



I SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais e da Academia
Brasileira de Direito Tributário

Coordenação: Maurício Zanoide
de Moraes, Sérgio Rosenthal e
Dejalma de Campos

29.03.00 - quarta-feira

Palestra: Os Crimes Contra a
Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90 -
arts. 1º e 2º) e o Crime de
Apropriação Indébita de
Contribuições Previdenciárias
(Lei nº 8.212/91 - art. 95)

Palestrante: Dr. Vicente Greco Filho
(São Paulo)

Palestra: A Extinção da Punibilidade
Pelo Pagamento do Tributo e a
Questão do Parcelamento do Débito
(Lei nº 9.249/95, art. 34) - A Extinção
do Crédito Tributário (arts. 156/174 do
CTN) - A Exclusão do Crédito Tributário
(arts. 175/182 do CTN).

Palestrante: Dr. Celso Ribeiro Bastos
(São Paulo)

30.03.00 - quinta-feira

Palestra: O Término do Procedimento
Administrativo Como Condição de
Procedibilidade Para o Início da Ação
Penal - A Constituição do Crédito
Tributário (arts. 142/150 do CTN) -
O Lançamento (arts. 142/146 do CTN)
- A Suspensão do Crédito Tributário
(arts. 151/155 do CTN).

Palestrante: Edvaldo Brito
(São Paulo)

31.03.00 - sexta-feira

Palestra: A Denúncia Genérica nos
Crimes Contra a Ordem Tributária
(artigo 11 da Lei nº 8.137/90),
A Responsabilidade Objetiva,
e Os Requisitos Essenciais do
Artigo 41 do CPP.

Palestrante: Min. Luiz Vicente
Cernicchiaro (Brasília)

Horário: 18h30 às 21h30

Local: Auditório do
Hotel Panamericano -

Rua Augusta, 778

Organização:

IBCCRIM e ABDT

Valores:

R\$120,00

(Profissional Não-Sócio)

R\$ 90,00

(Profissional Sócio)

R\$ 60,00

(Estudante Não-Sócio)

R\$ 40,00

(Estudante Sócio)

Reforma Penal e Processual Penal

O diagnóstico preliminar permitiu apreender melhor a realidade brasileira, de forma a justificar uma total inversão do processo de elaboração legislativa pertinente ao sistema punitivo. Com essa mudança de percepção, as questões atinentes a esse sistema devem ser confrontadas com os dados recolhidos para só então justificar novas normações ou reformulação de leis já existentes. O diagnóstico preliminar confirmou, de forma inequívoca, que o atual quadro societário não tem condições de sofrer mudanças significativas, sem uma efetiva intervenção estatal, em nível de políticas públicas de caráter social, quase todas elas de baixo custo econômico, mas de enormes benefícios principalmente em matéria de redução da violência. De uma vez por todas, é mister tam-

bém que se repila, com coragem, a idéia de que a legislação penal, processual penal, de execução penal e de menores, esteja dotada de um poder mágico idôneo a transformar a realidade social e a fazer cessar o clima de intranquilidade individual ou coletiva que perturba a população brasileira. Por outro lado, nenhuma legislação, por mais perfeita ou completa que seja, terá operacionalidade transformadora se seus operadores continuarem a atuar com uma visão compartimentada, corporativa, ou mesmo cartorial. Sem a presença crítica e criativa, despida de preconceitos, daqueles que instrumentam a legislação, pouco ou nada terá efeito sobre a dolorosa situação social. A exigência de interação constitui, portanto, a pedra de toque sinalizadora de grandes mudanças no tratamento das questões atinentes ao sistema judicial criminal. Vale, por fim, enfatizar que medidas de curto prazo não são mais capazes de minimizar a grave problemática do referido sistema, que não se acomoda mais a posturas pontuais destinadas a responder pressões dos meios de comunicação social politicamente empolgados. Todas as providências, nas diversas áreas da atividade estatal, devem obe-

decer a uma programação coordenada e a uma atuação conjugada para que possam, a médio prazo, produzir efeitos representativos. Qualquer outro posicionamento, nessa matéria, seria sem dúvida vender ilusões à população brasileira, o que não seria condizente com a responsabilidade dos que subscrevem este documento.

Assim, guardam pertinência as seguintes propostas:

1 - A reocupação, pelo Estado, nas periferias das grandes cidades, das áreas abandonadas pelo poder estatal e a implementação de políticas públicas, na área social, redutoras da violência e da criminalidade. O vazio provocado pela ausência do Estado tem aberto campo à prática de atos de violência, sobretudo, por parte da população jovem, frustrada na falta de

perspectiva de ingresso no mercado de trabalho, vulnerável a atividades criminosas e desprovida de qualquer tipo de lazer. Além de aproximar-se dos grupos comunitários organizados nessas áreas geográficas, mobilizando-os para uma adequada reestruturação do espaço público, é tarefa do Estado colocar os equipamentos estatais, sobretudo, as escolas públicas à disposição das comunidades fora dos horários curriculares e promover um amplo programa destinado à criação de áreas de lazer.

2 - Criação de um modelo nacional de trata-

mento, estruturação e apresentação de dados criminais, para utilização nas áreas federal e estadual, de forma a ensinar, mercê da transparência e articulação desses dados, aos responsáveis pela justiça e pela segurança, diretrizes fundamentais para um sistema de justiça criminal, moderno e eficiente. É realmente impossível, com os dados atualmente disponíveis, articular corretamente uma política adequada nesses setores.

3 - A criação de mecanismos que permitam integrar as Polícias, Civil e Militar. Não é mais tolerável a carência de entrosamento ➔

"De uma vez por todas, é mister também que se repila, com coragem, a idéia de que a legislação penal, processual penal, de execução penal e de menores, esteja dotada de um poder mágico idôneo a transformar a realidade social e a fazer cessar o clima de intranquilidade individual ou coletiva que perturba a população brasileira."

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Março/2000 - n° 88

- Reforma Penal e Processual Penal 01
- A (Ir) Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno
- Pedro Krebs 03
- Inquérito Policial e Falta de Prevenção
- Bismael B. Moraes 05
- Globalização do Crime
- Roque de Brito Alves 06
- Seios e Liberdade
- Cláudio Dell'Orto 07
- Polícia Judiciária: Persecução Penal, Defesa e Sigilo
- Antonio José F. de S. Pêcego 09
- A Decisão Desconstitutiva do Crédito Tributário e a Ação Penal
- Luciano Feldens e Douglas Fischer 10
- Atualidade da Teoria dos Elementos Negativos do Tipo
- Paulo Queiroz 11
- Por Que Com os Delegados é Diferente?
- Roberto Podval 12
- Nova Tipificação da Lavagem de Capitais no Uruguai
- Raúl Cervini 13
- Uma Nova Seção no Boletim
- Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM 14
- Retenção do Passaporte do Acusado: Constrangimento Ilegal
- Alberto Zacharias Toron 15

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz: O Ministério Público é Legitimado Ativo Para Requerer o Sequestro de Bens dos Autores de Crimes Contra a Ordem Tributária
- Francisco Bissoli Filho e Rudson Marcos 427
- Supremo Tribunal Federal 430
- Superior Tribunal de Justiça 431
- Tribunal Regional Federal 432
- Tribunal de Justiça 433
- Tribunal de Alçada Criminal 434

dessas instituições na medida em que ambas realizam atividades superpostas que objetivam igual finalidade: a prevenção e a repressão das atividades criminosas. A inaceitável separação operacional das duas polícias dá ensejo à duplicidade de atos policiais, à criação de um clima de rivalidade e ao desperdício de recursos públicos. Além disso, tem permitido, em face da má remuneração dos integrantes dessas corporações, o estímulo à polícia privada, composta por pessoas despreparadas para esse mister, aumentando-se, assim, de forma espantosa, o número de portadores de armas, sem qualificação para seu uso.

4 - Imediato reequipamento do aparelhamento penitenciário nacional, evitando-se, mediante uma política devidamente programada, a formação de nós de estrangulamento no sistema, como ocorre, na atualidade, com a existência de um número avultado de estabelecimentos prisionais fechados sem correspondência com o número de estabelecimentos semi-abertos. Com isso, o regime prisional não tem condições de aplicabilidade para efeito de progressão e fecha oportunidade de vagas para condenados em regime semi-aberto. Tal situação em relação a presos com escassos recursos financeiros — que constitui a maioria da população carcerária — possibilita sua permanência em regime fechado quando já poderiam progredir para regime mais favorável e isto motiva a criação de tensões muito fortes que, não raro, explodem, em revoltas e em mortes nos equipamentos prisionais. Por outro lado, no tocante a presos mais privilegiados — com eficiente cobertura defensiva — surge a possibilidade de obtenção de regime mais favorável e consequente liberdade, fomentando-se, assim, a idéia da impunidade.

5 - O chamamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia, em nível federal e estadual, para a implementação de uma política de articulação entre as escolas de preparação de magistrados, de promotores públicos e de delegados de polícia, de forma a possibilitar a tais operadores o exame em conjunto da atual situação do sistema de justiça criminal, interagindo-os em suas atividades e preparando-os para uma atuação criativa e crítica no contexto social e para o atendimento da população de que são servidores.

6 - Convocação dos meios de comunicação social e das universidades, em todos os níveis, para que o sistema de justiça criminal possa ser submetido a uma análise em profundidade a partir da realidade apresentada. A discussão dessa problemática permitirá, sem emocionalismos nem dramatizações, a

busca e o encontro de possíveis equacionamentos.

7 - A reordenação do sistema de penas como tarefa legislativa inicial a partir da qual se tornará possível tanto uma reforma abrangente da Parte Especial do Código Penal e do Código de Processo Penal, diplomas legais atacados de anquilose e inapropriados para dar eficácia à justiça criminal, como uma reforma menos abrangente das legislações mais recentes, como a Lei de Execução Penal (tempo de permanência em cada fase do regime progressivo, punição por faltas disciplinares, atividades das comissões técnicas de avaliação, remição, trabalho do preso, etc.) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (aumento do tempo de internação de menores em relação a atos infracionais extremamente graves) para livrá-los de questões que não dizem respeito à estrutura moderna desses ordenamentos jurídicos. Além disso, é necessário que se tome uma posição clara e definitiva sobre a incorporação da vasta legislação extravagante no Código Penal ou sobre sua eventual consolidação, mantido ou não o mesmo sistema de penas.

"Medidas de curto prazo não são mais capazes de minimizar a grave problemática do referido sistema, que não se acomoda mais a posturas pontuais destinadas a responder pressões por meios de comunicação social politicamente empolgados."

8 - As penas restritivas de direitos, sobretudo a pena de prestação de serviços à comunidade, podem ser operacionalizadas e efetivadas enquanto se implementa a reformulação geral no campo penal e processual penal. Tais penas mostram-se, a curto prazo mais factíveis, com a adoção de algumas adequadas medidas.

9 - A criação da Defensoria Pública, em face de deficiências notórias na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados.

10 - Assistência ao egresso e ao liberando, em face da carência absoluta de equipamentos com tal finalidade, máxime para os que não dispõem de relacionamentos, em nível familiar.

11 - A formulação de projeto de lei ordinária para a explicitação das hipóteses em que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. As questões práticas decorrentes da aplicação do inciso LVIII, do art. 5º da Constituição Federal têm acarretado graves consequências à liberdade de pessoas injustamente presas, por equívocos decorrentes do processo identificatório.

Primeiras Propostas do Grupo de Trabalho Especial do Ministério da Justiça Para o Aperfeiçoamento do Sistema Penal — O texto integral do diagnóstico preliminar e das propostas do Grupo de Trabalho será publicado na IBCCRIM n° 30.

Coordenador: Miguel Reale Jr.

A (Ir) Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno

PEDRO KREBS

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), em seu art. 3º, inovou a Ciência Penal ao atribuir à pessoa jurídica a possibilidade desta se caracterizar como sujeito ativo de crime. Referida hipótese, qual seja, a de os entes coletivos poderem praticar crimes, tem sido, atualmente, alvo de severas críticas e elogios, evidenciando, assim, a polémica que o tema encerra⁽¹⁾.

O presente estudo, entretanto, não se preocupará com este embate especificamente. Partiremos, assim, do pressuposto de que é possível a imputação penal das pessoas jurídicas. A polémica que aqui tentaremos analisar é a respeito da possibilidade (ou não) de as pessoas jurídicas de Direito Público Interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) serem alvos das sanções previstas nos arts. 21 e seguintes da referida lei (penas de multa, restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade).

Ao analisarmos esta questão, podemos constatar que vários autores se posicionaram a respeito da possibilidade de os entes públicos serem punidos criminalmente por seus atos socialmente lesivos.

É assim que se manifesta, por exemplo, **Silvina Bacigalupo**⁽²⁾, ao comentar que *"Estas cuestiones ponen de manifiesto la necesidad de poder imponer sanciones, por ejemplo referidas a los delitos contra el medio ambiente, también a ciertas personas jurídicas de Derecho Público"*⁽³⁾. Na literatura brasileira, **Walter Rothenburg**⁽⁴⁾ sustenta idêntico raciocínio, ao afirmar que *"Todavía, as pessoas jurídicas de Direito Público não devem ter negada a sujeição criminal ativa por princípio"*⁽⁵⁾.

O fundamento para tal interpretação decorre do entendimento de a pessoa jurídica ser **igual** sempre, independentemente da sua natureza jurídica⁽⁶⁾.

Data maxima venia, mas não podemos concordar com tal entendimento deveras simplista.

É que, salvo melhor juízo, as pessoas jurídicas de Direito Público Interno **não** são iguais às de Direito Privado⁽⁷⁾. A diferença entre ambas, além de flagrante, é abissal. Em verdade, não é equívoco afirmar que é mais fácil reconhecer **diferenças** entre elas ao invés da **igualdade** pretendida. Assim sendo, ousamos discordar daqueles que afirmam ser possível a punição das pessoas jurídicas de Direito Público Interno pelo simples fato de serem também **pessoas jurídicas**, atestando carecer de importância a natureza jurídica que lhes é imposta.

Neste sentido, não podemos acatar o entendimento de que a irresponsabilidade penal do ente público acarretaria em uma **violação do princípio da igualdade**. As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são distintas — senão em tudo — em vários aspectos das de Direito Privado. Ora, em sendo distintas, é possível (ou, no mínimo, necessário) efetivar um tratamento desigual entre elas.

Sob este prisma, no tocante ao correto entendimento do princípio da igualdade, **Canotilho**, mencionado por **Maren Guimarães Taborda**⁽⁸⁾, ensina-nos que somente haverá uma violação do princípio da igualdade se eventual discriminação estiver sedimentada em um **fundamento**

que não seja sério, ou se não apresentar **um sentido legítimo** ou **sem um fundamento no mínimo razoável**.

Quanto ao primeiro aspecto, a efetivação de eventuais distinções entre pessoas jurídicas públicas e privadas está longe de ser um fundamento que não seja sério. Em verdade, parece-nos estar presente a falta de integridade naqueles argumentos que objetivam traduzir uma suposta "igualdade" que, sabidamente, inexistente.

De igual forma, tal distinção é decorrente de uma aspiração legítima. As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são criadas no sentido de fazer valer os anseios de um povo. Sem elas, haveria uma centralização de atribuições numa só pessoa o que dificilmente permitiria uma correta atuação dos representantes da Nação.

Por fim, podemos concluir que é razoável esta prerrogativa. Ora, se em questões **patrimoniais** (leia-se: demandas **cíveis**) sempre existiu uma quebra do princípio de igualdade a favor dos entes públicos⁽⁹⁾, o que não dizer quando utilizamos esta distinção — público *versus* privado — para fins **penais**, onde a responsabilização deve ser entendida como mais restrita!

Assim sendo, é de se entender como incabível a alegação de que os entes públicos podem ser punidos criminalmente porque, caso contrário, restaria por violado o princípio da igualdade.

Contrário a esta posição deveras singela, está, entre nós, o brilhante penalista **Sérgio Salomão Shecaira**⁽¹⁰⁾, que, após analisar os vários argumentos existentes, afirma que o mais convincente é o de que o Estado, sendo o titular do *jus puniendi*, não poderia pretender punir a si próprio⁽¹¹⁾. Isto porque as pessoas jurídicas de Direito Público Interno acabam por se confundir com o próprio Estado⁽¹²⁾.

No Direito comparado, a favor da exclusão dos entes públicos, temos, do ponto de vista legislativo, o Código Penal francês que, além de ter reconhecido, de forma expressa, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, acabou por excepcionar o Estado. Ao comentar tal opção legislativa, assim leciona **Miguel Carmona Ruano**⁽¹³⁾, que, em outras palavras, afirma o entendimento de **Shecaira**: *"La cuestión, sin embargo, no puede eludir-se. Si toda sanción es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, que es quien tiene la capacidad primaria de sanción — aunque se haya delegado su ejercicio o incluso en parte su regulación normativa en Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales — no cabe duda de que el ejercicio de tal potestad punitiva sobre el propio ente público resulta un contrasentido difícilmente soportable. Y tan Estado es la Administración Estatal como la Administración Autonómica o Local, al ser en sí misma la Administración una mera técnica de personificación que permite el tráfico jurídico del ente público (...). Por eso el Código Penal francés, en el art. 121-2, cuando establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluye de ella expresamente al Estado"*⁽¹⁴⁾.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência estrangeira⁽¹⁵⁾ também assim tem sustentado⁽¹⁶⁾: a) no primeiro caso, o Ministério Público — denominado de *Ministerio Fiscal* — processou criminalmente o Município de Voorburg. É que um

servidor, responsável pela manutenção de parques, destruiu vários ninhos de garças, uma vez que as mesmas estariam contaminando o local, violando, assim, a lei de proteção aos pássaros. Decidiu o Tribunal Supremo que *"el tribunal de instancia habría debido declarar inadmissible la acusación del Ministerio Fiscal, porque se trataba, primero, de un órgano público en sel sentido del Capítulo 7 de la Constitución (autoridad pública) y, segundo, encargado de garantizar la buena gestión de los parques como obligación administrativa de su competencia"*⁽¹⁷⁾; b) em outro caso, o Ministério Público denunciou o próprio Estado — em verdade, foi contra o Ministério da Defesa — pela violação do art. 14, da lei de proteção do solo, por contaminação de querosene no Aeroporto Militar de Volkel. O Tribunal Supremo assim declarou: *"6.1. Se debe observar, como punto de partida, que los actos del Estado se suponen dirigidos a la defensa del interés general. El Estado puede preocuparse, por ley y reglamentación, administración, comportamientos de hecho o de cualquier otro modo, de todas las cuestiones. 6.2. Por los actos del Estado, los ministros y los secretarios generales deben, de manera general, rendir cuentas al Parlamento. Pueden además ser procesados penalmente por malversaciones y cohecho y juzgados sobre la base de los artículos 483 y siguientes CPP. 6.3. Este sistema no es suficiente para que el Estado mismo pueda ser considerado penalmente responsable de sus actos. 6.4. Lo que precede tiene como consecuencia que el tribunal habría debido declarar inadmisibles los procesamiento emprendidos por el Ministerio Fiscal"*⁽¹⁸⁾.

No tocante à legislação pátria, a Lei dos Crimes Ambientais não tratou de excluir ou tratar diferentemente as pessoas jurídicas. Entretanto, ao compulsarmos a Lei nº 9.605/98, podemos constatar a ocorrência de uma certa incompatibilidade para com sua aplicação aos entes públicos. Veja-se, por exemplo, algumas das sanções que são impostas às pessoas jurídicas (art. 21): a) pena de **multa** (art. 21, I). Ora, seria concebível impor uma **pena** pecuniária a um réu que salda seus débitos através de **precatório**? É isso que se espera de uma resposta penal? Teria cabimento retirar-se recursos (que já são extremamente limitados) da saúde, educação, segurança, para pagar uma **pena**? É óbvio que não! Cabe, outrossim, salientar que **pena de multa** não se confunde com a condenação de pagamento em dinheiro prevista na ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 3º). Esta tem outro objetivo, qual seja, o caráter **indenizatório**, reparatório do dano, que em nada se identifica com as metas de uma sanção **penal**; b) restritiva de direitos (art. 21, II), na modalidade de *"proibição de contratar com o Poder Público"* (art. 22, III), ou de prestação de serviços à comunidade (art. 21, III), nas modalidades *"manutenção de espaços públicos"* (art. 23, III), ou *"contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas"* (art. 23, IV). Ora, denota-se, pois, que o legislador figurou o Poder Público como aquele que sofre o favor da pena. Descabe, pois, imaginarmos que aquele a quem o legislador consagrou os benefícios da sanção pudesse ser também autor de um delito!

É, nesse sentido, como afirma **Fernando de Costa Tourinho Filho**⁽¹⁹⁾, que conclui-



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



mos ter o art. 3º, da Lei nº 9.605/98, determinado apenas a possibilidade de a lei ser aplicada a empresas particulares, alheias ao Poder Público.

Outro aspecto que merece destaque, embora não impeça propriamente a condenação dos entes públicos, é a questão da competência para processar e julgar os crimes praticados pelas pessoas jurídicas previstas no art. 14, do Código Civil. Suponhamos, por exemplo, que o Estado do Rio Grande do Sul estivesse sendo processado criminalmente pela prática de crime ambiental. Pergunta-se: qual o juízo competente? Uma das Varas dos Feitos da Fazenda Pública (COJE, art. 84, V)? É óbvio que não, eis que estas julgam apenas questões de ordem patrimonial. O Pleno do Tribunal de Justiça? Não acreditamos nesta hipótese por duplo fundamento: primeiro, porque o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul estaria julgando a si próprio (o Poder Judiciário também é Estado!); segundo, porque se o chefe dos Poderes Executivo e Judiciário estaduais são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a), o que não dizer da própria pessoa jurídica que eles representam!

Pelo que fora dito, concluímos estarem as pessoas jurídicas de Direito Público Interno imunes à ação penal, devendo eventual demanda ser dirigida contra a pessoa física do agente apenas, sob pena de cairmos numa espécie inconcebível de autoflagelo. Diga-se **imunes** porque, em verdade, é possível a prática de um fato típico e antijurídico por parte de um ente público. O que ocorre, no caso, é a impossibilidade de o mesmo ser processado. Saliente-se, outrossim, que tal conclusão não se apresenta como uma total **novidade**. Sempre que tratamos de pessoas — sejam físicas ou jurídicas — que exercem uma função política, a imunidade, em verdade, é necessária. É o caso, por exemplo, no Direito brasileiro, da imunidade diplomática e parlamentar, e, no Direito comparado, da imunidade do príncipe (Constituição Espanhola, art. 56.3: "*La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*").

Por todo o exposto, podemos concluir que as pessoas jurídicas de Direito Público Interno (Código Civil, art. 14 e incisos — União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estão imunes à ação penal pelos seguintes motivos: a) não há quebra do princípio da isonomia eis que as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, em verdade, são totalmente distintas dos entes coletivos privados; b) o Estado, em sendo o titular do *jus puniendi*, não pode pedir o reconhecimento de um direito contra si próprio. Tal procedimento acarretaria em uma verdadeira confusão de partes no processo (aquele que pede o reconhecimento e a aplicação de um suposto direito seu seria o mesmo que aquele contra quem se pede), fato este que, de igual forma, acabaria por violar o art. 18, da Constituição Federal; c) por consequência, eventual demanda criminal, se for o caso, deverá ser redirecionada contra a pessoa física do agente público apenas (governador, ministro de Estado, etc.).

NOTAS

- (1) Para tanto, ver o resumo das posições doutrinárias a respeito do tema no artigo de **Carvalho, Ivan Lira de**, "*A Empresa e o Meio Ambiente*", in *Revista da AJURIS*, nº 74, nov/98, pp. 36-37.
- (2) "*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*", Barcelona, Bosch, 1998.
- (3) *Op. cit.*, p. 374.
- (4) "*A Pessoa Jurídica Criminosa - Estudo Sobre a Sujeição Criminal Ativa da Pessoa Jurídica*", Curitiba, Juruá, 1997.

(5) *Op. cit.*, p. 212.

(6) "*De lo contrario, se cometería un tratamiento desigual difícil de justificar*" (**Bacigalupo, Silvina**, *op. cit.*, p. 374). "*A autonomia decorrente da personalidade que o Direito lhes outorga é semelhante a das pessoas jurídicas de Direito Privado. Consequentemente, condutas faticamente realizadas por seres humanos na qualidade de órgãos ('presentantes') devem ser creditadas ao próprio ente coletivo*" (**Rothenburg, Walter**, *op. cit.*, p. 212).

(7) Em verdade, podemos afirmar que a própria vontade criadora, germe dos entes coletivos, é distinta. Para tanto, basta ver que, no caso das pessoas jurídicas de Direito Público Interno, é a Constituição Federal (no caso da CF/88: art. 18, *caput*) quem as **cria**, através do poder constituinte originário concedido ao Parlamento, onde resta traduzida a vontade de um povo, que em nada se identifica com aquele convergente direcionamento psicológico ensejador da criação de uma empresa privada através da pessoa dos sócios.

(8) "*O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: Conteúdo, Alcance e Direções*", in *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, UNISINOS, v. 30, 1997, p. 130.

(9) Apenas **alguns** exemplos dentre vários: o procedimento especial da execução fiscal — Lei nº 6.830/80 —, o procedimento distinto da execução contra a Fazenda Pública — CPC, arts. 730 e seguinte —, o pagamento por precatórios — CF, art. 100 —, os prazos processuais privilegiados — CPC, art. 188 —, o juízo privativo — Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, art. 84, V —, a disciplina da tutela antecipada contra a Fazenda Pública — Lei nº 9.494/97, art. 10 —, etc.

(10) "*Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - De Acordo com a Lei nº 9.605/98*", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

(11) *Op. cit.*, p. 144. **Rothenburg, Walter**, que acredita ser possível a punição dos entes públicos, afirma a estranhíssima situação que adviria deste procedimento: "*Admitida a capacidade criminal das pessoas jurídicas de Direito Público, em particular o próprio Estado, teremos uma interessante configuração dos papéis assumidos pelos órgãos públicos (oficiais) envolvidos no processo judiciário. O Estado estará, como de ordinário, encarregado da investigação (Polícia), da persecução/acusação (Ministério Público), do julgamento (Magistratura), e também ao Estado incumbirá a sua defesa — através da Procuradoria/Advocacia Geral (à medida que cabe privativamente a ela a defesa judicial e extrajudicial dos interesses do Estado)*", (*op. cit.*, p. 215).

(12) É que, segundo a melhor doutrina, **Estado** é o "*todo, ou seja, o complexo constituído da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional*" (**Silva, José Afonso**, "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", São Paulo, Malheiros, 1992, p. 431).

(13) "*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*", in "*Empresas y Derecho Penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial*", Madrid, 1999, pp. 272-329).

(14) *Op. cit.*, p. 328.

(15) Tribunal Supremo da Holanda.

(16) Coletânea jurisprudencial obtida no artigo da lavra do prof. dr. **J. A. E. Vervaele**. "*La Responsabilidad Penal de y en el Seno de la Persona Jurídica en Holanda. Matrimonio Entre Pragmatismo y Dogmática Jurídica*", in "*Revista de Derecho Penal y Criminología*", Universidad Nacional de Educación a Distancia - Facultad de Derecho, 1998, pp. 153-184.

(17) *Op. cit.*, pp. 178-179.

(18) *Op. cit.*, pp. 179-180.

(19) "*Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*", in *Boletim Informativo Saraiva*, Ano 7, Número 2, Ago/98, p. 12.

O autor é professor de Direito Penal da UNISINOS/RS, na Escola Superior da Magistratura (AJURIS), especializando em Direito Penal na UFRGS e procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Inquérito Policial e Falta de Prevenção

BISMAEL B. MORAES

Todo povo tem sua história e suas realidades. E não pode dizer-se racional o ser humano que pretenda dar lições do que não aprendeu. Isso vem a propósito de algumas indagações que, neste momento, se fazem oportunas. Será que por trás do discurso de desprezo ao inquérito policial, tentando mostrá-lo aos menos avisados como entrave à celeridade da justiça, não se esconde boa dose de desconhecimento jurídico e de preconceito em relação à Polícia Judiciária, existente no mundo inteiro e, no Brasil, dirigida por delegados? Ou haveria, em tudo isso, algum interesse corporativo, ou qualquer outro inconfessável, mas não em benefício da sociedade, a ponto de ser "esquecido" o descaso com a segurança pública e com a falta de prevenção, causas primárias da avalanche de crimes não evitados e a serem apurados?

Seja pela sua história (e história é ciência: não mente), **desde sua criação no Direito brasileiro, em 1871**, acompanhando a separação entre a polícia e a judicatura, nascida da Revolução Francesa; **seja pela sua importância como procedimento investigatório formal**, de que é testemunho inofismável todo acervo dos nossos tribunais, em matéria penal, com os registros jurídico-forenses provando a sua imprescindibilidade, especialmente nas peças de flagrante e na apuração das infrações mais graves (homicídio, roubo, furto qualificado, estupro, etc., e, hoje, os crimes hediondos); **seja pela garantia que representa "contra apressados juízos", ou contra os riscos dos procedimentos verbais** para as garantias dos indivíduos, o **inquérito policial** deve ser melhor estudado e respeitado, evitando-se que, por eventual antipatia ou desacordo com esta ou aquela autoridade que não o elabora a contento, busquem-se modelos alienígenas, fora das realidades sócio-culturais do nosso povo.

Destarte, aquelas pessoas — incluindo autoridades de qualquer dos três Poderes do Estado e os pretensos juristas — que menosprezam o inquérito policial e até querem sua extinção, sem o estudarem em profundidade (até porque a própria escola de Direito, em todo o Brasil, por preconceito ou por outro motivo menos digno, via de regra, não se preocupou com ele) e sem alguma proposta consistente que o substitua, parecem desconhecer fatos como os seguintes:

1) Todos os países da Terra possuem polícias (embora, em alguns, nem existam Forças Armadas) e, por uma divisão histórica — que vem da Revolução Francesa, como já se frisou — há o ramo da **polícia preventiva** (uniformizada, ostensiva, para manter a ordem e evitar os crimes) e o ramo da **polícia judiciária** (investigativa, com a finalidade — hoje constitucional, entre nós, no art. 144, § 4º, da Lei Maior — de apurar as infrações penais que não foram evitadas por aquele);

2) Também, em todos os Estados do globo terrestre, os sistemas jurídicos — especialmente seus Códigos de Processo Penal — mantêm suas **polícias judiciárias**, com atribuições de investigação e apuração dos delitos, fazendo-o por intermédio de procedimentos legais próprios, afinados com a cultura dos seus povos, cada procedimento com a sua denominação; o nosso procedimento legal de apuração

das infrações penais é o **inquérito policial**;

3) Por exemplo, embora os procedimentos apuratórios tenham seus atos dirigidos ou supervisionados, em outros países, por membros do Ministério Público ou juízes de instrução, ou simples juízes, nem sempre pertencentes ao Poder Judiciário, (missões que, no Brasil, são de competência dos delegados de Polícia, no que tange ao inquérito policial), verificar-se-á, com uma breve pesquisa (e a pesquisa científica não mente), o que se segue:

a) na **República da China**, em seu Código de Processo Criminal (tradução inglesa da Câmara Municipal de Shangai), na Seção I, a partir do art. 207, que trata da persecução, começando pela "*notitia criminis*", tem-se a "*preliminary investigation*", ou seja, o procedimento da **investigação preliminar**, nos moldes do nosso inquérito policial, pois não pode haver ação penal e principalmente condenação sem os elementos sensíveis da prova;

b) na **Alemanha**, em sua Ordenação Processual Penal, existe o chamado **processo de investigação ou procedimento preparatório** ("*vorbereitendes verfahren*"), como verdadeiro inquérito, para embasar a ação penal;

c) na **Espanha**, em sua "Ley de Enjuiciamiento Criminal" (Código de Processo Penal), de 14.09.1881, modificada e atualizada por várias leis orgânicas, até 28 de dezembro de 1988, encontram-se os objetivos da **Polícia Judiciária**, nos arts. 282 e seguintes, 492 e seguintes e 786, além de inúmeros outros, verificando-se que à polícia competem as "*diligencias de prevención*" (art. 284), que são atos necessários à instrução criminal posterior;

d) na **França**, o "Code de Procédure Pénale" (Código de Processo Penal) traz a **Polícia Judiciária** no Capítulo Primeiro (arts. 12 e seguintes) e no Capítulo Segundo (art. 75), competindo-lhe "*la recherche de police*" (investigação de polícia), nos termos do art. 14, e, sob orientação do procurador da República, deverão os oficiais da PJ e seus agentes proceder à "*l'enquête préliminaire*", um procedimento apuratório preliminar, lembrando o inquérito;

e) no **México**, como ensina o professor **García Ramírez** ("*Curso de Derecho Procesal Penal*", Porrúa, 1974, p. 332), tem-se a "*averiguación previa*", etapa procedimental em que o MP pratica diligências e realiza investigações de Polícia Judiciária, verificando-se aí, sem dúvida, um verdadeiro inquérito preparatório da ação penal; e, além disso, o "*Código de Procedimientos Penales para El Distrito Federal*" (Código de Processo Penal para o DF), no Título Segundo (arts. 94 e seguintes), estabelece que, "*para comprobación del delito y de sus circunstancias*", a Polícia Judiciária deverá elaborar "*un acta*", registro de tudo que se relacione ao crime, antes da ação;

f) na **Argentina**, em seu "Codigo de Procedimientos en Materia Penal", no Título II (arts. 178 e seguintes), encontra-se o **Sumário**, ou "*Prevención del Sumario*", para "*comprovar a existência de um fato punível penalmente, reunir suas circunstâncias e descobrir seus autores*", que é de competência do juiz, mas pode, pelos arts. 184 e 185, ser objeto de intervenção da polícia nas investigações;

g) em **Portugal**, onde até recentemente o procedimento apuratório de crimes conhecia-se como **corpo de delito** ou **instrução preparatória**, o atual **Código de Processo Penal Português**, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17.02.1987, promulgado em 29.12.1987, pelo presidente **Mário Soares** e referendado pelo primeiro-ministro **Cavaco e Silva**, instituiu o **inquérito**, no Título II, Capítulo I, art. 262 e seguintes, e que é dirigido pelo MP (como o inquérito policial brasileiro é dirigido pelo delegado de Polícia), assistido pela Polícia Criminal (Polícia Judiciária portuguesa).

Logo, por esses breves registros, verifica-se que em todos os países do mundo há **procedimentos investigatórios** feitos pela **Polícia Judiciária**, embora, por vezes, dirigidos por membros do MP ou por juízes, praticando atos que, no Brasil, são de competência do delegado de Polícia (este, com base na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e em várias leis especiais), porque, se não houvesse ato probatório escrito da persecução penal, decorrente da apuração das infrações penais, a Justiça Criminal teria que se louvar apenas na palavra do policial.

Portanto, a menos que seja por ignorância, desconhecimento, preconceito ou má-fé, não se pode afirmar (sem base em pesquisa científica, pois esta não mente) que procedimentos como o **inquérito policial** só existam no Brasil e em mais dois ou três países apenas, procurando — não se sabe a que propósito — esquecer de que **a demora na prestação jurisdicional, em nosso País, não se deve àquela eficiente peça da polícia judiciária** sob a presidência do delegado de Polícia, **mas decorre, isto sim, da falta de prevenção contra o crime (prevenção social, pela falta de escola, moradia, trabalho, comida e respeito à dignidade humana, e prevenção policial, pela falta de boa seleção, de eficiente preparo, de retribuição condigna e do emprego correto dos policiais uniformizados, incumbidos do patrulhamento diuturno das ruas)**, registrando-se e tentando-se apurar, **depois** — com os prejuízos humanos, físicos, morais e materiais incontornáveis —, o que deveria ter sido evitado **antes**. Por isso, a indústria do medo e da insegurança, em crescimento constante, está auferindo fabulosos lucros econômicos, políticos e corporativos, para pessoas e órgãos públicos e privados, sempre em detrimento da população, que clama por segurança e não é atendida.

Por fim, é oportuna a ponderação do ilustre jurista **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**, professor doutor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, também digno desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **pesquisador incansável dos atos da Polícia Judiciária** entre nós: quando se diz que o **inquérito policial** só existe no Direito brasileiro, procurando elogiar procedimentos de outras terras, não será o Brasil, em matéria de investigação formal, que se acha à frente dos demais países?

O autor é mestre em Direito Processual pela USP, professor da Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra" de São Paulo e da Faculdade de Direito de Guarulhos.

Globalização do Crime

ROQUE DE BRITO ALVES

CENTRO DE ESTUDOS "JUIZ ROBERTO DA COSTA ORLANDINI"

REUNIÃO SOBRE EXECUÇÃO PENAL EM RIO CLARO — No dia 24 de março, às 9:30 horas, no Salão do Juri do Fórum da Comarca de Rio Claro, realizar-se-á palestra com o dr. **Mário Sérgio Sobrinho**, 6º promotor de Justiça Criminal do Foro Regional de Santana, Comarca da Capital e a Dra. **Nádia Baldino Romariz**, ex-diretora do Conjunto Hospitalar do Mandaqui, sobre o tema **"Prestação de Serviços à Comunidade - A Experiência do Foro Regional de Santana"**. Estão convidados juizes de Direito, advogados, promotores de Justiça, procuradores, delegados de Polícia, profissionais de Direito em geral, estagiários e demais interessados. A presença deverá ser confirmada com Cintia, pelo telefone (0xx19) 524-4722, até o dia 20.03.00.

ARTIGOS PARA O BOLETIM

Em virtude do novo lay-out do **Boletim**, todos os artigos objetivando publicação devem ser enviados em envelope contendo gravação feita em disquete 3 e utilizando processador de texto *World for Windows*, além do texto impresso ou remetido via e-mail (publicacoes@ibccrim.com.br). Solicitamos, ainda, que os artigos não ultrapassem os limites máximos de 60, 98 ou 158 linhas, em letra tamanho (corpo) 12, espaço duplo. Sua participação é fundamental. Colabore!

ASSINE A RBCCRIM 2000

Veja encarte neste Boletim. O melhor investimento para o profissional do Direito. Informações e assinaturas: Tel.: (0xx11) 3661-4008 ou www.rt.com.br

Atualmente, em nossa opinião, o crime está deixando de ser "organizado" para mais ampla e progressivamente tornar-se "globalizado", acompanhando, assim, a tendência da economia mundial e particularmente das finanças ou mercados internacionais.

Os recursos financeiros relacionados, de uma forma direta ou indireta, às atividades ilícitas, assim como as associações humanas criminosas chegaram a impressionar por sua extensão, poder, ramificações e modos de execuções puníveis, bem estruturadas (às vezes maior ou igual à estrutura do Estado), sob um profissionalismo criminoso que não admite contestações, insubordinações sob pena de terríveis vinganças pelas traições.

Sobretudo a lavagem de dinheiro, o tráfico de tóxicos, o lenocínio, a venda de armas, o contrabando, o jogo ilegal, etc., são típicos ou os mais importantes delitos produtos de tal globalização através de redes ou organizações (as máfias em sentido amplo) que movimentam milhões de dólares (400 bilhões do lucro com as drogas, em 1998, segundo a ONU) e milhares de pessoas.

Por outra parte, tem sido constatada nos últimos anos — principalmente nesta década de 1990 —, em diversas nações, a variada colaboração, a troca de informações e mesmo remessa de recursos financeiros entre tais sociedades criminosas, visível ou inegável globalização do crime do mesmo modo que as economias contemporâneas mundiais estão relacionadas, mesmo interligadas por meio dos sistemas financeiros e de comércio. Formar-se-ia, assim, uma rede global do delito, comunicando-se ou interligando-se a máfia italiana, a japonesa, a colombiana, a russa (que é bem recente depois da fragmentação da Rússia, com **Gorbachev**), inclusive com divisão de tarefas criminosas, dividindo-se regiões ou continentes e assim, por exemplo, a máfia italiana ficaria encarregada do tráfico de entorpecentes, a russa da exploração da prostituição, etc.

A tal respeito, como denominador comum, o crime globalizado dedica-se, preferencialmente, à denominada "lavagem de dinheiro", procurando transformar o dinheiro oriundo de conduta criminosas — "*dirty money*", dinheiro sujo, ilícito — em dinheiro "legal", lícito, sobretudo através de atividades comerciais mais do que transações bancárias pois, agora, em muitos países, há maior vigor ou vigilância, com normas rígidas, sobre as mesmas (assim, por exemplo, cheques de quantias vultosas devem ter explicadas a sua origem e finalidade).

Delitos bem característicos de organizações criminosas são, muitas vezes, praticados pelos denominados "cidadãos acima de qualquer suspeita" ou, pelo menos, com sua participação ou colaboração indireta ou direta, material ou psicológica. Quase sempre pertencem ou apresentam um alto *status* social, financeiro, político, não escapando, sequer, membros dos Poderes da República ou da própria polícia, o que é lamentável e pode gerar grande impunidade. União do poder político e poder financeiro com o mundo do crime.

Sob outro aspecto, em nosso entendimento, há a necessidade, para uma mais eficaz punição do crime globalizado, de reconhe-

cer-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado — sobretudo da grande empresa ou corporação multinacional, especialmente em certos delitos como os contra o meio ambiente (o que é plenamente admissível pela nossa Constituição de 1988 e pela recente Lei dos Crimes Ambientais), a economia popular e os crimes culposos.

Por outra parte, se o crime é globalizado, entendemos que somente poderá ser reprimido eficazmente com normas penais internacionais (a interna de um país não será suficiente) e também com uma Justiça Penal Internacional, como no exemplo do Tribunal Penal Internacional (sediado em Haia) que, no momento, somente julga certas espécies de delitos (contra a humanidade, genocídio, etc.) e inclusive com uma Polícia Internacional. Então, cada nação perderia um pouco de sua soberania em favor de uma luta universal mais eficaz contra a criminalidade globalizada.

Para uma mais profunda ou ampla compreensão de tal crime globalizado, uma sua explicação maior, afirmamos que é inegável existir em nossos dias uma verdadeira "neutralidade ética" ou "indiferença ética" (saliendada por alguns filósofos modernos) na atual sociedade de consumo, materialista, com a tecnocracia e a tecnologia predominantes e que são, por si mesmas, indiferentes ou desprezando a ética, pois o essencial é "como fazer" e não "por quê fazer", sem a preocupação ou distinção entre o bem e o mal, sempre com a finalidade de lucro, com o dinheiro como deus supremo.

Sob tais condições materiais, sempre o dinheiro ou o lucro a qualquer custo como o objetivo primordial, excludente dos demais, valendo, portanto, o "ter" e não o "ser", alguém "vale" pelo que "tem" e não pelo que "é", numa crise mais ética que econômica ou social.

Essa inversão de valores na vida social e individual é relevante fator ou caldo de cultura propício para a criminalidade, campo fértil para a proliferação das sociedades ou organizações criminosas, a antiga *societas sceleris* dos penalistas do Século XIX.

Em muitos países, hoje, o Estado preocupa-se em combater sob diversas formas, a criminalidade violenta pois é a que mais choca, causa temor, insegurança, terror, esquecendo-se de outra igualmente perigosa e profundamente maléfica, que é a fraudulenta, por si mesma extensa, sutil, hábil, corrupta e corruptora, quase sempre impune.

Por exemplo, em nosso país, a denominada Lei dos Crimes Hediondos de 1990 e 1994 — que, aliás, é uma lei hedionda — procura reprimir (inutilmente) a delinquência violenta (homicídio, estupro, seqüestro, etc.), não a criminalidade fraudulenta (somente a falsificação de remédios).

Afinal, atualmente, a elite está cada vez mais podre, corrupta e corruptora, enquanto o povo está cada vez mais pobre, mais excluído em um mundo globalizado em sua economia, comércio e finanças e conseqüentemente também globalizado em sua criminalidade.

O autor é advogado, doutor em Direito e professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade de Direito de Olinda.

Seios e Liberdade

CLÁUDIO DELL'ORTO

Kant concluiu que a liberdade é uma faculdade não condicionada conforme o esquema causal, mas determinada unicamente por si mesma e por isso não pode ser objeto da ciência, mas da fé. A liberdade é real, está baseada na consciência e é um postulado, ou seja um juízo indemonstrável.⁽¹⁾

Régis Jolivet sustenta que a liberdade possui um antecedente causal, que é a vontade. E conclui: *"A liberdade de fazer e de agir não é um absoluto, está limitada pela justiça e pelos direitos alheios. Deixada a si mesma, sem controle, nem contrapeso, ela só poderia gerar a iniquidade e a anarquia. O direito do mais fraco ficaria constantemente sacrificado; em nome da liberdade instaurar-se-ia um regime de arbitrariedade e de força. O liberalismo é, na realidade, responsável em grande parte pelos atuais transtornos sociais e pela anarquia econômica em que se debate o mundo contemporâneo"*⁽²⁾.

"Além dos seios, ficaram visíveis os excessos legislativos que permitem aos agentes públicos cumprirem ou fazerem cumprir as leis que desejarem, num procedimento discricionário absurdo e causador de insegurança no corpo social."

O calor do verão carioca do último ano do século XX traz à baila a antiga discussão filosófica da liberdade e permite a constatação da fragilidade das garantias constitucionais no Brasil. Além dos seios, ficaram visíveis os excessos legislativos que permitem aos agentes públicos cumprirem ou fazerem cumprir as leis que desejarem, num procedimento discricionário absurdo e causador de insegurança no corpo social.

A repressão ao banho de mar com os seios nus, segundo **Elio Gaspari**⁽³⁾, sempre sofreu a seletividade dos agentes policiais do Estado:

"Faz tempo que as turistas estrangeiras, hospedadas em frente aos hotéis de luxo, saem com os peitos de fora. Estrangeira pode. Nativa não. Nessa aparente tolerância está embutido o clássico desrespeito do

poder público Pindorama para com os seus cidadãos".

O secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião da detenção da brasileira que resolveu, na companhia do namorado, ir à praia omitindo a vestimenta que lhe encobriria os seios, afirmou que a qualificação de ato obsceno em relação ao *topless* nas praias, depende do entendimento do policial e que naturalmente no carnaval os policiais são mais tolerantes.

O art. 5º, II, da Constituição Federal assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Logo, a ação policial se baseou na interpretação de que a omissão da parte superior do biquíni caracteriza a conduta proibida de praticar ato obsceno em local público ou pelo menos a importunação obscena de alguém em local público.

A partir da repercussão alcançada, podemos observar que a desproporcionalidade da ação policial — vinte homens armados para prender uma mulher semi-nua — constituiu-se na melhor propaganda para o antigo comportamento e que o furor legislativo criminalizador deve ser imediatamente limitado, reunindo-se, com clareza, em um único código, todas as hipóteses de incidência do castigo penal. Um Direito Penal Mínimo possibilita dupla garantia para a cidadania. A uma, porque a atuação do Estado poderá ser eficiente, diminuindo a seletividade realizada pelos operadores do sistema punitivo estatal e aumentando a sua eficácia e a duas, porque o cidadão não ficará a mercê das variadas interpretações de conceitos vagos e imprecisos lançados no texto da norma jurídica.

A repentina vontade policial de considerar como ato obsceno o *topless* desencadeou uma onda de seios desnudos, protestos e outras manifestações. A opinião pública insurgiu-se com veemência contra a desproporção da repressão policial, principalmente porque, na véspera, em uma fila para a realização de matrículas em uma escola pública, várias mulheres foram estupradas e não existia nenhum policial para garantir a segurança pública no local.

As incriminações vagas, incertas, imprecisas enfraquecem a função garantista do tipo penal. Na hipótese do art. 233 do Código Penal, temos definido o comportamento de *praticar ato obsceno em lugar público ou aberto ou exposto ao público*. A interpretação gramatical do texto legal conduz à conduta positiva — fazer alguma coisa, agir — realizando uma obscenidade. O *topless*, por si só, não é uma ação, ao contrário, é a omissão da parte superior do (bi)quíni. Em

verdade, a mulher deixou de cobrir uma parte de seu próprio corpo. A ação consistiu no deslocamento até a praia com os seios descobertos, o que, por si só, não se encontra perfeitamente definido em nenhum comando legislativo.

A figura delituosa em exame visa proteger a moralidade sexual pública, ou seja, o sentimento médio público de pudor ou vergonha. Trata-se de um bem jurídico abstrato que pode ser colocado em perigo com a prática pública de comportamentos socialmente nocivos, capazes de escandalizar ou estimular a lascívia alheia. Seios desnudos na praia possuem o mesmo potencial escandalizador de outros sumários e completos biquínis, desfiles carnavalescos, programas de televisão e outros espetáculos.

"Os agentes da segurança pública devem compreender os comandos proibitivos da lei penal de acordo com as inúmeras decisões judiciais sobre o tema, o que exige investimento estatal na preparação de uma polícia adaptada ao Estado Democrático de Direito."

Os agentes da segurança pública devem compreender os comandos proibitivos da lei penal de acordo com as inúmeras decisões judiciais sobre o tema, o que exige investimento estatal na preparação de uma polícia adaptada ao Estado Democrático de Direito.

A proteção penal da moralidade pública é absolutamente necessária e séria e não se destina a punir banhistas semi-nus.

Na vida social a expectativa quanto ao comportamento dos outros é uma das garantias da tranquilidade social, são normas de conduta, muitas vezes não legisladas. Há uma expectativa sedimentada de que as mulheres brasileiras devem comparecer à praia trajando vestimentas apropriadas, por mais ínfimas, sensuais e lascivas que possam ser. O rompimento desta expectativa por uma nativa que se apresenta com naturalidade na praia, com os seios nus, produziu o conflito. Necessário verificar se a violação desta expectativa de comportamento, por parte da inconformada banhista, atingiu a moralidade pública e se estava fora da sua liberdade de agir.

No que tange ao crime denominado "ato obsceno", não nos parece existir

INSCRIÇÕES ABERTAS:

Curso: CÓDIGO DE TRÂNSITO

Data: 11 e 12 de abril

Palestrantes: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Mário Luiz Sarubo, Cristiano Avila Maronna e Tatiana Viggiani Bicudo.

Horário: 19:00 às 21:00 horas

Local: Auditório do IBCCRIM

Valores:

R\$50,00 (Profissional Não-Sócio)

R\$40,00 (Profissional Sócio)

R\$30,00 (Estudante Não-Sócio)

R\$20,00 (Estudante Sócio)

Informações e Inscrições:

Depto. de Comunicação e Marketing
Tel.: (0xx11) 3105-4607/3105-0109

SEMINÁRIO SOBRE SABERES PENAIIS

• **Dia 04.05**

— **Saber Político-Penal**

Carlos Vico Mañas e

Alberto Zacharias Toron

Horário: 9h30 às 11:45 hs.

— **Saber Criminológico**

Luiz Flávio Gomes e

Guillermo Yacobucci

Horário: 19h00 às 21:15 hs.

• **Dia 05.05**

— **Saber Dogmático**

Maurício Antonio Ribeiro Lopes e

Maria Thereza Rocha

de Assis Moura

Horário: 9h30 às 11:45 hs.

— **Saber e Poder Penal**

Eugenio Raúl Zaffaroni

(a confirmar) e

Luiz Alberto Warat

Horário: 19h00 às 21:15 hs.

Informações e inscrições:

Centro de Pós-Graduação

da UNISUL

Tels.: (0xx48) 626-4799 e

626-5733

E-mail: pos@unisul.rct-sc.br

tipicidade. Em esfera inferior da ilicitude penal, encontramos a contravenção penal definida no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688 de 1941, que prevê a punição com multa, daquelas pessoas que importunarem alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor. A expectativa aqui assegurada é a de que ninguém tem o direito de importunar outrem, de modo ofensivo ao pudor, em lugar público ou acessível ao público, garantindo-se a moralidade sexual pública ou o pudor público médio.

No caso concreto, a banhista transgressora estava acompanhada de seu namorado e não importunou qualquer pessoa, a não ser que a sua presença constitua a importunação. Observa-se a subjetividade dos conceitos em análise e a dificuldade, tanto do legislador quanto do intérprete, em serem claros e precisos. A lei penal deve situar-se na média comportamental e ao garantir expectativas coletivas, não pode se curvar aos subjetivismos de extremado rigor moral.

Outros ramos do Direito podem disciplinar a frequência às praias, definir locais, trajés, horários, enfim, no âmbito administrativo o disciplinamento do uso do espaço público admite várias intervenções jurídicas. O Direito Penal não é panacéia e vários juristas têm pugnado pelo minimalismo penal e alguns, como Winfred Hassemer, defendem a criação de um Direito de Intervenção, que poderia prever punições para transgressões assemelhadas ao ilícito administrativo, o que, no caso brasileiro, parece desnecessário ante o vigor do próprio Direito Administrativo.

O episódio do verão ressalta que os agentes públicos devem se concentrar na busca do equilíbrio entre as pessoas que se posicionam de forma mais liberal e aquelas mais conservadoras. Instalado o conflito, deve ser encontrada uma solução prospectiva, vez que a excessiva repercussão da conduta e da repressão acarreta repetição em progressão geométrica. Devemos evitar a adoção do tradicional olhar repressivo-punitivo, que possui características retrospectivas e se revela ineficiente.

Em outras ocasiões a questão fluiu com mais tranqüilidade e as adeptas do *topless* acabaram por se concentrar em áreas li-

vemente escolhidas da praia e muitas mulheres optaram pela sensualidade do "biquíni cavado" dos anos oitenta.

Não custa relembrar as palavras do penalista espanhol Muñoz Conde⁽⁴⁾:

"A moral sexual coletiva é um bem jurídico de valor contingencial e, portanto, relativo, posto que nele influem, como em nenhum outro, condições de tempo e lugar, idéias religiosas e estéticas e até moda. ... Por isso, não deve causar estranheza que condutas qualificadas, há poucos anos, como escandalosas, sejam hoje consideradas lícitas ou pelo menos, moralmente indiferentes, sobretudo no campo erótico. Existe na matéria, uma grande indeterminação que obriga a proceder, com sumo critério, na hora de estabelecer o que é contrário ao

pudor e aos bons costumes. O Direito Penal só tem um 'mínimo ético' a cumprir e não deve intervir para reprimir fatos que, por mais imorais que sejam, não lesionam direito de terceiros ou não está comprovada a sua 'nocividade social' (in dubio pro libertate)."

Incumbe ao Estado Democrático de Direito zelar pela efetividade das normas jurídicas, nos limites das garantias constitucionais e dos direitos humanos, reservando um eficiente olhar repressivo para as situações verdadeiramente graves, porque as leis somente serão justas quando puderem ser vivenciadas por todas as pessoas, realizando-se a velha máxima, de cada um respeitar as expectativas dos outros, do mesmo modo que gostaria de ver as suas respeitadas."

do-se a velha máxima, de cada um respeitar as expectativas dos outros, do mesmo modo que gostaria de ver as suas respeitadas.

NOTAS

⁽¹⁾ Leoni, G. D., "Prefácio à Crítica à Razão Pura de Kant", 9ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro.

⁽²⁾ Jolivet, Régis, "Curso de Filosofia", Rio de Janeiro, 1970, Agir Editora, pp. 216 e 416

⁽³⁾ O Globo - 19.01.2000 - Opinião

⁽⁴⁾ "Derecho Penal", 1975, p. 342.

O autor é juiz de Direito, professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Petrópolis, professor de Direito Penitenciário da PUC-Rio e mestrando em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes.

Polícia Judiciária: Persecução Penal, Defesa e Sigilo

ANTONIO JOSÉ F. DE S. PÊCEGO

A Polícia Judiciária tem a função precípua de apurar as infrações penais e a sua autoria por meio do inquérito policial, procedimento administrativo com característica inquisitiva, que serve, em regra, de base à pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público, titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF).

A persecução penal normalmente se inicia por intermédio da investigação criminal, com o Estado coletando elementos para o exercício do *jus puniendi* em juízo, motivo pelo qual sendo o inquérito policial peça procedimental de suma importância para o Estado, devidamente regulado pelo Código de Processo Penal, embora prescindível, não é ele **mera** peça de informação como a doutrina e a jurisprudência praticamente pacífica o denominam⁽¹⁾, mas sim peça de informação de alta relevância que lida com o sagrado direito à liberdade, que sendo bem conduzida, certamente propiciará uma maior possibilidade de sucesso no exercício do direito de punir do Estado-Administração e de justiça na fixação da pena pelo Estado-Juiz, ao analisar as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP).

Em sendo o inquérito policial um procedimento inquisitivo, não há de se falar na aplicação nesta fase das garantias do contraditório e da ampla defesa, destinadas à instrução processual, pois só aí existe acusação e defesa, no caso, a partir do recebimento da denúncia, já que, em se tratando de investigação criminal ou inquérito policial, só se fala em suspeito ou indiciado⁽²⁾, não abrangendo essas garantias constitucionais "o inquérito policial, que se caracteriza por um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo"⁽³⁾.

Assim, o texto constitucional ao assegurar ao preso a assistência de um advogado, não exige a sua presença aos atos procedimentais, nem que a autoridade policial deva obrigatoriamente constituir um para acompanhar o seu interrogatório (art. 6º, V, c/c art. 185 e segs. do CPP), mas sim que, constitucionalmente lhe é assegurado ser assistido por um advogado de sua livre nomeação⁽⁴⁾, o que é coerente, haja vista, como acima já dito, que em inquérito policial não existe contraditório e ampla defesa, a serem exercidos somente em processo judicial ou administrativo (art. 5º, LV, da CF).

Por outro lado, a presença do advogado, embora prescindível no inquérito policial, é recomendável diante da possibilidade de falta de justa causa para a sua instauração contra o investigado, da possibilidade de pleitear diligências, do pedido de liberdade provisória, de relaxamento de prisão em flagrante, assim como de inibir qualquer desvio de conduta que possa ocorrer por parte do agente policial do Estado através de *habeas corpus* ou representação à Corregedoria de Polícia.

Assim, pode-se falar em defesa no inquérito policial em sentido amplo, mas não em ampla defesa, atuando o advogado para assegurar a observância dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República.

"Quanto ao sigilo da investigação, é ele da essência do inquérito. Não guardá-lo é muitas

vezes fornecer armas e recursos ao delinquente, para frustrar a atuação da autoridade, na apuração do crime e da autoria"⁽⁵⁾.

Destarte, apesar do disposto no art. 20 do CPP, entendendo que com o advento do Estatuto da OAB (art. 89, XV, da Lei nº 4.215/63, atualmente art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94), lei federal de âmbito nacional, a aplicação do sigilo nos inquéritos policiais ficou restringida, mitigando a discricionariedade do delegado de Polícia (art. 14 do CPP) na condução do procedimento, mas não a anulando, de forma que, nas investigações em que o sigilo seja imprescindível para a apuração da infração e sua autoria, ou exigível no interesse da sociedade, deve a autoridade policial representar fundamentadamente à autoridade judiciária competente para que o princípio da publicidade seja restringido, com vistas ao MP por ser o destinatário final da *informatio delicti*.

Tal procedimento é coerente com a característica inquisitiva do inquérito policial em que não se exerce defesa propriamente dita, vetando a possibilidade de conhecimento prévio da diligência a ser empreendida oportunamente (mandado de busca e apreensão, de prisão temporária, preventiva), que poderia ver-se frustrada em decorrência de uma possível atuação precoce e ágil do advogado do suspeito ou indiciado.

Admitir que não pode mais existir o sigilo na investigação criminal nos termos da legislação processual penal após o preceituado no EOAB, é entender equivocadamente que se aplica ao inquérito policial as garantias do contraditório e da ampla defesa ou de que o art. 20 do CPP teria sido revogado pelo EOAB, o que vai de encontro à característica inquisitiva do inquérito policial que não admite a bilateralidade da audiência e à lógica da investigação criminal.

Com efeito, é sabido que, em regra, as investigações criminais devem ser realizadas sigilosamente para se alcançar o sucesso na apuração do fato delituoso, conduta essa que garante o respeito ao direito à intimidade e ao princípio da presunção de inocência do investigado, motivo pelo qual, excepcionalmente, o sigilo poderá ser decretado judicialmente quando necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Portanto, com a devida vênia, em que pesem os judiciosos argumentos apresentados, não coaduno com o entendimento da procuradora da República **Paula Bajer Fernandes Martins da Costa** e dos advogados **Alberto Zacharias Toron** e **Maurides de Melo Ribeiro** que defendem a aplicação da ampla defesa aos inquéritos policiais e condenam o posicionamento jurídico do promotor de Justiça **Marcelo Batloni Mendroni**⁽⁶⁾.

É certo que, em tese, não sou contrário à idéia da aplicação da ampla defesa na fase policial, diante da certeza de que o inquérito policial — o patinho feio da persecução penal — sairia fortalecido como meio de prova, a prestação jurisdicional seria mais célere sem a necessidade de sua repetição na fase judicial, e até mesmo a autoridade policial ficaria mais prestigiada perante o mundo jurídico, se incluída no contexto, mas para tal, necessário se faz alterar profundamente a legislação processual

penal e concomitantemente repensar o modelo de polícia judiciária (repressiva) e de justiça criminal que se quer para o novo milênio.

A tese defendida pelo promotor de Justiça **Marcelo Mendroni**, juridicamente muito bem colocada⁽⁷⁾, é aceitável, embora não coadune *in totum* com o seu posicionamento perante o ordenamento jurídico pátrio.

Entendo que a melhor exegese dos dispositivos do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 (EOAB) e do art. 20 do CPP, não deve ser tão ampliativa ou restritiva como querem os autores citados, sendo viável nas hipóteses disciplinadas na legislação processual penal que o sigilo, como inicialmente defendido, seja decretado judicialmente na investigação, atendendo representação da autoridade policial competente — auxiliar do juízo —, o que impossibilitaria o acompanhamento por parte do advogado dos atos procedimentais essenciais à investigação criminal, aplicando-se por analogia o disposto no art. 7º, XIII a XV, § 1º, da Lei nº 8.906/94⁽⁸⁾.

Qualquer entendimento em contrário certamente contribuirá para que a investigação criminal se torne uma falácia, que ao longo do tempo vem gradativamente sendo inviabilizada, comprometendo o exercício do *jus puniendi* do Estado por não se permitir a colheita célere dos elementos necessários à proposição da ação penal (exemplo: derrogação do art. 241 do CPP, pelo art. 5º, XI, da CF), prestigiando o delinquente em detrimento do Estado que se movimenta em prol da sociedade, do bem-estar da coletividade, ou seja, fomentar a certeza de uma possível impunidade em decorrência de mecanismos burocráticos que virão retardar a prestação jurisdicional, em nome de uma suposta e contraditória falta de credibilidade dos agentes públicos que atuam em nome do próprio Estado-Administração.

NOTAS

- (1) STF, 2ª Turma, HC nº 74.198/SP, rel. min. **Carlos Velloso**, DJU de 06.12.1996, PP- 48.711 Ement Vol - 01853-03, PP- 00561; STF, 1ª Turma, HC nº 73.730/RJ, rel. min. **Ilmar Galvão**, DJU de 14.06.1996, PP-21076 Ement Vol - 01832-02 PP- 00561; STJ, 6ª Turma, rel. min. **Pedro Acioli**, DJU de 18.04.1994, p. 8.525; JTACrimSP, 70/319; **Capez, Fernando**, "Curso de Processo Penal", 4ª ed., Ed. Saraiva, 1999, p. 71; **Tourinho Filho, Fernando da Costa**, "Processo Penal", vol. 1, 12ª ed., Ed. Saraiva, 1990, p. 181; **Mirabete, Julio Fabbrini**, "Processo Penal", 3ª ed., Atlas, 1994, p. 79.
- (2) **Tourinho Filho, Fernando da Costa**, *idem ob. cit.*, p. 184; **Pedroso, Fernando de Almeida**, "Processo Penal - O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites", 1ª ed., Ed. Forense, 1986, pp. 43-44.
- (3) **Fernandes, Antonio Scarance**, "Processo Penal Constitucional", Ed. RT, 1999, p. 59.
- (4) **Capez, Fernando**, "Curso de Processo Penal", 4ª ed., Ed. Saraiva, 1999, p. 81.
- (5) **Noronha, E. Magalhães**, "Curso de Direito Processual Penal", 17ª ed., Ed. Saraiva, 1986, p. 22.
- (6) In **Boletim IBCCRIM** nº 84 - novembro/1999.
- (7) In **Boletim IBCCRIM** nº 83 - outubro/1999.
- (8) Nesse sentido: **Capez, Fernando**, *idem ob. cit.*, p. 69.

O autor é delegado de polícia em Minas Gerais.

A Decisão Desconstitutiva do Crédito Tributário e a Ação Penal

LUCIANO FELDENS e DOUGLAS FISCHER

I SEMINÁRIO REGIONAL DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL DE FRANCA

Coordenação: Carlos Alberto Pires Mendes, Maurício Zanoide de Moraes, Roberta Toledo Campos e Antonio Milton de Barros

29.03.00 - QUARTA-FEIRA
19h00 às 19h30

ABERTURA - Carlos Vico Mañas
19h30 às 20h30

Palestra: "DIREITO PENAL MÍNIMO"
Palestrante: Carlos Vico Mañas
20h45 às 21h45

Palestra: "PENAS ALTERNATIVAS"
Palestrante: Sergio Salomão Shecaira
21h45 às 22h30 - DEBATE

30.03.00 - QUINTA-FEIRA
19h30 às 20h30

Palestra: "PROVA ILÍCITA"
Palestrante: Adauto Suannes
20h45 às 21h45

Palestra: "CRIMINOLOGIA"
Palestrante: Alvinio Augusto de Sá
21h45 às 22h30 - DEBATE

Informações e inscrições:
Tels.: (0xx16) 727-2044 /
969-5990 / 999-5679
com Roberta ou Antonio Milton

LANÇAMENTO

A Editora Juarez de Oliveira está lançando a obra **"Código de Trânsito Brasileiro Interpretado"**, de autoria de **Geraldo de Faria Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro**. Os associados do IBCCRIM terão desconto especial. Informações pelo telefone (0xx11) 3105-7293 ou na Praça da Liberdade, 118, sobreloja.

BIBLIOTECA

A Biblioteca do IBCCRIM está indexando revistas espanholas, italianas e francesas. Entre em contato conosco, e participe do nosso trabalho. Tel.: (0xx11) 3105-4607, ramais 225 e 228.

Muitas têm sido, na atualidade, as questões que estão a exigir do Poder Judiciário uma interpretação mais aprofundada e consentânea à ordem jurídica. Lamentavelmente, em algumas sedes jurisdicionais, tais questões vêm sendo analisadas perfunctoriamente e, *data venia*, sem o requerido rigor técnico. Elegemos uma, em especial, para que a comunidade jurídica possa sobre ela bem refletir.

Ei-la: **a decisão administrativa que desconstitui o crédito tributário implicaria "falta de justa causa" para a ação penal?**

Vejamos, primeiro, a hipótese concreta: o Conselho de Contribuintes, apreciando recurso administrativo de uma empresa, por meio da qual foram perpetrados crimes contra a ordem tributária, promove a desconstituição do crédito tributário que subjaz à representação fiscal formulada pelo Fisco. *Pari passu*, o Ministério Público Federal oferece denúncia contra o diretor da empresa, responsável pela prática delituitosa. Estaria, então, impedido de fazê-lo?

Em que pese o e. STJ venha de decisões conflitantes acerca do tema (*HC* nº 7.846/PE e *HC* nº 8.335/SP), afigura-se-nos não possa remanescer dúvida alguma, ao que assim respondemos à proposição: **obviamente, não.**

Inobstante acreditarmos que o esforço de raciocínio deveria advir no sentido da **sustentação** da tese ora combatida — *implicação da decisão administrativa na esfera criminal* —, haja vista inexistir dispositivo que determine a aglutinação das instâncias, ontologicamente independentes, lançamos, muito embora, algumas considerações, a fim de que, no mínimo, sejam enfrentadas pelo **Judiciário, que é Poder, e não órgão inferior da administração, para lhe prestar obediência hierárquica na tarefa de interpretar — e dizer — o Direito.**

A adoção da tese — segundo a qual a desconstituição do crédito tributário na esfera administrativa implicaria "falta justa causa" ao processamento da ação penal —, significaria:

a) **conferir**, na prática, **"efeito vinculante" a uma decisão administrativa, quando sequer as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal ostentam essa característica**, à exceção das que proferidas em sede de ADC (art. 102, §2º, da CRFB);

b) **conferir**, na prática, o efeito de **"coisa julgada material"**, *erga omnes*, a uma decisão administrativa (extrajudicial), que não poderia, a partir de sua prolação, ser enfrentada na esfera judicial, mesmo por aqueles que não tenham participado do procedimento administrativo (v.g., no caso da ação penal, o Ministério Público), violando, assim, dentre outros, o princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CR);

c) **subjugar o Poder Judiciário a uma decisão da esfera administrativa**, suprimindo-lhe jurisdição, não obstante a sociedade tenha justamente no Poder Judiciário a possibilidade, constitucionalmente consa-

grada, de ver apreciada qualquer lesão a direito, ou mesmo ameaça de sua ocorrência (art. 5º, XXXV, da CRFB);

d) erigir uma decisão administrativa, "transitada em julgado" naquela esfera, **e somente se favorável ao fisco**, em condição de procedibilidade para o exercício da ação penal (*o que o STF já disse não ser* — v.g. *ADIn* 1.571-1, e *HC* nº 77.711-9, DJU. 28.05.99, p. 5), **quando sequer da representação fiscal necessita o Ministério Público para a sua propositura**, bastando-lhe os requisitos do art. 41 do CPP;

e) conferir à **administração o monopólio** na interpretação das questões fiscais/tributárias, reconhecendo no juiz, *ipso facto*, uma incapacidade absoluta de apreciá-las;

f) **"tarifamento de prova"**, eis que, ainda que presentes na ação penal outros elementos de convicção (que poderiam exsurgir justamente no curso da ação penal), impedido estaria o Poder Judiciário de conhecê-los.

O que se sustenta, enfim, é que não pode existir **relação de causa/efeito** entre a decisão administrativa e a ação penal, de sorte a impedir, nesta, inclusive a produção de provas com aptidão bastante para afastar o entendimento operado naquela esfera. Imaginemos, nessa linha, a seguinte hipótese: após decisão desconstitutiva do Conselho de Contribuintes, realiza-se, no curso da ação penal proposta paralelamente, **perícia judicial contábil**, que vem a elucidar a questão, apontando para a prática do fato descrito na denúncia, ou, **por meio diverso, advêm provas outras até então não-conhecidas, que ratifiquem a imputação**. Dir-se-á que o Poder Judiciário não poderá delas conhecer? Pois reside exatamente aqui o perigo de uma decisão superior voltada ao trancamento da ação penal (por alegada "falta de justa causa"). Ao assim determinar, o Tribunal estará, com um só ato, tolhendo, prematuramente, o direito do Estado (Ministério Público) na produção destas provas, e impedindo, por conseguinte, o Poder Judiciário de valorá-las.

Em conclusão, externamos posição de que a decisão administrativa, porventura desconstitutiva do crédito tributário, operada no Conselho de Contribuintes, pode ostentar, **no máximo**, meio de convicção judicial **no processo criminal**, presente o princípio do **contraditório** (art. 5º, XLV, da CR) e à luz do princípio da **livre apreciação da prova** (art. 157 do CPP), jamais se tomando com a força *probandi* que já se lhe procurou atribuir, de fator absoluto, impeditivo à discussão do fato criminoso na esfera judicial. Até porque nunca se pretendeu — e nem se pretenderá — o contrário: que o contribuinte, perdedor no Conselho de Contribuintes, saia de lá condenado criminalmente. Preservemos a toga e a independência do Judiciário. Bem assim, o acesso à **Justiça**.

Os autores são procuradores da República no Rio Grande do Sul.

Atualidade da Teoria dos Elementos Negativos do Tipo

PAULO QUEIROZ

Como é sabido, a sistematização original do que hoje chamamos *teoria do tipo* deve-se a **Ernest von Beling**, que a difundiu através da obra "*Die Lehre vom Verbrechen*" ("*A Teoria do Delito*"), de 1906, e por cujo meio o *tipo* passaria a constituir uma das notas essenciais do conceito de crime, somando-se à antijuridicidade e à culpabilidade, como exigência infranqueável do princípio de legalidade. Segundo a formulação inicial de **Beling**⁽¹⁾, o tipo penal corresponderia à descrição abstrata dos elementos do fato ou suposto de fato (*Tatbestand*) prevista na norma penal incriminadora; descrição que não supunha qualquer (des)valoração, razão por que o tipo penal constituiria, assim, uma categoria dogmática valorativamente neutra, pertencendo a valoração da conduta à antijuridicidade. Por conseguinte, tipo e antijuridicidade constituiriam categorias sistemáticas autônomas, mesmo porque o fato, embora típico, poderia resultar não antijurídico, sempre e quando praticado sob o amparo de uma causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, etc.).

Com o neokantismo, que introduziria a idéia do valor na teoria do delito, semelhante formulação viria a ser criticada (**M. E. Mayer, Mezger, Sauer**) por seu excessivo formalismo. Primeiro, porque não se pode falar de um tipo puramente objetivo, pois freqüentemente o legislador, ao descrever ações típicas, recorre a elementos subjetivos (assim, *e.g.*, o art. 158 do CPB, quando alude ao "intuito de obter vantagem indevida"); e, mais importante, com o surgimento da doutrina finalista, o dolo passaria a integrar, como elemento subjetivo do tipo, o próprio comportamento típico, e não mais a culpabilidade; segundo, porque o legislador penal, quando opta por recorrer à intervenção jurídico-penal já supõe, obviamente, uma particular desvalorização da conduta tipificada, por afetar, com especial intensidade, bens jurídicos fundamentais, e para cuja repressão não bastem, segundo um juízo político-jurídico, sanções extra-penais. Finalmente, a redação dos tipos contém, não raro, elementos normativos (assim, o conceito de "mulher honesta", de "funcionário público", e de "coisa alheia") supondo quase sempre uma valoração ética, jurídica, social, cultural, etc., concretamente avaliada, face à imprecisão dos conceitos e vagueza mesmo inerente à própria linguagem; não podendo resistir, *ipso facto*, a tese de um tipo penal neutro ou puramente objetivo.

Com o advento da doutrina finalista, que, coerente com o seu conceito final de ação, deslocaria o dolo e a culpa para o tipo penal, como elementos subjetivos, que antes, com o causalismo, pertenciam à culpabilidade, embora desvinculando a consciência da antijuridicidade da noção de dolo, o tipo seguiria, a despeito disso, como um tipo meramente indiciário da ilicitude⁽²⁾.

Paralelamente, (re)surge a *teoria dos elementos negativos do tipo*⁽³⁾, cuja formulação inicial deve-se a **Merkel** (1889), desenvolvida por **Frank e Radbruch**, mas que teria em **Baumbarten** a sua mais rigorosa sistematização⁽⁴⁾. De conformidade com essa teoria, o tipo penal contém já toda matéria proibida e antijurídica, compondo-se, por isso, de duas partes: a) uma parte **positiva (tipo positivo)**, que corresponde à completa realização dos ele-

mentos (objetivos, subjetivos e normativos) do tipo (tipo no sentido tradicional); b) uma parte **negativa (tipo negativo)**, que corresponde à ausência de causas de justificação. Ou seja, na formulação do tipo penal estaria implícita a ausência de causas de justificação, de modo que, por exemplo, na norma do art. 121 do CPB "matar alguém", estaria subentendido o "salvo em legítima defesa, em estado de necessidade, etc.". Daí o seu nome *teoria dos elementos negativos (=causas de justificação) do tipo*, visto que a presença de tais elementos (legítima defesa, estado de necessidade) nega o próprio tipo; sua ausência, ao contrário, confirma-o totalmente. Logo, todo fato típico é, segundo essa perspectiva totalizadora, simultaneamente, um fato antijurídico, embora nem todo fato antijurídico seja típico (dano culposos, assédio sexual, etc.), em face da natureza subsidiária do Direito Penal⁽⁵⁾.

Pois bem, com o advento do funcionalismo, que pretende orientar politicamente a dogmática jurídico-penal, a teoria dos elementos negativos do tipo reforça-se e impõe-se definitivamente, pela sua razoabilidade. Nesse sentido, aliás, é a posição de **Schöne-mann**, quando afirma que "a sistemática funcional do Direito Penal unicamente pode conciliar-se com a concepção do tipo total do injusto, que a dota de uma base mais sólida e suprapositiva. A adequada configuração dogmática deste conceito sistemático é desenvolvida pela *teoria dos elementos negativos do tipo*, que experimenta assim, de novo, um aprofundamento e consolidação"⁽⁶⁾. E assim é porque os conceitos de tipicidade e antijuridicidade estão, de fato, **funcionalmente vinculados**. Se, com efeito, fim do Direito Penal é a prevenção, subsidiária, de comportamentos lesivos de bens jurídicos, segue-se que a definição legal de crimes, por meio do processo legislativo penal, pressupõe, logicamente, que tais condutas sejam contrárias à ordem jurídica, e não por ela autorizadas, pela lógica razão de que não se pode, a um só tempo, **prevenir, proibindo, aquilo que se permite**. Porque, relativamente às condutas autorizadas pelo Direito, não pode ter lugar a "função motivadora" da norma penal, precisamente porque o matar em legítima defesa, por exemplo, presta-se à realização da missão mesma do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos, por meio do rechaço (autorizado), pelo particular, de ataques a interesse juridicamente tutelado. Numa palavra: o Estado, através do Direito Penal, quer coibir crimes (e só isso), o que necessariamente pressupõe condutas antijurídicas. Com razão, no particular, portanto, **Gimbernat**, quando afirma que a problemática quanto ao conteúdo do tipo é a problemática mesma quanto à conduta que o legislador quer motivar ou prevenir⁽⁷⁾.

Para além disso, quando o legislador lança mão de uma lei penal e passa a definir um dado comportamento como criminoso, parte do pressuposto de sua contraposição ao ordenamento jurídico, e não o contrário, mesmo porque fora daí faltaríamos os pressupostos materiais da intervenção penal (lesividade social, etc.). Função primária, pois, do tipo, é declarar, dentro de uma multitude de ações antijurídicas, aquelas que merecem significação penal, criando, assim, uma antijuridicidade específica. Não por

outra razão, aliás, o ônus de provar a presença de uma causa excludente de criminalidade incumbe ao réu. Daí dizer **Mezger** que o ato de criação legislativa do tipo contém já a declaração de antijuridicidade, a fundamentação do injusto como injusto especialmente tipificado⁽⁸⁾. É que as normas proibitivas, de um lado, e as proposições permissivas, de outro, formam uma unidade, apesar de sua formulação em separado⁽⁹⁾.

Parece-nos incorreta, em consequência, a doutrina ainda dominante quando opta por um conceito puramente formal do tipo (tipo indiciário) ou simplesmente lhe confere autonomia valorativa em relação à antijuridicidade, afirmando, assim, que um fato, embora típico, não é necessariamente antijurídico, porque pode estar autorizado pelo Direito, até porque fato típico é, por definição, comportamento proibido penalmente; sendo, portanto, um manifesto contra-senso falar-se que uma conduta, embora penalmente típica (= *proibida penalmente*), não é antijurídica (= *autorizada pelo Direito*). É como afirmar-se que o proibido está ou pode estar permitido (= *é típico, mas não antijurídico*).

Não é, em conclusão, como assinala **Luzón Peña**, missão do tipo descrever condutas neutras, nem meramente indiciárias de uma proibição, mas descrever, para conhecimento geral e para cumprir sua missão de norma de determinação das condutas dos cidadãos, todos os elementos, positivos e negativos, que fundamentam a valoração negativa e, portanto, a proibição geral — frente a todos — de uma conduta⁽¹⁰⁾, tarefa (prevenção geral negativa) que somente pode ser levada a cabo quando não concorram causas de justificação.

NOTAS

- (1) Digo *inicial*, porque mais tarde ("*Lehre vom Tatbestand*", 1930) **Beling** desenvolveria um conceito ainda mais abstrato de tipo como *Leitbild*, conceito não acolhido pela doutrina, que continuaria utilizando o conceito inicial por ele formulado.
- (2) Como observa **Mir Puig**, o finalismo adotou um conceito próximo do ideado por **Beling**: o tipo como mero indício — *ratio cognoscendi* — da antijuridicidade, que não só pode desvirtuar-se pelo concurso de causas de justificação (nem toda ação típica é antijurídica), senão que tem um significado independente da antijuridicidade, "*Derecho Penal*", Barcelona, 1998, p. 129.
- (3) Entre nós, adota posição similar **Toledo, Assis**, "*Princípios Básicos de Direito Penal*", Ed. Saraiva, 1994. Semelhantemente, **Reale Júnior**, "*Teoria do Delito*", Ed. Saraiva, 1998.
- (4) Cf. **Mourullo, Rodrigues**, "*Derecho Penal*", p.249, Civitas, Madrid, 1978.
- (5) Sobre o assunto, **Queiroz, Paulo**, "*Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*", Ed. Del-Rey, 1998.
- (6) "*La Función de la delimitación de injusto y culpabilidad*", in "*Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*", J. M. Bosc Editor, S.A., Barcelona, 1995, p. 226.
- (7) "*Estudios de Derecho Penal*", Tecnos, Madrid, 1990, p. 172.
- (8) Cit. por **Roxin**, "*Derecho Penal*", Madrid, 1997, p. 282.
- (9) **Stratenwerth**, "*Derecho Penal*", Edersa, Madrid, 1982, pp. 64-5.
- (10) "*Curso de Derecho Penal*", Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 229.

O autor é professor da UNIFACS e procurador da República.

I SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

Coordenação: Maurício Zanoide de Moraes, Sérgio Rosenthal e Dejalma de Campos

29.03.00 - QUARTA-FEIRA
Palestra: Os Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90 - arts. 1º e 2º) e o Crime de Apropriação Indébita de Contribuições Previdenciárias (Lei nº 8.212/91 - art. 95)

Palestrante: Vicente Greco Filho (São Paulo)

Palestra: A Extinção da Punibilidade pelo Pagamento do Tributo e a Questão do Parcelamento do Débito (Lei nº 9.249/95, art. 34)

- A Extinção do Crédito Tributário (arts. 156/174 do CTN), a Exclusão do Crédito Tributário

(arts. 175/182 do CTN), Isenção e Anistia (arts. 183/193 do CTN)

Palestrante: Paulo de Barros Carvalho (São Paulo)

30.03.00 - QUINTA-FEIRA

Palestra: O Término do Procedimento Administrativo Como Condição de Procedibilidade Para o Início da Ação Penal - A Constituição do Crédito Tributário (arts. 142/150 do CTN), o Lançamento (arts. 142/146 do CTN), a Suspensão do Crédito Tributário (arts. 151/155 do CTN)

Palestrante: Edvaldo Brito (São Paulo)

Palestra: O Término do Procedimento Administrativo Como Condição de Procedibilidade Para o Início da Ação Penal - Análise dos Dispositivos Estampados nas Leis nºs 4.357/64, 4.729/65, 8.137/90, 9.430/96 e na Súmula nº 609 do STF

Palestrante: Edson Vidigal (Brasília)

31.03.00 - SEXTA-FEIRA

Palestra: A Denúncia Genérica nos Crimes Contra a Ordem Tributária (artigo 11 da Lei nº 8.137/90), a Responsabilidade Objetiva, e os Requisitos Essenciais do Artigo 41 do CPP

Palestrante: Luiz Vicente Cernicchiaro (Brasília)

Horário: das 18h30 às 21hs

Organização: IBCCRIM e ABDT

Informações: (0xx11) 3105-0109

Por Que Com os Delegados é Diferente?

ROBERTO PODVAL

Por puro acaso, acabei tomando conhecimento de que a regra para a promoção na carreira de delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo é diferente de todas as outras carreiras públicas existentes, e como não poderia deixar de ser, mesmo não tendo nenhum interesse pessoal no assunto (e talvez até por isso), resolvi me meter em seara alheia, e no que depender de mim, passo doravante a defender a bandeira da modificação da Lei Complementar nº 503/87, vejamos por quais razões:

A promoção no momento em que se chega ao que seria o último estágio profissional — delegado Classe Especial — somente ocorre pelo critério de merecimento, leia-se por escolha pessoal, através de critérios em última análise subjetivos, descartando-se, assim, a possibilidade de se fazer valer o tempo de serviço para se chegar ao ápice profissional.

O critério de merecimento é útil e incentivador, fazendo com que pessoas brilhantes, estudiosas, dedicadas à carreira não dependam apenas do tempo para poderem adquirir merecidas promoções; porém a exclusividade de tal critério para permitir a promoção à Classe Especial causa uma situação absolutamente despropositada, injusta e ilógica, vejamos.

Em primeiro lugar é estranho que a legislação, ao tratar do assunto, admita a possibilidade da promoção tanto por antiguidade quanto por merecimento durante toda a fase profissional, exceto quando se trata de chegar ao nível máximo da carreira. Fosse a promoção por antiguidade negativa, simplesmente não deveria existir para nenhum nível; em existindo, deve prevalecer durante toda a carreira. Tal raciocínio parece-me absolutamente lógico e coerente.

Há que se ressaltar, ainda, que a promoção por antiguidade ocorre em todas as carreiras públicas similares (Ministério Público, Magistratura, Procuradoria, dentre outras), e em todas as suas fases. Certamente não haverá quem entenda que as legislações que regem todas as carreiras acima citadas são equivocadas, e a única correta venha a ser a atual regra impeditiva de promoção por antiguidade para os delegados de Classe Especial.

Fosse apenas pela antilogia da regra atualmente vigente, ou mesmo pela falta de isonomia para com as carreiras similares, ainda assim, seria pela modificação da norma em questão, no sentido de permitir a promoção tanto por antiguidade como por merecimento.

Mas os motivos vão muito além. A regra vigente nada mais é do que fruto de uma

política com ranços ditatorial e fascista, de uma época em que o chefe do Poder Executivo desejava ter o controle político (no seu pior sentido) das autoridades policiais, usando a promoção como verdadeira moeda, na tentativa de, através dela, usufruir de benesses ou disseminar o terror (época triste da história nacional, quando "para os amigos tudo; para os inimigos a lei").

Face à nossa evolução social, política e cultural tais tempos fazem parte de um passado cinzento, que nos serve hoje para recordar quais os caminhos que não devemos seguir.

Não obstante as mudanças sociais vivificadas, é certo que, talvez por descaso (e prefiro acreditar assim), algumas leis não foram modificadas, estando, portanto, em absoluto descompasso com um Estado Democrático de Direito. Sendo exatamente isso que ocorre com a lei em exame.

A impossibilidade da promoção por antiguidade, em se tratando dos delegados Classe Especial, cria uma situação, no mínimo,

embaraçosa, principalmente quando nos deparamos com uma lista há pouco publicada no *Diário Oficial*, dando-nos conta da disparidade existente na carreira⁽¹⁾.

Devemos pois, acompanhar as mudanças históricas, e aproveitando o fato de termos como Chefe do Executivo Estadual um homem que vivenciou as agruras do regime ditatorial, que sentiu na própria pele os efeitos de leis

injustas e discriminatórias, é que defendemos seja remetido ao Poder Legislativo proposta no sentido de alterar o regime de carreira dos delegados de Polícia Civil, adequando-o à situação atual de um país democrático, para que, em estrita observância ao princípio de igualdade com relação a carreiras similares, passe a ser admitida a promoção para a Classe Especial, tanto por antiguidade, como por merecimento.

Acredito veementemente no apoio de toda a classe profissional, com a certeza de que serão os delegados de Classe Especial os primeiros a enaltecer tal modificação, afinal, passaram todos, com maior ou menor intensidade, pelas dificuldades de depender de critérios absolutamente discricionários para possibilitar suas promoções, ainda que justas.

NOTA

⁽¹⁾ DOE: 06.01.2000.

O autor é advogado e mestrando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra.

Nova Tipificação da Lavagem de Capitais no Uruguai

RAÚL CERVINI

A. Introdução

A partir da entrada em vigor da Lei nº 17.060 de 23.12.98, o delito de lavagem de dinheiro ou branqueamento de ativos aparece no Direito Positivo Uruguaio em duas vertentes típicas, assim: em se tratando de branqueamento dos ganhos dos delitos mencionados na Lei de Entorpecentes ou conexos, serão aplicados os arts. 54 a 59, 61 e as normas complementares da Lei nº 17.016⁽¹⁾ e, em se tratando da lavagem de dinheiro dos ganhos originados em delitos vinculados à corrupção pública em sentido amplo, será aplicado o tipo penal previsto no art. 30 da Lei nº 17.060.

B. Nova figura criada pela Lei Anti-Corrupção - Lei nº 17.060 de 23.12.98

1. Como já colocado, o novo tipo penal refere-se aos delitos de corrupção pública criados por esta lei e a outros delitos contra a Administração Pública, escolhidos sem maior critério sistemático, presumivelmente geradores de ganhos para o branqueamento, a saber: delito de concussão (art. 156 do CPU com redação dada pelo art. 8º da Lei nº 17.060), delito de corrupção passiva qualificada (art. 158 do CPU modificado pelo art. 8º da Lei nº 17.060), delito de tráfico de influências (art. 158 bis incorporado ao CPU pelo art. 9º da nova lei), delito de suborno (art. 159 do CPU modificado pelo art. 8º da Lei nº 17.060), delito de fraude (art. 160 do CPU modificado pelo art. 8º da mesma lei), delito de conjunção do interesse pessoal e do público (art. 161 do CPU modificado pelo art. 8º da nova lei), delito de abuso de função em casos não especialmente previstos pela lei (art. 162 do CPU modificado pelo art. 8º da nova lei), delito de revelação de segredos (art. 163 do CPU modificado pelo art. 8º da nova lei), delito do uso indevido de informação privilegiada (art. 163 bis incorporado pelo art. 9º da nova lei), agravantes especiais para os delitos previstos nos arts. 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 e 163 bis (art. 163 ter do CPU incorporadas através do art. 9º da nova lei) e delito de corrupção passiva e suborno transnacionais (criado pelo art. 29 da Lei nº 17.060).

"Artigo 30 (Branqueamento de dinheiro): Aquele que dificultar a identificação da origem, a investigação, a expropriação ou o confisco do dinheiro ou outros valores patrimoniais sabendo que provêm de algum dos delitos previstos nos artigos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis 163 ter do Código Penal ou do delito previsto no art. 29 da presente lei, será castigado com a pena de prisão de três meses a 6 anos de prisão".

2. Como pode-se observar, esta figura delituosa sanciona a quem "dificultar" ou seja a quem impedir ou obstruir por qualquer meio a identificação da origem, a investigação, a expropriação ou o confisco do dinheiro ou outros valores patrimoniais sabendo que provêm de algum dos delitos descritos na mesma norma.

Como vemos, o legislador uruguaio mudou totalmente seu critério de apreensão legal do fenômeno a punir, pelo menos no que tange à estrutura típica. Deixa de lado a discutível especificidade técnica das moda-

lidades operacionais atendidas na anterior Lei nº 17.016 (transformar e transferir) e inclina-se a receber tipicamente a conduta final ("dificultar" de qualquer modo).

Contrariamente ao que é sustentado por algum prestigioso autor nacional, não acreditamos que o art. 30 da Lei nº 17.060 constitua um simples desdobramento com a finalidade preventiva do clássico delito de encobrimento previsto no art. 197 do Código Penal com meras diferenças no que se refere à possibilidade de concurso (teleológico) delitual. Pensamos que a figura do art. 30 diferencia-se claramente do delito de encobrimento do CPU, porque a primeira não contém o requisito de ausência de ajuste prévio, e isto, a nosso juízo, define a sua autonomia típica. O autor da figura do art. 197 do CPU em nenhum caso pode ter ajustado previamente a sua participação no ilícito, porque se o tiver feito a sua conduta iria se reger pelas regras da co-participação, podendo, eventualmente, chegar a ser um co-autor, nunca um encobridor. Pelo contrário, o autor da conduta descrita no art. 30, ainda que não tenha ajustado previamente a sua participação no fato ilícito, se ulteriormente realiza com consciência e vontade alguma das condutas descritas no art. 30, não responderá pelo delito de encobrimento e sim lhe será aplicada a pena prevista no art. 30. Por conseguinte, a nosso juízo, na sistemática do art. 30, resulta tipicamente irrelevante a existência de um ajuste prévio. Em outras palavras, resulta possível que uma pessoa incorra primariamente num delito de corrupção passiva e ulteriormente pratique uma das condutas descritas no art. 30, nesse caso teríamos uma hipótese de concurso delitual. O que não seria possível seria um eventual concurso de delitos entre o encobrimento e a figura do art. 30 da Lei nº 17.060, já que toda vez que o sujeito ativo dificulte de qualquer maneira a identificação da origem, a investigação, a expropriação ou o confisco do dinheiro, estaria diretamente incurso na previsão legal do art. 30, por ter-se dado a adequação típica entre sua conduta e a norma penal.

Este delito, da mesma forma que as modalidades da lavagem de dinheiro da anterior Lei nº 17.016, é punido a título de dolo direto. A norma estabelece expressamente: "aquele que sabendo", quer dizer, quando existe por parte do autor intenção adequada ao resultado. A sanção penal é de privação de liberdade de três meses a seis anos de prisão, sensivelmente menor à estabelecida nos arts. 54 e 55 da Lei nº 17.016.

3. Por outro lado, a nova modalidade introduzida, constitui uma clara expansão dos riscos corporativos e por conseguinte leva a colocar maior vigilância sobre as entidades financeiras e sobre seus funcionários. O conhecimento verificado do cliente, a devida diligência, incluindo o dever de seguimento operacional implicitamente acolhido na nossa legislação e inclusive o dever de resguardo de documentação e registros, se impõem como mecanismos preventivos não só frente ao risco da narco-lavagem e delitos conexos (Lei nº 17.016) mas também com relação à grande parte dos

delitos de corrupção pública (Lei nº 17.060).

C. Síntese Conclusiva

1. Reiteramos que com a entrada em vigor da Lei nº 17.060, o delito de lavagem de dinheiro repercute no direito positivo uruguaio por meio de duas vertentes típicas de estruturas muito diferentes. Em se tratando de branqueamento de ganhos dos delitos mencionados na Lei de Entorpecentes ou conexos, serão aplicáveis os arts. 54 a 59, 61 e normas complementares da Lei nº 17.016, estruturada claramente, pelo menos na sua figura base do art. 54, atendendo a condutas específicas reputadas como de especial significação operacional nos processos de lavagem de dinheiro. Por outro lado, em se tratando de lavagem de dinheiro dos ganhos originados em delitos vinculados à corrupção pública em sentido amplo, será aplicável o tipo penal previsto no art. 30 da Lei nº 17.060, que se constrói, como já expressamos, com base na conduta fim que preside esses processos (dificultar).

2. A norma de branqueamento de capitais criada pela Lei nº 17.060 para os delitos originados do uso indevido do poder público, gera certas discussões, a nosso juízo, facilmente superáveis no plano concursal e com maior fundamento no âmbito da sua possível aplicabilidade em caso de que o delito matriz de corrupção pública ou administrativa seja cometido no estrangeiro.

Ambas modalidades típicas (art. 54 da Lei nº 17.016 e o art. 30 da Lei nº 17.016) requerem a "intenção" e isso se coaduna com o contexto do direito comparado. Em todo caso resulta muito conveniente consagrar dois tipos penais de lavagem de dinheiro estruturados sobre parâmetros técnicos tão diferentes e particularizados a setores da atividade delituosa. Esta dualidade pode eventualmente trazer dificuldades de interpretação e inesperados problemas de aplicação. Parece claro que tipificar atendendo exclusivamente às modalidades operacionais resulta sempre muito considerável e gera o risco de que se dissolva em tecnicismos a finalidade da norma. Por outro lado, a ênfase típica na conduta final (ocultar, encobrir) desenha a especificidade dos complexos processos que se buscam regular penalmente e isso também em nível de uma perigosa indefinição, imprecisão. Não é o momento de discutir as vantagens de um ou de outro critério, mas sim o de advertir sobre os riscos do caminho escolhido.

NOTAS

⁽²⁾ Primeiros comentários à Lei nº 17.016 de 22.10.98 nos aspectos atinentes às novas tipificações da lavagem de dinheiro e as Cargas de Vigilância das Entidades Financeiras in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, nº 26, abril-junho, São Paulo, 1999.

O autor é professor de Direito Penal das Faculdades de Direito da Universidade da República e da Universidade Católica de Uruguai, secretário-geral para a América Latina e segundo vice-presidente do Conselho Consultivo do ICEPS.

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

Assoc. dos Juízes Federais do Brasil - **AJUFÉ 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
- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Assoc. Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Assoc. Paulista do Ministério Público
- Assoc. dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Centro de Estudos Jurídicos de Jundiaí
- 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)

Uma Nova Seção no Boletim

Existe hoje um temor generalizado da violência em nossa sociedade e a criminalidade violenta tornou-se centro das preocupações públicas e privadas. Vários analistas da questão já observaram que o medo da violência tem transformado os comportamentos, a arquitetura das cidades, e provocado respostas emergenciais dos legisladores, dos executores de políticas públicas e dos aplicadores do Direito. Mas observam também que muitas vezes não há uma correlação empiricamente comprovável entre o crescimento de um determinado crime e a magnitude do medo que ele provoca nos cidadãos. Um exemplo são os seqüestros. Em termos estatísticos, as ocorrências desse crime não são em si suficientes para justificar o temor que muitas pessoas têm de serem seqüestradas. Ao passo que as chamadas chacinas têm aumentado de número ano a ano, sem entretanto provocar comoção semelhante.

Nesta edição estamos inaugurando a seção dedicada à difusão de análises de dados e resultados de pesquisa do **Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM**, que, entre outras análises, pretende apresentar dados empíricos que ofereçam um panorama o mais fidedigno possível da realidade relativa ao crime e ao funcionamento dos órgãos envolvidos na prevenção, na repressão e na punição dos crimes. Desde sua criação, o **Núcleo** tem divulgado sua atividade no **Boletim**; a partir de agora, porém, será publicada mensalmente uma coluna para a discussão de trabalhos realizados pelo nosso **Núcleo** e também por outros pesquisadores.

A iniciativa coincide com uma parceria firmada entre o **IBCCRIM** e a **Fundação Seade** para o desenvolvimento de projetos conjuntos de pesquisa e tratamento de dados. Além dos projetos de longo alcance, em fase de estudo, a parceria entre as duas instituições torna possível a publicação de análises pontuais sobre estatísticas produzidas pela Seade que são de interesse ao leitor do **Boletim**.

Todos os meses, serão encontrados pequenos textos analisando o comportamento dos crimes registrados pela polícia, enfocando séries históricas de determinados crimes, ou ainda dados sobre vitimização, números do sistema penitenciário, informações sobre delinquência juvenil, dados sobre o sistema judiciário, relativos a Varas

Comuns ou aos Juizados Especiais... Enfim, assuntos que fazem parte do cotidiano de trabalho do operador jurídico, mas que sobretudo têm chamado a atenção da opinião pública e dos meios de comunicação e, infelizmente, muitas vezes não são tratados com o rigor que merecem.

Estamos convencidos de que, para enfrentar o problema da insegurança, é preciso agir de forma planejada e conhecer a fundo o comportamento delinquente, assim como tentar conhecer o maior número possível de variáveis que se relacionem à ocorrência de crimes. É fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e mais pacífica que o cidadão responsável saiba distinguir os contornos da situação real dos apelos sensacionalistas, que muitas vezes trazem no esteio autoritarismos e demagogias.

Nosso objetivo nesse novo espaço do **Boletim** é procurar reunir e divulgar ao público dados que permitam interpretar a realidade de uma forma menos emocionada,

"É fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e mais pacífica que o cidadão responsável saiba distinguir os contornos da situação real dos apelos sensacionalistas, que muitas vezes trazem no esteio autoritarismos e demagogias."

no intuito de contribuir para uma melhor compreensão dos dilemas da segurança pública e da administração da Justiça Criminal.

Não é uma tradição brasileira orientar planejamentos, políticas públicas, elaboração de leis por estudos empíricos sobre a necessidade e o impacto dessas ações. Ainda que modestamente, esperamos poder contribuir de alguma forma com a mudança

deste quadro. O papel de muitos dos estudos empíricos é identificar onde estão os principais problemas do funcionamento dos sistemas de justiça e segurança pública, para que se possa pensar uma ação estratégica de melhoria da prestação dos serviços, concentrando os esforços nos pontos críticos e dando menor relevância àquilo que se constatar de fato menos significativo.

A informação e o conhecimento são os produtos de ponta do momento histórico que vivemos e toda mudança, toda acomodação, toda transformação não poderá prescindir do seu uso. No ambiente do debate crítico, nossa expectativa é estimular reflexões, colaborando na desmistificação de alguns discursos que vêm se tornando dominantes em nossa sociedade, embora sejam expressão de intolerância, insensibilidade, discriminação.

Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM.

Retenção do Passaporte do Acusado: Constrangimento Ilegal

ALBERTO ZACHARIASTORON

Prestes a ser submetido a julgamento pelo Júri, sob o argumento de que o acusado, caso condenado, poderia se evadir do país já que a pena seria alta, atendendo a requerimento do Ministério Público, o juiz veio a determinar a retenção do seu passaporte. Tal medida representaria um constrangimento ilegal? No caso positivo, qual o meio jurídico hábil para saná-lo?

A resposta a tais questões envolve o conhecimento de alguns fatos do processo. O réu no caso versado não foi preso em flagrante e nunca teve decretada contra si qualquer tipo de prisão provisória. Desde o nascedouro do inquérito policial, oito anos antes da imposição da medida, sempre que solicitado compareceu a todos os comemorativos processuais. Oferecida a denúncia, foi interrogado e, na seqüência, esteve presente às audiências para ouvir as testemunhas de acusação e as de defesa. Após a sua pronúncia, isto em 1995, foi-lhe assegurada a possibilidade de aguardar o julgamento em liberdade. Posteriormente, contra si foi oferecido o libelo e devidamente contra-arrazoado.

Diante de um quadro destes, era defeso ao magistrado, em razão de meras conjecturas, determinar a retenção do passaporte do acusado. Afora a manifesta ilegalidade da decisão, que impôs ao acusado um ônus não previsto em lei e, assim, cerceou a sua liberdade de ir e vir, a medida teve um nítido caráter vexatório. Se nunca se cogitou da decretação da prisão preventiva do imputado, por que só às vésperas do seu julgamento pelo Júri Popular lembraram-se de reter seu passaporte afetando sua locomoção e, mais drasticamente, sua própria dignidade diante dos jurados?

De um ponto de vista jurídico, o Código de Processo Penal, de 1941, previa no seu revogado artigo 369 o dever de o réu, depois de citado, "comunicar" sua mudança ou ausência da residência por mais de oito dias ao juiz. Contudo, tal exigência não mais subsiste em face da Lei nº 9.271/96. Esta, agora, nos termos do art. 328 do CPP, só tem lugar para os casos de acusados que respondam o processo sob fiança. Ainda assim, o preclaro professor **Damásio de Jesus**, questiona a legitimidade da exigência em face da garantia constitucional da presunção de inocência do cidadão (art. 5º, LVII, cf. "Código de Processo Penal Anotado", 14ª ed., SP, Ed. Saraiva, 1998, p. 229).

Revogado o art. 369 do CPP, soa odioso impor àquele que responde ao processo em liberdade e não está sob fiança, tratamento mais rigoroso do que o dispensado ao réu afofado. De fato, mesmo o art. 328 do CPP não admite a retenção do passaporte para fins de controle do deslocamento de qualquer acusado. Exige apenas a comunicação para viagens que se dêem por mais de oito dias.

De se lembrar, nessa linha de raciocínio,

que "as hipóteses de cerceamento ao exercício do direito de liberdade são prefixadas em lei. Obedecem, ademais, ao critério — *numerus clausus*" (STJ, 6ª T., HC n.º 4.252/SP, j. 05.03.96, DJ 24.02.97). Por isso, não se pode afirmar que o só fato de alguém estar sujeito aos ônus do processo, implica na sujeição aos caprichos do juiz que preside o processo. Neste contexto, a clássica lição do festejado jurista **Hélio Tornaghi** é oportuníssima:

"A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes" ("Instituições do Processo Penal", 2ª ed., SP, Ed. Saraiva, 1977, I/75).

"Soa estranho que, identificado o constrangimento ilegal, por uma questão de pureza instrumental, o cidadão fosse obrigado a manejar o mandado de segurança para ver concretizada a prestação jurisdicional."

Daí, a prudente advertência do eminente professor **Rogério Lauria Tucci** para quem o processo penal é "um instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado" ("Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro", SP, Ed. Saraiva, 1993, p. 22).

Se é verdade que o processo acarreta vários ônus para o réu, não é menos verdadeiro que qualquer gravame acautelador deve vir fundamentado com dados extraídos do seu interior, que demonstrem a necessidade da medida. Não é por outra razão que, insistentemente, embora aludindo à prisão preventiva, a jurisprudência venha advertindo que esta, "por sua natureza, precisa ser conciliada com o princípio da presunção de inocência. Nenhuma sanção processual é dissociada do interesse público. Faz-se imprescindível, na fundamentação, ser evidenciada a necessidade da constrição, ao exercício do direito de liberdade, ou seja, configurada no plano fático, uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Insuficiente mera referência a uma das categorias normativas, ou à natureza da infração penal" (JSTJ, Ed. Lex, 113/258, rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**).

Não obstante a clareza da situação, o procurador de Justiça que funcionou no caso, uma das maiores expressões do Ministério Público paulista, o dr. **Álvaro Busana**, embora reconhecendo a evidência do constrangimento ilegal na retenção do passaporte, entendeu que o *habeas corpus* não era a via adequada para se sanar o constrangimento apontado. Com apoio em vasta doutrina, sustentou que o mandado de segurança representaria o instrumento correto, uma vez que a medida imposta pelo magistrado não atingia a liberdade de locomoção. Em última análise, segundo o parecerista, cuidava-se unicamente da devolução de um documento, já que o acusado, se quisesse viajar, poderia requerê-lo ao magistrado.

Não obstante as judiciosas ponderações do ilustre representante ministerial, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o *habeas corpus* impetrado, invocando a lição de **Pontes de Miranda**, decidiu: "restringir a liberdade física é cercear, abarrear, por quaisquer meios empecidos, o movimento de alguém, obrigar o indivíduo a não vir de algum lugar; constrangê-lo a mover-se ou a caminhar; impedir-lhe que fique, vá ou venha".

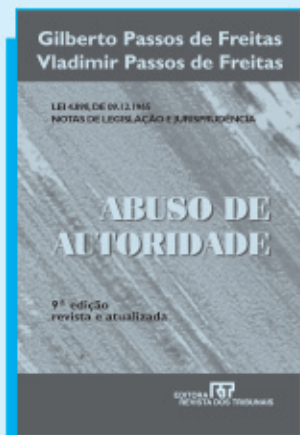
Essa liberdade, prossegue o julgado, "consiste no poder de mudar de lugar e de situação ou de se transportar para qualquer lugar que se deseja, sem impedimentos nem prisões, salvo se a lei o ordenar devidamente". Para concluir: "Há uma evidente restrição à liberdade de ir e vir, decretada sem qualquer fundamentação razoável" (TJSP, HC n.º 289.581-3, rel. des. **Barbosa Pereira**, j. em 05.08.99).

Não há dúvida de que a solução prestigiada pela Col. 6ª Câmara Criminal foi a melhor. Primeiro porque, de acordo com a Constituição, o *habeas corpus* protege qualquer atentado contra a liberdade (art. 5º, inc. LXVIII). É evidente que a retenção do passaporte do cidadão compromete o seu direito de ir e vir, pois, para ir ao exterior, deve submeter-se ao alvitre do juiz. Depois, soa estranho que, identificado o constrangimento ilegal, por uma questão de pureza instrumental, o cidadão fosse obrigado a manejar o mandado de segurança para ver concretizada a prestação jurisdicional.

Por fim, como bem destacado pelo desembargador **Haroldo Luz** na sessão de julgamento, não é ocioso lembrar que é possível viajar para qualquer país do Mercosul apenas com a carteira de identidade. Assim, a retenção do passaporte revela-se uma medida inócua.

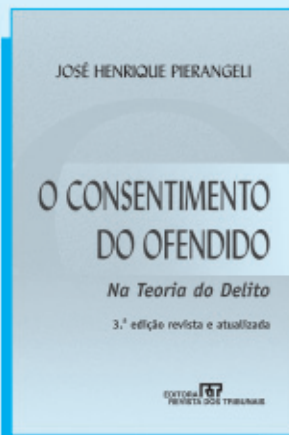
O autor é advogado criminalista em São Paulo, professor de Direito Penal da PUC-SP e ex-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Editora Revista dos Tribunais



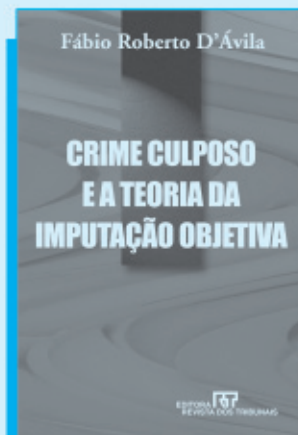
cód. 002090
200 páginas
R\$ 31,00

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.



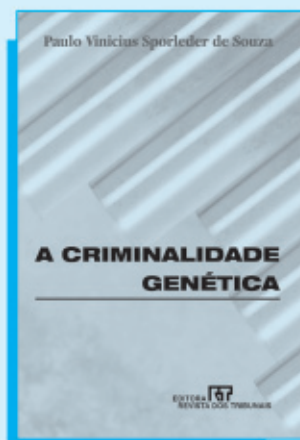
cód. 002056
284 páginas
R\$ 42,00

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.



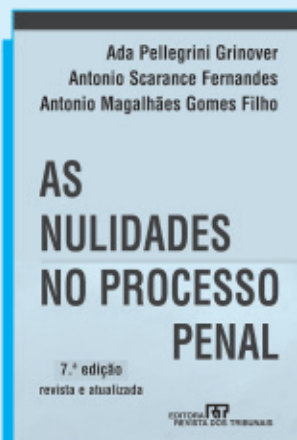
cód. 002087
148 páginas
R\$ 23,00

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.



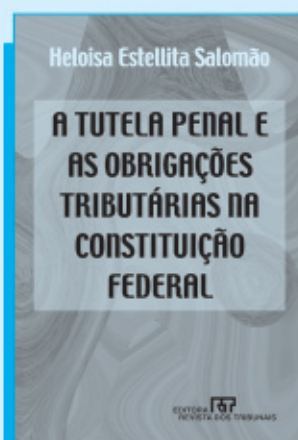
cód. 002078
156 páginas
R\$ 24,00

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 genetecnologias. Por fim, analisa, sob um enfoque predominantemente biológico, os diversos estudos relacionados à influência biológica na conduta desviante, as bases genéticas no transtorno antisocial 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.

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

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

Visite a nova Livraria RT Virtual: 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

Rua da Assembleia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• Fax: (21) 2533-4660
• 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