

Boletim

**Publicação
Oficial do
INSTITUTO
BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS**

ASSOCIE-SE AO IBCCRIM

Além do recebimento mensal do *Boletim*, publicação que contém jurisprudência e doutrina criminal atualizadas, você terá livre acesso para consulta ao extenso acervo da biblioteca, nas áreas de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia e, também, na locação de fitas de vídeo dos eventos promovidos pelo Instituto, sendo que nestes eventos são oferecidos descontos especiais. Os associados recebem ainda, periodicamente, monografias, que fazem parte das nossas publicações. Associe-se e obtenha todas as vantagens que o IBCCRIM proporciona. A ficha de inscrição pode ser preenchida pelo site: www.ibccrim.org.br ou solicitada diretamente no Instituto pelo tel.: (11) 3105-4607.

EDITORIAL

Um Alívio a Toda Classe

No dia 6 de junho do corrente, a Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil reuniu, no seu Salão Nobre, os mais consagrados nomes da Advocacia brasileira, além de destacados membros da Magistratura e do Ministério Público, para a seção de desagravo ao ilustre advogado **Alberto Zacharias Toron**, ex-presidente do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, cuja honra fora ofendida pelo jornalista **Boris Casoy**.

Alberto Toron, renomado criminalista paulista, atua numa das causas de maior repercussão no Brasil, patrocinando os interesses do ex-magistrado **Nicolau dos Santos Neto** nos autos da ação penal que lhe move o Ministério Público Federal. Esse processo, como é

de conhecimento público, foi instaurado para apurar o suposto desvio de verbas empregadas na obra do prédio do Tribunal Regional do Trabalho.

Referido jornalista, ao noticiar algumas das diversas vitórias obtidas por **Toron** neste processo, ofendeu a sua honra ao tecer comentários sobre a atuação do nobre causídico.

Todos que conhecem o lado profissional de **Alberto Toron** sabem o quanto ele prima pela ética. Intransigente na defesa de seus constituintes, é um verdadeiro criminalista.

Dá a importância dessa solenidade realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, apoiada pelo **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, que, com toda certeza, desagravou, também, toda a classe de advogados.

Direitos Fundamentais

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA e ROBERTO PODVAL

Um manifesto divulgado nesta semana conclama as entidades de defesa dos direitos humanos a exigirem o imediato afastamento do sr. secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo e a extinção do Gradi, em razão das denúncias de ações ilegais de investigação, nas quais estariam incluídas o uso da tortura e da barganha com presos, dentre outros vergonhosos procedimentos.

Subscrevemos imediatamente o segundo pleito, mas não podemos, como advogados e defensores dos direitos fundamentais de todo cidadão, subscrever, neste momento, o primeiro.

Antes de expor motivos, é preciso extravasar — e, quem sabe, com isso aliviar — nosso crescente estado de indignação com o rumo que estamos dando à nossa “sociedade democrática”. O Gradi, nesse contexto, é apenas uma das diversas práticas totalitárias a que temos assistido ultimamente; perigosas práticas totalitárias, porque tendencial e progressivamente descontroladas.

Estarrecidos, vemos autoridades que, investidas em funções públicas com competências e poderes limitados; investidas e por isso tendo aceito exercer funções públicas segundo os princípios e normas constitucionais; sabendo e aquiescendo em exercer,

mais do que poderes, funções públicas submetidas ao Direito, simplesmente, viram as costas ao Direito, como se o Direito fosse produção de ingênuos e não fruto de sofrida experiência humana.

Questionamo-nos acerca da difundida e destrutiva convivência de nossa sociedade para com estas práticas, convivência esta que nos faz retroceder séculos e séculos nas formas de convivência e controle social, sob as mesmas desgastadas, ilusórias e — elas sim — ingênuas justificativas de segurança e interesse coletivos.

Sentimo-nos em meio a uma roda-viva na qual os personagens vêm se tornando algozes e vítimas recíprocas. Procedimentos sigilosos, descontrolados, violentos — quando não física, ao menos moralmente — para investigação de pessoas suspeitas do cometimento de crimes, ou mesmo ilegalidades outras; execuções públicas; delações; infiltrações; negociações etc. Tudo dirigido a uma suposta cruzada do bem contra o mal, ressuscitando-se, com alguma sofisticação tecnológica de terceiro milênio, idéias e maneiras maniqueístas dos primeiros séculos da era cristã.

É assim que vamos dando vida a “novos perigosos”, alheios ao perigo do desmantelamento das garantias individuais ➡

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Setembro/2002 - nº 118

- **Editorial:**
Um Alívio a Toda Classe 01
- **Direitos Fundamentais**
- Beatriz Rizzo Castanheira
e Roberto Podval 01
- A Lei nº 10.409/02 e o
Instituto da Delação Premiada
- João José Leal 02
- Sua Excelência a Motocicleta
- Geraldo de Faria Lemos Pinheiro. 04
- Sonegação de Tributo Incidente sobre
Produto de Crime - Imoralidade
Anunciada
- Andrei Zenkner Schmidt
e Cezar Roberto Bitencourt 06
- Subfaturamento nas Exportações
e a Conduta Típica do Art. 22,
Parágrafo Único da Lei nº 7.492/86
- José Carlos Tórtima 08
- Com a Palavra, o Estudante:
A Aplicabilidade da Presunção de
Violência
Diante do Consentimento da Vítima
nos
Crimes Contra a Liberdade Sexual
- André Luís Callegaro N. Gomes.... 10

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz:
Revisão Criminal e Alteração
do Entendimento Jurisprudencial.
Possibilidade 637
- O Direito Por Quem o Faz:
Inexigibilidade de Conduta Diversa.
Alegação. Quesitação. Necessidade
639
- Supremo Tribunal Federal 640
- Superior Tribunal de Justiça 641
- Tribunal Regional Federal 642
- Tribunal de Justiça 643
- Tribunal de Alçada Criminal 644

Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM

Fluxogramas dos Processos de Execução Penal

- Procedimento para conversão de
pena privativa de liberdade em
restritiva de direitos e vice-versa 01
- Procedimento para conversão de
pena privativa de liberdade em
medida de segurança 02
- Procedimento para conversão de
tratamento ambulatorial em
internação de Hospital de
Custódia 02
- Procedimento administrativo-
judicial
de apuração de faltas
disciplinares 02
- Procedimento para execução
de pena de multa 02
- Conversões 02

fundamentais. A partir daí e porque estaríamos diante do “perigo”, nos fixamos na idéia de que nos veríamos em guerra e justificamos o abandono do Estado de Direito; o abandono dos direitos fundamentais da pessoa humana para legitimarmos, fomentando a irracionalidade, práticas do tipo das materializadas pelo Gradi.

Afinal, a razão não permitiria sequer imaginar possível a criação e a convivência de um tal grupo com instituições de um país democrático, a menos que esse país democrático — seguindo, aliás, uma tendência mundial — caísse no engodo de convencer-se e tentar convencer que a lógica da exceção (poderes excepcionais, para situações excepcionais; regras e procedimentos excepcionais, para investigações de caráter excepcional e por aí afora) pode se harmonizar com o respeito à Constituição.

O fato, lamentavelmente, é que já nos encontramos cobertos por esse engodo. Mas, é preciso seguir Zaffaroni e afirmar que “o homem não é racional, mas pode chegar a sê-lo”; é preciso ver no episódio envolvendo a Secretaria da Segurança Pública, o Poder Judiciário e cidadãos (dentre estes presos), uma oportunidade para interrompermos esse processo de destruição de institutos e normas; de destruição da Justiça Criminal, em sentido amplo.

Para isto, evidentemente, grupos como o Gradi não podem ser tolerados. Devem mesmo ser extintos: sua mera existência é uma afronta à Constituição e, portanto, uma afronta aos interesses e à manutenção da ordem jurídica de uma sociedade democrática.

Já o afastamento do Secretário de Segurança, porque o Gradi é um órgão da Polícia Militar e esta é vinculada à pasta que comanda o secretário, configuraria uma séria ofensa a essa mesma ordem jurídica que devemos — agora e doravante cada vez mais conscientemente — defender.

A começar, não foi o atual Secretário quem criou tal grupo; o grupo é pré-existente à sua gestão na Secretaria. E não se pode supor, assim pura e simplesmente, levados pelo denunciismo e tudo o que o acompanha, que o secretário tenha participado, ou mesmo aquiescido, com esta, aquela, ou todas as operações do Gradi.

É verdade que foram afastados e estão sendo investigados, por conta disto, os juízes corregedores da Polícia Judiciária e da Corregedoria de Presídios. E isto só torna ainda mais urgente a afirmação de seus direitos fundamentais à defesa, ao contraditório, com todos os meios e recursos a ele inerentes. Mas não torna legítima a generalização dos afastamentos. Não podemos permitir que o denunciismo continue se alastrando até transformar denúncia em verdade sabida.

Portanto, partindo dos mesmos princípios que fazem intolerável a aceitação de qualquer forma de desvalorização ou relativização dos direitos fundamentais dos cidadãos comuns — especialmente corriqueiras, é triste verdade, quando se trata dos cidadãos mais vulneráveis social e economicamente —, também o afastamento de um agente público de seu cargo jamais pode anteceder uma imputação determinada, demonstrada, com responsabilidade individual descrita e declarada, em processo de investigação revestido formal e materialmente de legalidade.

Inverter os papéis, ou a ordem das coisas, mas continuar com o mesmo enredo, seria perpetuar-se na posição de vítima de um Estado democrático de fachada. Os direitos fundamentais são para todos e devem ser defendidos para todos, até mesmo para aqueles que, eventualmente, venham a ser acusados de os terem violado no exercício de cargos públicos.

Afinal, direitos humanos e democracia se defende através da defesa de suas regras, para todos, indistintamente. É assim que a história nos dá uma excelente oportunidade de testarmos e reafirmarmos nosso compromisso perante a Constituição Federal e o Estado de Direito e nos proverá da autoridade necessária para defendermos e cobrarmos esse mesmo compromisso de nossas autoridades públicas, no seu relacionamento com o cidadão comum.

Beatriz Rizzo Castanheira é mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra e advogada;
Roberto Podval é mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, advogado e presidente do IBCCRIM

A Lei nº 10.409/02 e o Instituto da Delação Premiada

JOÃO JOSÉ LEAL

1. Reação ao projeto e veto presidencial

Após vinte e cinco anos de vigência, a Lei nº 6.368/76 parecia superada e ineficaz para os fins a que se propunha: *prevenção, tratamento e repressão aos usuários e traficantes de substância entorpecente*. A partir de 1991, uma série de pro-

jetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional e o resultado foi a aprovação e promulgação da Lei nº 10.409/02. Esta, ao contrário de trazer consigo a solução para as questões jurídico-penais e processuais relativas à matéria, acabou se constituindo num grande problema de hermenêutica jurídica.

O projeto aprovado trazia consigo

→ uma nova pauta incriminadora e sancionatória, além de normas fixadoras de um novo procedimento, que garantiam prazos mais dilatados para o cumprimento dos diversos atos processuais integrantes da instrução criminal. Por outro lado, continha ao menos duas inovações polêmicas: derrogação da norma que proibia a concessão de anistia e, principalmente, a possibilidade de progressão de regime prisional, para o condenado por crime de narcotráfico. Esta última inovação representava mais uma enorme fissura no subsistema punitivo mais severo e marginal ao Código Penal, estabelecido pela Lei nº 8.072/90. Isto desencadeou uma forte reação de certos segmentos e entidades contrários ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, após dez anos de avanços e recuos e de muita discussão.

O Ministério Público se reuniu em nível nacional para se manifestar, oficialmente, no sentido de uma severa condenação ao texto aprovado pelo Congresso Nacional. Entre outros argumentos contrários ao projeto aprovado, foi ressaltado que a exclusão do crime de tráfico de substância entorpecente do rol das medidas penais mais duras e severas previstas na Lei dos Crimes Hediondos, era inadmissível aos olhos da sociedade brasileira, que desejava uma repressão mais efetiva para os condenados por essa espécie de infração hedionda. Segundo os termos do expediente encaminhado ao Presidente da República, em data de 08.01.02, pelo presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - Conamp, o texto do projeto aprovado pelo Congresso *"não corresponde aos anseios da sociedade brasileira e tem merecido severas críticas da comunidade jurídica e de outros segmentos interessados na profilaxia e no combate ao narcotráfico"*.

2. Lei nº 10.409/02 é penalmente inócua

Embora a Conamp tenha reivindicado o veto integral do projeto aprovado pelo Congresso, o Presidente da República decidiu vetá-lo parcialmente e sancioná-lo com um grande número de vetos (entre artigos, parágrafos e incisos, foram 85 os dispositivos vetados). Consideradas apenas as normas de natureza penal (capítulo III), pode-se dizer que a incidência do veto presidencial foi total. Isto fez com que essa lei fosse promulgada com uma série de contradições, de omissões e de impropriedades técnico-jurídicas.

Após uma década de debates e de estudos sobre os diversos projetos apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado, lamentavelmente, chegou-se a um texto legal deformado, desfigurado, lacunoso e com muitas imperfeições técnico-legislativas. Na verdade, entre o veto parcial (se política e juridicamente conveniente) e o veto integral, conforme

pleiteava a Conamp, teria sido melhor esta última solução.

O resultado desse lamentável processo político-legislativo é que, atualmente, temos de conviver com dois textos legais conflitantes ou, no mínimo, assimétricos e que deverão exigir uma complexa e árdua operação de hermenêutica jurídica, para que possam ser aplicados aos casos concretos do cotidiano forense brasileiro. Os resultados dificilmente serão convergentes e pacíficos. De nossa parte, entendemos que, como regra geral, as questões referentes aos crimes de tráfico e de uso de substância entorpecente, bem como o respectivo processo e julgamento, continuam disciplinadas pela Lei nº 6.368/76.

3. Lei nº 10.409/02 e a delação premiada

Esquecendo-se de que os arts. 13 e 14, da Lei nº 9.807/99, já permitem a concessão de perdão judicial e de redução de pena para os acusados que colaborem com a justiça criminal, a nova Lei de Entorpecentes veio conceder benefícios semelhantes aos acusados de tráfico ilícito de drogas. E o fez de forma tecnicamente deficiente e confusa, porque o *caput* do art. 32 e seu § 1º foram vetados e a matéria continuou disciplinada nos §§ 2º e 3º. Como o parágrafo é dispositivo legal complementar do principal, que é o artigo, se este é vetado, é compreensível que a matéria tratada no dispositivo como um todo, perderá parte significativa de seu conteúdo jurídico. Um dispositivo legal representado apenas por parágrafos, remanescentes de um veto que atingiu o *caput* do artigo, apresentará indiscutivelmente uma dificuldade muito grande de interpretação, por falta de objetividade, de clareza e de completude jurídica. O comando desses dispositivos complementares ou secundários ressentir-se-á da necessária autonomia e eficácia normativa, pois tem eles suas raízes plantadas no terreno de um comando principal que deixou de existir juridicamente.

Há, realmente, um conflito de normas de difícil solução. Pode-se entender que os §§ 2º e 3º, remanescentes de um dispositivo cujo *caput* (art. 32) e seu § 1º foram vetados, estão em plena vigência e devem ser aplicados aos indiciados e acusados por crime de tráfico, que venham a colaborar efetiva e eficazmente para com a justiça criminal. Afinal, são dois dispositivos que asseguram benefícios aos participantes dessa espécie de infração hedionda e há uma regra de hermenêutica que determina a aplicação da norma especial em detrimento da geral. Assim, aos participantes de crime de tráfico de drogas, que venham a colaborar com a justiça criminal, seriam aplicadas essas regras específicas e não aquelas de caráter geral previstas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, para disciplinar as questões relacionadas com a delação premiada.

Não nos parece aceitável essa posição

hermenêutica. Cremos que os referidos §§ 2º e 3º constituem uma espécie inusitada de dispositivos legais juridicamente inócuos ou ineficazes. Assemelham-se a meteoros errantes e perdidos no espaço normativo que lhes deu vida jurídica, vagando sem qualquer função e sentido jurídico e que se perderam no momento em que o corpo principal de onde se originaram (art. 32, *caput*) foi vetado.

Cabe ressaltar que não foi somente o *caput* do artigo que foi vetado, deixando o dispositivo ferido de morte em termos de completude de seu comando ou de suas normas, o que já seria suficiente para afastar a aplicação dos dois parágrafos aos casos de participante colaborador da justiça criminal. É preciso não esquecer que os capítulos IV e V da Lei nº 10.409/02, teriam como função disciplinar matéria de direito substantivo que deixou de existir, em razão de veto presidencial ao texto aprovado pelo Congresso Nacional. Por isso, cremos que todo o Capítulo V, onde se localizam os dois *parágrafos errantes*, foram tacitamente derogados por extensão, como resultado inevitável do veto presidencial. Esse fato, parece-nos, reforça a tese de inaplicabilidade dos novos e específicos parágrafos aos participantes de crimes de tráfico de entorpecentes que pretenderem usufruir dos benefícios permitidos no caso de delação premiada.

4. Benefícios da delação premiada continuam disciplinados pelos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99

Apesar da dificuldade de hermenêutica para se estabelecer o direito aplicável a essa matéria, cremos que os casos de redução de pena, de sobrestamento do processo (figura processual inusitada) e de não aplicação da pena não podem ser tratados com base nos referidos §§ 2º e 3º, do vetado art. 32, da Lei nº 10.409/02. Os argumentos em favor desta tese são os mesmos utilizados acima para afastar a aplicação das normas processuais previstas na nova lei no julgamento dos crimes cujas normas incriminadoras foram integralmente vetadas.

Na verdade, se o Capítulo IV da Lei nº 10.409/02 dispõe sobre o procedimento para julgamento dos crimes definidos no Capítulo III dessa mesma lei, capítulo este que foi integralmente vetado, cremos que a melhor solução é considerar ineficazes todas as normas procedimentais do referido Capítulo IV. Essas normas foram promulgadas de forma equivocada pelo Chefe do Executivo para instrumentalizar um direito material que não chegou a ter existência jurídica. O veto integral das normas incriminadoras e descritivas dos novos tipos penais sobre narcotráfico, a nosso ver, implicou a derrogação implícita das respectivas normas processuais, aí incluídas aquelas positivadas nos §§ 2º e 3º, do vetado art. 32. Essas nor-



**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**
(IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA:

Silvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM:

André Gustavo Isola Fonseca, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

DEPARTAMENTO DE CURSOS:

Marco Antonio Rodrigues Nahum, Fábio Delmanto, Flávia D'Urso Rocha Soares, Antonio Sergio A. Moraes Pitombo, Ana Lúcia Menezes Vieira, Cecília Souza Santos e Heloisa Estellita Salomão

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maurício Zanoide de Moraes, Adauto Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET:

Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Olga Espinosa Mavila

DEPARTAMENTO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Leonardo Sica, Theodomiro Dias Neto e Lauren Paoletti Stefanini

REVISTA BRASILEIRA

DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Alessandra Teixeira



mas podem até ter vigência meramente formal, mas não dispõem de efetividade por falta do necessário direito material que lhes deu origem. São dispositivos legais que podem ser acionados de *mulas sem cabeça*.

A posição que estamos sustentando não significa, em absoluto, negar o direito do indiciado ou do acusado por tráfico ilícito de drogas aos benefícios do perdão judi-

cial ou da redução de pena. Ao contrário, entendemos que esse infrator, como qualquer outro, tem o direito a esses benefícios despenalizadores, nos termos e observadas as condições estabelecidas pelos art. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99.

O autor é promotor de Justiça aposentado e professor de Direito Penal.

Sua Excelência a Motocicleta

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

A imprensa da Capital publicou notícia de que fora indeferido pedido judicial de indenização por ferimentos graves em um casal de motociclistas, num acidente com automóvel (*O Estado de S. Paulo*, de 23 de abril de 2002), estabelecendo a decisão de primeira instância que as motos são "inapropriadas para circulação em vias urbanas".

Proclamou ainda a sentença proferida na 6ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, pelo magistrado **Ivan Alberto de Albuquerque Doretto**, que "os pilotos de motocicletas costumam costurar entre os veículos e circulam arriscadamente entre as faixas de direção, ao arrempeio do Código de Trânsito Brasileiro".

Tudo isso é cediço e dispensa maiores comentários. É rotina do perigosíssimo trânsito de nossas cidades. Assim, o dever de cautela dos motociclistas deve ser redobrado. Por serem motocicletas veículos de difícil percepção por terceiros, devem eles dirigir com a máxima cautela. Por serem as motocicletas reconhecidamente frágeis, devem eles dirigir com velocidade sempre moderada.

O fruto dessa anarquia no trânsito das cidades tem origem no malfadado veto do Poder Executivo da União ao art. 56 do Código de Trânsito Brasileiro, com o seguinte texto: "É proibida ao condutor de motocicletas, motonetas e ciclomotores a passagem entre veículos de filas adjacentes ou entre a calçada e veículos de fila adjacente a ela".

As razões do veto foram as seguintes: "Ao proibir o condutor de motocicletas e motonetas a passagem entre veículos de filas adjacentes, o dispositivo restringe sobremaneira a utilização desse tipo de veículo que, em todo o mundo, é largamente utilizado como forma de garantir maior agilidade de deslocamento. Ademais, a segurança dos motoristas está, em maior escala, relacionada aos quesitos de velocidade, de prudência e de utilização dos equipamentos de segurança obrigatórios, os quais encontram no Código limitações e padrões rígidos para todos

os tipos de veículos motorizados, importando também ressaltar que, pelo disposto no art. 57 do Código a restrição fica mantida para os ciclomotores, uma vez que, em função de suas limitações de velocidade e de estrutura poderiam estar expostos a maior risco de acidentes nessas situações".

Basta acompanhar uma grande parte dos condutores de motocicletas e motonetas para desde logo se verificar que não atentam para os equipamentos de segurança, usando veículos em péssimo estado de conservação, com o farol apagado (obrigatório acendê-lo durante o dia e a noite — art. 40, parágrafo único c/c art. 244, IV do CTB), com capacete de segurança sem abaixar a viseira, como proteção obrigatória (art. 54, I, do CTB). Quanto ao vestuário de proteção, que o legislador atribuiu ao Contran especificá-lo (art. 54, III, do CTB), limitou-se o órgão normativo da União a aconselhar o uso opcional de colete refletivo, visando facilitar a visibilidade noturna (Decisão Contran nº 1/85).

Alguns condutores, de melhor posição econômica, e por isso mesmo usando veículos de maior potência, orgulham-se em exibir capacetes fora das especificações, tal como os aficionados da marca *Harley Davidson*, como modismo.

A fiscalização ignora as placas entortadas e sujas, para a fuga do radar, ou mesmo da identificação comum, e permite o veículo a frete, para o transporte de pessoas despreparadas para a viagem, sempre perigosa.

Aliás, a Ata nº 3.762 da 19ª Reunião do Contran (02.09.97) já mencionava parecer daquele órgão, contrário ao transporte individual de passageiros.

O jurista **Rui Stoco**, no excelente *Traçado de Responsabilidade Civil* (RT, 5ª edição), cuidando do uso das motocicletas, escreveu: "Esses veículos insistem em transitar entre os carros, ou seja, na divisação de uma faixa de rolamento da outra, prática essa perigosíssima e fonte do maior número de acidentes. Ade-

➡ mais, alguns pilotos desses veículos, em razão da diminuta distância que se estabeleceu entre a motocicleta e os carros nas extremidades, por imperícia ou mesmo intencionalmente, resvalam nos carros, arrancam seus espelhos retrovisores, danificam a lataria com os pés e, mais das vezes, investem contra os motoristas de carros de passeio. Não obstante, em má hora o Poder Executivo vetou o art. 56 do CTB (...). Com esse veto prestou um desserviço e toldou a eficiência que se esperava do novo estatuto, na medida em que, sob esse aspecto, o trânsito continua inseguro e perigoso" (obra cit., p. 1.248).

Arnaldo Rizzardo, em seus comentários a propósito do veto ao art. 56, escreveu: "A proibição aos condutores desses veículos dos atos especificados visava garantir a sua segurança e aos demais da via. A passagem entre veículos de filas adjacentes, que são aqueles veículos que estão um ao lado do outro, em várias filas, dirigindo-se ao mesmo sentido, sempre apresentou motivos de perigo e sobressaltos (...) mesmo que menores os tamanhos de tais veículos, com a possibilidade de se deslocarem mais rapidamente e ziguezaguearem entre os carros, era de se manter a norma, já que graves os reclamos da sociedade contra as condutas dos chamados 'motoqueiros', sendo a gravidade dos acidentes que provocam, superior em relação aos outros veículos, quanto aos danos pessoais" (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 3ª ed., RT, p. 167).

A denominada "maior agilidade de deslocamento" que o Governo Federal entendeu de preservar, tornou-se justamente na maior balbúrdia no trânsito e fruto das mortes que diariamente acontecem na via pública.

O engenheiro **Luiz Antonio Seraphim**, em artigo sobre motocicletas no trânsito (*Revista da Associação Brasileira de Medicina do Tráfego - Abramet*, ano XX, nº 39) afirmou: "Uma cena bastante comum nos dias atuais é a de 'motoboys' deslocando-se entre fileiras de automóveis parados ou muito lentos. Não raramente são danificados espelhos retrovisores dos automóveis, ou pelo choque do guidom das motos ou ainda pela ação deliberada de maus motociclistas que consideram invasão de território um carro mal alinhado na fila. Nestes casos usa-se o próprio pé ou o do carona para 'remover a interferência'. Um artifício usado por alguns 'motoboys', para minimizar o problema é a diminuição da largura do guidom das motocicletas. Com isso, o deslocamento entre as fileiras de carros torna-se mais fácil. Além dessa improvisação que por si só representa perda para as condições de conforto ergonômico, um outro artifício

bastante usado pode estar contribuindo para a ocorrência de acidentes envolvendo motocicletas. Trata-se da substituição dos espelhos das motos, originais de fábrica, por outros de menores dimensões. Além dessa outra improvisação soma-se ainda o reposicionamento desses dispositivos para o lado interno do conjunto motor-condutor. Com isso pode-se evitar o choque desses espelhos com a carroceria de outros veículos; no entanto, em muitos casos perde-se a retrovisão. Na situação de mudança de faixa, a falta de retrovisão do motociclista pode ocasionar o abalroamento da moto, seguido de queda e atropelamento do condutor por outro veículo em aproximação com velocidade superior à da motocicleta".

O artigo do engenheiro **Luiz Antonio** é excelente, e a *Abramet* merece elogios pela sua divulgação.

Mais uma vez aproveitamos o entendimento do articulista: "Uma cena bastante comum nos horários de pico é a de motociclistas trafegando sobre a linha de balizamento dos corredores, acionando ininterruptamente as buzinas das motos para liberar espaço entre os automóveis. No caso de acidente, mesmo de pequenas proporções, verifica-se com certa frequência desentendimentos entre os envolvidos. Nestas ocasiões quase sempre os motociclistas, 'motoboys' na sua maioria, utilizam a defesa corporativa, pressionando o motorista para a obtenção de um acordo mais favorável à classe".

O dr. **Dirceu Rodrigues Alves Júnior**, em trabalho publicado na mesma supracitada revista, informa que a regulamentação de uma nova profissão na cidade de São Paulo, o "motofrete" vem preocupando o Departamento de Higiene e Medicina Ocupacional da *Abramet*. Menciona o autor a pesquisa do dr. **Flávio Adura**, avaliando 800 motociclistas. Destes, 365 tiveram 552 acidentes em um período de 6 meses. Concluiu-se que 45,62% foram acidentados em curto espaço de tempo. O índice de morbidade foi de 69%. E 50% dos caronas sofreram acidentes.

Servindo-nos ainda dos ilustres colaboradores da *Abramet*, podemos acompanhar o dr. **José H. C. Montal** quando examina o uso de veículos motorizados pelos jovens, justamente os que dão maior número aos usuários das motocicletas, sejam motoboys, motofrete ou simplesmente portadores da habilitação na categoria A (art. 143, I, do CTB) para o lazer. "O jovem de sexo masculino" — afirma o médico — "procura preencher o figurino do estereótipo que ele imagina ser o ideal feminino: a audácia, o arrojo, o atrevimento, o testar limites, a coragem. Estes desafios somados à inexperiência na condução de veículos, o

desconhecimento das normas de trânsito, a facilidade no uso do álcool, a sensação de invulnerabilidade causando a impressão de imortalidade, fruto da falta de consciência de risco. (...) Some-se a isso a necessidade de integrar-se ao grupo, a chamada pressão dos pares, que estimula também o ultrapassar limites e transgredir, e temos diagnosticada a moléstia que mais mata jovens. Não só os mais imaturos. O trauma é causa líder de morte dos homens abaixo de 44 anos" (*Acidentes de Trânsito no Brasil - obra cit.*).

Como se pode ver, há que ser encontrado o paradeiro dessa desordem implantada pelo próprio Poder Público Federal e que a fiscalização municipal (competente no caso) não consegue suprimir.

Os "motoqueiros" não estão desobrigados das regras impostas pelo legislador de 1997, e que pretendeu conter os acidentes e mortes tão freqüentes.

Não obstante esse decantado rigor, o legislador atribuiu à infração do art. 169 ("dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança") a pena leve, com multa anual de R\$ 53,20 e sem nenhuma outra medida administrativa, como acontece com grande número de infrações estabelecidas no Capítulo XV do CTB (arts. 161 a 255).

É verdade que no art. 170 o Código estabelece para o ato de dirigir ameaçando pedestres que estejam atravessando a via, a infração gravíssima, com multa de R\$ 191,54 e mais suspensão do direito de dirigir, retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação. Alguém conhece alguma autuação com base nesse artigo?

Assevera o Código, em suas disposições preliminares, que o trânsito em condições seguras é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito (art. 1º, § 2º do CTB).

Não se dá conta do preceito legal de que "A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa" (art. 269, § 1º do CTB).

Tinha razão **William Terra de Oliveira** quando escreveu no *Boletim do IBCCRIM* nº 61, que o Código era Controvertido, Natimorto e Tumultuado...

Descansem em paz as suas vítimas.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.



Sonegação de Tributo Incidente sobre Produto de Crime — Imoralidade Anunciada —

ANDREI ZENKNER SCHMIDT e CEZAR ROBERTO BITENCOURT



INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

BOLETIM IBCCRIM

— ISSN 1676-3661 —

EDITOR DO BOLETIM: André Gustavo
I. Fonseca

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Andréa Cristina D'Angelo, Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Monteiro da Costa, Janaina C. Paschoal, Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Marcos Araguari de Abreu, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renato de Mello Jorge Silveira, Raissa dos Reis Balaniuc, Renato Spaggiari, Robson Ferreira Lima, Rogério Marcolini e Vinícius Toledo Piza Peluso.

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,
MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas -
Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@mgnet.com.br

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

TIRAGEM: 21.000 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 (tranco-chave)
http://www.ibccrim.org.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.org.br

1. Delimitação do tema

O STF, no julgamento do HC nº 77.530/RS, relatado pelo min. **Sepúlveda Pertence**, manifestou entendimento já sufragado pelo TRF da 4ª Região⁽¹⁾ e pelo STJ⁽²⁾ no sentido da possibilidade de condenação pelo delito de sonegação fiscal quando houver supressão ou redução de tributo incidente sobre valores de origem criminosa⁽³⁾. Isso porque, dentre outros fundamentos, o art. 43 do CTN destaca que o IRPF tem como fato gerador "*a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*", ao mesmo tempo em que o art. 118 do mesmo diploma legal prescreve que "*A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos(...)*". Com base na interpretação desses dois dispositivos legais é que seria legítima a incidência de IRPF sobre valores de procedência ilícita.

Não obstante, cremos possível contraditar tal solução com base em fundamentos que, em parte, ainda não foram apreciados adequadamente pelos nossos tribunais.

2. "Disponibilidade econômica ou jurídica" x confisco

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 145, § 1º, estipula o *princípio da capacidade contributiva* e, no art. 37, o *princípio da moralidade* da Administração Pública. Quer-nos parecer que estas duas garantias constitucionais devem nortear a interpretação do **fato gerador** no que tange à incidência do Imposto de Renda de Pessoa Física, e, nesse sentido, não parece subsistir constitucionalmente válida a interpretação no sentido da incidência da exação em relação a valores de procedência criminosa.

A aquisição da "*disponibilidade econômica ou jurídica*" a que se refere o art. 43 do CTN deve levar em consideração a licitude da renda, já que, somente assim, poderemos falar em disponibilidade efetiva e válida. Com efeito, o autor de um delito de peculato, p. ex., possui a **detenção** dos valores apropriados ou subtraídos, mas não possui a **propriedade** ou **posse**⁽⁴⁾ desses valores (**disponibilidade**). Até poderá ele movimentar os valores frutos do delito, mas não se pode afirmar jurídica esta movimentação quando o Direito estabelece uma obrigação de devolução dos valores indevidos. Em especí-

fico aos crimes funcionais, a Lei nº 8.429/92 considera ato de improbidade administrativa o enriquecimento ilícito quando o agente auferir "*qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida*" (art. 9º), prescrevendo, como sanção, a "*perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (...)*" (art. 12, inc. I). Mesmo que o crime não seja de natureza funcional (por exemplo, tráfico ilícito de entorpecentes), o confisco do produto do crime é imposto pelo direito como efeito automático da condenação (art. 91, inc. II, "b", do CP).

Nesse caso, não se pode falar em "disponibilidade" de valores de origem criminosa quando o próprio Direito obriga o autor, **como efeito da condenação penal ou como sanção civil decorrente da improbidade administrativa**, à perda e restituição destes valores. Como afirmar-se que valores de origem criminosa estão na esfera de "disponibilidade" do agente se o próprio Direito determina a perda destes valores? De duas, uma: ou se obriga o agente a restituir os valores de origem ilícita e não se o condena por sonegação fiscal, ou se o condena por sonegação fiscal sem que lhe seja imposto o confisco dos valores.

É claro que não se está a discutir, aqui, a possibilidade de tributação incidente sobre a capitalização dos valores ilícitos (rendimentos de uma aplicação financeira, por exemplo) ou as atividades lícitas desempenhadas por alguém que, por meio de dinheiro ilícito, conseguiu auferir renda legítima. Assim, se um traficante, com o dinheiro obtido no tráfico, vier a constituir, por exemplo, uma revenda de automóveis, é lógico que a venda dos produtos ao consumidor, por ser legítima, está sujeita à tributação. Aqui, o fato gerador do IRPJ (renda obtida com a venda de automóveis) é lícito, embora decorrente de valores ilícitos. Até se poderia afirmar a incidência de IRPF em valores obtidos de forma ilícita ou imoral, mas isso não se pode confundir com valores obtidos de forma criminosa, onde o direito estabelece, como efeito da condenação, a perda e devolução do produto do crime. Origem ilícita *lato sensu* não se pode confundir com origem criminosa (injusto penal culpável), isto é, a prática do crime não pode ser erigida em fato gerador do tributo.

3. Ofensa ao princípio da capacidade contributiva

O art. 43 do CTN estabelece o fato imponível do IRPF independen-

temente da posse ou propriedade dos bens. Não obstante, o *princípio da capacidade contributiva* obriga-nos a uma re-interpretação dessa regra na medida do patrimônio jurídico do contribuinte. Só se pode reconhecer “capaz de contribuir” aquele que possui a obrigação legal de recolher a exação como uma espécie de ônus político-fiscal imposto pelo Estado para o aumento e **manutenção** de seu patrimônio. Vejamos um exemplo: o autor de um furto de R\$ 200.000,00 possui a obrigação legal de restituir não só os valores decorrentes deste furto como, também, todos os demais bens obtidos com o proveito do ilícito. Esta regra é, inclusive, como já ressaltamos, efeito direto da condenação (art. 91, inc. II, “b”, do CP). Ora, não parece possível sustentar-se a existência de capacidade contributiva do meliante no que se refere ao pagamento não só do IRPF incidente sobre os R\$ 200.000,00 como, também, a multa incidente como acessório da exação. Se é efeito direto da condenação o confisco dos bens e valores oriundos do crime, bem como todo o proveito daí decorrente, não parece constitucionalmente válido afirmarmos que o condenado deverá suportar estes efeitos e também terá de recolher o tributo sobre o seu delito e os acessórios oriundos da obrigação fiscal.

A prosperar tal tese, chegaremos à conclusão absurda no sentido de que um ladrão de veículos, por exemplo, deve declarar, perante a Receita Federal, todos os automóveis furtados durante o respectivo exercício fiscal. E o que é pior: a sonegação fiscal aqui refutada acarretaria verdadeiramente *bis in idem*. Todos os condenados por crimes contra o patrimônio (ou de conotação patrimonial) deveriam, também, ser condenados por crime de sonegação fiscal (caso os valores ultrapassassem o limite de isenção), o que, convenhamos, é uma grande heresia. Se a lei estabelece, como efeito da condenação, a perda automática do produto e proveito do crime, esta mesma lei não pode obrigar o condenado a suportar uma exação incidente sobre aqueles efeitos. Portanto, não há capacidade contributiva nessa situação, porque o art. 145, § 1º, da CRFB/88, autoriza a administração tributária a constituir os respectivos créditos só nos casos em que o patrimônio seja “pessoal”, ou seja, de propriedade lícita do contribuinte. Entendimento diverso irá ofender a garantia à propriedade, enunciada no art. 5º, inc. XXII, da CRFB/88.

Por outro lado, essa solução não ofende o princípio da isonomia tributária. A Constituição Federal, em seu art. 150, inc. II, veda à Federação “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*”. A garantia constitucional assegura tratamento paritário e equânime para pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica, ou seja, em se tratando de situações jurí-

dicas diversas, impossível falar-se em tratamento isonômico. Ora, o autor de um crime não está sujeito ao recolhimento de IRPF da mesma forma que todos os demais contribuintes pela simples razão que não possui patrimônio disponível para a incidência do tributo. Não se pode vislumbrar identidade de situações entre um indivíduo que possui rendimentos mensais lícitos e outro que auferiu ganhos de forma criminosa, já que o primeiro estará sujeito ao pagamento da exação, sem prejuízo em seu patrimônio econômico sobre o qual recaiu o tributo, enquanto o segundo, teria de recolher o imposto e, ao mesmo tempo, restituir os valores criminosamente obtidos. Uma pessoa que ganha R\$ 2.000,00 no mês, sujeitando-se ao pagamento de R\$ 150,00 a título de IRPF, não está na mesma situação jurídica de outra pessoa que auferiu os mesmos R\$ 2.000,00, mas teve de restituí-los em razão da condenação criminal: um recolhe o tributo como custo político para a manutenção legítima de R\$ 1.850,00; o outro teria de recolher o mesmo tributo (R\$ 150,00), mas não teria, à sua disposição, os mesmos R\$ 1.850,00, além de sofrer as sanções penais pela mesma conduta (*bis in idem*). É notório que ambos não estão em “situação equivalente”.

4. Ofensa ao princípio da moralidade administrativa

Outro princípio elementar de um Estado Democrático de Direito é a *moralidade* sobre o qual deve pautar-se a administração do Estado. Em que pese a *polissmia* deste termo, a verdade é que a sua previsão constitucional faz recair, sobre o administrador, o dever de demonstrar que sua atuação não ofende a moralidade administrativa, ou seja, trata-se de um princípio constitucional “negativo”, responsável não pela demonstração daquilo que se possa considerar *moral*, mas sim das situações verificadas que, *in concreto*, devem ser reputadas *imorais*.

A existência abstrata ou concreta de um crime pressupõe a realização de uma conduta *imoral*, ainda que nem toda *imoralidade* possa, por si só, caracterizar um delito. A *secularização* do Direito impõe à ciência penal a obrigação de instituir crimes somente diante de atos ofensivos aos valores fundamentais do indivíduo e da sociedade. Podemos afirmar, com base nisso, que a prática de um peculato, por exemplo, caracteriza crime, em primeiro lugar, porque uma lei específica prevê a possibilidade de punição (art. 312 do CP), mas esta lei só resta legitimada porque um peculato ofende princípios fundamentais do *pacto social democrático*. Um servidor público que desvia verbas do município, em proveito próprio ou alheio, pratica um ato de improbidade administrativa porque, além de lesar o patrimônio público, está a ofender os *princípios*

gerais da Administração Pública (v. art. 11 da Lei nº 8.429/92). Tais considerações são suficientes para que cheguemos à notória conclusão de que o criminoso (principalmente em crimes funcionais) pratica uma *imoralidade* ao desviar as verbas públicas.

Sendo isso correto, como admitir-se que o Estado, agora, pretenda cobrar tributos incidentes sobre valores obtidos como produto de crime? Seria moral considerar que o Estado, ao cobrar tributo incidente sobre “dinheiro sujo”, estaria locupletando-se com a prática do delito? A CRFB/88 determina, como vimos, a obrigação administrativa de moralidade, e isso faz com que o Estado, ao considerar como fato gerador do IRPF os valores criminosamente obtidos pelo servidor, acabe por beneficiar-se com a torpeza alheia. Ou será que se pretende afirmar *moral* a obtenção de lucro com a prática do crime?! Cobrar-se imposto sobre os valores oriundos de um peculato é uma prática administrativa que coloca o Estado no mesmo nível do criminoso, na medida em que o aumento da sua arrecadação seria diretamente proporcional ao aumento da criminalidade. Seria legítimo um enriquecimento ilícito de parte do Estado.

Por todas essas razões, resta evidente a atipicidade material da sonegação fiscal quando o tributo supostamente sonegado incida sobre valores obtidos de forma criminosa.

Notas

- (1) TRF da 4ª Região, HC nº 0401017017-0/RS, 1ª Turma, rel. juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira, j. em 19.05.98, DJ de 24.06.98, p. 493.
- (2) STJ, REsp. nº 182563/RJ, 5ª Turma, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 27.10.98, DJ de 23.11.98, p. 198.
- (3) Ementa: Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: “*non olet*”. Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso — antes de ser corolário do princípio da moralidade — constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética (HC nº 77530/RS, relator min. Sepúlveda Pertence, publicação no DJ de 18.09.98, p. 007, j. em 25.08.98, 1ª Turma).
- (4) O art. 497 do Código Civil estabelece que os atos clandestinos não geram posse enquanto não cessada a clandestinidade.

Andrei Zenkner Schmidt é advogado e mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Cezar Roberto Bitencourt é advogado e doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha

NORMAS GERAIS PARA PUBLICAÇÃO NO SITE DO IBCCRIM:

1. O IBCCRIM se reserva o direito de publicar em seu site apenas as matérias que estejam em conformidade com os princípios que nortearam sua criação, expressamente especificados em seu Estatuto (veja o Estatuto na seção "Conheça o IBCCRIM")
2. Os trabalhos deverão ser enviados preferencialmente por e-mail ou ainda em disquete, com cinco dias úteis de antecedência da data de publicação (Prazo necessário para a programação das matérias que serão publicadas no site). Recomenda-se a utilização do processador de texto Microsoft Word 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (Rich Text Format) que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto. E-mail para o envio: internet@ibccrim.org.br
3. Os trabalhos deverão ter entre 02 e 15 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador para determinar os parágrafos; o próprio já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Arial, corpo 10. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,0 cm.
4. Os trabalhos deverão apresentar:
 - quando forem artigos: título, nome do autor (ou autores) e principal atividade exercida (informações referentes à situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença, fica a critério do autor);
 - quando forem eventos, concursos de monografia, movimentos, ou qualquer outra informação, deve ser enviada a chamada ("headline"), que vai na página de entrada do site, e deve ser sempre em português.
5. As referências bibliográficas deverão ser indicadas no final do texto, de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT);
6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico ou negrito. Jamais deve ser usado a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas ou em itálico.
07. A seleção e análise dos trabalhos para publicação é de competência exclusiva do Depto. de Internet. Os trabalhos recebidos para análise não serão devolvidos.
08. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração, a qualquer título, pela publicação dos trabalhos.
09. Textos escritos em outros idiomas, deverão ser remetidos com a respectiva "chamada" (Headline) em português, pois o sistema de busca do site foi desenvolvido para realizar pesquisas neste idioma.
10. Os trabalhos que não se atenderem a estas normas poderão ser reenviados para novo processo de seleção, efetuadas as modificações necessárias.
11. Demais dúvidas serão dirimidas pelo Depto. de Internet.

*Diretoria do Depto.
de Internet*

Subfaturamento nas Exportações e a Conduta Típica do Art. 22, Parágrafo Único da Lei nº 7.492/86

JOSÉ CARLOS TÓRTIMA

1. O crime de evasão de divisas

Dispõe a Lei Federal nº 7.492/86:
"Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente" (grifos do autor).

A leitura da primeira parte do parágrafo único do dispositivo em exame não apresenta qualquer ambigüidade, deixando claro que o crime ali contemplado só terá garantida sua configuração típica quando o agente promover a saída de moeda ou divisa para o estrangeiro e desde que inobservada, quando for o caso, a exigência de prévia autorização legal para a remessa do recurso ao exterior. Assim, sempre que o agente, a qualquer título, ou por qualquer meio, venha a remeter, clandestinamente, divisas para o exterior, violando os normativos que eventualmente estabeleçam a necessidade de prévia autorização do Banco Central para a realização de tais operações⁽¹⁾, configurado estaria, em princípio, o injusto sancionado na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei do Colarinho Branco.

Inúmeras são as hipóteses que poderiam redundar em tal incidência típica. Modalidade freqüente de evasão de divisas é o *superfaturamento* nas importações, artil consistente em fazer constar, na documentação própria, preço superior ao efetivamente pago ao exportador e a conseqüente remessa ao exterior de numerário em moeda estrangeira, além do necessário para adquirir a mercadoria importada pelo negociante brasileiro (saída de divisas, portanto) ficando a diferença à disposição desse último, fora do País.

Enfim, o crime de evasão de divisas, é dele que trata a primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, aperfeiçoa-se quando o agente promove, não importa por qualquer motivo (a qualquer título), a saída de moeda ou divisa para o exterior, sem a prévia autorização legal (se e quando estabelecida esta autorização pelos normativos que disciplinam a matéria).

2. O subfaturamento nas exportações e o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86

Outra modalidade de prática lesiva ao bem jurídico tutelado pelo crime em questão é o *subfaturamento* nas exportações. Essa fraude cambial consiste em combinarem o exportador brasileiro e o importador estrangeiro, em evidente conluio, um preço fictício, pela mercadoria exportada, inferior ao efetivamente pago (em moeda estrangeira) ao primeiro. A diferença entre o preço real, realmente desembolsado pelo importador, e aquele constante nas guias de exportação, fica no exterior, à disposição do exportador brasileiro. Daí resulta que parte das divisas obtidas com a exportação da mercadoria nacional, deixou de entrar no País, e, a exemplo da operação inversa, *superfaturamento* na importação, dois bens jurídicos podem ser simultaneamente atingidos: de um lado as reservas cambiais do País e, de outro, o patrimônio fiscal, pois não teria sido oferecida à tributação parte da receita auferida pelo exportador.

Logo, quando o agente lança nas guias de exportação valores inferiores aos efetivamente pagos pelo importador estrangeiro, além da falsidade ideológica, assim perpetrada, estaria, em tese, cometendo crime contra a ordem tributária (art. 2º, I da Lei nº 8.137/90). Aliás, nesse caso, o *falsum* seria, pela hipótese da consunção, absorvido pelo crime-fim da sonegação fiscal, no qual esgota sua potencialidade lesiva.

Restaria indagar: tendo sido, de igual modo, como visto, vulnerado o sistema financeiro seria também o caso de cogitar-se da ocorrência da conduta típica focada no já referido parágrafo único do art. 22? Temos que não. E sustentamos esse ponto de vista com apoio no próprio princípio da legalidade e de seu consectário lógico, o princípio da *lex stricta*, ou seja, o da proibição da analogia *in malam partem* em sede penal.

2.1. Frustrar o ingresso de divisas no País é o mesmo que promover a saída de recursos para o exterior?

Talvez tivesse querido o legislador, tendo em mira a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo crime descrito no parágrafo único, do art. 22 da Lei nº 7.492/86 (v. nº 2 *supra*), proscrever, sob ameaça de reação penal, ➡

→ todas as fraudes nas operações cambiais e de comércio exterior, lesivas ao regular funcionamento do mercado cambial. Por outro lado, é certo que, quanto ao efeito nocivo na conta da balança comercial, pouco importa se o agente promove evasão de divisas, superfaturando importações (*remetendo* para o exterior mais do que o efetivamente pago pelo produto importado) ou se impede o ingresso no País das mesmas divisas, praticando o subfaturamento nas exportações (retendo, para si, no exterior, a diferença do preço). As consequências nefastas para os interesses tutelados pela norma são exatamente os mesmos, tanto que alguns autores chegam a apontar ambas as hipóteses como exemplos da mesma conduta típica de evasão fiscal.

Nessa linha, pontifica **Rodolfo Tigre Maia**: "*São inumeráveis as modalidades de fraudes cambiais perpetradas com vistas à evasão de divisas. Dentre estas destacam-se as do superfaturamento (...), do subfaturamento (nos mesmos moldes de colusão, o exportador brasileiro fixa um valor subestimado para suas mercadorias e recebe, no exterior, do importador, a diferença entre o valor nominal dos bens exportados e seu efetivo valor de mercado) (...)*"⁽²⁾.

Também na jurisprudência, há precedentes que confortam tal entendimento: "*Penal - processual penal - habeas corpus - denúncia - inépcia não configurada - evasão de divisas - art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. (...) A tipicidade dos fatos é evidente, na medida em que se enquadram no tipo penal descrito pelo artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, vez que as receitas decorrentes das operações de exportação não ingressaram no Brasil, na forma prevista na resolução nº 667/80 do Banco Central do Brasil, permanecendo com empresa estrangeira situada em Grand Cayman. A conduta delituosa que o tipo legal visa coibir é não só a saída da moeda do território brasileiro, como também o deixar de entrar a mesma no território nacional (...). Ordem denegada*" (TRF, 3ª Região, HC nº 6.999, Processo nº 97.03.066544-6, rel. **Marisa Santos**, DJU 30.08.00, p. 591, grifamos)⁽³⁾.

Nada obstante, ousamos divergir, com a devida vênia, de tão abalizados posicionamentos, para sustentar que as duas condutas não estão equiparadas pelo direito aplicável. Isto porque, no segundo caso, subfaturamento nas exportações, não existe adequação típica ao comando legal em exame. Como já visto, o crime está em *promover a saída* de recursos para o exterior, fórmula que não pode ser ampliada para assimilar a hipótese de *frustrar o ingresso* de divisas no País. Fazê-lo seria admitir-se a aplicação analógica em prejuízo do acusado, o que vulnera o já referido princípio da vedação da analogia nessas circunstâncias, inafastável corolá-

rio do próprio dogma da reserva legal.

Reconheça-se que a Lei nº 7.492/86 foi alvo de justas críticas, sobretudo pela defeituosa técnica na construção de seus tipos penais e notadamente pela inaceitável vacuidade e indefinição de alguns deles, do que nos dá eloquente exemplo o art. 4º, parágrafo único que cuida da gestão temerária. Sobre o tema vale conferir as argutas e oportunas observações de **Roberto Podval**⁽⁴⁾, ao alertar para insegurança criada pelo legislador ao criar figuras penais plasmadas em fórmulas despojadas de qualquer definição quanto a seus elementos. Também **Zaffaroni**, debruçando-se sobre o problema dos chamados tipos abertos, reprova toda e qualquer iniciativa teórica que pretenda racionalizá-los ou legitimá-los, pois "*el derecho penal debe neutralizar la falla técnica o la mala fe política con la elección de la mas restrictiva de todas sus posibles interpretaciones(...)*"⁽⁵⁾.

Não é esse, todavia, o caso do dispositivo penal em exame. Aqui, pelo contrário, o tipo penal é bastante taxativo, não havendo, assim, qualquer risco de violação ao princípio da *Lex Certa*. O parágrafo único fala em "*promover sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior*", eliminando, no plano abstrato, qualquer possibilidade de adequação típica a condutas que não se ajustem nesse estrito figurino legal.

Assim, a possibilidade de violação ao princípio da legalidade, no caso do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, não será, por certo, propiciada pelo legislador, mas pelo próprio intérprete, aplicador da lei, sempre que pretenda enquadrar naquele bem delineado modelo de conduta proibida, qualquer outra, não ali taxativamente contemplada, mas que a ele se afeiçoe por semelhança ou analogia.

2.2. Uma equiparação impossível

Como já vimos, sob a ótica do prejuízo ao bem jurídico tutelado, tanto faz o agente remeter clandestinamente divisas para o exterior (evasão) quanto frustrar, na mesma quantidade, o ingresso dos recursos no País, mantendo-os consigo no exterior. No âmbito jurídico-penal, todavia, a distinção está radicada na previsão legal que, inexistente na segunda hipótese, torna a conduta atípica.

Ora, como lembra **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**, citando **Hungria**⁽⁶⁾, essa lacuna da lei, cuidando-se de norma penal incriminadora, não pode ser integrada pela atividade lógico-decisional do juiz, só podendo ser preenchida, num Estado Democrático de Direito, por outra lei penal, sem efeito retroativo, pouco importando, insista-se, que dois comportamentos *assemelhados*, resultem, do

mesmo modo, e em idêntica proporção, em ofensa ao mesmo bem jurídico. Se um deles carece de previsão expressa no texto legal, pode-se, no máximo, lamentar o *cochilo* do legislador. Jamais aproveitar a semelhança entre as duas hipóteses para equipará-las arbitrariamente diante do direito positivo, violando a reserva limitadora e garantista da lei penal.

3. Conclusão

Do exposto, pode-se concluir ser inadmissível qualquer tentativa de assimilação de condutas análogas à de *evasão de divisas* propriamente dita (promover a saída não autorizada de recursos do País), para efeito de incidência da norma incriminadora do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86.

Logo, o subfaturamento nas exportações é evidentemente atípico em face da referida lei penal, sem prejuízo de eventual subsunção, como já acentuado, a outros dispositivos do ordenamento jurídico-penal.

NOTAS

- (1) Já sustentamos alhures que a aplicabilidade das normas penais sob comento, encontra-se hoje grandemente esvaziada, mercê da notável liberalização do regime cambial brasileiro que abandonou a rigidez, outrora imperante, com relação à remessa ou transporte de dinheiro para o exterior (cf. **TÓRTIMA, José Carlos**, "*Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*", ed. Lumen Juris, 2000, p. 143).
- (2) **TIGRE MAIA, Rodolfo**, "*Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*", Rio de Janeiro: Malheiros, 1996, p. 136).
- (3) In "*Leis Penais Especiais de sua Interpretação Jurisprudencial*", vol. I, São Paulo: RT, 2001, p. 875 - Anotações de **Roberto Podval** (sem grifos no original).
- (4) "*Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial*", São Paulo: RT, 1997, p. 541 (grifamos).
- (5) "*Derecho Penal, Parte General*", Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 422.
- (6) "*Princípio da Legalidade Penal*", São Paulo: RT, 1994, p. 120.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- LOPES, Maurício A. Ribeiro**, "*Princípio da Legalidade Penal*", São Paulo: RT, 1994.
- MAIA, Rodolfo Tigre**, "*Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*", Rio de Janeiro: Malheiros, 1996.
- PODVAL, Roberto**, "*Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*", vol. I. São Paulo: RT, 2001.
- TÓRTIMA, José Carlos**, "*Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*", Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2000.
- ZAFFARONI, Eugênio R.**, "*Derecho Penal, Parte General*" Buenos Aires: Ediar, 2000.

O autor é pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e advogado criminal no Rio de Janeiro.



Entidades conveniadas ao IBCCRIM que recebem mensalmente 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

— GOIÁS

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

— MARANHÃO

- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão
- Centro Unificado do Maranhão - CEUMA

— MATO GROSSO

- Associação Matogrossense do Ministério Público

— 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
- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC

— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia de São Paulo - SINDPESP
- Sistema Educacional Sorocaba Ltda.
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

— PERU

- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEAS

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

A Aplicabilidade da Presunção de Violência Diante do Consentimento da Vítima nos Crimes Contra a Liberdade Sexual

ANDRÉ LUÍS CALLEGARO NUNES GOMES

A presunção de violência, prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal Brasileiro, tem provocado importantes debates em virtude do legislador considerar que a incapacidade de consentimento faz presumir a violência nos crimes contra a liberdade sexual. Ao sustentar esse entendimento atualmente, os aplicadores da lei originam graves problemas diante do caso concreto, não excluindo a presunção de violência mesmo diante do depoimento da vítima que alega veementemente o consentimento na prática do ato demonstrando que era plenamente capaz de fazê-lo.

Como se nota, o bem jurídico preservado nos crimes contra a liberdade sexual, como a própria classificação deles diz, é pois, a liberdade sexual. A lei protege basicamente um interesse pessoal da livre disponibilidade do corpo em matéria sexual, garantindo a inviolabilidade carnal contra atos violentos e abusivos, considerando que tais atos ofendem a moral pública sexual.

A presunção de violência do art. 224, apenas acrescenta mais um elemento integrante do tipo penal dos crimes de violência sexual, trazendo para tipificar esses crimes o elemento da violência. Esse dispositivo de lei não se confunde com previsão legal de causa agravante ou aumentativa de pena, nem mesmo com a circunstância qualificadora daqueles delitos. Nesta linha de entendimento leciona **Franco**:

"No Estatuto Penal, apesar da timidez da doutrina em classificar o tipo do art. 224, presunção de violência constitui-se em norma tipificadora de crime presumido; ou seja um tipo penal dos arts. 213, 214 e 219. O art. 224, como se encontra disposto no Código Penal, não se afigura como tipo penal qualificado, nem circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena define a presunção de violência, elencando hipóteses, numerus clausus, que revestem da qualidade de elementos do crime".⁽¹⁾

Assim, se um homem mantém conjunção carnal estará praticando uma conduta atípica, porém se o fez com pessoa menor de 14 anos presume-se a violência. Então para os crimes contra a liberdade sexual, esta norma inscrita no art. 224, alínea *a* do Código Penal, tipifica a violência que foi presumida em função da idade da vítima.

Nessa esteira, podemos chegar à seguinte situação: um homem pode estar se relacionando sexualmente, sem ter o conhecimento da idade da parceira por supor tratar-se de pessoa maior de 14 anos, devido a aparência física ou devido ao seu comportamento, e posteriormente, vir a ser acusado de estupro, art. 213 do CP, por constrianger mulher a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, com pena de reclusão de quatro a dez anos considerado crime hediondo com aumento de pena até a metade respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão. Este é só um exemplo dos problemas que a presunção de violência pode causar, acarretando importantes debates quanto ao entendimento da natureza da presunção de violência.

Quanto à natureza jurídica da presunção de violência, no caso da alínea *a* do art. 224 do Código Penal Brasileiro, a jurisprudência criou duas correntes a respeito da presunção da violência: uma considera a presunção de natureza absoluta (*juris et de jure*)⁽²⁾, a outra compreende a de natureza relativa (*juris tantum*)⁽³⁾.

A corrente criada pela jurisprudência defensora da absoluta presunção de violência entende no sentido de não se poder considerar válido o consentimento da vítima menor de 14 anos na prática do ato sexual, ou seja, o seu querer é viciado pela incapacidade de consentir.

Esse entendimento tem encontrado justificativa na explicação do legislador na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, item 70, a respeito do art. 224 e suas alíneas, o legislador penal de 1940 entendeu que: *"O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento"*. Não obstante a isso, teve consciência de que a norma cede à realidade, e asseverou também que *"uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica bastante exata dos segredos da vida sexual, e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem"*.

Seguindo este raciocínio, argumenta-se que as vítimas menores de 14 anos de idade não têm maturidade para compreender o relacionamento sexual entre os indi-

▶ víduos, e portanto seriam incapazes de tomar decisões válidas no âmbito das suas relações sexuais.

Cabe esclarecer, todavia, que atualmente é pacífico o entendimento pela relatividade da presunção da violência da alínea *a* do art. 224, do Código Penal⁽⁴⁾.

A construção da relatividade da presunção se baseia em duas hipóteses:

a) a errônea suposição do agente de se tratar de pessoa maior de 14 anos de idade; b) e o comportamento desta em relação às coisas do sexo.

A primeira hipótese leva em conta que o agente acredita veementemente que está a praticar relações sexuais com mulher maior de 14 anos. A doutrina corrobora com a esta tese de que é relativa a presunção inscrita na letra *a* do art. 224 do Código Penal, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a 14 anos, conforme leciona **Magalhães Noronha**:

"Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de 14 anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé"⁽⁵⁾.

Também **Heleno Cláudio Fragoso**, em *"Lições de Direito Penal"*, afirma que a presunção não é absoluta, *"pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção"*⁽⁶⁾.

A segunda hipótese, admite a presunção da violência como de natureza relativa, nos casos em que a vítima tem conhecimento acerca dos atos sexuais e as circunstâncias que os envolvem.

O conhecimento acerca dos atos sexuais, bem como o comportamento promíscuo ou recatado da vítima, é que afastará ou não a incidência do mencionado dispositivo legal, isto é, se a vítima menor de 14 anos tem comportamento avançado a respeito da vida sexual, no sentido de conhecê-la bem, não haverá que se falar em presunção de violência. Além disso, também não se caracteriza o crime se a vítima já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos, se é despuída e sem moral, corrompida ou apresenta péssimo comportamento. De outra parte persiste o crime ainda quando a menor não é mais virgem, leviana, fácil e namorada ou apresenta liberdade de costumes⁽⁷⁾.

O acolhimento majoritário da relatividade da presunção de violência deriva da modificação havida nos costumes, alterando em muito o comportamento social em todos os sentidos. A mídia divulgadora maciça de informações com acesso irrestrito não se abala diante a precocidade com que as crianças lidam atualmente, com desembaraço, assuntos referentes à sexualidade. Passados mais de 50 anos, indaga-se a necessidade de se repensar os costumes socioculturais.

Neste contexto, é oportuno trazer à baila o entendimento sustentado pelo ilustre ministro **Marco Aurélio de Melo** conce-

dendo o HC nº 73.662/MG, para absolver o acusado em um especial caso concreto de violência presumida no crime de estupro, julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

"Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam uma escala de valores bem definida, a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia imposto pela mídia que se pretende onisciente — e muitas vezes sabe-se irresponsável diante o papel social que lhe cumpre — leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo velho da sabedoria.

(...)

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público"⁽⁸⁾.

Interessante se faz, com respaldo na decisão jurisprudencial supra mencionada, que em determinadas circunstâncias a vítima merece atenção especial quanto a prova, sob este contexto discorre o professor **Edmundo Oliveira**:

"O papel desempenhado pela vítima nos crimes sexuais tem merecido repetidos debates nos tribunais, especialmente no que concerne à matéria de prova para a identificação tanto do estereótipo de vítimas inocentes, agredidas pela violência irresistível física ou moral, como de ocorrências de que a pessoa, pela atitude esboçada, precipita a oportunidade de sua própria vitimização ao despertar o plexo imaginário do autor"⁽⁹⁾.

Face à natureza do crime e à menoridade da vítima cumpre analisarmos sobretudo o prisma da ofendida, senão corremos o risco que a letra da lei impeça a fluência dos fatos. Neste novo prisma deixemos que os fatos rompam a presunção legal do 224, alínea *a* do Estatuto Penal, revestindo de maior valia o depoimento da vítima, pois é ele que trará à tona a razão que fundamentou o ato sexual, observamos a verossimilhança dos fatos, o comportamento da vítima, o conhecimento e experiência da menor em matéria de sexo e vida sexual, bem como a aparência física e mental na menor.

Em seguida, cabe a cada caso analisar qual é o grau de envolvimento da menor com seu parceiro, e deste com a menor, e se

houve convergência de vontade dos parceiros inerente à prática sexual comum, livre de vício no consentido da menor a prática do ato sexual. Verificar se a menor compreendia as conseqüências dos seus atos, e se ela se relacionava espontaneamente com homens adultos. Neste ponto, destaca-se a evolução dos costumes, exigindo do Judiciário uma renovação dos seus conceitos e a consciência de que **nos nossos dias não há crianças, mas moças** que além de consentir, escolhem livremente seu parceiro, decidindo ambos praticar o ato sexual. Sendo que essa escolha decorre dos mais variados motivos, inclusive sentir-se atraída sexualmente por alguém.

Em derradeiro, o consentimento dos atos sexuais deve ser comprovado mormente pela própria vítima e não somente pelo réu, por via de conseqüência da mudança comportamental e de um novo conceito de liberdade. A presunção de violência está atrelada aos rigores de um Código ultrapassado, em descompasso com a atualidade, vestígio do tempo em que uma menor de 14 anos de idade jamais consentiria a prática sexual e, se houvesse consentimento, não teria valor algum. Mas hoje em dia, admite-se relatividade da presunção, cabendo ao réu a prova de que a menor tinha uma inteligência perspicaz e viva, sabia perfeitamente o que fazia e conhecia teoricamente todos os segredos da voluptuosidade. Inobstante isso, há de se considerar o consentimento da menor sustentado em seu próprio depoimento e bem como as demais provas levantadas por ela que corroborem para exclusão da presunção de violência, para que desta maneira ambos provem que houve a convergência de vontades, inerente ao ato sexual, expurgando qualquer vício.

Notas

- (1) **FRANCO, Alberto Silva**. *"Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial"*, 5ª ed. rev. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, cit., p. 650.
- (2) *"Código Penal Brasileiro"*, vol. 6, p.71.
- (3) Nesse sentido, **NORONHA**, *"Direito Penal"*, vol. 3, pp. 296-309; **HUNGRIA**, *"Comentários"*, vol. 8, pp. 230-232; e **FRAGOSO**, *"Lições"*, P. E., vol. 3, p. 230.
- (4) Nesse sentido, **MIRABETE**, *"Manual de Direito Penal - Parte Especial"*, vol. 2, p. 472.
- (5) **NORONHA, E. Magalhães**. *"Direito Penal"*, 4ª ed., vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1964, cit., p. 221.
- (6) **FRAGOSO, Heleno Cláudio**. *"Lições de Direito Penal"*, vol. 4, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, cit., p. 3.
- (7) Nesse sentido, **MIRABETE**, *"Manual de Direito Penal - Parte Especial"*, vol. 2, p. 472.
- (8) **Marco Aurélio de Melo**, ministro do STF, maio de 1996, HC nº 73.662-9/MG.
- (9) **OLIVEIRA, Edmundo**. *"Vitimologia e Direito Penal: O Crime Precipitado pela Vítima"*, 2ª ed., rev. amp., Rio de Janeiro: Forense, 2001, cit., p. 130.

O autor é acadêmico de Direito, 4º semestre da Universidade de Santa Maria (UFSM/RS).

novidades RT



cód. 002280

Especialmente elaborada para a eleição que se aproxima, a presente coletânea apresenta-se em formato portátil e conta com a legislação indispensável para o conhecimento e interpretação abrangente do Direito Eleitoral, complementada com notas remissivas e atualizada até 01.07.2002. Alistamento eleitoral, anistia política, crimes de responsabilidade, inelegibilidade, justiça eleitoral, normas para as eleições de 2002, partidos políticos, plebiscito, processamento eletrônico de dados, segurança nas eleições, Sistema de Acompanhamento Legislativo e transporte de eleitores estão entre os temas abordados.

474 páginas • R\$ 49,00

Inicia a obra uma discussão acerca da renovação da teoria contratual, na qual a autora analisa criticamente os contratos de adesão, os submetidos a condições gerais e às regras impostas pelo CDC, partindo para a interpretação minuciosa das disposições contidas no referido diploma legal. Nesta edição, incluíram-se estudos aprofundados sobre os reflexos da pós-modernidade no direito, em especial sobre o crescente problema do comércio eletrônico, da contratação a distância e da automatização ou desumanização do contrato no Brasil. Foram citadas as normas do Novo Código Civil ao lado das normas do código atual e inseridos mais de mil acórdãos dos Tribunais de Justiça do RJ, SP e MG, e do STJ.

1.110 páginas • R\$ 126,00



cód. 002280

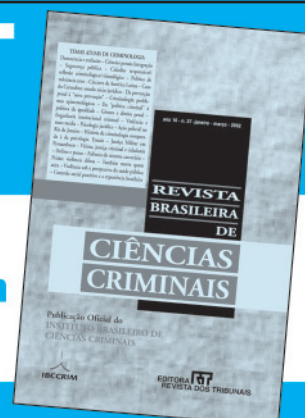
A partir da identificação dos sete "pecados capitais" que concorreram para deformar a perfeita aplicação do Direito Penal (hipertrofia irracional, instrumentalização, inoperatividade, excessiva antecipação da tutela penal, descodificação, desformalização e explosão carcerária) e da constatação de que a produção excessiva de textos legislativos se revelou praticamente inútil para combater a criminalidade, os autores propõem a criação de um sistema jurídico satelitário, do qual o Direito Penal seria o núcleo básico, regido pelos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da legalidade, da materialização do fato, da ofensividade, da culpabilidade (pessoal) e da proporcionalidade (e humanidade).

162 páginas • R\$ 27,00



cód. 002275

**Leia na
RBCCrim
v. 39**



- Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/01 Leis dos Juizados Especiais – MARIA LÚCIA KARAM
- Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento – MARIA REGINA ROCHA RAMOS e CLÁUDIO COHEN
- O controverso papel da polícia – LUIS FERNANDO CAMARGO DA CUNHA LIMA
- Crimes econômicos e mercados financeiros – FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO
- Crimes relativos ao parcelamento e desmembramento do solo – MARIA ELIZABETH QUEIRO
- A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português – ANABELA MIRANDA RODRIGUES
- A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas leis complementares 104/01 e 105/01 – MIGUEL REALE JUNIOR
- *Jurisdição universal – la perspectiva del derecho internacional público* – JAN-MICHAEL SIMON
- Políticas de atendimento a adolescentes em conflito com a Lei: repensando o vínculo pobreza/criminalidade – RITA DE CÁSSIA DA SILVA LAGO GARCIA
- Problemas da história do controle social: o exemplo da tortura – ANA LÚCIA SABADELL
- (Re) discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt – AURY LOPES JR.
- Sociedade, *mass media* e direito penal: uma reflexão – VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO
- A tutela penal constitucional – GIANPAOLO POGGIO SMANIO
- Violência, polícia e direitos humanos – BENONI BELLI
- Jurisprudência comentada: Competência originária do STF para o julgamento de *habeas corpus* contra ato de turma recursal de juizado especial – JOSÉ BARCELOS DE SOUZA
- Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR, FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO e MIRELLA PARREIRA IACONELLI
- Lei 10.445, de 07.05.2002 – Altera dispositivos da Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992
- Lei 10.446, de 08.05.2002 – Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1.º do art. 144 da Constituição
- Lei 10.455, de 13.05.2002 – Modifica o parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995

Para assinar, ligue 0800 11 2433

**livraria
RT**

Visite a nova Livraria RT Virtual: www.livrariart.com.br
A mais completa livraria jurídica do País, agora também na web.

**EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br**

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

Rua Hannemann, 352 • USF
Colégio Santo Antônio do Pari
São Paulo • SP • CEP 03031-040
• Tel.: (11) 3313-3441
• rtusf@livrariart.com.br

Av. Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Telefax: (11) 4024-2388
• rtitu@livrariart.com.br

Rua da Assembléia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• Fax: (21) 2533-4660
• rtrio@livrariart.com.br

Rua Vicente Machado, 84 • Loja 1
Curitiba • PR • CEP 80420-010
• Telefax: (41) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br