamento encerra o objetivo deste breve artigo.

O ponto a ser arrostado, para tanto, repousa em aferir a possibilidade de sujeitar-se a incidência de norma penal vigente mais benéfica à ocorrência de evento futuro e incerto, tendo como parâmetro critérios casuisticamente eleitos. O art. 15 da Lei nº 9.964/2000 se amolda a esta hipótese, pois a inscrição no Refis, que viabiliza a concessão do benefício penal, depende da natureza do crédito tributário, sendo vedada quanto àqueles de natureza diversa (daí o casuismo), a não ser que determinadas Casas Legislativas decidam elaborar um diploma legal específico. Estabelece-se, destarte, uma espécie de *suspensão da suspensão*, pois a viabilidade da suspensão da pretensão punitiva no âmbito dos Estados e Municípios fica suspensa enquanto não atuar a Casa Legislativa competente⁽²⁾.

Tal condicionamento, no entanto, a nosso ver, ofende o Texto Magno, não podendo prevalecer diante da observância dos processos de hermenêutica.

Com efeito, parece-nos inequívoco que o legislador, sensível à caudalosa corrente jurisprudencial que vinha conferindo interpretação extensiva ao art. 34 da Lei nº 9.249/95⁽³⁾, para albergar não apenas o pagamento integral do débito tributário anteriormente à denúncia, mas também a simples celebração de acordo de parcelamento⁽⁴⁾, entendeu por bem solucionar a celeuma por meio do art. 15 da Lei nº 9.964/2000, onde adotou posição intermediária, determinando a suspensão da pretensão punitiva num primeiro momento, ante a adesão ao Refis, para somente depois, com o cabal cumprimento dos termos do ajuste, permitir o reconhecimento da extinção da punibilidade.

Esse comando seria irretocável, caso sua incidência em relação a créditos fiscais estaduais, municipais e do Distrito Federal não tivesse sido condicionada à atividade legiferante dos respectivos entes federativos. Deve-

ria o legislador ter disciplinado a matéria ao ditar “outras providências”, desvinculando a suspensão da pretensão punitiva da adesão ao Refis, de sorte a permitir sua incidência sobre qualquer acordo de parcelamento de débitos tributários.

Assim não agindo, criou uma verdadeira aberração jurídica, pois, sendo defeso aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios inserirem dispositivos de cunho penal ou processual penal nos diplomas legais que elaboram, a instituição do Refis no âmbito destes entes federativos se apresenta como mera formalidade — nada além disso — para tornar efetivo, em relação aos tributos que arrecadam, o conteúdo da norma determinante da suspensão da pretensão punitiva. Ora, **vigente norma penal favorável ao réu, consagrando instituto direcionado à extinção da punibilidade, sua aplicação não pode sofrer qualquer condicionamento, mormente se este reside na interpositio legislatoris de um ente de direito público que sequer possui competência para dispor sobre matéria desta natureza!**

Cumpre aventar, portanto, uma maneira de reparar esse erro do legislador, notadamente pela via da atividade de interpretação.

II - Processos de interpretação aplicáveis

Nesse passo, em primeiro, é de ver-se que o exegeta jamais pode ignorar “o chamado elemento histórico, com o qual se examina o surgimento da norma e as condições históricas que o acompanham”⁽⁵⁾. Atento a este elemento, decerto vislumbrará no art. 15 da Lei nº 9.964/2000, como afirmado, uma derivação direta da celeuma em torno do art. 34 da Lei nº 9.249/95, dispositivo que se aplica, indistintamente, a créditos fiscais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, rendendo ensejo ao reconhecimento da extinção da punibilidade.

Por esse motivo e observando o elemento sistemático de hermenêutica, uma vez que “por umas normas se conhece o espírito de outras”, sendo certo que cada uma delas, deste modo, “longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado”⁽⁶⁾, soa evidente que o legislador, ao editar o art. 15 da Lei nº 9.964/2000, *minus dixit quam voluit*, pois preconizou benefício limitado a uma espécie — o crédito tributário da União — quando, à luz do antecedente da norma, fica claro que a *ratio* estava em albergar o gênero, ou seja, o crédito tributário *lato sensu*.

Esta fenda aberta à desigualdade de tratamento, malgrado legítima no campo tributário, onde cada ente federativo possui competência legislativa privativa, assim não se apresenta nas **searas penal e processual penal, já que nestas, pelo fato de apenas a União deter competência privativa para legislar (art. 22, I, da CR), impõe-se, como corolário, uma unidade normativa vertical em todas as esferas da Federação**, não podendo determinado Estado ou Município ter sua própria disciplina legal nessas matérias

em relação aos créditos tributários que titularizam.

Versando o art. 15 da Lei nº 9.964/2000 sobre Direito Penal e Processual Penal, há que se guardar em primeiro plano mental, com redobrado afincio, os *princípios constitucionais da razoabilidade e da isonomia*, que conduzem o hermeneuta ao entendimento de que o **simples fato de um crédito tributário ostentar caráter municipal, estadual ou federal não encerra diferença idônea a legitimizar tratamento radicalmente desigual, consistente na suspensão da pretensão punitiva num caso e na submissão ao potencial anátema da condenação criminal noutro**. Isto porque este aspecto afigura-se absolutamente irrelevante para a determinação da capitulação jurídica da conduta, que depende somente da verificação em concreto dos elementos descritos nas normas penais incriminadoras em matéria tributária, dentre os quais não se inclui a natureza do crédito fiscal. Presentes os respectivos elementos, o crime será sempre o mesmo, ofendendo sempre o mesmo bem jurídico, esteja a conduta relacionada com o imposto de renda, o IPI, o ICMS, o ISS ou qualquer outro tributo.

Deveras, a natureza federal, estadual ou municipal do crédito tributário presta-se única e exclusivamente a determinar qual ramo do Poder Judiciário processará e julgará o acusado, configurando ilegítima desigualdade de tratamento — ofensiva, pois, à Carta Política — franquear a aplicação do expressivo benefício da suspensão da pretensão punitiva aos injustos de competência da Justiça Federal e vedá-la peremptoriamente àqueles de competência da Justiça Estadual, em virtude de circunstância alheia ao controle do agente, estampada nos humores políticos do legislador competente, motivo da inexistência de programa de recuperação fiscal verificada, nos dias que correm, em diversos Estados e Municípios. *Mutatis mutandis*, seria o mesmo que permitir a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), quando cabível, apenas aos crimes contra a ordem tributária ofensivos ao patrimônio fiscal da União, e vedá-la ante a lesão ao patrimônio fiscal dos Estados e Municípios, em razão de circunstância absolutamente estranha ao Direito Penal e Processual Penal, como é a edição de um certo diploma legal por estes entes federativos.

De outra parte, não se pode perder de vista que em diversos Estados e Municípios onde o Refis ainda não foi instituído, como, *vg.*, o Município do Rio de Janeiro, a legislação em vigor autoriza a celebração de acordo de parcelamento do débito tributário⁽⁷⁾, medida cuja finalidade é exatamente a mesma daquele programa, ou seja, o saneamento fiscal da empresa. O Refis, no entanto, sendo tranquilamente o acordo fiscal menos rigoroso vigente no País, preconiza uma série de favores inimagináveis *vis-à-vis* com a legislação municipal carioca, como, por exemplo, a possibilidade de o valor de cada singular prestação ser determinada à razão de módicos percentuais

incidentes sobre a receita bruta de cada mês da empresa, variáveis, em seus patamares mínimos, entre 0,3% e 1,5%⁽⁸⁾. Ou seja, não auferindo receita alguma em determinado mês, fica a empresa, naquele período, exonerada do pagamento da prestação.

Ora, se a finalidade do Refis é rigorosamente a mesma dos demais acordos de parcelamento de débitos tributários, e se os termos destes via de regra são bem menos flexíveis do que o daquele, o processo lógico de interpretação, guiado pelo raciocínio dedutivo, impõe a conclusão pela inexistência de motivo para não se estender a aplicação do art. 15 da Lei nº 9.964/2000 a condutas penalmente relevantes envolvendo créditos perentivos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, uma vez que “a idéia básica deve ser aplicada na íntegra, em todas as hipóteses que na mesma cabem”, dilatando-se, destarte, “o sentido ordinário dos termos adotados pelo legislador”⁽⁹⁾. Noutras palavras, *ubi eadem ratio, ibi idem ius*.

Demais, se o reconhecimento da extinção da punibilidade — provimento que, investido da autoridade de coisa julgada material, aniquila em definitivo a pretensão punitiva estatal — é admitido em relação a créditos tributários de toda natureza, *ex vi* do art. 34 da Lei nº 9.249/95, por que razão a mera suspensão desta mesma pretensão, medida notadamente menos radical, deveria revestir-se de alcance menor? Como se sabe, o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos.

III - Conclusão

Assim, a única maneira de preservar a integridade do Ordenamento Constitucional, respeitando os processos de hermenêutica, repousa em estender o espectro de aplicação do art. 15 da Lei nº 9.964/2000 a condutas envolvendo créditos fiscais de natureza estadual e municipal, sempre que o agente opta por celebrar com a autoridade fazendária, antes do recebimento da denúncia, acordo de parcelamento do débito tributário, mesmo que este não seja o Refis, ante a inércia do legislador competente.

Assegura-se, outrossim, a igualdade de tratamento que não pode em hipótese alguma deixar de ser dispensada a situações idênticas sob a ótica penal, como, por exemplo, a suspensão de imposto de renda ou de ICMS por meio da prestação de informações falsas à autoridade fazendária (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90), optando o agente daquele delito pela adesão ao Refis antes do recebimento da denúncia, e o deste, à inexistência de programa de recuperação fiscal, pela celebração de acordo de parcelamento da dívida tributária com o Fisco, nos termos da legislação vigente no âmbito do *locus delicti commissi*, igualmente antes do recebimento da exordial acusatória.

Com a suspensão da pretensão punitiva em ambos os casos, se afastam, a um só tempo, a extremada decisão pelo “trancamento” de inquérito policial ou de ação penal em razão do mero acordo de parcelamento do débito tributário, com fulcro no art. 34 da Lei nº 9.249/95, bem assim a grave afronta ao *status*

diginitatis do agente, permitindo, por outro lado, que os órgãos próprios deflagrem (ou retomem) imediatamente a atividade persecutória penal à vista do eventual descumprimento dos termos do ajuste celebrado, sem a inconveniente necessidade de desarquivamento dos autos, imposta após a extinção de um processo sem resolução de mérito.

Por tal arte, resta despicando permanecer interpretando extensivamente o art. 34 da Lei nº 9.249/95, cuja aplicação deve ser reservada, em nosso entender, apenas às hipóteses de pagamento integral do débito tributário, como sempre desejaram alguns doutos, aplicando-se o art. 15 da Lei nº 9.964/2000 a todas as modalidades de acordo de parcelamento destes mesmos débitos, medida salutarmente menos precipitada do que o pronto “trancamento”, resguardando, pois, tanto os superiores interesses da Justiça como o patrimônio moral do agente. ◉

Notas

- (1) É absurdo, com todas as vênias, o entendimento de alguns doutos de que a suspensão da pretensão punitiva, em razão da suspensão do prazo prescricional que a acompanha, seria prejudicial ao acusado em contraste com o sistema anteriormente em vigor, de molde a inviabilizar a aplicação retroativa do art. 15 da Lei nº 9.964/2000. Ora, a suspensão da pretensão punitiva evita que o agente seja submetido aos vexatórios efeitos intrínsecos ao procedimento penal em Juízo, afastando o potencial estigma da condenação criminal, sendo intuitivo, por esse motivo, que a preservação do patrimônio moral do indivíduo sobrepõe-se, a passos largos, ao efeito suspensivo do prazo prescricional.
- (2) Esta idéia — *suspensão da suspensão* — foi aduzida, com rara felicidade, pelo culto patrono e amigo dr. José Carlos Tórtima, durante prosaico debate que travamos acerca do tema.
- (3) *Verbis*: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.
- (4) Esta orientação é hoje adotada, pacificamente, por todos os órgãos fracionários competentes para julgar matéria penal do E. Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, dentre diversos outros julgados, REsp nº 426.378/PR, 5ª Turma, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15.10.2002, v.u., HC021.561/PR, 6ª Turma rel. min. Fernando Gonçalves, j. 22.10.2002, v.u. e RHC011.598/SC, 3ª Seção, rel. min. Gilson Dipp, j. 08.05.2002.
- (5) Fragozo, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, José Bushtsky editor, 1976, p. 95.
- (6) Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 16ª ed., pp. 128/129.
- (7) Art. 179 da Lei nº 691/84 e Decreto nº 17.963/99.
- (8) Art. 2º, §4º, II, da Lei nº 9.964/2000.
- (9) Maximiliano, Carlos. Obra citada, p. 199.

Ricardo Pieri Nunes
Advogado

Ricardo Pieri Nunes

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Estado 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)

— MARANHÃO

- Centro Unificado do Maranhão - CEUMA

— 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

— 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.
- Curso de Vocação Preparatório - 8º Ano - 15ª Turma - Presidente Prudente
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

lançamentos RT



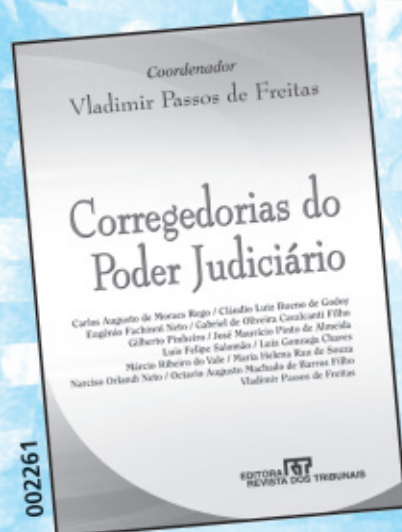
002356

brochura • 430 páginas



002344

brochura • 352 páginas



002261

brochura • 396 páginas



002303

brochura • 732 páginas



002375

brochura • 144 páginas

Adquira estas e outras obras na

livraria RT

www.livrariart.com.br

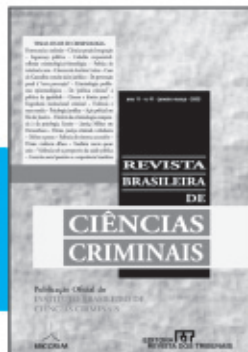
EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Atendimento ao consumidor:

0800 11 2433

www.rt.com.br

Leia na RBCCrim v. 40



DOCTRINA INTERNACIONAL

- A União Europeia e o espaço judicial europeu: os desafios do modelo *Corpus Juris 2000* e da Procuradoria Europeia – JOHN A. E. VERVAELE
- Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los derechos penales nacionales – RAÚL CARNEVALI RODRIGUEZ

DOCTRINA NACIONAL

- A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre juiz e Ministério Público. Seus limites – ADA PELLEGRINI GRINOVER
- Entre a civilização e a barbárie – ADALTO SUANNES
- Mandado de segurança em matéria criminal – ANTONIO SCARANZA FERNANDES
- A reforma processual penal brasileira – GERALDO PRADO

DIREITO PENAL ESPECIAL

- Lei dos crimes hediondos ou direito penal da severidade: 12 anos de equívocos e casuísmos – JOÃO JOSÉ LEAL

CRIMINOLOGIA

- Derechos humanos y respuestas a la delincuencia – Reflexiones desde una ética de valores máximos – ANTONIO BERTAIN

POLÍCIA E DIREITO

- Azul casi negro: la gestión policial en Buenos Aires. Notas para una política de seguridad ciudadana – JUAN FELIX MARTEAU

PARECERES E TRABALHOS FORENSES

- Ingresso irregular de estrangeiros no País. Pedido de refúgio político. Indício de prova hábil de perseguição sofrida a autorizar a concessão de liminar – LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHENSEN
- Embargos de declaração com efeito modificativo, opostos por assistentes do Ministério Público – ROGERIO LAURIA TUCCI

SOCIOLOGIA JURÍDICA

- Os Julgados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções – MARIA STELLA DE AMORIM, MARCELO BURGOS e ROBERTO KANT DE LIMA
- Delegacias de Defesa da Mulher e Julgados Especiais Criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero – WÂNIA PASINATO IZUMINO

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 3.ª Região

- Habeas corpus preventivo. Estrangeiro. Ingresso irregular no País. Pedido de refúgio. Indeferimento. Liminar de habeas corpus por ausência de requisitos de procedibilidade. Requisitos atendidos. Prova pré-constituída da perseguição política e religiosa para fins de refúgio é dispensada in casu. Prova a ser analisada no procedimento de refúgio pela autoridade competente. Recurso provido – Juiz GILBERTO JORDAN
- Ementário de jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

- Decreto 4.262, de 10.06.2002 – Regulamenta a Lei 10.357, de 27.12.2001, que estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências
- Decreto 4.345, de 26.08.2002 – Institui a Política Nacional Antidrogas e dá outras providências
- Decreto 4.495, de 04.12.2002 – Concede indulto, comutação e dá outras providências
- Lei 10.559, de 13.11.2002 – Regulamenta o art. 8.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências
- II Congresso Mundial de Bioética – Declaração: Alimentação no mundo; Declaração: Sobre HIV/AIDS; Declaração: Compromisso Universal pela Dignidade Humana

RESENHAS

- TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mroz. São Paulo: RT, 2002. 315p. – Resenha por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO
- CARVALHO, Salo de (Org.). Crítica à execução penal – Doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 754p. – Resenha por SALO DE CARVALHO

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISIVO