



## José Carlos Dias, Miguel Reale Júnior e René Ariel Dotti visitam o IBCCRIM

Na tarde do último 16 de maio, José Carlos Dias, Miguel Reale Júnior e René Ariel Dotti, visitaram o IBCCRIM, tendo o primeiro, mais uma vez, recebido as congratulações da Diretoria, em nome de todo o quadro de quase quatro mil membros de nosso Instituto, pela sua exemplar gestão à frente do Ministério da Justiça. Na oportunidade apresentaram-se redobradas preocupações com os destinos da Nação brasileira, reafirmando-se, em conjunto, a necessidade de que a comunidade acadêmica voltada às ciências criminais possa, amplamente, unificar-se em torno de um projeto alternativo de ordem penal. Como tem feito já há anos, ao lado de diversas entidades e setores indispensáveis do pensamento criminal de todo o País, o IBCCRIM novamente reafirmou seu indissolúvel apoio às iniciativas apresentadas pelos três amigos e associados, na certeza de que se poderá estabelecer um rico debate que afinal desaguará em inevitável aprimoramento de nossas instituições criminais.

## Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu

| Disciplina                                                             | Professor                                                            | Data                                | C/H  |
|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|------|
| Elementos de uma Teoria Geral da Infração Econômica                    | Dr. Faria Costa                                                      | 10 e 11 agosto                      | 8 h. |
| Branqueamento de Capitais                                              | Dr. Faria Costa                                                      | 12 de agosto                        | 4 h. |
| Palestra Professores Brasileiros                                       | 17 - Dr. Miguel Reale Jr. (SP)<br>18 - Dr. João Mestieri (RJ)        | 17 e 18 de agosto                   | 4 h. |
| Perspectiva Criminológica (a teoria do <i>white-collar crime</i> )     | Dra. Cláudia Santos                                                  | 24, 25 e 26 de agosto               | 6 h. |
| Integração Européia e Direito Penal                                    | Dr. Pedro Caeiro                                                     | 24, 25 e 26 de agosto               | 6 h. |
| Princípios Orientadores do Sistema Punitivo em Direito Penal Econômico | Dra. Anabela Rodrigues                                               | 01 e 02 de setembro                 | 4 h. |
| Cartão de Crédito: Burla e Falsificação                                | Dr. Almeida Costa                                                    | 15 e 16 de setembro                 | 6 h. |
| Palestra Professores Brasileiros                                       | 21 - Dr. René Ariel Dotti (PR)<br>22 - Dr. Alberto Silva Franco (SP) | 21 e 22 de setembro                 | 4 h. |
| Desvio e Fraude na Obtenção de Subsídios e Subvenções                  | Dr. Costa Andrade                                                    | 29 e 30 de setembro                 | 4 h. |
| Problemas de Direito Penal Fiscal e da Segurança Social                | Dr. Costa Andrade                                                    | 29 e 30 de setembro e 02 de outubro | 6 h. |
| Encerramento da Pós-Graduação                                          | Dr. Figueiredo Dias                                                  | 02 de outubro                       |      |

**Horários:** quintas e sextas-feiras, das 18h30 às 22h30; sábados, das 09h00 às 12h00.

### Regras da Pós-Graduação

#### A quem se destina:

- Graduados em nível superior em qualquer área;

#### Documentos necessários:

- Ficha de inscrição específica preenchida;
- Cópia do certificado de conclusão do curso superior;
- Pagamento do valor integral do curso.

#### Observações Gerais

##### Certificados:

Para a obtenção do certificado de frequência será obrigatória a presença em 75% do curso. Para o certificado de especialização em Direito Penal Econômico, será necessária a apresentação de uma monografia, sobre qualquer um dos módulos ministrados no curso. Esta monografia deverá ter no mínimo 20 e no máximo 30 laudas, escritas em fonte *Times New Roman*, corpo 12 e espaço um e meio, em programa *Word*.

Os trabalhos deverão ser entregues no IBCCRIM até dia 29 de dezembro de 2000, e serão remetidos à Universidade de Coimbra, a quem caberá a sua avaliação.

Além das aulas com os professores portugueses, serão ministradas 4 (quatro) aulas com profes-

sores brasileiros — Alberto Silva Franco, Miguel Reale Jr., João Mestieri e René Ariel Dotti.

As inscrições serão realizadas pessoalmente (ou por portador) no Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCRIM, em horário comercial, de segunda à sexta-feira, até dia 30 de junho de 2000, sendo seguidos os seguintes critérios:

**A)** Será dada preferência aos associados do IBCCRIM, sendo estipulado um prazo mínimo de associação de 03 (três) meses;

**B)** Ordem de reserva de vagas anteriormente realizadas.

Visando um melhor aproveitamento didático, as vagas são limitadas em 50 lugares.

Para alunos de fora da cidade de São Paulo, as inscrições poderão ser feitas pelo correio, devendo o aluno enviar por Sedex todos os documentos, inclusive os cheques para o pagamento. A ficha de inscrição deverá ser solicitada ao IBCCRIM.

As aulas serão ministradas sempre às quintas e sextas-feiras, no período noturno, e sábado pela manhã, iniciando-se em 10 de agosto de 2000, com término em 2 de outubro de 2000.

O valor do curso integral será de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) para associados do IBCCRIM e R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para não-associados, podendo estes valores ser divididos em até três parcelas iguais, mediante cheques pré-datados.

## NÚCLEO DE PESQUISAS DO IBCCRIM

### ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Junho/2000 - n° 91

- Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu ..... 01
- O Lugar da Morte Violenta na Cultura Brasileira - Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM ..... 02
- Contribuição Para Reflexão Sobre o Anteprojeto de Lei Formulado Pela Comissão Nomeada Pelo Senhor Ministro da Justiça José Carlos Dias Para Diagnóstico do Sistema Penal Brasileiro e Reformulação da Parte Geral do Código Penal - David Teixeira de Azevedo ..... 03
- Impeachment de Prefeito Municipal - Votação Nominal e Aberta - Alexandre de Moraes ..... 05
- Art. 13 da Lei nº 9.807/99 - Sergio Donat König ..... 06
- Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos na Transação Penal - Importante Acórdão do Supremo Tribunal Federal - Damásio E. de Jesus ..... 07
- Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Transação Penal - Edison Miguel da Silva Jr. .... 07
- O REFS Instituído Pela Lei nº 9.964/00 e os Crimes Tributários - Fabio Machado de A. Delmanto ..... 08
- A Lei dos Homens: Argumentos Sobre o Estatuto Filosófico do Direito de Execução Penal - Sérgio Mazina Martins ..... 11
- A Relação Entre Tribunais Nacionais e Tribunais Penais Internacionais - Cláudia Perrone-Moisés ..... 13
- Com a Palavra, o Estudante: Disciplinamento Jurídico na Direção Inabilitada de Veículo Automotor em Vias Públicas - Glayson Neves Lara ..... 15

#### Caderno de Jurisprudência

- Jurisprudência Comentada: Liberdade! Abre as Asas Sobre Nós - Marcos Alexandre Coelho Zilli ..... 451
- O Direito Por Quem o Faz: HC. Trancamento de Ação Penal. Lei de Imprensa e Direito de Crítica e Informação ..... 452
- Supremo Tribunal Federal ..... 454
- Superior Tribunal de Justiça ..... 455
- Tribunal Regional Federal ..... 456
- Tribunal de Justiça ..... 457
- Tribunal de Alçada Criminal ..... 458

## O Lugar da Morte Violenta na Cultura Brasileira

Nos meses anteriores trouxemos algumas análises sobre homicídios, baseadas em dados de pesquisa. Neste mês fechamos a pequena série com algumas considerações sobre o lugar da morte violenta na cultura brasileira.

Não há muitos estudos que procuraram explorar o significado social da morte violenta no Brasil, mas grande parte dos estudos sobre violência e homicídios aponta para a existência de um contexto cultural que favorece o desfecho de disputas através da supressão da vida e do uso da violência.

Em um estudo clássico de **Maria Sylvia de Carvalho Franco** fica evidente que formas de ajustamento de conflitos através da violência eram muito rotineiras entre homens livres na sociedade agrária brasileira. Evidências históricas recolhidas pela autora indicam que os ajustamentos violentos surgiam, com muita frequência, como soluções drásticas que não se apresentam como resultado necessário das circunstâncias do conflito. Ou seja, aos olhos de um observador externo, muitos dos conflitos que resultavam em morte ou graves lesões não eram provocados por graves ameaças à sobrevivência ou violação de valores tidos como sagrados. Boa parte dos casos de violência estudados pela pesquisadora tinha início com pequenas provocações, desafios, disputas sobre bens materiais de pequeno valor e discussões cotidianas entre conhecidos e familiares.

A violência e a supressão da vida apresentam-se como fatos rotineiros, que podem eclodir nas mais diversas situações sociais: entre vizinhos, entre companheiros de trabalho, nas relações familiares e nos momentos de lazer. A autora esforça-se por demonstrar que o recurso à violência não se configurava como algo excepcional na vida dos camponeses livres, os ajustamentos violentos não eram vistos como último recurso tentado apenas após o fracasso das soluções pacíficas. A incorporação da violência costumeira ao modo de vida do brasileiro é um traço cultural tão significativo como a cordialidade, embora seja uma faceta que não gostemos de admitir.

O antropólogo **Roberto Da Matta** escreveu em um de seus textos que gostamos de transmitir uma imagem do brasileiro como um ser pacífico, da festa, da sensualidade e do futebol-arte e preferimos esconder o lado autoritário, violento e hierárquico, que é igualmente constitutivo da cultura brasileira. Recusamos-nos a enxergar as longínquas raízes históricas da morte violenta e de outras modalidades de violência física, preferimos vender a imagem de um País que não conheceu guerras, revoluções, ataques terroristas.

Muitas vezes se fala do crescimento dos homicídios nos dias atuais como estritamente relacionado à dinâmica da criminalidade organizada, negligenciando o fator cultural da aceitação da morte violenta por parte de parcela significativa da população. Não apenas sob as formas da violência costumeira

descrita por **Franco**, mas por outras formas de assassinato que vão ganhando novas roupagens em novos contextos; sendo inegável que o discurso que hoje legitima as chacinas é semelhante àquele que legitimou grupos de extermínio e esquadrões da morte. E substancialmente se aproxima do discurso que legitima justiceiros, matadores, pistoleiros e jagunços.

O assassinato de suspeitos de conduta delituosa, num ambiente cultural em que a violência é rotineira, torna-se fato de menor relevância. Aceita-se o emprego da violência contra acusados de crimes, contra manifestantes, participantes de passeatas, bailes funk, jogos de futebol. Mas não porque este seja o último recurso no controle da criminalidade ou da ordem pública, apenas tentado após sucessivos fracassos de alternativas pacíficas. A violência é antes um comportamento padrão, uma regularidade arraigada, que eclode mesmo em circunstâncias em que os motivos imediatos não representam gravidade, tal como no modelo de conduta descrito por **Franco**, em que a vida humana tem pouco valor.

A suspeita de que a violência não é utilizada apenas como último recurso, constituindo-se num componente cultural de valorização do ajustamento violento, recai também sobre a atividade policial. A Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo, em seu mais recente Relatório Anual de Prestação de Contas (1999), aponta um crescimento no número de mortes cometidas pelas polícias. Os dados do relatório do primeiro trimestre de 2000 informam que a cada dia 3 pessoas são mortas pela polícia. Há muita polêmica em torno do que significam esses dados, mas não há dúvida de que eles denotam uma rotinização e uma regularidade do emprego da violência fatal por parte dos agentes policiais. A hipótese da Ouvidoria, traduzida por recomendações sugeridas no seu relatório, é a de que a polícia utiliza-se da violência fatal mesmo em casos em que o seu uso poderia ser evitado. E reforça seu argumento com a constatação de um aumento brusco no número de mortos, que não está refletido em estatísticas sobre um aumento do número de crimes. A polícia está matando mais jovens, do sexo masculino, residentes em áreas metropolitanas, sem antecedentes criminais. Um perfil semelhante aos homicídios cometidos por não policiais.

Há uma questão cultural a ser enfrentada nessa delicada seara. O investimento na execução das políticas públicas buscando a transformação dos comportamentos é uma responsabilidade da qual os governos não podem fugir. Para se combater um comportamento rotineiro, como é a violência, não bastam soluções imediatistas e fragmentadas. Isso custa esforço e investimento no ser humano, com programas integrados de promoção da cidadania. Porque quem nunca teve seus direitos respeitados não pode reconhecer o significado do Direito.

# Contribuição Para Reflexão Sobre o Anteprojeto de Lei Formulado Pela Comissão Nomeada Pelo Senhor Ministro da Justiça José Carlos Dias Para Diagnóstico do Sistema Penal Brasileiro e Reformulação da Parte Geral do Código Penal

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

**P**or uma dessas infelicidades marcantes da vida jurídica nacional, a comissão nomeada pelo ministro da Justiça **José Carlos Dias** para reavaliação do sistema penal brasileiro e apresentação de sugestões de reforma legislativa foi dissolvida por iniciativa solidária de seus membros, imediatamente após o pedido de exoneração do responsável pela Pasta da Justiça.

Reconhecidos juristas e professores da área jurídico-penal, que aliavam a esse cabedal intelectual e acadêmico a condição de advogados, membros do Ministério Público e da Magistratura, debruçaram-se sobre a realidade social do Brasil e buscaram o vetor de eficácia da legislação penal capaz de atuar político-criminalmente na prevenção de delitos e na repressão eficiente à criminalidade. Constataram ser antes a modificação da realidade social a responsável pela diminuição dos índices de criminalidade pela contenção dos impulsos delituosos, pela presença do Estado nos bolsões ou nichos de maior delinquência, do que propriamente a reformulação da legislação. Bastante verificar que os locais, antes de alto índice de criminalidade, quando fornidos dos denominados Centro de Integração da Cidadania (CIC), em que se fazia presente o Estado por intermédio da Polícia, Ministério Público e Magistratura, como forma de mediar conflitos, e com a promoção da sociabilidade e lazer, neles havia definitiva redução dos índices de condutas antisociais e também delituosas.

Com a exoneração do ministro e a dissolução da comissão, o trabalho teria ficado a meio termo, sem que se pudesse nas duas derradeiras reuniões rever-se o produto semi-acabado de proposta legislativa.

Por isso, esta reflexão. Abordam-se alguns aspectos do anteprojeto, a meu sentir alguns defeitos que certamente seriam corrigidos pelo valoroso e competente grupo de juristas integrantes do Grupo de Trabalho. Apresentam-se algumas observações para reflexão de eventual comissão que analise o produto do esforço do antigo grupo, advertida de alguns problemas ou *dissintonias* a meu juízo não ainda resolvidos, por óbvio dada a abrupta dissolução deste último.

## I - Inconstitucionalidade do Artigo 12 do Anteprojeto

De acordo com o art. 12 do anteprojeto, "As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". O parágrafo único dispõe que "A lei especial não conterá dispositivo tendente a abolir as regras de aplicação da lei penal aos princípios relativos: (I) aos elementos do crime; (II) às formas de participação punível; (III) à natureza e à quantidade das penas e medidas de segurança".

A inconstitucionalidade é manifesta. Pre-

tende a lei ordinária estabelecer verdadeira "cláusula pétrea", tornando imodificáveis, pela lei especial, os dispositivos do Código Penal referentes aos elementos do crime, às formas de participação punível e à natureza e quantidade das penas e das medidas de tratamento. Restringe-se, desta forma, a expressão democrática de um dos poderes, mitiga-se-lhe a função institucional de elaboração da legislação. Solidifica-se ou fixa-se como num instantâneo, com caráter de permanência, a vontade soberana popular. É como se o povo, em dado momento histórico, por intermédio de seus representantes, congelasse a expressão social e cultural, os valores de sua específica época, sem permitir a consagração legislativa do avanço da ciência jurídica e a materialização em normas gerais das conquistas da jurisprudência. Numa palavra, veda-se o progresso da democracia, pela melhor formulação ou reformulação, por intermédio de legislação revisora, de antigo quadro axiológico, numa necessária rearrumação do arcabouço legislativo.

O Poder Legislativo tolhe e oprime o próprio Poder Legislativo. O legislador aprisiona o legislador. Autolimita-se o legislador ao tempo em que limita a manifestação da representação popular futura. A representação política diminui suas fronteiras de ação, pela tirania do Legislativo sobre o próprio Legislativo. O Legislativo, assim, abusa do poder de legislar. No constitucionalismo americano é antiga a idéia de limitação de ação ao Legislativo em resguardo de sua própria atividade de legislar: não somente deve haver um *"nexo entre meio e fins, mas também exige-se que o Congresso não abuse de sua autoridade legislando além de seus poderes constitucionalmente confiados"*<sup>(1)</sup>. E não há abuso maior que o Legislativo delimitar a expressão da soberania popular.

Como afirmou **Pontes de Miranda**, "*democracia sem possibilidade de iniciativa popular de leis é democracia imperfeita*"<sup>(2)</sup> e tanto mais imperfeita, acrescentamos, quando se frustra essa iniciativa por intermédio dos legítimos representantes do povo, no exercício do "*mandato político representativo, que constitui o elemento básico da democracia representativa*"<sup>(3)</sup>.

Acrescente-se que uma das características diferenciadoras entre o Parlamento de feição medieval e o Parlamento moderno e contemporâneo, no que respeita à função de edição de normas, é que o medieval exercia-a "*fundamentalmente como ação conservativa, de consolidação do Direito consuetudinário e de defesa dos privilégios em vigor*", enquanto "*nos parlamentos modernos*", ao contrário, esta função assume um caráter nitidamente "*inovador*", visa à "*produção de novas leis*"<sup>(4)</sup>.

O anteprojeto, destarte, retira o que de característico e essencial há no Legislativo, porquanto "*legislar é sua atividade típica*", como assinala

**Michel Temer**, presidente da Câmara dos Deputados<sup>(5)</sup>. Tanto mais sob o influxo da Constituição de 1988 que consagrou de maneira especial a democracia participativa, inclusive com a possibilidade da propositura popular de projetos de lei (art. 14, III e 61, § 2º, da CF), a consagração do referendo popular (art. 14, II e 49, XV, da CF) e do plebiscito (art. 14, I, da CF).

Ora, a fixação de inamovíveis fronteiras ao poder de legislar, a pontuação de matérias suscetíveis ou insuscetíveis de alteração por meio da legislação e a demarcação de raíais ou confins de atuação de um dos Poderes não de ser feitas na Lei Maior. Ainda assim, quando se cuida de pôr balizas ao poder de legislar, especificamente no âmbito de reforma da Constituição, devem-se distinguir limitações: limitação de caráter temporal, circunstancial, ou limitação concernente à determinada matéria<sup>(6)</sup>, restritamente assinalada na Carta Política. Na Constituição de 1988, além de outras relativas à forma federativa, ao voto e à separação dos poderes, houve por exemplo, limitação de caráter material relativamente aos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV da CF), cujas propostas tendentes à abolição não seriam nem mesmo objeto de deliberação.

Fora dessas hipóteses, nenhuma outra limitação pode haver ao exercício da soberania popular expresso na representatividade política junto às Casas Legislativas<sup>(7)</sup>, nem mesmo para alteração da Carta Política encontra-se coartado o legislador e amordaçada a vontade popular.

Outro ângulo da questão diz respeito à hierarquia constitucional. Nesta poderá existir legitimamente o fenômeno da inconstitucionalidade pela absoluta reserva de lei de estatuto superior na disciplina de determinadas matérias, a vedar que lei hierarquicamente inferior disponha sobre a matéria alterando-lhe o conteúdo dispositivo. Daí que os temas reservados pela Constituição à Lei Complementar (por exemplo, art. 7º, I, 14, § 9º, art. 18, § 4º, da CF) não podem ser cuidados ou revistos por outra lei, senão por lei da mesma estatuto ou dignidade constitucional<sup>(8)</sup>. Assim também, as matérias disciplinadas em lei ordinária estão infensas a tratamento por outra legislação hierarquicamente inferior, senão pela própria lei ordinária ou por lei de hierarquia superior. Esse o sistema.

Contudo, pretende o anteprojeto que a lei ordinária futura, especial, ao cuidar de matérias concernentes ao *jus puniendi* ou *jus persequendi* estatal não se faça apta a modificar a lei ordinária anterior no que respeita aos elementos do crime, às formas de participação punível e à natureza e à quantidade das penas e medidas de segurança. Ora, inconcebível é que lei ordinária crie reserva de lei para a própria lei ordinária!

Sob outro ângulo, mesmo que a suposta reserva de lei viesse prevista em lei complementar, editando-se o código por intermédio de legislação dessa natureza, mesmo as-





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

**Diretoria da gestão 1999/2000**

Presidente: Carlos Vico Mañas  
 Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo  
 2º Vice-presidente: Marcio Orlando Bártoli  
 1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro  
 2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes  
 3º Secretário: Sílvia Helena Furtado Martins  
 Tesoureiro: Adriano Salles Vanni  
 Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes  
 Diretor da Biblioteca: Alberto Silva Franco  
 Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes  
 Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira  
 Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella  
 Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr  
 Diretora do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

**BOLETIM IBCCRIM**

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella  
 Jornalista: Gisele Vieira (MTb. 25.414)  
 Diagramação, Composição, Montagem  
 e Fotolito: Ameruso Artes Gráficas  
 Tel. (0xx11) 215-3596  
 Impressão: Ativa/M - Tel.: (0xx11) 3277-9181  
 Tiragem: 20.000 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.: (0xx11) 3105-4607 (tronco-chave)  
 http://www.ibccrim.com.br  
 e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br



sim a lei especial futura forçosamente deveria, porque se trataria de tema ligado a direitos e garantias individuais, ser estatuída também por lei complementar. Surgiria a mesma aporia: a lei complementar (anteprojeto de que venho falando) não poderia tolher o trabalho legislativo futuro (lei especial) no mesmo patamar normativo (lei complementar).

Essa inconstitucionalidade, não obstante o bom propósito dos membros da comissão de garantir os pilares mínimos da dogmática penal e de sua projeção democrática, não poderá permanecer no texto do anteprojeto.

**II - Congelamento dogmático do Direito punitivo como possível produto do art. 12 do anteprojeto**

Ao proibir à lei especial dispor, para abolir ou revogar, as regras de aplicação da lei penal, o art. 12 poderá levar à vedação da criação de novas penas adequadas à repressão de específicos delitos, proibindo a formulação autônoma de regras de cumprimento da reprimenda que melhor se ajustem ao tipo de autor específico previsto na legislação especial, como, por exemplo, o autor característico dos crimes cometidos por intermédio do computador<sup>(9)</sup>.

De outro lado, no terreno da co-autoria ou participação delituosa, bem assim no âmbito das penas, impõe o anteprojeto amarras apertadas que asfixiam o sistema. Assim é que no capítulo do concurso de pessoas, as causas de aumento de pena fixadas no art. 31-A são definitivas e não podem ser tangidas pelo legislador de amanhã, pois, do contrário, poderia significar total ou parcial revogação da disciplina do concurso de agentes prevista nesse artigo 31-A. Ou seja, a quantidade de aumento de pena para quem promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes estaria fixada inexoravelmente entre um sexto e dois terços, sendo este último o limite máximo.

Intensificação da reprimenda necessária no terreno do crime organizado ou do tráfico ilícito de entorpecentes ou mesmo no âmbito dos crimes de terrorismo, para o *capo*, o dirigente maior, aquele que mentalizou, realizou e dirige administrativamente a empresa-crime, sendo responsável pela direção da "política empresarial", para agente dessa qualidade o limite de aumento estaria em dois terços, quando, dentro da justa reprovação e prevenção do crime, por vezes a resposta deve ser aplicada inclusive em dobro.

No que respeita ainda às formas de participação punível, ao engessar as possibilidades de participação e a elas conectar a proibição de cogitar-se de alteração da natureza e da quantidade de penas, inviabiliza-se definitivamente a responsabilização criminal da pessoa jurídica, possibilidade com que pareceu acenar a Constituição de 1988, não obstante a dissidência dogmática e política dos penalistas que contendem sobre tal matéria.

Ora, ao remeter o anteprojeto as formas de participação ao art. 29 (semelhante ao 29 do CP), que cuida do concurso de pessoas, e neste fazer interpenetrar na forma de concurso o juízo de culpabilidade e as circunstâncias todas do art. 59 do anteprojeto (semelhante ao 59 do CP), bem assim ao falar da participação de menor importância e da previsibilidade do resultado mais grave, visivelmente não pretendeu o anteprojeto incluir a responsabilidade criminal da pessoa ficta.

Some-se a essa linha de raciocínio a proibição do art. 12 do anteprojeto de alterarem-se a natureza e as quantidades das penas nele previs-

tas. Ao se verificar na sistemática de penas aquelas relativas à interdição de direitos, terreno apropriado para cogitação das penas às pessoas morais, não há no anteprojeto nenhuma forma de interdição aplicável à pessoa jurídica. E sendo vedado à lei especial dispor diferentemente da disciplina das penas do Código, esta última estará infensa a reprimenda dessa natureza. E, curiosamente, seria precisamente na lei geral do Código Penal, no capítulo das penas restritivas, que deveria vir incluída a sanção às pessoas morais.

Se com extrema boa vontade hermenêutica se puder extrair do anteprojeto a possibilidade de repressão da pessoa jurídica, restará a pena de multa, transformada em perda de bens, caso não haja pagamento ou a frustração de sua execução. Assim, à pessoa jurídica, condenada e solvente, a reprimenda resultará em nenhum efeito preventivo especial, pois o valor limite da multa, previsto no código, não significa nenhum dano para as grandes organizações e empresas, que embutirão certamente em seus custos os azares de uma condenação criminal<sup>(10)</sup>.

Essas são as rápidas observações que numa primeira aproximação entendo pertinentes de serem feitas ao anteprojeto, reconhecendo, contudo, o meritório trabalho da comissão abruptamente dissolvida que trouxe inovações legislativas, no capítulo das penas, das mais significativas, pondo ordem à desordem punitiva de nosso atual sistema.

**NOTAS**

- (1) **Tribe, Laurence H.**, "American Constitutional Law", New York, The Foundation Press, Inc., 1988, p. 302.
- (2) "Comentários à Constituição de 1967", Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo II, 559.
- (3) **Silva, José Afonso da**, "Curso de Direito Constitucional Positivo", São Paulo, Malheiros, 15ª ed., p. 143.
- (4) Verbete "Parlamento" sob responsabilidade de **Cotta, Maurício**, in "Dicionário de Política", Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2ª ed.
- (5) "Elementos de Direito Constitucional", São Paulo, RT, 1983, p. 144.
- (6) **Silva, José Afonso da**, *op. cit.*, p. 68.
- (7) Ora, a limitação ao Poder Legislativo surge apenas da cláusula do *substantive process of law*, por força da qual são geneticamente inconstitucionais leis que desequilibrem a proporcionalidade e a razoabilidade dos valores consagrados constitucionalmente, numa perspectiva material da legislação. Há as limitações, também, no que concerne a atuação do Legislativo no âmbito jurisdicional, no poder de infligir ele mesmo restrições aos direitos individuais, fora da hipótese da correta produção legislativa, e ainda na possibilidade de o Legislativo fazer as leis e ele mesmo aplicá-las. No Direito americano trata-se da proteção prevista no *Bill of Attainder Clause* (ver **Tribe, Laurence H.**, *op. cit.*, p. 656).
- (8) *Op. cit.*, p. 162. **Michel Temer** entende não haver propriamente hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, porquanto esta última não encontraria naquela seu fundamento de validade, seu engate lógico, sua razão de ser, sua fonte geradora.
- (9) Absolutamente não se confunda o tipo criminológico de autor, que é o objeto do texto, com o mau famigerado tipo de autor, de caráter autoritário.
- (10) Pense-se no exemplo recente de delito ambiental provocado pela negligência da Petrobrás, na Baía da Guanabara, em que ocorreu o maior derramamento de óleo, no mar, da história brasileira. O maior valor de multa seria de R\$ 3.000.000,00 aproximadamente, o que se apresenta absolutamente insignificante para grandes empresas e conglomerados. Bastaria à Petrobrás diluir isto no custo de seu produto ao valor de décimos de centavos.

O autor é professor doutor da USP.

# Impeachment de Prefeito Municipal - Votação Nominal e Aberta

ALEXANDRE DE MORAES

A responsabilização política dos prefeitos municipais pela prática de crimes de responsabilidade envolve importantes questões políticas e jurídicas, inclusive sobre as regras de processo e julgamento e, em especial, sobre a forma de votação pela Câmara Municipal.

O Juízo Natural para o processo e julgamento de prefeito municipal, nos crimes de responsabilidade, é da Câmara Municipal, uma vez que se trata de responsabilização política do chefe do Poder Executivo local, a ser devida e politicamente apurada pelo Poder Legislativo Municipal<sup>(1)</sup>.

Para que o prefeito municipal possa ser processado por crime de responsabilidade há necessidade de lei definindo-o, pois o brocardo *nullum crimen sine tipo* também se aplica, por inteiro, ao campo dos ilícitos administrativos, *havendo necessidade de que a tipificação de tais infrações emane de lei federal*, eis que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União<sup>(2)</sup>.

Assim, proclamou o Supremo Tribunal Federal que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis a quaisquer autoridades federais, estaduais, distritais ou municipais, é matéria de Direito Penal, e, conseqüentemente, de competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal<sup>(3)</sup>.

Igualmente, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o estabelecimento de normas de processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, é da competência privativa da União, em virtude dos arts. 85, parágrafo único e 22, I, da Constituição Federal<sup>(4)</sup>.

Dessa forma, somente a União — *no exercício de sua competência privativa para legislar sobre Direito Penal e Processual* — poderá definir as figuras típicas correspondentes a crimes de responsabilidade, bem como as normas para o processo e julgamento, ficando afastada qualquer previsão legislativa municipal — Lei Orgânica Municipal, Lei Municipal, Regimento Interno da Câmara Municipal — diversa do previsto na lei federal.

Afastada constitucionalmente qualquer possibilidade da legislação municipal disciplinar o processo e julgamento do prefeito municipal por crime de responsabilidade, em face da competência privativa da União, devemos analisar o que dispõe a legislação federal sobre a **forma de votação**.

A legislação federal — Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 — define os crimes de responsabilidade praticados pelo prefeito municipal no art. 4º, e as normas processuais no art. 5º, onde vem estabelecido que *"concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado, pelo voto de 2/3 (dois terços), pelo menos, dos membros da Câmara, incurso em qualquer das infrações especificadas na denúncia"*.

O significado da locução **votação nominal** prevista em relação aos prefeitos municipais (Decreto-Lei nº 201/67), obviamente, deverá ser o mesmo da locução **votação nominal** prevista

no art. 23 da Lei nº 1.079/50 em relação ao Presidente da República, pois se trata de hipóteses idênticas de responsabilização política, que devem receber isonômico tratamento legal, pois como salientado por **Paulo Brossard**, *"uma vez que os municípios são entidades políticas e condutores ou agentes políticos, os chefes de seu governo, semelhantes que são aos governadores e secretários de Estado, ao Presidente da República e respectivos ministros, era natural que os prefeitos estivessem sujeitos a responsabilidade análoga à estabelecida àquelas autoridades"*<sup>(5)</sup>.

Ora, **votação nominal** deve ser entendida como **votação aberta**, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 21.564/DF — em semelhante hipótese envolvendo a Lei nº 1.079/50 e o Presidente da República —, onde o ministro **Celso de Mello** afirmou que *"é de registrar que o processo nominal de votação traduz instrumento de exteriorização apenas compatível com o voto ostensivo ou aberto, que se qualifica como aquele proferido coram populo e revestido, quanto à sua forma de manifestação, do máximo grau de publicidade. A locução votação nominal, prevista no art. 23 da Lei nº 1.079/50, há de ser interpretada em oposição ao conceito de escrutínio secreto, reservado pelo texto constitucional — como garantia inafastável dos próprios congressistas — para as hipóteses expressamente contempladas pelo legislador constituinte"*<sup>(6)</sup>.

Ressalte-se, ainda, que a votação ostensiva e nominal no julgamento dos agentes políticos é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade consagrados, respectivamente, no parágrafo único do art. 1º e no art. 37, caput, da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática, pois como ensinado por **Canotilho e Moreira**, *"a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural"*<sup>(7)</sup>.

Esse processo de democratização somente estará sendo respeitado e aprimorado se houver possibilidade do eleitorado municipal fiscalizar a atuação dos parlamentares na votação do impedimento da mais alta autoridade do Poder Executivo Municipal, evitando-se, assim, incompatibilidade frontal e absurda entre o *senso deliberativo da comunidade* e eventuais conluios político-partidários, pois como salientado por **Alexandre Hamilton**, *"o princípio republicano requer que o senso deliberado da comunidade governe a conduta daqueles a quem ela confia a administração de seus assuntos"*<sup>(8)</sup>.

A **votação nominal e aberta**, além de consagrar o respeito ao princípio republicano, respeita integralmente a independência parlamentar, que poderá livremente se posicionar, a partir de sua consciência e da Constituição Federal, refutando-se qualquer insinuação de incompatibilidade entre a votação aberta e a liberdade parlamentar, pois como lembrado pelo ministro **Néri da Silveira**, em defesa do voto aberto, *"recuso-me admitir que os ilustres deputados federais, representantes da Nação, no instante de desempenhar tão extraordinária função, qual seja, autorizar o processo por crime de responsabilidade*

*do Presidente da República, possam se submeter a coação do governo ou do povo, como se afirma em acesa polêmica da imprensa escrita, deixando, ao contrário, de deliberar, como é de seu fundamental dever, de acordo com a consciência e a visão dos interesses e destinos superiores da Pátria"*<sup>(9)</sup>.

Ressalte-se, por fim, que a tradição republicana nacional de transparência e publicidade na apuração de crimes de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo — com a previsão de voto nominal e aberto — remonta à Constituição de 1891 que, em seu art. 53, previa o *impeachment* do Presidente da República, tendo sido regulamentado pelo art. 27 do Decreto nº 27, de 7 de janeiro de 1892, que expressamente previa: *"As questões de que tratam os arts. 23 e 24 somente serão vencidas em favor da acusação, quando em votação nominal obtiverem dous terços dos votos presentes"*<sup>(10)</sup>.

Dessa forma, exige-se do Poder Legislativo Municipal, no exercício de sua função de fiscalização, integral respeito à transparência, lisura e publicidade no processo e julgamento do prefeito municipal por crimes de responsabilidade, adotando-se o voto aberto, para reafirmar-se a efetividade do princípio republicano da soberania popular — que proclama todo o poder emanar do povo — e garantindo-se a participação popular nos negócios políticos do Estado como condição inafastável da perpetuidade da Democracia<sup>(11)</sup>.

## NOTAS

(1) STF, 1ª T., HC nº 71.991-1/MG, rel. min. **Sydney Sanches**, *Diário da Justiça*, Seção I, 02.03.95, p. 4.022.

(2) RTJ 166/147.

(3) STF, Pleno, Adin nº 834-0/MT, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, *Diário da Justiça*, Seção I, 09.04.99, p. 2; STF, Pleno, Adin nº 834-0/MT, medida liminar, rel. min. **Celso de Mello**, *Ementário STF* nº 169; STF, Pleno, Adin nº 102-7/RO, medida liminar, rel. min. **Paulo Brossard**, *Diário da Justiça*, Seção I, 17.11.89, *Ementário STF* nº 156.

(4) STF, Pleno, Adin nº 1.628/SC, rel. min. **Nelson Jobim**, RTJ 166/147; STF, Pleno, Adin nº 1.890/MA, medida cautelar, rel. min. **Carlos Velloso**, decisão: 10.12.98, *Informativo STF* nº 135.

(5) **Brossard, Paulo**, *"O Impeachment"*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 118.

(6) Voto do ministro **Celso de Mello**, *"Impeachment"*, Brasília, Imprensa Nacional, 1996, p. 143.

(7) **Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital**, *"Fundamentos da Constituição"*, Coimbra, Coimbra, 1991, p. 195.

(8) **Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John**, *"The Federalist"*, Nova York: New American Library, 1961, p. 432.

(9) Voto do ministro **Néri da Silveira**, *"Impeachment"*, Brasília, Imprensa Nacional, 1996, p. 181.

(10) **Campanhole, Hilton Lobo**, *"Constituições do Brasil"*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 795.

(11) Cf. **Bobbio, Norberto**, *"Igualdad y Libertad"*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 117.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos Fundamentais e Direito Administrativo no CPC – Curso Preparatório para Concursos Jurídicos e das Escolas Superiores dos Ministérios Públicos de São Paulo e da Bahia.



## Art. 13 da Lei nº 9.807/99

SERGIO DONAT KÖNIG

### ASSINE A RBCCRIM 2000!

O melhor investimento para o profissional do Direito. Assinatura para o ano 2000 - Preço especial para associados com 30% de desconto - R\$ 112,00 (podendo ser parcelado em 3 vezes)

Informações e Assinaturas:  
Tel.: (11)3661-4008 ou [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

### LANÇAMENTO:

Participem do lançamento da RBCCRIM número especial de Criminologia nº 29, no dia 20/06, a partir das 18h30, na Livraria da Editora Revista dos Tribunais - Rua Conde do Pinhal, 80.

### REVISTA IBERO-AMERICANA DE CIÊNCIAS PENAIS

O Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, com sede em Porto Alegre - RS, está lançando o primeiro número da Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, sob a coordenação dos profs. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs e tendo como conselheiros diversos professores espanhóis. A revista destina-se à publicação de artigos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, tendo como idiomas oficiais o português e o espanhol. O CEIP, através da Revista, busca a integração ibero-americana e um maior intercâmbio cultural entre os estudiosos das ciências penais. A revista está à disposição de todos os que queiram colaborar com este novo projeto. Maiores informações podem ser obtidas pelo e-mail: [ceipbr@ig.com.br](mailto:ceipbr@ig.com.br) <<mailto:ceipbr@ig.com.br>>

A lei em questão, que trata das normas para organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, trouxe ao Brasil o que há muito se desejava e há muito nos faltava.

Como todo texto legal, alguns apontamentos fundamentais são indispensáveis pela doutrina e jurisprudência, para que se dê a correta aplicação da lei ao caso concreto.

O art. 13 da Lei nº 9.807/99 já traz aos corredores do Judiciário a discussão sobre seus três incisos, no sentido de serem requisitos cumulativos ou alternativos para a concessão do perdão judicial.

A celeuma está formada no sentido de que: se for cumulativo, aplica-se apenas ao art. 159 do CP (extorsão mediante seqüestro); se alternativo, a todos os tipos legais.

O professor **Damásio Evangelista de Jesus**, em sua análise sobre o tema (*Boletim IBCCRIM*, nº 82, pp. 4/5), bem mostra a amplitude dos efeitos de se optar por uma ou outra corrente, com excelente argumentação. Outras opiniões de peso foram lançadas em ambos os sentidos. Porém, *data venia*, a solução não está na cumulatividade pura nem na alternatividade das condições, pois senão vejamos.

De fato, reza o art. 13 da Lei nº 9.807/99: "*Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:*

*I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único – A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso*".

O art. 14, de outra sorte, prevê a hipótese de, não concedido o perdão para o indiciado ou acusado colaborador, ser este beneficiado com a redução da pena de um a dois terços.

Diante deste quadro, parece, à primeira vista, que o art. 13 elenca condições cumulativas e o art. 14, condições alternativas.

Porém, o que deve ser aplicado ao caso em tela, com o respeito que merecem as opiniões em contrário, seria: o art. 13 possui condições cumulativas restritas ao tipo penal, vale dizer, uma **cumulatividade temperada ou condicionada**. Em outras palavras, nos fatos criminosos em que há co-autores ou partícipes, devem ser **todos** identificados. Nos crimes em que há co-autores e partícipes, bem como vítima(s), devem ser **todos** identificados e

a(s) vítima(s) ser(em) localizada(s) **todas, com a sua integridade física preservada**. Por fim, nos crimes em que há co-autores ou partícipes, vítima(s) e produto de crime, devem ser **todos** identificados e a(s) vítima(s) ser(em) localizada(s) **todas, com a sua integridade física preservada** e os produtos do crime recuperados total ou parcialmente.

Um exemplo para cada hipótese talvez esclareça o que seja a **cumulatividade temperada ou condicionada**.

Inciso I - art. 250 (incêndio) — consumado, sem a existência real de vítimas ou danos patrimoniais — o acusado, para obter o benefício do perdão judicial teria de informar todos os co-autores ou partícipes do ato.

Inciso I e/ou II - art. 220 (rapto consensual) — o acusado teria de informar os demais co-autores e partícipes (se existirem) e a localização da vítima com a sua integridade física preservada (se estiver em lugar incerto).

Inciso I e/ou II e/ou III - art. 157 (roubo cometido mediante grave ameaça) — o acusado teria de informar os demais co-autores e partícipes (se existirem) e a localização da vítima com a sua integridade física preservada (se desaparecida estivesse) e restituir, total ou parcialmente, o produto do crime (se houver).

Nesta solução, se o acusado não cumprisse qualquer das exigências legais (hipóteses legais) do art. 13 da Lei nº 9.807/99, sendo-lhe possível fazê-lo no mundo fático, caberia ao Juízo a aplicação do art. 14, com fundamento na **alternatividade** das condições dadas pelo acusado para a efetiva solução do fato criminoso.

Em resumo, as condições do art. 13 da Lei nº 9.807/99 são **cumulativas temperadas ou condicionadas**, para que o acusado goze do direito ao perdão judicial, ou seja, desde que o caso concreto abrace os eventos elencados nos incs. I a III, o acusado deve satisfazer a **todos**, voluntariamente. Ao reverso, se o acusado colaborar em parte, voluntariamente, e a solução do crime vier com maior facilidade, mas não resolvido, "apagado", deve-se-lhe aplicar a redução da pena prevista no art. 14.

Por fim, há de se notar que na hipótese de adotarmos a cumulatividade pura, o § 4º do art. 159 do CP, s.m.j., estaria revogado tacitamente pela Lei nº 9.807/99, pois a delação premiada seria ou absorvida pelo art. 13 (perdão judicial), ou substituída pelo art. 14 (redução da pena). É importante frisar que delatar é: "*o acusado informar ao Estado os demais co-autores e partícipes (se existirem) e/ou a localização da vítima com a sua integridade física preservada (se desaparecida estivesse) e/ou restituir, total ou parcialmente, o produto do crime (se houver)*".

O autor é advogado em São Paulo.

# Descumprimento da Pena Restritiva de Direitos na Transação Penal - Importante Acórdão do Supremo Tribunal Federal

DAMÁSIO E. DE JESUS

**S**uponha-se que, em face de uma transação penal, nos termos do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), o autor do fato não cumpra a pena restritiva de direitos. Qual a consequência?

Há quatro orientações: 1ª) converte-se em pena privativa de liberdade, pelo tempo da pena originalmente aplicada, nos termos do art. 181, § 1.º, c, da LEP. Nesse sentido: **Ada Pellegrini Grinover et al.**, "Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei nº 9.099/95", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 190; **César Roberto Biten-court**, "Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão", Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 111; 2ª) descumprido o acordo, há dois caminhos: "retomada ou proposição da ação penal que fora evitada pela composição" ("Resenha do TRF da 1ª Região", Brasília, 3(3):7), servindo-se a acusação, se caso, da providência do art. 77 da lei. Não se converte a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade em face de ausência de previsão específica. Nesse sentido: TACrimSP, ACrim nº 1.070.239, 1.ª Câmara, RT, 747:690 e 691; **Luís Paulo Sirvinkas**, "Consequências do Descumprimento da Transação Penal (Solução Jurídica ou Prática?)", Revista dos Juizados Especiais, São Paulo, out./dez. 1997, 6:13; **Berenice Maria Giannella**, "O JECrim e a Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Privativa de Liberdade", Boletim do IBCCRIM, São Paulo, set. 1998, Jurisprudência, p. 1; **Edison Miguel da Silva Júnior**, "Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata no Estado Democrático de

Direito", RT, 749:549 e 551, nº 4; 3ª) o descumprimento do acordo conduz à sua execução. Nesse sentido: TACrimSP, ReCrim nº 1.165.583, 7ª Câmara, rel. juiz **S. C. Garcia**, RT, 759:647; 4ª) não pode haver conversão em pena privativa de liberdade

**"Entendemos que a orientação da Suprema Corte não encontra amparo legal: inexistente dispositivo permitindo essa providência. O acórdão criou um caminho desconhecido do legislador."**

(ausência de previsão legal) e nem início ou retomada da ação penal: não há lei que permita (nossa posição). Nesse sentido: STJ, REsp nº 172.951, 5ª Turma, rel. ministro **José Arnaldo da Fonseca**, j. 27.04.99, DJU 31.05.99; STJ, REsp nº 194.637, 5ª Turma, rel. ministro **José Arnaldo da Fonseca**, DJU 24.05.99, p. 190 e 191; STJ, REsp nº 191.719, 5ª Turma, rel. ministro **José Arnaldo da Fonseca**, DJU 24.05.99, p. 190. Para nós, a composição penal encerrou o procedimento. O legislador,

não prevendo a hipótese, criou uma situação sem solução contra o autor do fato.

A 2ª Turma do STF, no HC nº 79.572, de Goiás, j. 29.02.2000, rel. ministro **Marco Aurélio**, reformando acórdão do Superior Tribunal de Justiça e adotando a segunda corrente, decidiu que:

1. A sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal.

2. Tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil (art. 584, III, do Código de Processo Civil).

3. Se o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direitos, como a prestação de serviço à comunidade, o efeito é a desconstituição do acordo penal.

4. Em consequência, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para que requeira a instauração de inquérito policial ou ofereça denúncia.

Entendemos que a orientação da Suprema Corte não encontra amparo legal: inexistente dispositivo permitindo essa providência. O acórdão criou um caminho desconhecido do legislador.

## NOTA

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC nº 8.198-98, havia decidido pela conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Fonte: Informativo STF, nº 180, 15.03.2000.

O autor é professor de Direito Penal e presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

## Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Transação Penal

EDISON MIGUEL DA SILVA JR.

**A** Lei nº 9.099/95 introduziu no ordenamento jurídico-penal brasileiro um novo sistema penal baseado na reparação do dano e não na punição do infrator. Essa mudança, sem precedente no Direito Penal, exige tempo para ser compreendida e efetivada, pois os profissionais do Direito Penal passaram a trabalhar, concomitantemente, com dois sistemas penais: o punitivo e o reparatório.

Nessa perspectiva, está a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (29.02.2000) sobre o descumprimento da transação penal e a impossibilidade da sua conversão em prisão:

**"Transação - Juizados Especiais - Pena restritiva de direitos - Conversão - Pena privativa do exercício da liberdade - Descabimento.** A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez

descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia" (STF, 2ª T., rel. min. **Marco Aurélio**, HC nº 79.572/GO, Informativo nº 180).

O STF, portanto, acolheu o argumento de que a "sentença que aplica pena imediata (Lei nº 9.099/95, art. 76, §4º) não pode ser executada por falta de previsão legal. Seu descumprimento acarreta as providências do art. 77 da referida lei, ou seja, oferecimento de denúncia ou requisição de diligências imprescindíveis, em respeito ao Estado Democrático de Direito Brasileiro" (Boletim IBCCRIM nº 64, março/98, p.3).

Na transação penal não existe denúncia, processo ou sentença condenatória. Trata-se de um acordo que impede o início da persecução penal (inquérito policial e ação penal).

Através do consenso, em audiência pública, Ministério Público e suposto autor do suposto fato, posto que inexistente sequer investigação prévia, negociam uma missão social e não um castigo. Ao aplicar a pena imediata acertada, melhor dizendo, ao aplicar a missão social acertada, o juiz não está condenando, mas homologando o acordo pela verificação das formalidades legais.

A aplicação de pena imediata é, assim, um instituto inovador. Sem precedentes e impossível em um sistema baseado na necessidade e suficiência do castigo. Outro é o seu modelo. Ao impedir a persecução penal demonstra conhecer a realidade gritante das prisões, isto é, da inutilidade da punição na promoção da paz social.

O autor é procurador de Justiça do Ministério Público de Goiás e professor de Direito Penal na UNIP de Goiânia (GO).

# O REFIS Instituído Pela Lei nº 9.964/00 e os Crimes Tributários<sup>(1)</sup>

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

## SEMINÁRIOS REGIONAIS DO IBCCRIM:

09 a 11 de agosto

### I Seminário Regional de Direito Penal em Rio Claro - SP

- "Crime Organizado e Lei de Armas"  
- Alberto Silva Franco
- "Princípio da Insignificância - Direito Penal de Intervenção Mínima"  
- Carlos Vico Mañas
- "Código de Trânsito - Parte Administrativa"  
- Geraldo de Faria Lemos Pinheiro
- "Código de Trânsito - Parte Penal"  
- Mário Luiz Sarrubo

Local: Faculdades Claretianas  
Horário: das 19h30 às 22h00

31 de agosto e 01 setembro

### III Seminário Sul-Matogrossense de Direito Penal

- "Dez Anos da Lei dos Crimes Hediondos"  
- Alice Bianchini
- "Tribunal do Júri"  
- Ana Paula Zomer
- "Penas Alternativas"  
- Cezar Roberto Bitencourt
- "Direito Ambiental"  
- Gilberto de Passos
- "Justiça Criminal Consensual: Garantias Penais e Processuais Mínimas - Visão Crítica"  
- Luiz Flávio Gomes
- "Individualização da Pena: Conceito Moderno"  
- Luiz Vicente Cernicchiaro

Local: Palácio da Cultura - Campo Grande - MS  
Informações no Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCRIM pelo tel.: (11) 3105-4607 ou através do e-mail: comkt@ibccrim.com.br

## I. Introdução

Com a edição da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000 — regulamentada pelo Decreto nº 3.431, de 24 de abril de 2000 (DOU 25.04.00)<sup>(2)</sup> — foi instituído o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, que tem por objetivo *"promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos"* (art. 1º).

Diz, ainda, o art. 2º da lei que a pessoa jurídica que ingressar no REFIS *"fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º"*.

A opção pelo programa só pôde ser formalizada até o último dia útil do mês de abril de 2000 (art. 2º, §1º, da lei; art. 4º do decreto). Trata-se de lei temporária, cuja vigência expirou-se no último dia 28 de abril.

Antes de adentrarmos ao campo do Direito Penal, cabe ressaltar aqui que, como todo programa de consolidação e parcelamento de dívidas fiscais, se por um lado existem benefícios para a empresa que optar pelo programa, por outro, os malefícios também existem, tornando a proposta governamental pouco atraente.

No caso da lei em estudo, o que basicamente se oferece — além da suspensão da pretensão punitiva do crime (art. 15, *caput*, da lei) — é a redução da multa (art. 2º, §9º da lei; art. 5º, §§ 9º e 10º do decreto) e a cobrança de uma menor taxa de juros (art. 2º, §4º, I da lei; art. 6º, I do decreto). Ocorre, contudo, que as exigências ou condições para ingresso no REFIS são assustadoras, algumas delas inclusive de legalidade e constitucionalidade duvidosas. Assim é que, segundo o art. 3º da lei (art. 8º do decreto), a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica a: I) confissão irretratável e irrevogável da totalidade dos débitos incluídos no Programa; II) autorização, no ato da opção, de acesso irrestrito, pela SRF, às informações relativas à sua movimentação financeira ocorrida durante o período em que a optante estiver submetida ao Programa; III) acompanhamento fiscal específico, com fornecimento periódico, em meio magnético, de dados, inclusive os indiciários de

receitas; IV) aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas; V) cumprimento regular das obrigações para com o FGTS e o ITR; VI) pagamento regular das parcelas do débito consolidado, bem assim dos tributos e das contribuições com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000, inclusive os impostos de competência estadual e municipal devidos pelos optantes do SIMPLES. Além dessas exigências, a homologação da opção pelo REFIS implicará em outros gravames para o contribuinte (cf. arts. 10 e 11 do decreto).

Diante dessa enorme lista de exigências, tornando o programa pouco aceito, o legislador criou, nos arts. 12 e 13 da lei, uma alternativa para as empresas que desejassem parcelar seus débitos, mas que não quisessem se sujeitar ao REFIS. Em linhas gerais, ambos os artigos oferecem o parcelamento de débitos tributários (art. 12 da lei; art. 19 do decreto) e não tributários (art. 13 da lei; art. 21 do decreto) em até sessenta parcelas mensais, iguais e sucessivas, desde que observadas, em ambos os casos, todas as demais regras aplicáveis ao Programa.

## II. A suspensão da pretensão punitiva

Seguindo os moldes da Medida Provisória nº 1571/87 — cujos atos com base nela praticados foram "convalidados" pelo art. 12 da Lei nº 9.369/98 — que, em seu art. 7º, §7, previu a suspensão do crime previsto no art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91 enquanto se mantivessem adimplentes os beneficiários do parcelamento, a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, em seu art. 15, *caput*, dispôs:

*"É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal"*.

Cabe consignar que, afora a mencionada medida provisória, a suspensão da pretensão punitiva era estranha ao nosso ordenamento jurídico. Tal suspensão não se confunde com a suspensão do curso da ação penal em razão das chamadas questões prejudiciais (arts. 93 e 94 do Código de Processo Penal) nem com a suspensão do processo principal no julgamento de incidente de suspeição (art. 102). Também não se confunde com a suspensão do processo e da prescrição em razão da revelia (art. ➡



366), nem com a suspensão condicional da pena (art. 77) e muito menos com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

No caso da lei em apreço, o que se suspende é a pretensão punitiva estatal. Ou seja, a ação penal não poderá ter início enquanto referida suspensão estiver em vigor. Neste caso, cremos haver falta de condição genérica da ação ou ainda de condição específica de procedibilidade. É de se lembrar que a referida suspensão da pretensão punitiva só poderá ocorrer se a inclusão no REFIS ou a opção pelos parcelamentos dos arts. 12 e 13 se der antes do recebimento da denúncia criminal (art. 15, *caput* e §2º, II).

Além da suspensão da "pretensão punitiva", estabeleceu o legislador que *"a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva"* (art. 15, §1º). Não obstante a previsão legal, como veremos adiante, referido dispositivo não poderá ter aplicação, por estar eivado de inconstitucionalidade.

E o §2º deste art. 15 estendeu a referida suspensão da pretensão punitiva e *"da prescrição"*: 1) aos programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotarem, no que couber, as normas estabelecidas na Lei nº 9.964/00; e 2) aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13 da mesma lei.

Por último, o §3º do mesmo art. 15 criou nova causa extintiva da punibilidade dos crimes referidos neste art. 15 (Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º e Lei nº 8.212/91, art. 95), dispondo:

*"Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal"*.

Antes de mais nada, é importante lembrar que a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, teve vigência temporária. Como dissemos, a opção pelo REFIS, ou pelo parcelamento *alternativo* (fora do REFIS), só pôde ser formalizada até o último dia útil do mês de abril do ano 2000 (art. 2º, §1º da lei; art. 4º do decreto), momento em que referida lei perdeu sua vigência. Não obstante, como ocorre também com as leis excepcionais, a lei temporária é ultra-ativa, ou seja, continua a ser aplicada aos fatos ocorridos durante sua vigência (art. 3º do Código de Processo Penal).

### III. Aplicação do art. 15

A primeira questão que surge é saber se a suspensão da punibilidade prevista no art. 15 **somente** se aplica às empresas (ou seja, às pessoas físicas a ela relacionadas) que estiverem incluídas no REFIS ou que tenham optado pelo parcelamento "alternati-

vo" previsto nos arts. 12 e 13, ou se referido dispositivo deve ser aplicado **indistintamente a todos** os agentes dos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e do art. 95 da Lei nº 8.212/90?

Cremos que só se aplica aos casos das pessoas jurídicas que optaram pelo REFIS (art. 15, *caput*) ou pelos parcelamentos dos arts. 12 e 13 (art. 15, §2º, II), observadas, nesses casos, todas as regras aplicáveis ao programa. A lei é muito clara a respeito, não havendo como estender sua aplicação aos demais casos de parcelamento elaborados fora desse Programa de Recuperação Fiscal.

Como veremos, para os demais casos de parcelamento, resta, ainda, a aplicação da extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95.

**"Não pode uma lei violar a Magna Carta, mesmo que o contribuinte concorde com isso. Não pode uma lei exigir, como condição para ingressar em programa de consolidação e parcelamento de dívidas fiscais, que o contribuinte-cidadão abra mão de garantias constitucionais."**

Com relação aos antigos acordos de parcelamento, disse o legislador que *"a opção pelo REFIS exclui qualquer outra forma de parcelamento de débitos de tributos e contribuições referidos no art. 1º"* (art. 3º, §1º da lei), inclusive dos com vencimento posterior a 29 de fevereiro de 2000 (art. 5º, §11 do decreto). Assim, caso a pessoa jurídica optante pelo REFIS tenha outros parcelamentos em andamento (desde que referentes aos débitos mencionados no art. 1º, *caput*), a sua opção pelo REFIS implicará na exclusão dos antigos acordos de parcelamento, operando-se a consolidação de todos os débitos no novo acordo de parcelamento.

### IV. Da extinção da punibilidade

O §3º do art. 15 veio a dizer o óbvio, ou seja, que efetuado o pagamento integral dos débitos que tiverem sido objeto de parcelamento antes do recebimento da denúncia, extinta estará a punibilidade. Desnecessário tal dispositivo posto que, estando a punibilidade já suspensa com o parcelamento, o seu pagamento integral só poderia mesmo levar à extinção da punibilidade.

Naturalmente, quis o legislador referir-

se ao pagamento integral decorrente do pagamento de todas as parcelas objeto do parcelamento. Trata-se, a nosso ver, de nova causa de extinção da punibilidade dos crimes tributários. Isto porque tal dispositivo não se confunde com o art. 34 da Lei nº 9.249/95, que prevê como causa extintiva da punibilidade a "promoção de pagamento", que, a nosso ver, se configura com o simples acordo de parcelamento realizado entre o Fisco e o contribuinte, independentemente do pagamento integral do débito (*cf.*, a respeito, nosso artigo *"O Parcelamento do Débito Tributário e a Extinção da Punibilidade"*, in **Boletim IBCCRIM** nº 55 – Junho 97, pp. 8-9).

### V. Da suspensão do curso prescricional

Questão mais delicada é a previsão, no §1º do mesmo art. 15, de que *"a prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão"*.

Trata-se, à evidência, de dispositivo de Direito Penal que é mais prejudicial ao agente. Por isso, segundo o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, previsto tanto na Constituição Federal (art. 5º, inc. XL) quanto no Código Penal (art. 2º), tal dispositivo não pode ser aplicado aos crimes cometidos anteriormente à sua vigência.

Ora, tendo em vista que o REFIS só abrange os tributos com vencimento até 29 de fevereiro de 2000 (art. 1º) e que a lei que o instituiu (Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000) entrou em vigor na data de sua publicação, em 11 de abril, os crimes cometidos anteriormente a esta última data não podem ter seu prazo prescricional suspenso. Ocorre que todos os crimes abrangidos pela lei são **anteriores** à data de sua publicação, pois se referem a tributos com vencimento até 29 de fevereiro. A nosso ver, portanto, não tem aplicação a suspensão da prescrição prevista no §1º do art. 15, tratando-se de dispositivo inconstitucional.

Poder-se-ia argumentar: mas a opção pelo REFIS foi uma faculdade conferida pela lei ao contribuinte, e, assim, ao ingressar no programa ele teve de aceitar ou de se submeter às inúmeras condições legais, dentre as quais está, ao lado da suspensão da pretensão punitiva, a suspensão também do curso do prazo prescricional.

Tal argumento não procede. Não pode uma lei violar a Magna Carta, mesmo que o contribuinte concorde com isso. Não pode uma lei exigir, como condição para ingressar em programa de consolidação e parcelamento de dívidas fiscais, que o contribuinte-cidadão abra mão de garantias constitucionais. Trata-se de atitude, no mínimo, imoral por parte do legislador, que nos faz lembrar os chamados "contratos leoninos". É como exigir que o acusado de crime se recolha à prisão para poder exercer o duplo grau de jurisdição, ou que o

## VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

**Estão abertas as inscrições para o maior evento brasileiro de Direito Penal, Processual Penal e Criminologia. Aproveitem os preços promocionais até 31/07 e com parcelamento em 4 vezes sem juros. Participe!!!**

• **Palestrantes Estrangeiros:**  
Luigi Ferrajoli (Itália);  
Winfried Hassemer (Alemanha);  
Manuel da Costa Andrade (Portugal);  
David Saborit (Espanha);  
entre outros.

• **Palestrantes Brasileiros:**  
Alberto Silva Franco;  
Ada Pellegrini Grinover;  
Márcio Thomaz Bastos;  
Sepúlveda Pertence;  
Damásio E. De Jesus;  
Vicente Greco Filho;  
Antonio Magalhães Gomes Filho;  
Augusto Thompson;  
Monica Teixeira (TV Cultura);  
entre outros.

**Investimento:**  
Profissional Sócio: R\$250,00  
Profissional Não-Sócio: R\$350,00  
Estudante-Sócio: R\$175,00  
Estudante Não-Sócio: R\$125,00  
**Período:** 03 a 06 de outubro  
**Local:** Maksoud Plaza Hotel  
**Horário:** das 09h00 às 18h30  
**Informações no Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCRIM pelo tel.:** (11) 3105-4607 -  
**fax** (11) 3105.0109 ou **através do e-mail:** comkt@ibccrim.com.br

➔ devedor deposite o valor em juízo para poder exercer aquele mesmo direito.

A exemplo da suspensão da prescrição (art. 15, §1º), o legislador exagerou nas exigências dos incisos II, III e VI do art. 3º (vide art. 8º do decreto). Cremos que tais exigências não poderiam obstar o contribuinte de ingressar no REFIS nem podem, agora, excluí-lo do programa, caso deixe de cumpri-las.

Como já dito, feito o parcelamento pelo REFIS ou o parcelamento "alternativo" previsto nos arts. 12 e 13, estará suspensa a pretensão punitiva do Estado (art. 15, *caput*), não podendo ser iniciada ação penal contra o contribuinte.

Sob pena de inadmissível violação de dispositivo constitucional (art. 5º, XL), não poderá ocorrer, como dissemos, a suspensão do curso do prazo prescricional prevista no citado art. 15, §1º.

Para a empresa que tiver optado pelo REFIS ou pelo parcelamento "alternativo", o pagamento de todas as parcelas levará à extinção da punibilidade (art. 15, §3º). Caso ocorra, antes disso, o decurso do prazo prescricional — que, como visto, não foi suspenso —, a punibilidade estará também extinta, nos termos do art. 107, IV do Código Penal.

### VI. Da não revogação do art. 34 da Lei nº 9.249/95

Outra questão que surge diz respeito a eventual revogação (parcial ou total) do art. 34 da Lei nº 9.249/95, que reza:

*"Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137/90 e na Lei nº 4.729/65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".*

Como já dissemos, o art. 15 da lei em questão (suspensão da pretensão punitiva) só se aplica às empresas que tiverem optado pelo REFIS ou pelo parcelamento "alternativo" previsto nos arts. 12 e 13. A lei é muito clara a respeito, não havendo como aplicar referida suspensão às pessoas que não tiverem aderido ao REFIS ou ao mencionado parcelamento "alternativo".

Sendo, portanto, a Lei nº 9.964/00 uma lei "específica" (destinada somente às pessoas jurídicas que tiverem optado pelo REFIS) e de **vigência temporária** (a opção só pôde ocorrer até o último dia do mês de abril), cremos que o supratranscrito art. 34 não restou tacitamente revogado, nem mesmo parcialmente.

Com efeito, dispõe o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

*"Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule

*inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Ora, com a edição da Lei nº 9.964/00, nenhuma das hipóteses acima ocorreu: não houve revogação expressa do art. 34 da Lei nº 9.249/95, o novo art. 15 não é incompatível com o art. 34 e não regula inteiramente a matéria de que trata este dispositivo. Não há que se falar, portanto, em revogação. Pelo contrário! O art. 34, além de mais abrangente, encontra-se em pleno vigor.

Como dissemos, a nova lei, a par de ter vigência temporária, é específica para o REFIS. Somente poderão valer-se do art. 15 da lei em questão as pessoas jurídicas (ou seja, as pessoas físicas por elas responsáveis) que tiverem optado pelo programa até o último dia 28 de abril.

Poder-se-ia argumentar: a aplicação **exclusiva** do art. 15 da Lei nº 9.964/00 (suspensão da pretensão punitiva dos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e do art. 95 da Lei nº 8.212/91) às empresas que optarem pelo REFIS ou pelo parcelamento "alternativo" não implicaria num tratamento desigual a situações juridicamente idênticas? Ou seja, para o autor de crime, cuja empresa tenha optado pelo REFIS ou pelo parcelamento "alternativo", valerá o art. 15, mas, ao contrário, para o autor do *mesmo* crime — cuja empresa não tiver optado pelo programa — não terá aplicação a suspensão daquele art. 15? Não se estaria violando o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CR/88)?

Apesar de se tratar de questão difícil de ser solucionada, pensamos que a Lei nº 9.964/00 é lei temporária e de aplicação específica para o REFIS, não podendo ser aplicada fora desse Programa de Recuperação Fiscal.

Para os demais agentes dos crimes previstos nas Leis nºs. 8.137/90 e 8.212/91, bem como a todos os outros crimes de natureza fiscal, a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95 continua perfeitamente cabível, abrangendo, a nosso ver, o simples acordo de parcelamento, independentemente do pagamento integral da dívida fiscal (cf., a respeito, *"O Parcelamento do Débito Tributário e a Extinção da Punibilidade"*, art. cit.).

## NOTAS

(1) Este artigo contou com a colaboração do ilustre advogado tributarista dr. **Marcelo Uchôa da Veiga Filho**.

(2) Vide *"Instruções Normativas SRF"* nºs. 043, 044 e 045.

*O autor é advogado em São Paulo, membro da Diretoria Adjunta da RBCCRIM e colaborador do Boletim IBCCRIM.*

# A Lei e os Homens: Argumentos Sobre o Estatuto Filosófico do Direito de Execução Penal

SÉRGIO MAZINA MARTINS

**D**e todos os cantos vem surgindo a afirmação de que já não se trata mais de fundamentar o Direito mas, sim, de meramente implantá-lo, ou seja, torná-lo efetivo [Bobbio]. É de temer, porém, que essa afirmação seja precipitada e desarrazoadamente otimista, querendo dar por superados obstáculos ainda não vencidos, pese antigos. Nosso argumento central, aqui contraposto, é o de que a própria questão da eficácia do Direito se resume, sempre e afinal, a questões de clareza e entendimento. Paradigmática, na demonstração desse argumento, é a situação do Direito de Execução Penal, na ambientação da Lei nº 7.210/84 (LEP). Como poucas, a experiência da execução penal demonstra que a implantação do Direito reclama a formação intelectual e mesmo cultural de homens aptos a operá-lo, exercitá-lo, subscrevê-lo, e, portanto, necessariamente atravessa ela a questão do ensino jurídico e, ainda mais amplamente, a questão da formação global do jurista.

**"...a ineficácia de que tratamos não é puramente material-institucional, mas, sim, uma ineficácia teórica que brota ainda mais atrás, ou seja, na Faculdade de Direito..."**

Vencidos os primeiros quinze anos de vigência, hoje percebe-se mais claramente que a reforma de 1984, aqui tematizada na LEP, trouxe bem mais que um tecnicismo inovador, ainda que sobre essa *techné* tenham se debruçado os primeiros discursos. Seria imprescindível alguma experiência inicial para que se percebesse que, mais que mera técnica, o que se afirmava entre nós era, precisamente, um *saber penal* e que, portanto, aquela técnica era nada mais que a implicação accidental desse núcleo teórico que a antecedia logicamente. Daí decorre que esse *saber* apenas possa ser apreensível por uma postura filosófica integrada ao Direito e, não, como uma prateleira meramente isolada nas estantes do conhecimento jurídico. Nosso argumento teórico básico é o de que a Reforma de 1984, notadamente no instante da execução penal, *precipitou* — acertada ou erroneamente? Passemos ao largo desse juízo — entre nós um estatuto filosófico divorciado de nossa cultura jurídica em sua acepção mais ampla, divórcio

este do qual a ineficácia é simples produto. Em outras palavras, a LEP tem sido largamente ineficaz porque o operador da execução penal não dispõe (ou não se dispõe?) de um *saber* que comporte o estatuto filosófico da ordem então nascente e toda sua carga de idealidade. Logo, e bem ao contrário do que propaga um certo discurso mais fácil, a ineficácia de que tratamos não é puramente material-institucional, mas, sim, uma *ineficácia teórica* que brota ainda mais atrás, ou seja, na Faculdade de Direito: pensá-la enquanto simplesmente material, deixando à margem do debate esse seu antecedente, será portanto uma atitude ingênua. Por certo que esse plano compreensivo arremessa a Faculdade de Direito, agora já enquanto Academia, para o centro mais tenso de todos os discursos, abrindo perspectivas altamente problemáticas, mesmo porque nem mesmo a Academia se afasta do conhecido jogo binômico das "asas e braços", necessitando ela própria de homens que *efetivem sua idéia* [Mangabeira Unger, recentemente].

Para compreender todos esses movimentos, importante recordar que o modelo da LEP repousa sobre dois pilares dicotômicos, porém franca e reciprocamente complementares. Trata-se da fórmula que, em sua conformação mais simples, assim melhor apropriada a este trabalho, pode ser sintetizada em duas idéias primordiais: a *progressividade jurisdicionalizada*, tocando, respectivamente, à matéria e sua forma (ou, para um esquema curricular de resto inteiramente inoportuno: Direito Penal e Direito Processual Penal da execução). Vejamos, rapidamente, cada um desses momentos em separado.

A idéia de progressividade, em qualquer de suas duas vertentes (positiva: progressão em sentido estrito; negativa: regressão) indica que a execução não é estática, mas propositivamente dinâmica [Sérgio Pitombo]. Ou seja, indica que a própria pena, atravessando um longo processo histórico cujas origens não se resumem mas certamente aglutinam-se no século XVIII, hoje deve ser compreendida enquanto uma experiência (ritualística?) composta de *tempo* e *mérito*. Independentemente de outras tematizações teóricas (cabível cogitar aqui de *retribuição* e *prevenção*), o certo é que, de todo modo, isso está adstrito à íntima *vocação* da pena contemporânea que, à revelia do bailado quicá agonístico daquelas teorias polares, de qualquer maneira se dirige a *descolar o homem de seu crime*, trilhando assim a execução o percurso inverso daquele que se denomina processo de cognição (estariamos então diante de uma *descognição*? Apenas mais uma pergunta que deixamos suspensão).

Ao lado dessa idéia de progressão, complementando-a e sendo por ela complementada dialeticamente, o modelo de 1984 *trabalha* ainda com a idéia de jurisdicionalização enquanto e sobretudo a fórmula da progressividade. Isso tem implicações ainda não plenamente compreendidas: a progressão a que se refere esse modelo é, substancialmente, uma *progressão jurídica* e não, como infelizmente ainda muito acreditado, uma progressão naturalística. Em outras palavras, o modelo *trabalha* jurisdicionalizadamente porque a progressão é a *progressão do homem no Direito* e, não, do homem na sua natureza (no seu ser e modo de ser). Por isso a execução é jurisdicionalizada e, também por isso, vemos claramente que a jurisdição, aqui, se refere à noção de *substituição*, pressupondo um conflito que remanesce tal e enquanto seu *pano de fundo*. Trata-se, nitidamente, da recusa do modelo terapêutico positivista (isto é, do modelo clínico-terapêutico) que subsistirá, tão-somente, enquanto nada mais que um dos muitos dados informativos.

**"A Faculdade nos fez pensar assim, apresentando-nos o Direito a partir de uma prudência hostil, dominadora, e, pior ainda, fazendo-o como se fosse ela universal, abstrata e atemporal."**

Para compreender a magnitude de um tal modelo é importante recordar lições longevas. Toda construção jurídica está necessariamente referida à tradição de uma busca, ou seja, a busca milenar da *fundamentação (racional) de uma ordem normativa supra-individual*. Mais simplesmente: o Direito apenas se faz possível enquanto uma ordem normativa (um dever-ser) que se possa racionalmente compartilhar, para além daquelas outras ordens normativas incompartilháveis, arbitrárias, excessiva ou mesmo exclusivamente subjetivas, detalhísticas (moral, religião, partidários políticos-ideológicos, etc.). Isso também enseja entender a história do pensamento jurídico por duas vertentes: ou tomamos a posição afirmativa da possibilidade de fundamentação racional de uma tal ordem supra-individual ou, então, tomamos a posição negativa dessa possibilidade. Temos aí, respectiva-



## 5ª JORNADA REGIONAL DE CRIMINOLOGIA EM SALTO - URUGUAI

O Instituto Uruguaio de Direito Penal em conjunto com a Faculdade de Direito realizará entre os dias 24 e 26 de junho de 2000 a

5ª Jornada Regional de Criminologia, em Salto - Uruguai.

Local: Sala de Eventos de Posada del Siglo XIX

Horário: das 09h00 às 12h00 e das 16h00 às 20h00

Maiores informações pelos telefones: (073) 20108 e (02) 4030325, ou através do e-mail: [mojose@latinmail.com](mailto:mojose@latinmail.com) e [geraller@multi.com.uy](mailto:geraller@multi.com.uy)

## VIDEOTECA: USUFRUA DESTE BENEFÍCIO!

Os associados do IBCCRIM têm livre acesso à videoteca sem qualquer custo de locação. Todos os eventos realizados pelo IBCCRIM são filmados. Utilize mais esse benefício de ser associado. Para locação entre em contato com a biblioteca no tel.: (0xx11)3105-4607 ou através do e-mail: [biblioteca@ibccrim.com.br](mailto:biblioteca@ibccrim.com.br)

mente, as duas posições primordiais: de um lado os realistas (antes, os socráticos) e, de outro lado, os voluntaristas (antes, os sofistas), com ambos degladiando um debate ainda hoje em boa dose permanente [Welzel]. À revelia de nossas preferências nesse embate, de todo modo a lógica que se emprega enquanto critério dessa fundamentação não é uma lógica simples (pura ou formal), mas uma lógica complexa (consequente, material ou, em uma melhor palavra, *prudencial*), de forma que é no contexto de lógicas prudentes que podemos pensar o Direito e seu desafio permanente de supra-individualidade [Viehweg e, entre nós, notadamente **Tércio S. Ferraz**]. Porém, como microscopicamente demonstrado por mãos magistrais [Adorno, Horkheimer], a própria *prudencia* admite, a seu turno, duas posturas: ou será uma *prudencia* egoística (privada?) ou será uma *prudencia* altruística (pública?). Enfim, o embate que o Direito propõe, ainda hoje e sempre, é o embate entre uma lógica privatística, centralizada em uma sintaxe individual ("o meu Direito"), e uma lógica pública, centralizada em uma sintaxe social ("o seu Direito", ou seja, "o Direito *dele*").

Nossa formação jurídica, todavia, é exclusivamente privatística, isto é, centralizada e reduzida a uma lógica em que um Direito só existe enquanto negação do outro, compondo aquilo que consagramos como *concepção patrimonialista* de relação jurídica. A Faculdade nos fez pensar assim, apresentando-nos o Direito a partir de uma *prudencia* hostil, dominadora, e, pior ainda, fazendo-o como se fosse ela uni-

versal, abstrata e atemporal. Fomos todos despreparados na lógica altruística e desnudados de toda a idealidade que a acompanha, lógica esta que às vezes ressurgue apenas externamente, tal como um reclamo impreciso que nos esteja sendo imposto (veja-se, por exemplo, o que ocorreu nos últimos dois séculos com a doutrina dos Direitos Humanos e a percepção tardia que dela experimentaram os juristas). O pior, certamente o mais entristecedor, é observar que a Faculdade de Direito fez isso conosco e o continua fazendo a cada dia mais aceleradamente (a disseminação das nefastas empresas particulares de ensino tem sido catastrófica para esse processo), privando o estudante (mas também o substituto, o candidato, o examinado, o estagiário e, afinal, todos os que se introduzem) de sua disposição a essa idealidade altruística ou, mais simplesmente, despiando o idealismo que movimenta e mesmo conceitua a *juventude*

(ou seja, a jovialidade do pensamento que, a rigor, nada tem de propriamente etário).

Para que se possa compreender a pena contemporânea — a pena progressiva e jurisdicionalizada na sua execução — é porém imprescindível um resgate dessas polêmicas. Mais simplesmente, é imprescindível uma postura minimamente *esclarecida* (o termo aqui não é casual). Eis aí a coragem máxima delineada pelos Reformadores de 1984 e que tem sido alvo de tanta incompreensão, a ponto mesmo de ditar a sua decantada ineficácia. Porém, e principalmente, eis aí a iniciativa de aceitar que a pena contemporânea não é mais *um absoluto*, mas, verdadeiramente, uma fórmula de intervenção qualitativa nos conflitos sociais classificados como infrações penais e, portanto, vocaciona-se ela para responder a *compromissos de qualidade* que lhe ditarão, diuturnamente, a própria legitimidade [hoje **Ferrajoli**, muito antes **Bentham**]. Embora tenhamos sido criados sob a crença de que a legitimação era um dado estático e inerte (posto) do Direito — decorrente de uma Constituição legítima por definição —, agora porém encontramos nossa deontologia

sob desafios frequentes. Nesse novo ambiente tanto a pena, como o Direito que a conhece, somente subsistirão na medida de sua prontidão para tais desafios. Por certo que essa pena não é uma intervenção quantitativa nos índices de criminalidade, o que seria sim um trabalho de políticas públicas gerais [Alberto S. Franco]. Mas também não se pode perder de vistas que ela é uma intervenção em um conflito individual,

**"De qualquer maneira — e aqui certamente está o fundamental — não se poderá compreender e aplicar a lei sem que, antes, se perceba o estatuto filosófico que a inspira e anima mas que, se equivocado, poderá irremediavelmente pervertê-la."**

irrepetível, concreto e único (*aquele crime e aquele homem em específico*), o que se impõe por uma intervenção pública substitutiva, ou seja, intercorrente a esse conflito. Um fracasso, por mais isolado que se imagine, será forçosamente o fracasso do Estado e do Direito e, afinal, também dos homens em cujas mãos aqueles estão precariamente confiados. De qualquer maneira — e aqui certamente está o fundamental — não se poderá compreender e aplicar a lei sem que, antes, se perceba o estatuto filosófico que a inspira e anima mas que, se equivocado, poderá irremediavelmente pervertê-la. Isso é o que cumpre ter claro, com toda a gravidade que uma talvez já tardia advertência possa ainda frisar.

O autor é professor de Direito Penal na Universidade São Marcos (São Paulo) e membro da Associação Juízes para a Democracia.

## A Relação Entre Tribunais Nacionais e Tribunais Penais Internacionais<sup>(1)</sup>

CLÁUDIA PERRONE-MOISÉS

A relação entre tribunais nacionais e tribunais penais internacionais pode ser entendida de duas maneiras: como uma relação jurisdicional entre duas ordens ou como uma relação de cooperação internacional e assistência judiciária em matéria penal. Neste breve estudo, trataremos essencialmente da relação que se estabelecerá entre os tribunais nacionais e o Tribunal Penal Internacional, prevista no Estatuto de Roma de 1998, tendo em mira determinados aspectos de ambas as noções implícitas nessa relação. Previamente, no entanto, é necessário observar como a relação jurisdicional entre ordem interna e internacional se vem estabelecendo, historicamente, no campo do Direito Internacional Penal.

A regra geral, na que se refere à Justiça Penal, estabelece que os Estados têm a primazia da jurisdição penal em relação aos crimes cometidos dentro de suas fronteiras. A jurisdição é também reconhecida sob condições específicas, em relação a crimes cometidos por seus nacionais ou contra seus nacionais, por força do princípio da nacionalidade, mesmo que cometidos fora de suas fronteiras. Existe ainda a competência sobre crimes que podem não atender a esses requisitos, desde que sejam considerados objeto de competência repressiva universal, como é o caso dos crimes de pirataria, ou estejam cobertos pelo chamado princípio da proteção, que dá ao Estado a competência sobre atos extraterritoriais que coloquem em perigo a segurança ou a integridade do Estado (inc. I, letras a, b e c, do art. 7º do Código Penal Brasileiro).

Quanto à jurisdição penal internacional, é a partir do pós-Segunda Guerra, com o estabelecimento dos Tribunais de Nuremberg (1945) e Tóquio (1946), que surge a possibilidade concreta de criação de Tribunais Penais Internacionais. Esses tribunais, como sabemos, foram criados para julgar determinados crimes: os crimes de guerra, os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade. No tocante à competência, cabe lembrar que tais tribunais a exerceram em relação aos criminosos de guerra cuja ação não tinha uma localização geográfica precisa, razão por que, muitos criminosos da Segunda Guerra Mundial foram julgados por tribunais nacionais, demonstrando assim a possibilidade de coexistência das jurisdições nacionais e da jurisdição internacional.

Os princípios estabelecidos nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio foram confirmados como princípios do Direito Internacional por força da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 95(1) de 13.02.46 que, na mesma ocasião, requisitou à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um Projeto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade. No projeto desse código, apresentado em

1951, afirmava-se a primazia do Direito Internacional, declarando-se que o fato de o Direito Interno não punir um ato que constitui delito internacional não isenta de responsabilidade, perante o Direito Internacional, quem o cometeu. Tal projeto nunca foi aprovado, mas traz consigo uma das formas de relação que podem ser estabelecidas entre jurisdição nacional e internacional, a qual será retomada, com variantes, nos tribunais para os crimes cometidos na antiga Iugoslávia e em Ruanda, assim como no Estatuto de Roma de 1998.

Um segundo momento importante do pós-Segunda Guerra, para o Direito Internacional Penal e para a evolução de uma jurisdição penal internacional, foi a adoção da conven-

**"A idéia de uma jurisdição penal internacional para julgar os mais graves crimes do Direito Internacional foi pouco a pouco se estabelecendo, até chegarmos ao Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente, fruto do Estatuto de Roma de 1998 e que terá competência para submeter a julgamento os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão."**

ção sobre prevenção e repressão do crime de genocídio de 1948, que determina, em seu art. 6º, que a competência para julgar os crimes de genocídio será dos tribunais dos Estados nos quais os crimes sejam cometidos ou de um tribunal internacional, cuja jurisdição seja reconhecida pelas partes. Como podemos ver, a Segunda Guerra Mundial deixa como saldo a possibilidade de que, ao lado dos tribunais nacionais, possam ser estabelecidas jurisdições penais internacionais, ao menos para julgar os crimes considerados mais graves no âmbito do Direito Internacional.

Os tribunais internacionais, criados por força de Resoluções do Conselho de Segurança (Resolução nº 808 de 22.02.93 e Resolução nº 955 de 08.11.94), para julgar os crimes cometidos na ex-Iugoslávia e em

Ruanda, foram fruto, entre outros, da necessidade de uma jurisdição internacional para julgar os crimes ali cometidos, tendo em vista dúvidas quanto à capacidade dos tribunais nacionais para exercer sua competência. Mesmo admitindo a competência concorrente das jurisdições nacionais e da internacional, os estatutos desses tribunais determinam que o Tribunal Internacional tem primazia sobre os tribunais nacionais, podendo requisitar, em qualquer fase do processo, que a jurisdição nacional decline sua competência em favor da jurisdição internacional. Além disso, nada impede que o acusado seja levado ao tribunal internacional, mesmo que tenha sido julgado pelas instâncias nacionais, desde que presentes certas condições: se o agente tiver sido julgado por fato que o Direito Interno considera crime comum; for verificada a falta de isenção ou imparcialidade da justiça nacional; sua falta de diligência no que diz respeito à persecução penal ou sua intenção de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal internacional.

Como vemos, a idéia de uma jurisdição penal internacional para julgar os mais graves crimes do Direito Internacional foi pouco a pouco se estabelecendo, até chegarmos ao Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente, fruto do Estatuto de Roma de 1998 e que terá competência para submeter a julgamento os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão.

O Estatuto de Roma, diferentemente dos estatutos dos tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, declara a primazia dos tribunais nacionais para atuar na repressão dos crimes ali previstos. No entanto, estabelece como princípio, para a relação que será criada entre tribunais nacionais e Tribunal Penal Internacional, o chamado princípio de complementaridade. De acordo com esse princípio, o Tribunal Penal Internacional exercerá sua competência em caso de **manifesta incapacidade ou falta de disposição** de um sistema judiciário nacional para exercer a sua jurisdição primária. Desse modo, fica patente que o Tribunal Internacional não substitui os tribunais nacionais, mas opera na sua ausência ou se verificada sua incapacidade.

O Estatuto regula de forma detalhada as premissas que devem ser levadas em consideração para que o Tribunal Penal Internacional possa exercer sua competência. Esta se estabelecerá a partir da verificação de algumas hipóteses que podem caracterizar a manifesta incapacidade ou a falta de disposição do tribunal nacional: o colapso do sistema jurisdicional nacional ou a indisponibilidade do mesmo; um atraso injustificável no procedimento, a intenção de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal ou a hipótese de o processo não estar sendo conduzido de forma inde-

## Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

### Assoc. dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE AMAZONAS

- Assoc. dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

### CEARÁ

- Assoc. Cearense de Magistrados
- Assoc. Cearense do Ministério Público

### DISTRITO FEDERAL

- Assoc. dos Magistrados do Distrito Federal
- Assoc. do Ministério Público do Distrito Federal

### GOIÁS

- Assoc. Goiana do Ministério Público

### MATO GROSSO

- Fund. Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

### MATO GROSSO DO SUL

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

### MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - Belo Horizonte

### PARÁ

- Assoc. do Ministério Público do Estado do Pará

### PARANÁ

- Assoc. Paranaense do Ministério Público (APMP)

### RIO DE JANEIRO

- Fund. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ)

### RIO GRANDE DO SUL

- Inst. Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

### SANTA CATARINA

- Assoc. Catarinense do Ministério Público
- Assoc. dos Magistrados Catarinense
- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

### SÃO PAULO

- Assoc. Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rq. SP - ADPF
- Assoc. Paulista do Ministério Público
- Assoc. dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forensis - Ribeirão Preto
- Educacional Cidade São Paulo S/C Ltda. (CSECID)
- Fund. de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - Marília
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

### PERU

- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)



pendente ou imparcial (art. 17 do Estatuto de Roma). Incumbirá ao próprio Tribunal Penal Internacional a verificação dessas hipóteses, já que é o intérprete de sua própria competência (art.119).

O princípio de complementaridade, ao criar a possibilidade da competência internacional, tem dupla função. De um lado, inspirando-se no princípio da "justiça universal" para os crimes previstos no estatuto, a competência do tribunal tem como razão de ser impedir que por quaisquer razões (políticas, econômicas ou estruturais das jurisdições internas) os acusados daqueles crimes fiquem sem julgamento. O caso do genocídio demonstra de forma clara a necessidade do tribunal, pois como lembra **Dalmo de Abreu Dallari**<sup>(2)</sup>, esse crime é praticado com frequência pelo próprio Estado ou com a sua conivência, tornando em geral impossível a punição através dos tribunais internos dos Estados. A segunda função da complementaridade é fortalecer a adesão dos Estados aos *standards* internacionais, e sobretudo provocar o aprimoramento de suas legislações penais e aparatos jurisdicionais internos. Uma vez aceitas as obrigações internacionais previstas no âmbito do Estatuto de Roma, espera-se que os Estados se preparem adequadamente para exercer a competência penal sobre os crimes previstos no estatuto.

Do ponto de vista do Direito Internacional, o princípio de complementaridade coaduna-se com as mais modernas tendências nas diversas áreas correlatas: no campo da manutenção da paz e segurança internacionais: o desenvolvimento do princípio da ingerência humanitária; no campo dos direitos humanos: a flexibilização do princípio do esgotamento dos recursos internos, gerando maior harmonização entre as jurisdições nacionais e a internacional; e no campo da Justiça Internacional: uma crescente especialização e alargamento de seu campo de atuação.

O Direito Internacional Penal vem sofrendo uma progressiva internacionalização normativa, graças à adoção de diversas convenções internacionais. No entanto, a internacionalização no plano institucional não se tem verificado, visto que os tribunais nacionais conservam a primazia da ação repressiva em relação à maioria dos crimes internacionais. Sendo assim, ao menos para os crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e crime de agressão, através do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional haverá uma institucionalização internacional, ausente até o presente momento, que poderá prevenir a impunidade desses crimes, considerados graves por seu caráter particular de horror e crueldade, de selvageria e barbárie, conforme os termos da Comissão de Direito Internacional da ONU<sup>(3)</sup>.

Mencionamos no início dessa exposição outro aspecto da relação entre tribunais nacionais e o Tribunal Penal Internacional,

que é o referente à cooperação internacional e assistência judiciária em matéria penal. A cooperação internacional em matéria penal vem-se desenvolvendo de forma considerável graças à elaboração de tratados internacionais, multilaterais e bilaterais. Esses tratados são sujeitos, no entanto, às diferenças contidas nas legislações nacionais e muitas vezes prevêem bases para a recusa de cooperação, o que pode prejudicar sua aplicação. O Estatuto de Roma prevê um sistema *sui generis*<sup>(4)</sup> para a cooperação internacional e assistência judiciária dos Estados com o tribunal, pois estipula a obrigação geral dos Estados-partes não só de cooperar plenamente com o tribunal, como também assegurar-se de que suas legislações nacionais sejam compatíveis com as formas de cooperação previstas no estatuto, como, por exemplo, nos casos de pedidos de captura, prisões provisórias, identificação de indivíduos, inspeções, buscas e apreensões, entre outros (art. 93). O tribunal ainda poderá solicitar, mediante a conclusão de acordos e

entendimentos específicos, a assistência de Estados que não são parte do estatuto.

Para concluir, podemos dizer que por força do Estatuto de Roma, a relação que será estabelecida entre tribunais nacionais e o Tribunal Penal Internacional é uma relação dialética, uma "dialética de complementaridade" (**Miguel Rea-**

**le**), que se traduz numa correlação permanente e progressiva entre as duas ordens de modo a impulsionar o desenvolvimento do Direito Internacional Penal, conferindo maior efetividade na punição das graves violações de direitos humanos, tipificadas como crimes internacionais.

## NOTAS

<sup>(1)</sup> Esse texto foi apresentado em 8 de novembro de 1999 no Seminário "Tribunais Penais Internacionais", promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, Centro Acadêmico XI de Agosto, Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP, Fundo Ryoichi Sasakawa e Organização das Nações Unidas (ONU).

<sup>(2)</sup> **Dallari, Dalmo de Abreu**, "O Genocídio Repensado", in **Baptista, Luiz Otavo; Huck, Hermes Marcelo e Casella, Paulo Borba** (org.), "Direito e Comércio Internacional, Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger", p. 467.

<sup>(3)</sup> Relatório da Comissão de Direito Internacional para a Assembleia Geral sobre os trabalhos de sua 36ª sessão (7 de maio-7 de julho de 1984) A/39/10, p. 32.

<sup>(4)</sup> **Saboia, Gilberto Vergne**, "A Criação do Tribunal Penal Internacional" - Conferência de Abertura do Seminário Internacional Sobre o Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira - Brasília", 27.10.99, mimeo, 1999, p. 11.

A autora é professora doutora do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).



## COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

# Disciplinamento Jurídico na Direção Inabilitada de Veículo Automotor em Vias Públicas

GLAYSON NEVES LARA

O legislador pátrio, diante de inúmeros acidentes, no Brasil, vitimando condutores de veículos automotores e pedestres, realidade que lhe conferia a primeira colocação no ranking dos países mais violentos no trânsito, viu-se compelido a repensar as normas disciplinadoras do tráfego nacional.

Para tanto, propositadamente ou não, caminhou no mesmo sentido de países que também ocuparam o pódio.

Japão e Alemanha, por exemplo, livram-se de tão malfadado título menos pela conscientização de seus motoristas que pela imposição de sanções mais rigorosas.

Nessas nações implantou-se no senso comum a certeza de punição aos transgressores, ainda que da mais tênue das infrações. A legislação vigorante tem garantida sua eficácia, seu acatamento, pelo binômio fiscalização intensa aliada à punição de rigor.

Nessa esteira, decidiu-se aprimorar o então defasado e precário Código Nacional de Trânsito. O resultado foi um poderoso instrumento capaz de modificar hábitos e mentalidades, dotado de bastante rigor, observado no estabelecimento de multas mais onerosas e na elevação, à esfera penal, de condutas até então dimensionadas apenas no âmbito administrativo.

Embora bastante aclamado, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, não foi preciso quando tratou da direção inabilitada de veículo automotor em vias públicas.

Em seu art. 309, cuidou novamente dessa matéria, não obstante o disposto no art. 32 da Lei das Contravenções Penais (LCP), estabelecendo, na oportunidade, pena de detenção ou multa ao condutor flagrado naquelas condições — inabilitado e em via pública — desde que gerando perigo de dano.

"Art. 32 (LCP) - Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas:

*Pena - multa.*

Art. 309 (CTB) - Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

*Pena - Detenção, de seis meses a um ano, ou multa."*

Muitos doutrinadores passaram a defender, a partir daí, a parcial revogação do artigo contravençional, sustentando que o novo diploma tratara de forma integral a conduta em análise, já que, em seu art. 162, inc. I, cuidando também da direção inabilitada aparentemente regular de veículo automotor, tomou-a como mera infração administrativa.

"Art. 162 - Dirigir veículo:

*I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir:*

*Infração gravíssima.*

*Penalidade - multa (três vezes) e apreensão do veículo."*

Precipitada, no entanto, tal conclusão. A mera adição de um elemento de censura a uma figura típica contravençional, erigindo-a à categoria de crime, não autoriza a derrogação ora em apreço.

O fato de o novo código estabelecer punição administrativa à conduta não a destitui de seu caráter delitivo. De lembrar que, anteriormente, na hipótese de falta de habilitação, já havia punição dessa natureza (art. 89, I, do revogado Código Nacional de Trânsito de 1966), não obstante a sanção criminal.

Ademais, o apenamento diverso, conforme o comportamento do infrator, em situações fáticas iguais, não é inovação em nossa legislação penal, v.g., artigos (21 da LCP 129 do CP, e 29 da LCP e 256 do CP).

Constata-se, com base na lição de **Fernando de Almeida Pedrosa**<sup>(1)</sup>, que entre os arts. 309 do CTB e 32 da LCP há relação de especialidade à medida que o dispositivo da nova lei, quando em confronto com o delito contravençional, apresenta os mesmos elementos descritivos e circunstâncias essenciais, adicionadas, porém, de um caráter — gerando perigo de dano — denominado elemento especializante.

Por outro lado, não é razoável supor que o legislador, no combate aos acidentes viários em nosso país, tivesse descriminalizado essa conduta num contexto em que mesmo os habilitados cometem atrocidades.

Sem contar o quão desproporcional seria desconsiderar o ato do inabilitado, se praticado de maneira aparentemente regular, mas punir, com fulcro no art. 310 do CTB, aquele que lhe confiara o veículo, independentemente do resultado.

"Art. 310 - Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

*Penas: detenção, de seis meses a um ano, ou multa."*

Ainda que o Código, em seu primeiro artigo, tenha reservado a si o disciplinamento do trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional abertas à circulação, "não pretendeu ser exaustivo, tipificando todos os crimes na direção de veículos automotores."

"Assim, se alguém, por dolo direto ou indireto, utilizando-se de um automóvel,

atropelar alguém, ferindo-o ou matando-o, continuam aplicáveis as normas do Código Penal, atinentes ao homicídio ou lesão corporal dolosa. Pretendesse o Código tipificar todas as infrações cometidas com veículo automotor e teria previsto também esses delitos. Não o fez, porque desnecessário fazê-lo. Afinal, sua natureza principal é de lei administrativa e só excepcionalmente, completando a legislação penal, dispôs sobre normas desse matiz. Por isso, ao criar novos tipos penais, tomou em consideração as condutas mais frequentes que mereçam ser destacadas por seu desvalor" (TACRIM/SP, Apelação Criminal nº 1.098.739/3. rel. juiz **Figueiredo Gonçalves**, DOE 24.11.98, p. 34).

Não é demais trazer à colação decisão do Colendo Superior Tribunal Justiça nessa esteira:

"Penal. Recurso em Habeas Corpus. Contravenção.

Art. 32 da LCP.

1. A ação do agente consubstanciada em dirigir sem habilitação mostra-se suficiente à configuração da contravenção prevista no artigo 32 da Lei das Contravenções Penais.

2. Ademais, o perigo verifica-se no próprio ato de conduzir o veículo sem habilitação, resultando em ameaça à incolumidade pública.

3. Recurso improvido" (Recurso em Habeas Corpus nº 6.557, São Paulo, relator ministro **Fernando Gonçalves**, julgado em 18.06.98, DJU 03.08.98, p. 323).

Se ao elaborar o novo código fê-lo o legislador atendendo às expectativas sociais, tendo como paradigma a experiência internacional, não retirou da direção inabilitada aparentemente regular sua condição de delito. São dois atos contrapostos.

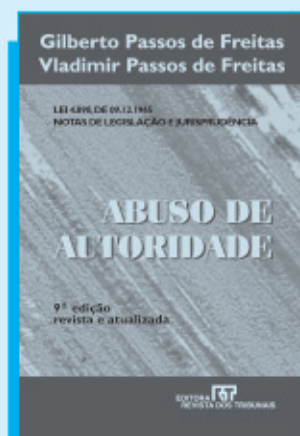
"O legislador escalonou a reprovabilidade da direção de veículos sem a devida habilitação, segundo o grau de proximidade relativamente ao bem jurídico tutelado: se distante, contravenção; se próximo, crime; por outras palavras, quando se verificar hipótese de perigo difuso ou indireto, configurada estará a infração contravençional; quando se verificar hipótese de perigo próximo ou imediato, corporificado estará o crime" (TACRIM/SP, Habeas Corpus, nº 327.844/0, rel. juiz **Corrêa de Moraes**, DOE 24.11.98, p. 36).

## NOTA

<sup>(1)</sup> "Crimes de Trânsito" in Revista dos Tribunais, Volume 750/507-509.

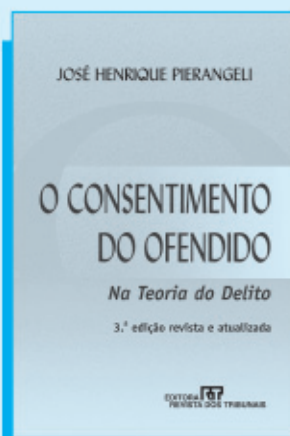
O autor é estudante do 10º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

# Editora Revista dos Tribunais



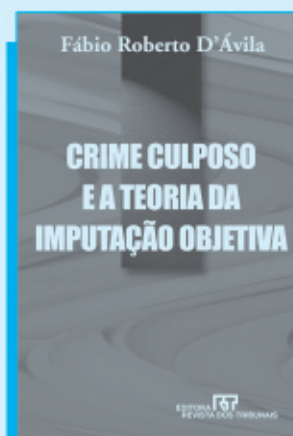
cód. 002090  
**200 páginas**  
**R\$ 31,00**

Utilizando-se de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, os autores proporcionam uma visão clara das regras de direito substantivo e de natureza adjetiva, inseridas na Lei 4.898/65, que disciplinou o direito de representação nos casos de abuso de autoridade. Nesta edição foram revistas as idéias referentes ao conceito de autoridade, previsto no artigo 5.º da Lei 4.898/65, a pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública, ampliando o tratamento antes dispensado a estes temas.



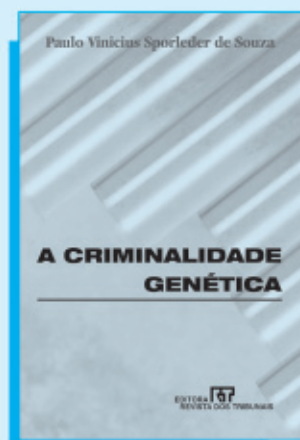
cód. 002056  
**284 páginas**  
**R\$ 42,00**

Devidamente atualizada, esta obra inicia com exposições acerca da teoria do delito, suas noções básicas e aspectos mais relevantes, para então alcançar a teoria do consentimento. Analisa temas como o consentimento do ofendido nos delitos culposos, o "acordo" como causa de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade, a incapacidade natural do consentiente, o consentimento putativo e a questão do consentimento nos tratamentos médicos e médico-cirúrgicos.



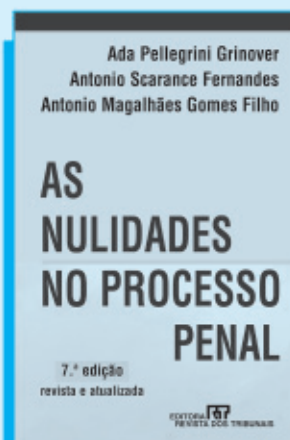
cód. 002087  
**148 páginas**  
**R\$ 23,00**

A análise da causalidade natural na estrutura do fato típico inicia a obra. A seguir, o autor aborda o tipo objetivo na negligência penal, relacionando os elementos da estrutura típica tradicional com as inovações sistêmicas da teoria da imputação objetiva do resultado. Examina a culpabilidade na estrutura do crime, mediante análise de seus elementos, apontando particularidades, pontos controvertidos e fundamentos, procurando tomar posição de acordo com ditames da dogmática penal contemporânea.



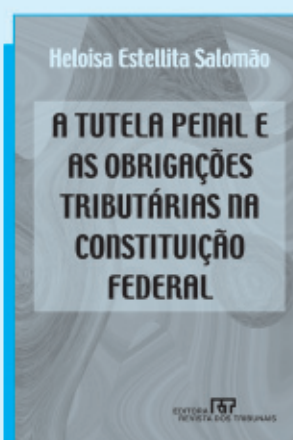
cód. 002078  
**156 páginas**  
**R\$ 24,00**

Com linguagem fluente, sem rebuscamentos e evitando o emprego de terminologia estritamente técnica, a presente obra descreve as modernas técnicas de genética, questiona a atual função do Direito Penal, bem como os critérios que foram observados pelo legislador no que se refere à regulamentação penal das genotecnologias. Por fim, analisa, sob um enfoque predominantemente biológico, os diversos estudos relacionados à influência biológica na conduta desviante, as bases genéticas no transtorno antissocial de personalidade e o impacto do Projeto Genoma Humano sobre a culpabilidade penal.



cód. 002072  
**318 páginas**  
**R\$ 43,00**

Partindo de uma visão unitária do fenômeno processual, abrange temas como jurisdição e competência, condições da ação e condições de procedibilidade, o direito de defesa, processo e procedimento, provas ilícitas, interceptações e gravações. Trata, ainda, da prisão cautelar, da liberdade provisória e da execução penal. Tornando as pesquisas mais ágeis e fáceis, foram suprimidas as notas de rodapé, inserindo-se, em caracteres menores, no mesmo texto, observações laterais – inclusive as referências jurisprudenciais – e indicando, após cada capítulo, a bibliografia empregada para redigi-lo.



cód. 002098  
**236 páginas**  
**R\$ 36,00**

Buscando estreitar as relações entre Constituição Federal e Direito Penal surgiu a presente obra, na qual a autora investiga as consequências, em seara bastante específica, de uma penetração axiológica da Constituição no sistema penal, circunscrevendo-se ao papel e às funções das obrigações tributárias no seio da tutela penal. Cuida da relevância penal do sistema tributário constitucional, apresenta, uma análise dos tipos incriminadores descritos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, além de considerações sobre a reforma operada no Código Penal pela Lei 9.714/98, que ampliou a aplicabilidade e as espécies de penas restritivas de direitos.

**EDITORIA RT**  
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

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

Visite a nova Livraria RT Virtual: [www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)  
A mais completa livraria jurídica do país, agora também na web.

Av. Tiradentes, 1.817  
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001  
• Telefax: (11) 4024-2388  
• [rtitu@livrariart.com.br](mailto: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](mailto:rtrio@livrariart.com.br)

**livraria**  
**RT**

Rua Vicente Machado, 84 • loja 1  
Curitiba • SP • CEP 80420-000  
• Telefax: (11) 323-2711  
• [rtcuritiba@livrariart.com.br](mailto:rtcuritiba@livrariart.com.br)