



VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Visando poder atender a todos os interessados em participar dos eventos promovidos pelo IBCCRIM, a diretoria de cursos preparou para este ano, um seminário mais amplo.

Teremos palestras internacionais na parte da manhã, como tradicionalmente acontece e, na parte da tarde, neste ano acontecerão três painéis simultâneos ao invés de dois. Ampliamos a possibilidade de escolha dos participantes, uma vez que foi aumentado os números de temas e professores.

Nesta edição do *Boletim*, veja a programação completa e já garanta a sua vaga.

O número de participantes é limitado em 800 pessoas.

Não fique de fora do primeiro grande evento do Milênio!

Informações e Inscrições:
Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCRIM
Tel. (11) 3105-4607 e 3105-0109
E-mail:
marketing@ibccrim.com.br

ATUALIDADES EM DIREITO PENAL ECONÔMICO

O IBCCRIM em conjunto com o ITEC! realizará entre os dias 17 a 19 de abril curso em Direito Penal Econômico que abordará: *Sigilo Bancário, Crimes Previdenciários e Extinção da Punibilidade nos Crimes Tributários e Previdenciários.*

As palestras serão realizadas no Auditório da Justiça Federal, das 18h30 às 21h00.

Informações e Inscrições: ITEC!
Tel.: (51) 226-8839

EDITORIAL

O IBCCRIM traz sua homenagem ao governador **Mário Covas**, homem público e indivíduo, unanimemente, reconhecido como exemplo ético.

Através das manifestações de carinho, saudades e respeito ocorridas, durante sua doença e quando de sua morte, pode-se concluir que **Mário Covas**, independentemente das concepções políticas partidárias adotadas, foi (e é) um paradigma.

Não gostaríamos de cair no lugar comum de "santificar" as pessoas falecidas; ou, o que é ainda pior, reconhecer como qualidades atributos que deveriam ser inerentes ao trato com a coisa pública.

No entanto, não há como negar que as características pessoais do governador tornam-se admiráveis, diante da carência ética que assombra a política brasileira. Sendo relevante ressaltar que a humildade e sinceridade com as quais lidou com sua doença (assunto de natureza privada) refletem a transparência com que cuidava do público.

A segurança pública, não há dúvidas, diante das rebeliões havidas no sistema carcerário e principalmente nas Febens, foi tema de grande preocupação do governador, sendo certo que, não obstante ainda haja muito a ser feito, é justo apontar as medidas por ele adotadas em referida esfera.

De fato, durante o governo **Mário Covas**, criaram-se mais de 30.000 (trinta mil) vagas no sistema carcerário, tanto no regime fechado, quanto no semi-aberto; desativaram-se as carceragens de mais de 20 (vinte) distritos policiais, em São Paulo; instituiu-se a Ouvidoria da Polícia, que serviu de modelo para outros estados da federação; incluíram-se cursos

relativos aos direitos fundamentais nos currículos das academias de polícia; efetivou-se um programa de integração das polícias civil e militar.

Cumprir esclarecer que não se está afirmando que a criação de novas vagas soluciona o problema da segurança pública em São Paulo, ou que a desativação das carceragens inumanas existentes nas delegacias do Estado possa, isoladamente, tornar o cumprimento da pena privativa de liberdade mais conforme à Constituição Federal (que veda penas cruéis) e à legislação ordinária.

Está-se apenas apontando que, dentre os diversos assuntos que suscitaram o interesse do governador **Mário Covas** estava a segurança pública, sendo importante notar que sua ocupação com tal assunto não afastou o objetivo constante de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais.

Todos sabemos que ainda há muito por avançar, mas é preciso fazer justiça às pessoas que dedicam ou dedicaram suas vidas à causa pública, e que, frise-se, não despendem o dinheiro público divulgando a realização de suas obras, que, muitas vezes, não são visíveis, mas permanentes.

Poder-se-ia falar muito mais a respeito do saudoso governador, pessoa marcante por sua fibra e caráter. No entanto, finalizamos agradecendo a ele o exemplo que deu a todos nós, mantendo-se digno e transparente, na saúde e na doença; e desejando à família Covas paz e força para enfrentar a dor da perda sofrida.

Roberto Podval e Janaina C. Paschoal

Nossos Parabéns ao IDDD

Congratulamos os fundadores e associados do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) pela admirável iniciativa de difundir e fortalecer a idéia de que o direito de defesa constitui garantia constitucional, devendo, por isso, ser respeitado, em sua forma mais ampla. Referido instituto vem desempenhando um excelente trabalho junto aos Tribunais do Júri de São Paulo, onde seus associados, juristas renomados e reconheci-

dos, dedicam-se à defesa de réus carentes. O IBCCRIM constatou a realização deste trabalho. E, por isso, parabeniza os fundadores e associados do IDDD, aduzindo ser louvável toda atitude que vise a materializar garantias asseguradas apenas formalmente a nossos cidadãos.

Roberto Podval e Janaina C. Paschoal

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Abril/2001 - n° 101

• Editorial	
- Roberto Podval e Janaina C. Paschoal	01
• Nossos Parabéns ao IDDD	
- Roberto Podval e Janaina C. Paschoal	01
• Reflexões Sobre a Permanência do Inquérito Policial e a Inviabilidade do Juizado de Instrução na Legislação Processual Penal	
- Raymundo Cortizo Sobrinho	02
• Sonegação Fiscal - Tempo do Crime: Teoria da Atividade	
- Cezar Roberto Bitencourt	03
• Da Necessidade de Nomeação de Curador à Lide nos Pedidos de Alvarás Para Realização de Aborto	
- Lourivaldo Barbiere	04
• Ainda a Nova Lei de Trânsito e o Homicídio Culposo	
- Walter Antonio Dias Duarte	06
• Da Retroatividade dos Dispositivos Penais da Lei nº 9.964/00, Que Instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS	
- Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt ...	08
• Importância e Efeito da Delinquência Econômica	
- André Luís Callegari	10
• Conclusões do II Encontro dos Juizes do Júri de São Paulo	
.....	11
• Da Verdade Dada à Verdade Buscada	
- Renato de Mello Jorge Silveira	12
• Legislação: Resolução SAP-11, de 13.03.2001	
.....	14
• A Extinção da Punibilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária e nos "Crimes Previdenciários"	
- Heloisa Estellita Salomão	15
• A Imputação Objetiva é Real	
- José Carlos Gobbi Pagliuca	16
• Com a Palavra, o Estudante: Os Crimes Virtuais na Esfera Jurídica Brasileira	
- Reginaldo César Pinheiro	18
Caderno de Jurisprudência	
• O Direito Por Quem o Faz: Um Bom Exemplo de Análise da Lei Penal, à Luz do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal	525
• Supremo Tribunal Federal	526
• Superior Tribunal de Justiça	527
• Tribunal Regional Federal	527
• Tribunal de Justiça	528
• Tribunal de Alçada Criminal	528

Reflexões Sobre a Permanência do Inquérito Policial e a Inviabilidade do Juizado de Instrução na Legislação Processual Penal

RAYMUNDO CORTIZO SOBRINHO

Denota-se da lúcida exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, da lavra de **Francisco Campos**, ainda vigente, a coerente opção pela manutenção do inquérito policial como instrumento de persecução penal preliminar, por melhor atender aos interesses da justiça criminal e adequar-se às peculiaridades administrativas e geográficas do País.

Com o mesmo desiderato, o legislador constituinte de 1988 fez consignar na Carta Política que: "*As Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais...*", noutra demonstração inequívoca da pertinência em se manter o inquérito policial no âmbito do Direito Processual e Constitucional.

A rejeição do **juízo de instrução** significa medida extremamente garantista que visa obstar eventuais conclusões precipitadas dos membros do Poder que teria a incumbência de investigar e julgar ao mesmo tempo, justificando, assim, o deslocamento da *persecutio criminis* vestibular a um órgão distinto e independente, imunizando a atividade judicante dos "**azares do detetivis-**

mo" decorrentes do contato com o calor e a emoção das ações criminosas.

De outra parte, também se compreende a exclusão do Poder Judiciário da fase pré-processual investigativa, a fim de evitar qualquer influência da prova colhida no inquérito policial, de natureza inquisitorial, na formação do convencimento do juiz, o qual deve se orientar somente pelos atos processuais efetivados sob o crivo do contraditório, salvante as denominadas **provas irrepitíveis**.

Nesta linha de raciocínio, o anteprojeto preliminar da reforma processual penal, em seu art. 399, inova ao instituir o juízo receptor da acusação e o da instrução e julgamento, impondo, inclusive, o desentranhamento do inquérito policial após o recebimento da denúncia, objetivando, justamente, evitar o contato do magistrado com a prova colhida unilateralmente.

Ademais, a manutenção do inquérito po-

licial objetiva não expor diretamente os membros do Poder Judiciário aos horrores e chantagens do mundo marginal, o que traria prejuízos irreparáveis à instituição como um todo.

Acrescentam-se, ainda, questões de ordem estruturais que inviabilizam a implantação do **juizado de instrução**, além da falta de vocação dos membros do judiciário para a prática de atos investigativos, como ficou evidenciado por ocasião da edição da Lei nº 9.034/95 (**crime organizado**), em que se instituiu o chamado **juízo investigador**, função que não obteve nenhuma receptividade por parte dos magistrados.

Por outro lado, é digno de registro que, nestes quase sessenta anos de existência formal, o inquérito policial vem se constituindo o sustentáculo básico da Justiça Criminal, não obstante as reconhecidas dificul-

dades técnico-operacionais enfrentadas pelos órgãos encarregados das lides investigativas.

Apesar dessa verdade incontestável, o inquérito policial tem sido alvo de críticas superficiais vindas de quem desconhece sua eficiência e relevância no sistema processual penal, fomentando, impensadamente, alternativas utópicas e inconciliáveis com a realidade

contemporânea nacional, especialmente o **juizado de instrução**.

Diante do quadro fático que se afigura, a comissão incumbida de elaborar o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, sob a firme batuta da eminente processualista **Ada Pellegrini Grinover**, circundada por juristas como **Luiz Flávio Gomes**, **René Ariel Dotti**, **Rogério Lauria Tucci**, **Rui Stoco** e outros da mesma estirpe, sabiamente se posicionou no sentido da permanência da investigação criminal a cargo dos organismos policiais estaduais e federal, afastando-se, acertadamente, mais uma vez, o **juizado de instrução** de nossa lei adjetiva.

O autor é delegado de Polícia pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal e professor de Direito no Centro Universitário de São José do Rio Preto (SP).

Sonegação Fiscal - Tempo do Crime: Teoria da Atividade

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Seguindo a orientação do Código Penal português, a Reforma Penal de 1984 define o tempo do crime, nos seguintes termos: "Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado". Em outros termos, o Código Penal, que tem aplicação subsidiária nas leis extravagantes, define o tempo do crime, como sendo o momento da ação ou omissão (art. 4º do CP), independentemente daquele em que os efeitos possam vir a produzir-se.

"A descompromissada, infundada e cômoda afirmação de que a 'sonegação fiscal' consuma-se no ano-exercício de prestação de contas do Fisco, exige uma revisão cautelosa e criteriosa, como recomenda a prudência, para identificar quais são as condutas tipificadas que se adequam a essa concepção tradicional e quais as que têm outro momento consumativo."

Adota-se, assim, a teoria da atividade, posto que é nesse momento que o indivíduo exterioriza a sua vontade violando o preceito proibitivo e é exatamente aí que ocorre a adequação típica, independentemente de quando e para onde projeta os seus efeitos e suas consequências. Isso evita o absurdo de uma conduta, praticada *licitamente* sob o império de uma lei, poder ser considerada crime, em razão de o resultado vir a produzir-se sob o império de outra lei incriminadora, ou, o que dá no mesmo, uma conduta ser praticada sob a égide de uma lei, poder ser punida mais severamente porque os efeitos vieram a produzir-se sob a vigência de outra lei, mais gravosa.

Mas para se enfrentar essa questão, na seara do Direito Penal Tributário, é indispensável coragem, determinação e, acima de tudo, um julgador independente (qualidades que se espera de um bom magistrado), que não fique preso aos odiosos "precedentes", que não passam de repetições descoloridas, inodoras, insípidas e sem identidade. A descompromissada, infundada e cômoda afirmação de que a "sonegação fiscal" consuma-se no ano-exercício de prestação de contas do Fisco, exige uma revisão cautelosa e criteriosa,

como recomenda a prudência, para identificar quais são as condutas tipificadas que se adequam a essa concepção tradicional e quais as que têm outro momento consumativo. E a solução desse problema passa pelo exame da tipicidade, pela análise individual de cada tipo penal: alguns consumam-se efetivamente no exercício da declaração às autoridades fazendárias, mais precisamente, no momento em que prestam essa declaração, como é o caso do art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, e outros consumam-se com a simples realização da conduta descrita pelo verbo nuclear, como é o caso do inc. II, do mesmo artigo, "inserir elementos inexatos ou omitir qualquer operação em documentos ou livros exigidos pela lei fiscal".

Com efeito, o art. 1º da Lei nº 8.137/90 tipifica nos incs. I e II dois crimes distintos que se consumam em momentos e em circunstâncias igualmente distintas. O crime tipificado no inc. I consuma-se quando da "declaração falsa às autoridades fazendárias", conforme prescrição literal do dispositivo, ou seja, de regra, no ano seguinte. No entanto, o crime tipificado no inc. II consuma-se quando o sujeito ativo "insere" elementos inexatos ou "omite" operação de qualquer natureza, "em documento ou livro exigido pela lei fiscal". Segundo o magistrado de **Damáio de Jesus**, "A questão do tempo do crime deve ser considerada em relação à conduta do autor, de forma que as situações posteriores são indiferentes"⁽¹⁾.

Em sentido semelhante, manifesta-se o ilustre magistrado paulista **Rui Stoco**, segundo o qual "Inserir elementos inexatos ou omitir operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal... é a ação ou omissão que constitui o crime"⁽²⁾.

Senão, vejamos as condutas tipificadas nos dois incisos do art. 1º da Lei nº 8.137:

"I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal".

A conduta descrita no inc. I, consuma-se não no ano-base, isto é, no ano do fato gerador do tributo, mas tão-somente no ano seguinte, no ano da declaração ao Fisco. Em sentido semelhante, salienta **Antonio Correa** afirmando que "consoma-se o delito com a 'omissão de informação' ou 'prestação de declaração falsa' às autoridades fazendárias"⁽³⁾.

Na hipótese do inc. II, o momento consumativo é outro, ou seja, consuma-se o crime no momento do lançamento, isto é, quando o agente "insere elementos" inexatos nos livros exigidos pela lei fiscal. Assim, o crime descrito no inc. II consuma-se no ano-base e não no ano da declaração fiscal, como acontece com o inc. I. É absolutamente irrelevante, o fato de ser permitido pela legislação fiscal, inclusive pelo Código Tributário Nacional, a retificação de lançamento, para efeitos de consumação do crime, especialmente no caso concreto, em que as operações bancárias já estavam todas consumadas, com

contratos registrados, e lançados na contabilidade. Não havia nada a retificar e, segundo o magistrado de **Rui Stoco**, "a retificação de informação inexata, com o objetivo de sonegar, caracteriza arrependimento eficaz, previsto no art. 15 do Código Penal"⁽⁴⁾. Logo, eventual retificação não serve para consumir o crime ou "qualificá-lo" como tentado.

"... não se pode ignorar que a Lei nº 8.137/90 não disciplina nem o tempo nem o lugar do crime. Nessas circunstâncias, aquela orientação jurisprudencial que sustenta que os crimes tributários consumam-se no ano do exercício da declaração de rendas, está completamente equivocada e não tem fundamento jurídico."

Enfim, não se pode ignorar que a Lei nº 8.137/90 não disciplina nem o tempo nem o lugar do crime. Nessas circunstâncias aquela orientação jurisprudencial que sustenta que os crimes tributários consumam-se no ano do exercício da declaração de rendas, está completamente equivocada e não tem fundamento jurídico. Na verdade, aplica-se aos crimes tributários a definição do Código Penal, através do comando do art. 12 daquele diploma legal, segundo o qual, "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Como a Lei nº 8.137/90 não dispõe sobre o tempo do crime, qualquer outro entendimento não tem amparo legal.

NOTAS

(1) "Direito Penal - Parte Geral", 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 103.

(2) "Sonegação Fiscal - Crimes Contra a Ordem Tributária", in "Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial", vol. 2, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 2.089.

(3) **STOCO, Rui**. "Dos Crimes Contra a Ordem Tributária", São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 98. A jurisprudência pátria também adota toda, corretamente, essa orientação.

(4) **STOCO, Rui**. *Op. cit.*, p. 2.090.

O autor é doutor em Direito Penal, membro da Academia Brasileira de Ciências Penais, procurador de justiça aposentado, advogado e parecerista.

Da Necessidade de Nomeação de Curador à Lide nos Pedidos de Alvarás Para Realização de Aborto

LOURI GERALDO BARBIERO



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA: Sílvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM: Janaína Conceição Paschoal, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

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

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Maurício Zanoide de Moraes, Adauto Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET: Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Mariângela Magalhães Gomes

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sílvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS: Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer

Registro, *prima facie*, que a meta principal deste trabalho é o de demonstrar, diante das regras processuais já existentes, que o nascituro é detentor de direitos processuais no pedido de alvará para autorização de aborto e de sugerir inovações e modificações legislativas, tudo com o objetivo final de proteger o maior de todos os direitos: o direito à vida. O trabalho se restringe a aspectos processuais, sem qualquer exame quanto ao mérito do pedido, ou seja, se deve ou não ser deferido o pedido e em quais casos.

1) Da impossibilidade jurídica do pedido

O pedido de alvará para autorização de aborto, na verdade, no nosso modesto pensar, não deveria sequer ser conhecido, posto que:

- trata-se de pedido juridicamente impossível diante da falta de previsão legal em nosso ordenamento jurídico;
- a hipótese não se enquadra em nenhum dos casos de competência das Varas Criminais, conforme definidos no art. 28 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei/Complementar nº 3, de 28.08.1969);
- a hipótese também não se enquadra na competência das Varas da Família e Sucessões e da Infância e Juventude (arts. 37 e 39 do Código Judiciário);
- não se trata de ação cautelar penal, pois não está vinculado a nenhum processo futuro ou em curso;
- o exame do pedido, como procedimento administrativo, usurpa e frustra a competência jurisdicional própria, que é a do Juízo penal, *ex post facto* (RT 734/537);
- o art. 128 do Código Penal não contempla, entre os requisitos para o aborto legal, a autorização judicial;
- a lei vigente não contempla o chamado aborto eugênico como legal e, portanto, não há que se falar em autorização judicial para a sua prática;
- o maior direito do nascituro, protegido pelo sistema jurídico nacional, é o de nas-

cer com vida, mesmo que venha a ocorrer o óbito no período neonatal;

- nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei (RJTJESP 99/25).

Como ensina **Geraldo Batista de Siqueira** (in "Aborto Humanitário: Autorização Judicial", RT 675/301): "A autorização judicial, cuja exigência a imprensa nacional tem emprestado tanto destaque nos mais variados recantos do País, é figura absolutamente alheia, estranha aos requisitos da tipicidade especial, insculpida na moldura da norma descrita no art. 128, I e II, do CP".

Segundo **Antônio Chaves**, a autorização judicial para que o médico realize o

"Não há dúvida de que a matéria é penal e de competência do Tribunal do Júri, a quem compete julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, dentre eles o de aborto (art. 5º, inc. XXXVIII, da CF e 74, § 1º, do CPP)."

abortamento é absolutamente desnecessária, "ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico" (cf. "Direito à Vida e ao Próprio Corpo", 2ª ed., ed. Revista dos Tribunais, p. 29).

O mesmo entendimento foi externado pelo magistrado **Wanderley José Federighi**, em artigo publicado no *Estado de S. Paulo*, de 30.3.86, p. 40: "Não havendo

menção expressa na lei à necessidade de autorização judicial para a prática do aborto, não há justa causa para a invocação da prestação jurisdicional. A função do juiz é a de vigilante e aplicador da lei. Se esta já é clara, nada há a ser interpretado. O juiz, chamado a autorizar um aborto, nada mais pode fazer além de declarar que, nos casos dos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal, não há crime, mas não lhe cabe conceder a referida autorização".

2) Do Juízo competente

Apesar da falta de previsão legal, tanto material como processual, o pedido de alvará para autorização de aborto vem sendo conhecido. Em alguns Estados pelas Varas Cíveis e em outros pelas Varas Criminais e, no caso especial da comarca de São Paulo, pelo DIPO - Departamento de Inquéritos Policiais (no decorrer do ano

2000, foram autorizados pelo DIPO 33 casos, sendo 30 entre aborto eugênico e terapêutico e três de humanitário.

Uma vez conhecidos os pedidos, como tem ocorrido, mister que sejam processados pelo Juízo competente.

Não há dúvida de que a matéria é penal e de competência do Tribunal do Júri, a quem compete julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, dentre eles o de aborto (art. 5º, inc. XXXVIII, da CF e 74, § 1º, do CPP).

Assim sendo, faz-se necessário a edição de norma processual penal, que preveja a necessidade de alvará judicial para a prática do aborto legal, bem como qual o Juízo competente para a sua apreciação, com a necessária intervenção de curador de incapazes e de curador especial ao nascituro, como adiante se verá, tendo em vista o evidente conflito de interesses existente entre o nascituro e a gestante.

"Ao curador especial incumbem defender o incapaz, velar pelos seus interesses, no que diz respeito à regularidade de todos os atos processuais, cabendo-lhe ampla defesa dos direitos da parte representada, tais como contestar e recorrer de todas as decisões."

Sugere-se, assim, a criação de parágrafos no art. 128 do Código Penal atual ou no art. 127 do Projeto da parte especial do Código Penal em trâmite no Congresso Nacional, e de mais um inciso no art. 497 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

"Art. 128 ou 127 do Código Penal...

I - ...

II - ...

III - ...

§ 2º - Nas hipóteses acima, a gestante, ou seu representante legal, deverá requerer ao Presidente do Tribunal do Júri autorização para o abortamento, em pedido devidamente instruído.

§ 3º - O juiz, sob pena de nulidade, nomeará curador especial ao nascituro.

§ 4º - Após a oitiva dos interessados e a realização da prova pericial, com a manifestação do curador especial nomeado e do Ministério Público, este na função de curador de incapazes e de dominus litis, o juiz deferirá ou não o pedido.

§ 5º - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que conceder o alvará. Neste caso, o juiz ordenará a remessa

dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 6º - O deferimento do alvará não observará futura ação penal pelo crime de aborto, nos casos de dolo, fraude ou má-fé na formulação do pedido.

Artigo 497 do Código de Processo Penal

...

...

...

XII - apreciar e decidir pedidos de autORIZAÇÃO de aborto, nos termos do artigo 128 ou 127 e seus parágrafos do Código Penal".

3) Da necessidade de nomeação de curador à lide

A Constituição Federal, em seus arts. 5º e 227, garante e assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida, inclusive a intra-uterina.

A legislação infraconstitucional brasileira, como não poderia deixar de ser ante a norma constitucional, também protege o bem jurídico fundamental da vida, a começar pela criminalização do aborto, em seus arts. 124 a 127 do Código Penal vigente.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro dispõe que: *"A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida: mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro"* (art. 4º).

Como sabemos, nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. O Código Civil protege as expectativas de direito do nascituro, que se confirmam se houver nascimento com vida, ou se desmentem, como se nunca tivessem existido, no caso contrário. Não tem personalidade, mas, desde a concepção, é como se tivesse. Assim, o nascituro é herdeiro, pode receber doações e legados, pode ser adotado, reconhecido e legitimado. Pode agir através de seu curador. Pode figurar como sujeito ativo e passivo de obrigações. A eficácia de tudo, porém, fica na dependência do nascimento com vida.

Em numerosos textos, o legislador volta sua atenção para aquele que apenas foi concebido (Código Civil, arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462 e 1.718; Código de Processo Civil, arts. 877 e 878; Cód. Penal, arts. 124 e 128).

O Código de Processo Civil, a seu turno, determina no seu art. 9º, inc. I, que: *"O juiz dará curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;"*. O curador especial a que se refere o código é também chamado curador à lide para distingui-lo do curador representante legal do incapaz nos atos da vida civil.

É evidente que, nesse caso, o conflito de interesses pode acarretar prejuízo para o incapaz. Não importa a idoneidade do re-

presentante; a lei, para resguardo dos interesses do incapaz, afasta seu representante e o substitui por curador especial, que servirá apenas para a causa.

Ao curador especial incumbe defender o incapaz, velar pelos seus interesses, no que diz respeito à regularidade de todos os atos processuais, cabendo-lhe ampla defesa dos direitos da parte representada, tais como contestar e recorrer de todas as decisões.

Embora, em princípio, o incapaz, a que se refere o dispositivo, sejam aqueles enumerados nos arts. 5º e 6º do Código Civil, dentre os quais não figura o nascituro, forçoso reconhecer que se a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, nos termos do art. 4º do Código Civil, sendo o direito à vida o mais importante deles, tem ele direito à nomeação de curador especial sempre que os seus interesses colidirem com os do representante legal. E não há dúvida de que no pedido de alvará para realização do aborto, qualquer que seja ele (necessário, sentimental ou eugênico), há uma colidência de interesses. O nascituro quer nascer e a gestante quer abortá-lo.

"E não há dúvida de que no pedido de alvará para realização do aborto, qualquer que seja ele (necessário, sentimental ou eugênico), há uma colidência de interesses. O nascituro quer nascer e a gestante quer abortá-lo."

Frise-se, embora desnecessário, que a nomeação, pelo juiz, de um curador especial não exclui a necessidade de intervenção do Ministério Público, na função de *dominus litis*, exercida no processo penal e nem com a de *custos legis*, na causa em que houver interesse de incapazes, e que está prevista no art. 82, inc. I, do Código de Processo Civil, porque a função desse curador à lide equivale à do pai ou tutor de menor ou curador de louco, surdo-mudo, ou pródigo.

Com a nomeação do curador à lide, o nascituro ficaria devidamente representado e defendido. E o curador, na hipótese de concessão do alvará para realização do aborto, poderia recorrer, assegurando o exame do pedido em segundo grau de jurisdição.

O autor é juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Capital e membro da Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas (Abrame).

Ainda a Nova Lei de Trânsito e o Homicídio Culposo

WALTER ANTONIO DIAS DUARTE

Gi-fra-se o presente trabalho em apenas tentar analisar o disposto no art. 302 da Lei nº 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, pois ingente tarefa seria a de examinar todo o conteúdo penal desse código, com a percuciência a se fazer necessária e que esta tinta não tem.

Já se falou sobre a natureza dos crimes dessa lei⁽¹⁾; já foram eles convenientemente estudados e sistematizados à luz da Ciência Penal⁽²⁾; já se debateu sobre a polêmica questão a respeito da sobrevivência ou não do art. 32 da Lei das Contravenções Penais⁽³⁾. Também não passou despercebida essa lei ao ilustre professor **William Terra de Oliveira**⁽⁴⁾.

Aqui, como dito, há apenas a singela intenção de focalizar esse referido art. 302, que trata do homicídio culposo na direção de veículo automotor, não para descrever e tecer comentários sobre seus atributos, mas para tentar demonstrar que esse artigo não consegue integrar-se, no que concerne à hermenêutica, ao Direito Penal posto. A pretensão é de tentar mostrar que a nova lei de trânsito criou uma espécie inédita e inadmissível, qual seja, o *homicídio culposo qualificado*.

De ser visto.

Antes, porém, a título de breve preâmbulo, oportuno o ensinamento do professor **Miguel Reale** sobre valoração e avaliação.

"Somos obrigados, aqui, a empregar um termo que já logrou, aliás, plena aceitação na linguagem filosófica, em Portugal e no Brasil: - valorar. Valorar não é avaliar. Valorar é ver as coisas sob prisma de valor. Quando se compra um quadro, não se valora mas se avalia. Em tal caso, compara-se um objeto com outros. Valorar, ao contrário, pode ser a mera contemplação de algo, sem cotejos ou confrontos, em sua singularidade sob um prisma de valor. O crítico de arte valora um quadro ou uma estátua, porque os compreende sob um prisma valorativo, em seu 'sentido' ou 'significado'... Valorar e avaliar são, portanto, palavras de sentidos distintos, embora complementares"⁽⁵⁾.

Assim delineados os conceitos, passa-se a analisar o ponto central da pendência.

No homicídio doloso, como cedição, há a vontade do agente no sentido da prática da conduta, com vistas à produção do resultado, do evento. Há igualmente a consciência

da ilicitude do comportamento. Isso é valorado pelo Direito Penal.

A eventual escolha pelo agente de meios que, diga-se impropriamente, aformoseiam esse elã criminoso, faz com que a lei penal emita nova valoração, em virtude do que vem a lume o homicídio dito qualificado. Todavia, a utilização de um ou mais desses meios, quer perceptíveis pelos sentidos (vg, a emboscada), quer apenas apreendidos pelo intelecto (vg, o motivo fútil) cria a exigência de uma avaliação. Há, dessa sorte, uma comparação entre a conduta delituosa acompanhada de um *plus* e a simples, sem adereços. Daí as diferentes apenações. Este conflito decorrente da avaliação entre essas duas valorações, não obstante seja único o

resultado, a morte, é solucionado pelo mecanismo chamado *especialização*, que serve para demonstrar que tal conflito é aparente.

Pois bem.

No homicídio culposo, a lei efetua apenas uma única valoração, mesmo porque não se mostra possível outra valoração que pudesse *especializar* esse homicídio, por uma razão muito singela: o agente, nesse caso, não quer, tampouco prevê o resultado, não obstante previsível. Ora, se não há

"No homicídio culposo, a lei efetua apenas uma única valoração, mesmo porque não se mostra possível outra valoração que pudesse especializar esse homicídio, por uma razão muito singela: o agente, nesse caso, não quer, tampouco prevê o resultado, não obstante previsível."

a vontade dirigida para o resultado, que nem mesmo é previsto, como valorar-se o meio utilizado, desdobrando esse tipo de homicídio, criando-se um *homicídio culposo qualificado*? Como dizer que este meio utilizado é mais ou menos danoso que um outro, se não há uma vontade dirigida ao evento? Acredita-se mesmo que não se afigure curial falar-se em *meio utilizado*, pois para tanto é indispensável um fim antevisto e querido pelo agente, o que sabidamente não ocorre na conduta culposa. Como de correntia sabença, o pressuposto para a utilização de um *meio* é a existência de um *fim*, de um objetivo. Acredita-se que somente em função de um resultado querido, com vontade atuante nessa direção, é que pode observar o meio empregado, valorando-o.

Destarte, a valoração no homicídio culposo é única.

Por não ser a conduta antecedente do autor penalmente relevante (vg, o só ato de manusear sem cuidado uma arma de fogo carregada), necessitando-se do resultado para a configuração do delito na modalidade culposa, há apenas, caso



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

BOLETIM IBCCRIM

EDITORA DO BOLETIM: Janaína C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Monteiro da Costa, Janaina C. Paschoal, João Florêncio de Salles Gomes Jr., Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Eugênia Ferreira da Silva, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renata Horovitz, Renata Strang Ciasca, Renato de Mello Jorge Silveira, Renato Spaggiari, Rogério Marcolini e Vinícius Toledo Piza Peluso.

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO: Ameruso Artes Gráficas - Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 591-3999 E-mail: ameruso@uol.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/IM - Tel. (11) 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.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

ocorra o evento e seja demonstrada a culpa, uma mensuração do grau desta culpa, feita pelo juiz; para tanto a própria lei já lhe fornece os limites mínimo e máximo, como resultado da própria valoração (o que, de regra, acontece para qualquer crime, culposo ou doloso). Prova de que não há aquela segunda valoração, como a realizada no caso de homicídio doloso, que leva às formas *especializadas*, é que se desconhece, no Direito Penal, o *homicídio culposo qualificado*, bem como qualquer outro delito culposo qualificado, pois isto aparenta incomodar, assim parece a esta tinta, a lógica jurídica.

Mesmo em seu art. 121, § 4º, o Código Penal não se animou a criar outra valoração, mas apenas forneceu uma unidade de medida para aferição mais segura do grau da culpa nos casos que menciona. Pode-se dizer até que há uma avaliação do grau da culpa, mas isso não equivale àquela valoração utilizada no caso de homicídio doloso, que cria os tipos qualificados. Igualmente não se vislumbra, entre o § 3º e o § 4º, qualquer conflito aparente de normas, não havendo falar-se, então, em *especialização*.

Ainda possa admitir-se que a avaliação do grau da culpa decorre da valoração das contingências arroladas no § 4º do art. 121 do CP, ainda assim é forçoso reconhecer que o CP limitou-se ao aumento da pena prevista para o homicídio culposo. Não houve, digase, uma avaliação dessas contingências do § 4º do art. 121, em face do tipo constante do § 3º do art. 121 do CP. Tivesse ocorrido essa avaliação, haveria necessariamente o homicídio culposo qualificado, à moda do que ocorre com o homicídio doloso. Essa postura da lei penal em não admitir a forma qualificada para o homicídio culposo, ou para qualquer outro tipo culposo, reforça a crença de que não pode existir, por falta de amparo lógico-jurídico, homicídio culposo qualificado.

Acredita-se, então, que há uma única forma possível de crime culposo, a simples, e somente assim pode ser.

Contudo, de forma estranha a nova lei de trânsito cria uma modalidade *qualificada*, e, pois, de caráter especializante, de homicídio culposo. Transformou o que somente poderia ser uma unidade de graduação extra de pena (causa de aumento) em uma qualificadora do homicídio culposo contemplado no art. 121, § 3º, do Código Penal, qual seja, estar o agente na direção de veículo automotor. Como não há na nova lei de trânsito o tipo primordial de homicídio, que é o doloso, presume-se que este tipo é o constante do art. 121 do Código Penal; igualmente presume-se que o art. 302 da Lei nº 9.503/97 integra, pois, o rol dos crimes contra a vida do Código Penal, sendo impropriamente chamado *delito de trânsito*, ou *delito contra a segurança do trânsito*, ou ainda chamado de *crime de trânsito impróprio*⁽⁶⁾; do mesmo modo vê-se que não se trata de causa de aumento de pena, esta prevista no parágrafo único do artigo 302 da Lei nº 9.503/97.

Houvesse obediência à correta técnica legislativa da área penal, então o atual § 4º do art. 121 do Código Penal passaria a ter a

redação do art. 302 da Lei nº 9.503/97, fazendo-se apenas a adaptação de linguagem ("*se o homicídio culposo é praticado na direção de veículo automotor*"); o atual § 5º do art. 121 do CP teria a redação do atual § 4º do art. 121 do CP, combinada com a redação do parágrafo único do art. 302 da Lei nº 9.503/97; seria criado um novo parágrafo para o art. 121 do CP (§ 6º), com a redação do atual § 5º do art. 121 do CP.

Houvesse sido feito dessa forma, a incongruência saltaria aos olhos de quem não os tivesse vazados. De qualquer forma, não se pode negar que a nova lei de trânsito, ao dar vida ao art. 302 e isolando-o de sua família, utiliza hábil expediente de ilusionismo.

De tudo isso exsurge a iniludível conclusão de que realmente a nova lei de trânsito criou o *homicídio culposo qualificado*.

**"Acredita-se, então,
que há uma única forma
possível de crime culposo,
a simples, e somente
assim pode ser."**

Aliás, não parece recomendável esse vezo de tipificar condutas em leis especiais, esgarçando-se o sistema penal, proceder este que somente se justifica quando se está perplexo diante de institutos ainda em formação, que não é o caso. De notar que, no anteprojeto da Parte Especial do Novo Código Penal, somente não foram *codificados* os crimes relativos ao meio ambiente, à lavagem de dinheiro, à engenharia genética⁽⁷⁾.

Se os argumentos mais acima lançados por esta tinta são convincentes no sentido de que somente é possível uma única forma de homicídio culposo, ou de qualquer crime culposo, então a nova lei de trânsito somente poderia ter reproduzido em seu art. 302 a forma já existente, a contida no art. 121, § 3º, do Código Penal. Mas aí, haveria dois homicídios culposos, que seriam simultaneamente idênticos e diferentes.

Isso inegavelmente haveria de ferir o chamado princípio filosófico da não-contradição, que por ser um princípio geral exige a submissão também da Ciência Penal.

A superior lição:

"Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.

(...)

Os princípios por excelência são os de identidade e de não-contradição, de razão suficiente e de terceiro excluído. Se afirmamos que A é igual a A, e que A não pode ser não-A ao mesmo tempo, estamos enunciando princípios, ou seja, juízos fundamentais, sem os quais seria impossível o ato mesmo de pensar, bem como o de transmitir qualquer conhecimento certo.

Se uma coisa pudesse ser ao mesmo tempo o seu contrário, é claro que não haveria

possibilidade de ciência. Os princípios de identidade e de não-contradição governam, como princípios universais, toda ciência e todas as possibilidades de conhecimento⁽⁸⁾".

Não parece, pois, expediente sadio o eventual aplicar desse art. 302 da Lei nº 9.503/97. Mais que violar o princípio constitucional da igualdade de tratamento, que deve haver entre o autor de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, e o agente de homicídio culposo praticado por outro meio, esse tipo penal ironiza a Ciência Jurídica.

A não se pensar desse modo, ou seja, a admitir-se a possibilidade de um homicídio culposo qualificado para o trânsito, incontornável a necessidade de criação de tantos tipos penais de homicídios culposos qualificados, com penas maiores que a do tipo fundamental culposo, via valoração/avaliação, levando-se em conta circunstâncias objetivas ou o meio empregado pelo autor do evento, evento este não desejado, nem previsto (vg, se o agente for médico; se o delito ocorreu antes ou após haver o médico aplicado anestesia geral à vítima; se for engenheiro; se a arma é de pequeno, médio ou grande calibre; se praticado o crime em lugar de difícil acesso a um hospital, etc, etc.). Além disso, poderia perfeitamente haver também o homicídio culposo qualificado por motivo fútil (ou torpe) na direção de veículo automotor.

Isso por certo soaria absurdo, não obstante curva a cerviz aos que possam de modo contrário entender. Por isso, há de ser visto *cum grano salis* esse art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

O mesmo raciocínio vale, dessa forma se acredita, para eventual comentário que se faça sobre o art. 303 da malsinada nova lei de trânsito. A propósito, e à luz do mencionado princípio da não-contradição, de serem consultados os crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, cotizando-os com os correspondentes capitulados nos arts. 20, 21 e 22 da Lei nº 5.250, de 09.02.67.

NOTAS

- (1) JESUS, Damásio E. de. "*Natureza Jurídica dos Crimes de Trânsito*", Complexo Jurídico Damásio de Jesus, edição única, 1998.
- (2) JESUS, Damásio E. de. "*Crimes de Trânsito*", 2ª ed., Saraiva, 1998.
- (3) COGAN, José Damião Pinheiro Machado. "*Direção Inabilitada de Veículo Automotor*", artigo publicado na *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, pp. 13/18.
- (4) "CTB - Controvertido, Natimorto, Tumultuado", *Boletim IBCCRIM*, 61/05.
- (5) "*Filosofia do Direito*", 7ª ed., 1º vol., Saraiva, 1975, p. 61.
- (6) JESUS, Damásio E. de. "*Crimes de Trânsito*", 2ª ed., Saraiva, 1998, p. 17.
- (7) "*Anteprojeto de Código Penal - 1999*", Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Edições Paloma, Exposição de Motivos.
- (8) REALE, Miguel. "*Filosofia do Direito*", 7ª ed., 1º vol., Saraiva, 1975, pp. 54/55.

O autor é advogado e procurador de justiça aposentado.

CONCURSO DE MONOGRAFIAS

O IBCCRIM está com inscrições abertas para o V Concurso de Monografias Jurídicas. Os trabalhos deverão versar sobre Direito Penal, Processo Penal ou Criminologia, serem inéditos e com um mínimo de 100 e máximo de 200 laudas.

A premiação consta de R\$ 3.000,00 (três mil reais), uma coleção completa de todas as monografias editadas, uma inscrição no VII Seminário Internacional e ainda 50 exemplares de seu trabalho, que será editado pelo IBCCRIM e distribuído gratuitamente entre todos associados regulares pelo Brasil.

A Comissão Julgadora é presidida pelo dr. Carlos Vico Mañas, tendo como avaliadores a des. Sylvia Helena F. Steiner, prof. dr. David Teixeira de Azevedo, profa. dra. Eneida Gonçalves Macedo Haddad e dr. Ivan Martins Motta.

Faz ainda parte da Comissão Julgadora o dr. Renato Mello Jorge Silveira e dr. José Fernando Seiffarth de Freitas

Os interessados podem retirar o regulamento em nosso site (www.ibccrim.com.br) ou solicitá-lo ao Depto. de Comunicação e Marketing pelos tels. (11) 3105-4607 ou 3105-0109 E-mail: comkt@ibccrim.com.br

Os trabalhos deverão ser entregues até 15/07/2001 Desde já, boa sorte à todos!

VISITA

A Biblioteca do IBCCRIM recebeu, em 22.02.01, a visita do sr. Antonio Carlos Pereira, bibliotecário fiscal do Conselho Regional de Biblioteconomia - 8ª Região.

Naquela oportunidade, a Biblioteca do IBCCRIM foi cadastrada no Conselho Regional de Biblioteconomia, tendo sido considerado excelente o acesso à doutrina especializada.

Da Retroatividade dos Dispositivos Penais da Lei nº 9.964/00, Que Instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS

LUIZ HENRIQUE PINHEIRO BITTENCOURT

I - Introdução

A Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS e alterou dispositivos das Leis nº 8.036, de 11 de maio de 1990 e nº 8.844, de 20 de janeiro de 1994, tendo origem na conversão da Medida Provisória nº 2.004-5, de 11 de fevereiro de 2000.

Dispõe o art. 1º, da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, *in verbis*:

"É instituído o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos".

Questão interessante e de análise impositergável refere-se à retroatividade dos dispositivos penais contidos no art. 15, da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, em face das denúncias recebidas anteriormente a esta, haja vista que a referida lei possibilitou a extinção da punibilidade para os que nela ingressem e a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nas Leis nºs 8.137/90 e 8.212/91.

Os crimes a que se refere o art. 15, da lei supra, são os previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, i.e., crimes contra a ordem tributária, especialmente, suprimir e reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante uma das condutas previstas em seus incisos e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, dentre outros, deixar de incluir na folha de pagamentos da empresa os segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou autônomo que lhe prestem serviços; deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público; obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração ardilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento, etc.

O prazo de vigência da lei está previsto no seu art. 2º, § 1º, onde a opção pelo Programa de Recuperação Fiscal - REFIS deverá ser formalizada até o último dia útil, do mês de abril de 2000, o que lhe dá natureza de lei temporária.

No que tange à suspensão da pretensão punitiva, preconiza o art. 15, *caput*, que fica suspensa a pretensão punitiva do Estado durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS.

II - A Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000 e suas normas penais

Norma penal é tanto a que define um fato punível, impondo, abstratamente, a sanção, como a que amplia o sistema penal através de princípios gerais sobre os limites e ampliação de normas incriminadoras⁽¹⁾.

O art. 15 e seus parágrafos, da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, tratam dos consectários penais, ditando a causa suspensiva da pretensão punitiva do Estado e a causa extintiva da punibilidade do agente. São institutos de Direito Penal, da mesma forma dos tratados no Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.40.

Para beneficiar os contribuintes optantes pelo REFIS, a norma penal deve retroagir, atingindo as denúncias anteriores à sua vigência, como manda o art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988:

"A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Por tratar de norma penal inserida em texto de lei fiscal, não se abre qualquer exceção ao princípio da retroatividade da lei penal benéfica ao agente, de maneira que deve ser aplicada aos casos pretéritos.

O mesmo se diz quanto ao seu caráter temporário, pois não se aplica ao art. 3º do Código Penal na hipótese em tela, pois estamos falando de efeitos retroativos à vigência da lei temporária e de benefícios trazidos pela própria lei em estudo, o que destoa com o enunciado do art. 3º do *Codex* repressivo.

Do mesmo modo, a lei, ao mencionar a extinção da punibilidade dos crimes quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia

▶ criminal, tratou de nova forma de extinção da punibilidade⁽²⁾, i.e., de *novatio legis in melius* e, portanto, de espécie do gênero norma benéfica, devendo ser aplicada imediatamente aos casos anteriores à sua vigência⁽³⁾.

A utilização dessa norma penal aos casos anteriores, já denunciados, é uma exigência da aplicação do princípio da justiça. Realiza-se este quando cumprimos outros princípios constitucionais, o que equivale a elegê-lo a sobreprincípio, sendo uma diretriz suprema⁽⁴⁾.

Assim, diante dos benefícios penais trazidos pela lei nova aos contribuintes em atraso com o Fisco, não vemos como não se lhes aplicar aos casos anteriores à sua vigência, sem infringirmos o Texto Maior.

III - Das denúncias anteriores à Lei nº 9.964/00 em face dos contribuintes optantes pelos REFIS

Doravante, em face do exposto no pórtico deste artigo, mister logramos a resposta para a seguinte indagação: o contribuinte denunciado anteriormente à vigência da presente lei não tem direito a extinção da punibilidade se optante pelos REFIS? A nosso ver sim. Conquanto, se não aplicarmos o art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988, este dispositivo da lei será em parte inconstitucional, ferindo a isonomia constitucional (art. 5º, *caput*), pois está presente na Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, norma penal benéfica aplicável aos casos anteriores.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição⁽⁵⁾.

Ademais, poderiam indagar os mais inquietos: não é clara a lei, só se aplicando a extinção da punibilidade aos casos de integral pagamento dos débitos antes do recebimento da denúncia criminal? Sim, no entanto, a lei não existia no ordenamento positivado, no momento do recebimento da denúncia, de forma a impossibilitar a aplicação desse dispositivo (art. 15, da lei) em favor dos já denunciados.

Dessa forma, para mantermos a constitucionalidade do art. 15, da lei em estudo, devemos dar-lhe uma interpretação conforme o texto constitucional, atendendo, assim, aos anseios do legislador que, por constituir uma massa heterogênea, muitas vezes lhe falta técnica jurídica na elaboração legislativa.

O sistema jurídico deve sempre manter-se como uma unidade congruente e sem antinomias, de maneira que esta proibição se dirige aos produtores de normas da seguinte forma: "Não deves criar normas que sejam, incompatíveis com outras normas do sistema". Já aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: "Se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las"⁽⁶⁾.

Assim, a melhor maneira que vislumbramos para não confrontarmos a Carta Magna é estendermos a aplicação do texto legal aos

já denunciados, possibilitando aos que optaram pelo REFIS a extinção da punibilidade se efetuarem o integral pagamento de seus débitos, como manda a lei.

Aos que optaram pelo REFIS não têm sua situação jurídica com o Estado alterada, seja em Direito Penal, Tributário ou Fiscal, pois tiveram a faculdade de conduta livremente exercida.

Outro forte argumento que nos leva a retroatividade da lei benéfica é a suspensão da pretensão punitiva do Estado, expresso no art. 15, *caput*, que diz:

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

Então, vejamos, qual seria a *mens legislatoris* em impor a suspensão da pretensão punitiva do Estado, senão possibilitar aos que optarem pelo REFIS a exclusão da anti-juridicidade? Dessa forma, não podemos deixar de notar um lapso de memória do legislador aos já denunciados, pois outra explicação não nos resta.

Ora, se a lei nova sem excluir o ilícito penal é mais favorável ao réu (contribuinte) deve ao seu caso ser aplicada, pelo que manda o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, *ipsis litteris*:

"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

De modo geral, toda norma que amplie o âmbito da licitude penal, quer restringindo o campo do *jus puniendi* ou do *jus punicionis*, quer estendendo o do *jus libertatis*, de qualquer forma, pode ser considerada *lex mitior*⁽⁷⁾.

Assim, em respeito ao princípio da justiça, ao princípio da supremacia constitucional, ao princípio da isonomia e ao princípio da retroatividade benéfica das normas penais (art. 5º da Constituição Federal de 1988 e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal), o art. 5º da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000 deve ser aplicado aos denunciados anteriormente à sua vigência.

IV - Dos processos penais em andamento

Na esfera penal, da exigência de subordinação do interesse do autor da infração penal ao interesse do Estado, resulta a pretensão punitiva⁽⁸⁾.

O *jus puniendi in concreto* do Estado surge com a prática do ilícito penal, que na época do recebimento da denúncia tinha razão de ser, no entanto, com a *novatio legis in melius* a pretensão punitiva do

Estado ficou suspensa momentaneamente, pois surgiu circunstância nova de direito que possibilita a suspensão da pretensão punitiva do Estado enquanto o contribuinte estiver cumprindo o parcelamento do REFIS.

Dessa forma, não há razão jurídica para o prosseguimento das ações penais anteriores à vigência da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, em face dos denunciados, optantes pelo REFIS, em relação aos mesmos crimes tratados pela nova lei, devendo pois serem trancadas mediante *habeas corpus*, com fundamento no art. 649, incs. I e IV, do Código de Processo Penal.

Já está consagrado o entendimento de que: admite-se o *habeas corpus* para trancamento de inquérito policial ou de ação penal, desde que a impetração demonstre de maneira incontroversa a falta de justa causa para a persecução⁽⁹⁾.

Ademais, se concluído o parcelamento antes do trânsito em julgado da ação, a extinção da punibilidade atinge o próprio *jus puniendi* do Estado, podendo ser declarada de ofício pelo próprio juiz⁽¹⁰⁾.

V - Conclusão

Em suma, aos optantes pelo REFIS a lei concedeu regalias penais (art. 15 da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000), excluindo a antijuridicidade de suas condutas, no entanto, nada falou quanto aos já denunciados pelos mesmos crimes e optantes pelo mesmo programa.

Diante disso, por tratarem-se de normas penais benéficas aos denunciados, devem a eles ser aplicadas, sob pena de colidir com os princípios constitucionais da Justiça, da supremacia constitucional, da isonomia e da retroatividade benéfica das normas penais.

NOTAS

- (1) JESUS, Damásio E. de, "Direito Penal - Parte Geral", vol. I, 17ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 10.
- (2) Vide *Boletim IBCCRIM* nº 91, ano 8, de julho de 2000, pp. 8/10.
- (3) STF, HC nº 73.837/GO, rel. min. Marco Aurélio, j. 11.06.96, DJ 06.09.96, p. 31.854, vol. 01840-03.
- (4) CARVALHO, Paulo de Barros, "Curso de Direito Tributário", 10ª ed., Editora Saraiva, p. 107.
- (5) SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", 18ª ed., Editora Malheiros, p. 48.
- (6) BOBBIO, Norberto, "Teoria do Ordenamento Jurídico", 10ª ed., Ed. UnB, p. 110.
- (7) JESUS, Damásio E. de, "Direito Penal - Parte Geral", vol. I, 17ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- (8) MIRABETE, Julio Fabbrini, "Processo Penal", 8 ed., São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- (9) STJ, RHC nº 1.870-0, 5ª Turma, DJU 04.05.92, p. 5.897.
- (10) Vide art. 61 do Código de Processo Penal.

O autor é advogado em São José dos Campos (SP).

Importância e Efeito da Delinquência Econômica

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

II SIMPÓSIO DE DIREITO ALTERNATIVO DA UNESP - FRANCA

O evento é promovido pelo Núcleo de Estudos de Direito Alternativo da UNESP/Franca, coordenado pelo professor dr. Antônio Alberto Machado.

O tema deste ano é "Terra, Direito e Democracia", e contará com os palestrantes: Amilton Bueno de Carvalho, Edmundo de Arruda Jr., Jacques Távora Alfonsin, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, Nelson Saule Jr., Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr. e Maurício Antônio Ribeiro Lopes, entre outros.

Data: 7 a 9 de maio

Local: Salão Nobre da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP - Franca.

Informações: (16) 3723-5738 (Juliana)
(16) 3722-0549 (Camila)

CONGRESSO

O Instituto de Ciências Jurídicas (INCIJUR) estará promovendo entre os dias 14 e 16 de junho próximo, o II Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, Penal e Juizados Especiais, que acontecerá no Centro de Eventos Cau Hasen na cidade de Joinville (SC).

O evento tem como tema central "As Reformas Instrumentais Já Implementadas e os Projetos de Lei em Tramitação".

Associados do IBCCRIM têm 5% de desconto na inscrição.

Informações e Inscrições: INCIJUR
Tel. (47) 433-6352 ou
(47) 422.9548

e-mail: incijur@incijur.com.br

É necessário salientar que não temos o costume de olhar os dados estatísticos dos delitos econômicos, pois, geralmente, as estatísticas dizem respeito aos denominados delitos tradicionais (homicídios, lesões, furtos, roubos, etc.). Mas, a nosso juízo, os delitos econômicos produzem danos muito maiores que os delitos tradicionais ou cometidos com violência. Esta afirmação somente é admissível levando em conta que, como veremos, também a delinquência econômica lesiona a vida e a integridade física das pessoas. Para isso, basta que se verifique que toda criminalidade econômica tem repercussão nos serviços do Estado. Assim, quando se defrauda a previdência, o Fisco, etc., o Estado se fragiliza e passa a não prestar um bom serviço. É evidente que tais consequências têm repercussão na vida e na integridade física das pessoas, porém, não de maneira direta como na comissão da maioria dos delitos tradicionais em que a repercussão aparece, normalmente, em seguida.

Os danos característicos da criminalidade econômica são os financeiros⁽¹⁾. As cifras que são manuseadas em todos os países escapam de toda a previsão. No Brasil não existe uma estimativa das cifras que são manuseadas e que são provenientes da criminalidade econômica, mas, com segurança, são milhões de reais todos os anos. Assim, podemos afirmar que os danos econômicos superam a totalidade dos causados pelo resto da criminalidade tradicional.

Também existem outros danos materiais que se igualam aos financeiros e que, por sua vez, refletem em lucro para as empresas, apesar de não afetarem diretamente a economia. São danos que atentam contra a vida, a saúde e a integridade física. Estes danos decorrem das fraudes de alimentos, na manipulação de medicamentos, de cosméticos, etc. Nesse sentido o Brasil superou, nos últimos anos, todos os índices de adulteração de medicamentos até agora vistos. Houve adulteração de contraceptivos, de medicamentos contra o câncer e outros medicamentos mais simples. De todas as formas, não é imaginável ainda os danos provenientes destas adulterações com

respeito a saúde e a integridade física da população, porém, com certeza, houve um grande benefício financeiro com esta adulteração. O mesmo ocorre em outros setores da indústria como, por exemplo, na indústria de alimentos, onde não existe um controle rigoroso, o que termina causando muitos danos às pessoas e uma enorme quantidade de dinheiro arrecadado pelas empresas que não cumprem as normas exigíveis.

Há também os "danos imateriais", que a literatura refere como a perda de confiança no tráfico mercantil, a deformação do equilíbrio de mercado e a eliminação da concorrência⁽²⁾. Os danos imateriais não se produzem de forma imediata, pois demoram mais para produzirem seus efeitos. Por

"Quase todos os delitos econômicos não possuem uma grande quantidade de pena a ser aplicada e, mesmo os que possuem uma pena mais elevada, permitem a substituição por uma pena mais leve, o que acaba levando a crer que a pena privativa de liberdade não será aplicada."

exemplo, quem elide suas obrigações com a previdência social para poupar dinheiro para sua empresa, realiza uma infração cujos efeitos sofre diretamente o Instituto de Seguridade Social. Mas, além disso, sofrem também os segurados, pois os serviços prestados tendem a piorar com a falta de ingresso dos recursos devidos pelos contribuintes⁽³⁾.

Bajo Fernandez menciona que os efeitos característicos

da criminalidade econômica são: o de ressaca ou espiral, cuja descrição é a seguinte: num mercado de forte concorrência, a deslealdade na concorrência se produz quando se esgotam as possibilidades legais de luta. Nesta situação, quem primeiro delinqui acaba pressionando o resto à comissão de novos fatos delitivos (*efeito de ressaca*), e cada participante se converte assim no centro de uma nova ressaca (*efeito de espiral*). Este efeito de especial contágio se encontra facilitado porque o autor potencial é consciente do número enorme de delitos econômicos, da importância da cifra negra e da benignidade das penas previstas nas leis, suscitando uma imagem amável e positiva do criminoso⁽⁴⁾.

O que ocorre na realidade é que os autores conhecem as dificuldades que existem na investigação dos delitos econômicos já que a cifra negra é muito grande. Isso se deve ao fato de que a maior parte dos delitos não chega ao conhecimento das autoridades, gerando uma certeza de impunidade, ou, ao menos, uma certeza de que vale a

pena arriscar e cometer algum delito econômico já que a chance de ser descoberto é remota. Ademais, como são delitos que exigem em sua maioria uma prova contábil, a dificuldade torna-se ainda maior, pois é necessário contar com pessoas especializadas na investigação do fato⁽⁵⁾.

O outro problema que enfrentamos é o tocante a aplicação das penas. Quase todos os delitos econômicos não possuem uma grande quantidade de pena a ser aplicada e, mesmo os que possuem uma pena mais elevada, permitem a substituição por uma pena mais leve, o que acaba levando a crer que a pena privativa de liberdade não será aplicada. Não que se defenda a sua aplicação, pois nem sempre ela é necessária, mas as penas pecuniárias nestes casos deveriam ser mais elevadas, expropriando-se do condenado os valores ilicitamente obtidos. Outro fator que deve ser mencionado é que geralmente a pessoa que comete um delito econômico tem uma boa imagem perante a sociedade, pois habitualmente são pessoas que colaboram com instituições de caridade, educacionais, etc. Assim, a imagem que se tem deste tipo de criminoso é positiva, como se as boas obras compensassem o delito praticado⁽⁶⁾.

Portanto, ao repensar os delitos econômicos o legislador deveria levar em consideração não a pena privativa de liberdade,

pois já é mais que sabido que esta não ressocializa ninguém (se neste caso se deve falar em ressocialização), mas, no fortalecimento de penas pecuniárias para que se possa indenizar os prejuízos causados em decorrência do delito praticado.

NOTAS

⁽¹⁾ Nesse sentido, **BUSTOS RAMÍREZ, Juan**. "Coca-Cocaína, Entre el Derecho e la Guerra", 2ª ed., Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pp. 22 e segs.

⁽²⁾ **Göppinger**, 431-432, em **BAJO FERNANDEZ, Miguel**. "La Delincuencia Económica. Un Enfoque Criminológico y Político Criminal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, Fascículo I, enero-abril, Madrid: Ministerio de Justicia, MCMXCII, p. 590.

⁽³⁾ No Brasil existe um número grande de processos tramitando contra os diretores ou sócios de empresas que não recolhem a contribuição social dos empregados, estimando-se que a maioria dos processos que tramitam na Justiça Federal são por este delito.

⁽⁴⁾ **BAJO FERNANDEZ, Miguel**, p. 591. Também, **DIAZ-MAROTO VILLAREJO, Julio**. "Los Delitos Societarios en la Reforma Penal", in "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", *Jornadas en honra do professor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1995, p. 152.

⁽⁵⁾ **CERVINI, Raúl**. "Macrocriminalidad Económica", *Revista Brasileira de Ciências Penais*, ano 3, nº 11, julho-setembro, São Paulo: Revis-

ta dos Tribunais, 1995, p. 54, assinala que a defasagem existente entre os níveis profissionais e técnicos dos operadores do controle social e funcionários encarregados da supervisão do sistema financeiro em comparação com os que detêm alguns grupos delitivos organizados que operam na área facilitada e estimula o empreendimento deste tipo de ações.

⁽⁶⁾ **SAN MARTÍN LARRINO, Begoña**. "Derecho Penal Económico y Tributario", in "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo", p. 359, menciona que os poderes do Estado contemplam com benevolência a comissão de fatos delitivos do "colarinho branco". Indulgência também manifestada por uma parte da opinião pública, já que existe em pequena medida dentro da coletividade uma autêntica consciência social da reprovação dos delitos econômicos. A suavidade na relação pública tem explicação, entre outras razões, pelo materialismo que reina na sociedade, que advoga, em muitas ocasiões, a consecução do êxito social ou econômico sem reparar na possível ilicitude ou falta de ética mostrada nos meios utilizados para isso. Esta realidade social leva a identificação entre muitos cidadãos e delinquentes, que são contemplados com uma certa admiração e como um modelo a imitar.

O autor é advogado, doutorando em Direito Penal na Universidad Autónoma de Madrid, professor de Direito Penal na Unisinos e coordenador da *Revista Ibero-américa de Ciências Penais*.

Conclusões do II Encontro dos Juizes do Júri de São Paulo

27 DE MAIO DE 2000

Obs.: Participaram do evento juizes da jurisdição do Júri, bem como juizes de outras jurisdições. Em razão disto, a votação das conclusões obedeceu ao critério de especialização. Por consequência, as conclusões apresentadas obedeceu ao mesmo critério.

1. O adágio *in dubio pro societate* não pode servir de base à pronúncia.

- A - Juizes de Varas do Júri - aprovado por maioria
B - Outros juizes - rejeitado por maioria

2. Em matéria de pronúncia não tem pertinência a mera suspeita.

- A - Juizes de Varas do Júri - aprovado por unanimidade
B - Outros juizes - aprovado por maioria

3. Prova de inquérito sem ressonância na instrução criminal autoriza a pronúncia.

- A - Juizes de Varas do Júri - rejeitado por unanimidade
B - Outros juizes - rejeitado por maioria

4. O juiz exerce, na decisão de pronúncia, atividade saneadora consistente no controle da legitimidade e licitude das provas.

- A - Juizes de Varas do Júri - aprovado por unanimidade
B - Outros juizes - aprovado por unanimidade

5. Na fase de pronúncia, caso o juiz reconheça a legitimidade

de ou ilicitude da prova, determinará, de ofício, seu desentranhamento, com fundamento no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, c.c. ao art. 407 do Código de Processo Penal.

- A - Juizes de Varas do Júri - aprovado por maioria
B - Outros juizes - aprovado por maioria

6. O juiz togado, que compõe o Tribunal do Júri como seu presidente, e que tem competência para o julgamento, como juiz natural, nos limites do devido processo legal, deve, ao pronunciar o réu:

- afirmar, fundamentadamente, o seu convencimento sobre a existência do crime qualificado, apontando as provas que embasam a manutenção das qualificadoras e definindo os fatos que as caracterizam.

- A - Juizes de Varas do Júri - aprovado por maioria
B - Outros juizes - rejeitado por maioria

- afastar as qualificadoras afirmadas de forma genérica ou aquelas que não encontram lastro probatório.

- A - Juizes de Varas do Júri - aprovado por unanimidade
B - Outros juizes - aprovado por maioria

Da Verdade Dada à Verdade Buscada

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

VI CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E GESTÃO PÚBLICA

O IBCCRIM estará presente no VI Congresso Nacional de Direito Administrativo, Constitucional e Gestão Pública, que acontecerá entre os dias 24 a 26 de maio próximo no Centro de Convenções da Cidade de Recife.

O evento contará com importantes palestrantes que dentre outros temas discutirão aspectos constitucionais e administrativos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Associados do IBCCRIM terão 50% de desconto no valor da inscrição. Informações e Inscrições: (81) 3227-4511

TÍTULO DE DOUTOR HONORIS CAUSA

O professor Winfried Hassemer recebeu o título de Doutor Honoris Causa da Universidade do Rio de Janeiro - Unirio. Receba, professor Hassemer, os cumprimentos do IBCCRIM por tão honroso título.

APOIO

O IBCCRIM recebeu da Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público, nota de apoio pelo Editorial do Boletim 99/fevereiro de 2001, sobre a Medida Provisória nº 2088-35 de 27/12/2000.

A análise da verdade sempre intrigou o intelecto humano, encontrando-se, dentre tantos outros, como um dos pontos centrais, não só da Filosofia, como também do próprio Direito Penal. Assunto palpitante nos dias que correm, a verdade, ou a sua busca, tem elemento de reforço no estudo do crime de falso testemunho, o qual, no mais das vezes, é incompreensível ao olhar leigo.

Mais corpo toma a matéria, quando as Comissões Parlamentares de Inquérito passam a questionar o âmbito de abrangência dessa "verdade". Até onde poderia alguém em seu depoimento chegar? Quais os limites para a verdade, e onde se iniciaria o falso? Teriam, tais comissões legislativas, poderes, ou compreensão técnica, para isso avaliar?

É certo que não são, as alcunhadas CPIs, novidade no horizonte legal. De fato, suas origens remontam à Inglaterra do século XVI. A partir de lá, ganharam lugar em França, nos Estados Unidos da América do Norte, Alemanha, Áustria e Brasil. Não havendo informe de sua aplicação em tempos imperiais, foram elas presentes, com diversas finalidades, já em primeiros anos da República. Desde então, elas galgaram as manchetes e os holofotes da mídia, passando mesmo a idéia de que parlamentares foram travestidos na figura de juízes, para Justiça fazer.

Essa Justiça, contudo, por vezes é assemelhada à Lei de Lynch. Os brados das multidões parecem abalar a rigidez necessária e esperada de quem pretende a alguém julgar. Pecam os parlamentares, na busca da verdade, por diversas razões. Senão vejamos.

Equivocam-se, ao taxar, de forma indiscriminada, todos os convocados, como testemunhas. Ora, doutrina e jurisprudência são fartas em mostrar e exemplificar as diferenças entre quem pode e quem não pode ser testemunha, quem pode e deve ser, meramente, depoente, enfim, quem deve, ou não, prestar compromisso de dizer a verdade. E que se lembre, a invocação do silêncio, qual prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, não reflete, de modo algum, a assunção de culpa.

Confundem-se, ao entender que o depoente "jura dizer a verdade". Deveria ele, se testemunha fosse, fazer o compromisso de dizer a verdade. Desde o Império desconhece, a lei brasileira, a figura do

perjúrio. Em legislações que ainda a adotam, conta ele com diversas similaridades com o falso testemunho. Ambos versam sobre alteração consciente da verdade em depoimento; entretanto, o primeiro tem lugar quando é invocada a figura de Deus. O falso, ao revés, trata unicamente de uma não verdade conscientemente irrogada, quando de depoimento.

Enganam-se, enfim, na ânsia de uma "verdade" encontrar. O limiar da verdade da palavra, o direito ao silêncio, a presença do elemento subjetivo do tipo do falso testemunho, conjuntamente, analisados para que se vislumbre o que possa ser tido como verdade.

Entendida vulgarmente em dois sentidos — de proposição e de realidade — ela contrapõe-se à falsidade, à ilusão, ao irreal e ao aparente. Aristóteles, firmando sua concepção semântica da verdade, deu início a toda uma procura conceitual, por onde um enunciado é verdadeiro se há correspondência entre o que se diz e sobre o que se fala. A partir de então, numa real busca infundável, a Filosofia utilizou-se de diversas escolas que apresentaram, por sua vez, diferentes posicionamentos.

Mas o que viria a ser "verdade"?⁽¹⁾ Doutrinadores põem tal questão sob dois prismas: o que é a verdade (metafísico) e o que é verdade (epistemológico). O primeiro, fundado em uma teoria do ser, corresponde à realidade radical e última, o absoluto, enfim. A segunda, por sua vez,

é lastreada na teoria da conformidade ou adequação entre o conhecimento e a situação objetiva.

A real abrangência conceitual buscada é de se fundar pois, na linguagem, vez ser esta a derradeira fonte explicativa da própria existência humana. Pela linguagem são obtidos todos os dados que a natureza e mente humana definem. Por ela, tudo pode ser, de uma forma ou de outra, explicado.

Mas haverá relevância para tais considerações no horizonte jurídico, ou estariam elas limitadas à esfera meramente filosófica? Ora, juridicamente, a verdade deve ser analisada mediante dois contornos. Um, em sentido estrito, diz respeito à veracidade de depoimentos, perícias e declarações. Outro, em sentido lato, refere-se à verdade exposta em lei tida, dessa forma, como algo empiricamente corrente. De toda a sorte, observada sob uma ou outra óptica, o

"Essa Justiça, por vezes é assemelhada à Lei de Lynch. Os brados das multidões parecem abalar a rigidez necessária e esperada de quem pretende a alguém julgar. Pecam os parlamentares, na busca da verdade, por diversas razões."

conceito "verdade" há de ser buscado para uma melhor compreensão, em especial, do Direito Penal. Lembrando-se que, já **Pilatos**, quando do julgamento de **Jesus**, se perguntava: "que é a verdade?" (**Jó** 18:39), é de se ver a eterna preocupação da Justiça quanto a tal questão.⁽²⁾ Mas, retirando-se o contexto histórico de então, como se perceber, hoje, a verdade? A linguagem e sua compreensão podem, e devem, servir de anteparo à sua realidade.

Os conceitos acerca da verdade real e da verdade material confundem-se com o positivismo jurídico em si. Da mesma forma que o ideário de **Verri** e de **Beccaria** proclamavam por melhores e mais justas condições ao acusado, a interpretação da verdade no Direito Penal passou a ser tida como o propósito último de proteger aos direitos do processado.⁽³⁾ Fato é que, a partir dos anos 30, o Direito repressivo voltou-se a idéias, não só pré-liberais, como também pré-kantianas, pretendendo uma valoração das provas de maneira material. Mas não só. Já muito antes, **Mittermayer** asseverava, mais do que pela improcedência, pela desnecessidade de recorrer-se a pensamentos filosóficos na busca da verdade. Ainda que se aceite que ela nada mais é do que a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito, nega a importância da contraposição entre a verdade lógica, a verdade material e mesmo a verdade transcendental para o Direito Penal. Segundo ele, não há de se falar senão em uma verdade empírica, aplicável às coisas tangíveis em um mundo sensível, suficiente para a direção das ações humanas.⁽⁴⁾

Tais conceitos são profundamente arraigados no pensamento jurídico clássico e ainda, por muitos, defendido. **Malatesta** chega a afirmar, no mesmo passo, que a certeza, estado subjetivo do espírito, nem sempre coincide com a verdade objetiva, já que "por vezes tem-se a certeza do que é objetivamente falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros".⁽⁵⁾ Certeza e verdade, pois, caminham paralelamente, sendo claro, para tal visão juspositiva, que o destinatário pode mesmo ter um vislumbre de uma provável certeza de um dado fato, mas a verdade absoluta só é imitada por magos e prestidigitadores.⁽⁶⁾ Tal linha de pensamento conclui, dessa forma, ser a verdade suprema e transcendental, fora do alcance humano, devendo a certeza servir de base para um elemento material probatório de uma situação inequívoca da fidelidade.

De toda a sorte, a concretude da verdade material ainda impera no atual processo penal brasileiro como verdadeiro garante de uma busca de justiça. Divagações quanto à sua natureza intrigam os estudiosos, os quais sustentam que os homens são antes verdadeiros do que mentirosos.⁽⁷⁾ Da mesma forma, velhos brocados e princípios, segundo os quais "o homem, em regra, percebe e narra a verdade", fundamentam a validade do testemunho, sustentando mesmo, a importância da verdade frente ao Direito.⁽⁸⁾ É certo que "a prova e a verdade não passam

de meios para realizar a Justiça, tal como é concebida numa dada sociedade"⁽⁹⁾, mas a sua compreensão deve, como o próprio Direito, evoluir e progredir.

A conceituação positiva quanto à verdade, entretanto, teve seu valor. Não é de se desprezar sua importância. A sua influência na humanização do Direito foi derradeira. Entretanto, não vive mais o mundo, a humanidade ou mesmo a ciência das leis, em um universo iluminista. A realidade de hoje não mais é de se contentar com imperativos categóricos estáticos tão comuns na mentalidade neokantiana. A busca por ela deve se dar em outros horizontes, mais adequados a um Direito moderno.

"Não é de se pregar pelo anarquismo jurídico. Deve a justiça, na busca por soluções de demandas, procurar uma verdade e aceitar uma das versões apresentadas. O que se deve ter em conta, entretanto, é a iniquidade da consideração absoluta dessa verdade. Esta nunca será encontrada."

Conforme lembra **Hassemer**, uma das mais específicas oportunidades de participação do acusado, no processo penal, é representada pelo direito de ser ouvido, sendo que nesse momento, o que de fato ocorre é que este transmite sua compreensão cênica do ocorrido.⁽¹⁰⁾ Essa compreensão, pessoal e individual, se dá de pessoa a pessoa, não podendo ser generalizada, sob o pecado de se valorizar uma versão sobre outra.

Habermas, por sua vez, também repudia a idéia de uma verdade material, vez tratar-se ela de se estipular uma teoria ontológica da verdade⁽¹¹⁾, estipulando-se pontos de vista valorativos. Não se pode partir de um conceito de realidade independente do termo "expressão verdadeira". Daí, que o conceito de realidade não seja mais algo inerente a todos os fenômenos sobre os quais são possíveis expressões verdadeiras.

A ser isso tido como certo e, tendo-se em mente que todas as atitudes humanas orbitam em torno de um agir comunicativo de uma teoria da linguagem, deve-se tentar sobrepair sobre os conceitos fundamentalistas da verdade para uma idealização desta, de forma individualizada. É certo que a teoria da competência comunicacional pretende explicar como os partícipes da linguagem, através de universais pragmáticos, transformam as frases em manifestações. O agir comunicativo distinguira-se, para tanto, do discurso, vez que nele, diferentemente

te do segundo, há um intercâmbio de informações. Dessa forma, pode-se entender que as "manifestações" referidas são manifestações elementares, fruto de um intercâmbio semântico. Ocorre que, para se estabelecer uma verdade (oriunda esta, que será de uma comunicação, e não de um discurso), haverá de se estabelecer um consenso.

Tanto **Habermas** como também **Luhmann** convergem na formação, assim, de uma "verdade consensual" que nada mais seria do que analisar-se a verdade frente a uma quebra das barreiras comunicativas. Seu aprofundamento, no entanto, pode levar à conclusão da inexistência de uma verdade una, confirmando-se que a comunicação entre os homens é falha, não sendo possível o estabelecimento conceitual de verdade.⁽¹²⁾

Nessa mesma linha de pensar caminha **Hassemer**, quando cita a premente necessidade de se falar, não em verdade objetiva ou real, mas sim em verdade forense, ou seja, aquela obtida de acordo com as formalidades judiciais. De todo modo, não é possível esperar encontrar, nem em processo penal, a "verdade". O seu conhecimento é relativo ao sujeito cognitivo, a particulares circunstâncias do processo cognitivo e a questões específicas que se dirigem à realidade.⁽¹³⁾

Por maior que seja o choque da assertiva "a verdade não existe", parece esta ser a concepção real de todo um estudo quanto à verdade. E isto, procedendo-se a uma análise que pretenda observar a maior gama possível de conceitos, tudo em busca do ideal do justo. Pontualmente, chega-se à conclusão de que não se pode, como está a se ver nas diversas CPIs instaladas pelo País, pretender chegar a uma derradeira verdade.

Não é de se pregar pelo anarquismo jurídico. Deve a Justiça, na busca por soluções de demandas, procurar uma verdade e aceitar uma das versões apresentadas. O que se deve ter em conta, entretanto, é a iniquidade da consideração absoluta dessa verdade. Esta nunca será encontrada.

Considerações tais, não de ser feitas. Tal busca, tem de ser tida em conta até mesmo pelos membros das Comissões Parlamentares de Inquérito. Cabe a eles, mais do que tudo, externar a soberania popular, manifestando a competência que seus mandatos eleitorais lhe investem. Mas, sempre, com o espírito da lei ao seu lado. Nunca aquém ou além deste.

Vale ainda, e por fim, recordar-se das sempre vívidas palavras de **Rui**: "o homem, que é o erro em procura da verdade, não pode traçar a divisória entre a verdade e o erro; e por isso, em todo pensador, em todo apóstolo, em todo transformador, em todo heterodoxo, há alguma coisa, que os poderes da Terra não têm meios de saber se é humana ou divina".⁽¹⁴⁾

NOTAS

⁽¹⁾ A própria literatura é rica em exemplos dessa intriga: "encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de porque se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham

PUBLICAÇÕES DOADAS À BIBLIOTECA DO IBCCRIM - I

- VIDAURRE, Manuel de: *Proyecto de Código Penal. Arequipa, Perú*. 1996. Serie: Textos Clásicos.
- MACHADO, Gloreni Aparecida (org.) *Iniciação Científica em Direito: A Experiência da Fac. de Direito da UnB*. Brasília, UnB, 2000.
- ALCANTARA, Lúcio. *Por Uma Cidade Sustentável. (Coleção Idéias. Caderno de Debates 2000 5)*.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Belo Horizonte: Del Rey, Brasília: Faculdade de Direito*, 2000.
- CUADERNO UNICRIM. Chile: *Unidad de Investigación Criminología*, 2000. Série 1-2.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal: Parte Especial*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2000.
- REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL. France: AIDP. 2000. 1º et 2º trimestres.
- SÃO PAULO (Estado). *Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. Catálogo das publicações científicas brasileiras sobre o abuso de drogas psicotrópicas*. São Paulo, 1991. 153 p.
- SÃO PAULO (Estado). *Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas*.
- CATÁLOGO DE CENTROS BRASILEIROS PARA TRATAMENTO: *Prevenção de Dependências de Drogas*. São Paulo, 1991. 114 p.
- SÃO PAULO (Estado). *Polícia Civil. Manual de polícia judiciária: Doutrina, Modelos, Legislação*. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2000.
- MARANGOPOULOS FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS. MHFR. Athens.
- REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS: *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: AMB, 2000, v. 4, n° 9.

- ▶ *toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade".* PESSOA, Fernando. "Notas soltas", s.d., não assinadas.
- (2) Cf. GADAMER, Hans-Georg. "Verdad y Metodo II", tradução Manuel Olasagasti, Salamanca: Ed. Sígueme, 1994, p. 51.
- (3) Cf. Díez Ripollés, José Luis. "Los Elementos Subjetivos del Delito - Bases Metodológicas", Valência: Tirant to Blanch, 1990, p. 195.
- (4) MITTERMAYER, C.J.A. "Tratado da Prova em Matéria Criminal", vertido para o português por um magistrado brasileiro. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879, p. 79.
- (5) MALATESTA, Nicola Framarino del. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal", tradução de J. Alves e Sá, Lisboa: Livraria Clássica, 1927, p. 21.
- (6) CHIMENTI, Francesco. "O Processo Penal e a Verdade Material - Teoria da Prova", Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 49.
- (7) SANTOS, Moacyr Amaral. "Prova Judiciária no Cível e Comercial", São Paulo: Max Limonad, vol. III, 1953, p. 59.

- (8) "Compreende-se, pois, quando a própria civilização tem, entre os seus alicerces, a presunção da verdade humana, que o Direito, ciência que traça normas às relações humanas, também confira ao homem a qualidade de verdadeiro por presunção", SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 61.
- (9) PERELMAN, Chaïm. "Ética e Direito", tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 599.
- (10) HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal", tradução e notas de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 174.
- (11) HABERMAS, apud Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, p. 196.
- (12) Cf. Díez Ripollés, José Luis, *op. cit.*, p. 204.
- (13) HASSEMER, Winfried. "Crítica al Derecho Penal de Hoy", tradução de Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 79.
- (14) BARBOSA, Rui. "Obras Completas de Rui Barbosa", Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, vol. XXIV, tomo I, 1955, p. 126.

O autor é advogado em São Paulo e pós-graduando em Direito Penal na FDUSP.

LEGISLAÇÃO

Resolução SAP-11, de 13.03.2001

Disciplina as medidas administrativas a serem tomadas perante a ocorrência de rebeliões ou qualquer tipo de manifestação violenta.

O secretário da Administração Penitenciária, considerando:

a ocorrência reiterada de rebeliões nas unidades do Sistema Penitenciário;

que em sua maioria resultam prejuízos ao patrimônio público;

a dificuldade de recomposição material das unidades pela escassez de recursos financeiros;

o impacto que tais rebeliões causam na saúde física e mental dos funcionários do Sistema Penitenciário;

que tais manifestos colocam também em risco a segurança e a integridade física de advogados, estagiários e familiares;

que cabe ao preso ressarcir o Estado pelas despesas com sua manutenção (artigo 29, § 1º, letra "d", da Lei de Execução Penal e que essa obrigação também decorre do Código Civil (artigo 159), resolve:

Art. 1º - Ocorrendo rebelião, para garantia da segurança das pessoas e coisas, nos termos do artigo 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, as visitas aos presos ficarão automaticamente suspensas, pelo prazo de 15 dias, podendo ser prorrogada uma única vez, por igual período.

§ 1º - Considera-se rebelião o ato de indisciplina iniciado pelos presos, com danos materiais ao prédio e/ou manutenção de reféns.

§ 2º - Ficarão igualmente suspensa a entrada de gêneros alimentícios e higiênicos ("jumbo").

Art. 2º - Sem prejuízo do procedimento disciplinar, após regular identificação por meio de procedimento próprio, os presos envolvidos terão o registro da ocorrência anotado em seus prontuários, caracterizando-se má conduta carcerária, comunicando-se o Juízo da Execução, devendo, ainda, serem suspensas recompensas porventura concedidas.

Art. 3º - Havendo dano aos equipamentos de cozinha, será fornecida refeição fria (lanche) aos detentos, até a reparação ou reposição dos utensílios danificados. Os colchões que forem destruídos não serão repostos pela administração pública.

Art. 4º - Na hipótese da unidade prisional apresentar movimentos que possam conduzir à nova insurreição, o estabelecimento poderá ser ocupado por integrantes da Polícia Militar, que assegurarão a ordem e a disciplina.

Art. 5º - Nas unidades prisionais que não registrarem movimentos coletivos de indisciplina no período do calendário anual, a direção poderá conceder recompensa aos presos, nos termos do artigo 56 da Lei de Execução Penal.

Art. 6º - A Secretaria da Administração Penitenciária buscará meios legais para ressarcimentos dos prejuízos causados ao erário, mediante desconto do pecúlio dos presos, nos moldes da alínea "d", do parágrafo 1º, do artigo 29 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Art. 7º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições contrárias.

A Extinção da Punibilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária e nos "Crimes Previdenciários"

HELOISA ESTELLITASALOMÃO

A Lei nº 9.983/00 alterou o Código Penal inserindo novas condutas delitivas dirigidas, segundo o texto legal, à tutela da Previdência Social. Dentre elas, estão a *"apropriação indébita previdenciária"* definida no novel art. 168-A e a *"sonegação de contribuição previdenciária"* inserida no também novel art. 337-A.

Para cada uma das figuras, instituiu o legislador novos efeitos para o pagamento e/ou confissão da contribuição devida. Assim, *"se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal"*, estará extinta a punibilidade do crime definido no art. 168-A. Por outro lado, *"se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal"*, estará extinta a punibilidade do crime descrito no art. 337-A. A diferença reside, pois, em que: no primeiro caso, exige-se o pagamento e, no segundo, não (!).

A par disso, no caso dos delitos previstos no art. 168-A, acaso o agente *"tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios"*, e sendo primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa, é o que prevê o § 3º, inc. I, deste dispositivo.

Inaugurou-se, assim, uma nova disciplina legal (que, na verdade, não é nem um pouco *legal*) para os efeitos do pagamento no âmbito destes novos tipos penais, remanescendo, à primeira vista, para aqueles definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e 334 do Código Penal (descaminho), a disciplina do art. 34 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual *"extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia"*.

Assim, para aquele que, por exemplo, suprime ou reduz Imposto sobre a Renda mediante fraude (art. 1º, *caput*, Lei nº 8.137/90), a extinção da punibilidade somente ocorrerá se pagos o tributo devido e os acessórios antes do recebimento da denúncia; já no caso do agente que suprime ou reduz contribuição social previdenciária também mediante fraude (art. 337-A, *caput*, CP), basta a confissão espontânea acompanhada da prestação das informa-

ções devidas à autarquia, antes do início da ação fiscal, para que ocorra o fenômeno da extinção da punibilidade.

Esta brevíssima apresentação, que se restringe a um único aspecto da nova disciplina, já evidencia a falta de técnica do legislador e o seu total despreparo no trato da matéria. Trata-se claramente de intervenção penal de cunho estritamente simbólico e com fins de mero aumento da arrecadação tributária, realizada à revelia dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da isonomia; e, ousamos afirmar, ainda, totalmente desnecessária uma vez que as condutas ali descritas encontram perfeita adequação naquelas já descritas nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e com superioridade técnica, inclusive.

"Trata-se claramente de intervenção penal de cunho estritamente simbólico e com fins de mero aumento da arrecadação tributária, realizada à revelia dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da isonomia; e, ousamos afirmar, ainda, totalmente desnecessária uma vez que as condutas ali descritas encontram perfeita adequação naquelas já descritas nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e com superioridade técnica, inclusive."

Pois bem, restringindo-nos apenas à disciplina legal dos efeitos do pagamento — e agora da confissão, declaração e prestação de informações — nos crimes contra a ordem tributária e nos novos *"crimes previdenciários"*, mostra-se colidente com o princípio constitucional da isonomia a diversidade do tratamento dispensado assentada única e exclusivamente na diversidade da espécie tributária *"sonegada"* ou *"não recolhida"*, diversidade esta que, além disso, é dissonante com os valores prestigiados constitucionalmente.

Entendemos, como se deduz do parágrafo

anterior, que a disciplina legal de todos os crimes acima mencionados deve ser feita de forma sistemática, harmônica e coerente, observando-se, especialmente, os princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Daí que nos pareça, por exemplo, que a previsão de extinção de punibilidade prevista no § 2º do art. 168-A, ao exigir o pagamento, esteja em confronto com o princípio da isonomia e da proporcionalidade não podendo ser aplicada.

Remanescendo as demais normas e numa primeira tentativa de estabelecer a harmonia propugnada, poderíamos esboçar o seguinte quadro aplicável a todos os crimes que tutelam o fenômeno tributário:

a) procedendo o agente, espontaneamente, à confissão e declaração da quantia devida antes do início da *ação fiscal*, estaria extinta a sua punibilidade, em virtude do disposto no art. 337-A, § 1º, do Código Penal, aplicado por analogia *in bonam partem*, aos delitos previstos nos arts. 168-A (admitida, para argumentação, sua constitucionalidade) e 334 (descaminho) do Código Penal e aos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90;

b) procedendo o agente, voluntariamente, ao pagamento do tributo, corrigido monetariamente, mais juros de mora, após *medida de fiscalização* mas antes do recebimento da denúncia, faria jus à redução de sua pena, por força do disposto no artigo 16 do Código Penal (*arrepentimento posterior*);

c) procedendo o agente ao pagamento da quantia devida, mais acessórios, após qualquer *medida de fiscalização* e antes do recebimento da denúncia, estaria extinta a punibilidade do delito por força do disposto no art. 34, da Lei nº 9.249/95;

d) procedendo o agente ao pagamento do tributo, corrigido monetariamente e acompanhado dos juros de mora, após o recebimento da denúncia, mas antes da sentença condenatória, faria jus à eventual atenuação da reprimenda, agora por força do disposto no art. 64, II, "b", *in fine*, do Código Penal.

Conforme salientamos logo acima, trata-se de uma sugestão que nos parece trazer consigo a semente da necessária harmonia entre nova disciplina legal (que, como já foi dito, não é nem um pouco *bacana*) com os cânones constitucionais da isonomia e da proporcionalidade que presidem e informam a tutela penal de bens jurídicos.

A autora é advogada, mestre em Direito Penal Econômico-UNESP e doutoranda em Direito Penal - USP.

A Imputação Objetiva é Real

JOSÉ CARLOS GOBBIS PAGLIUCA

PUBLICAÇÕES DOADAS À BIBLIOTECA DO IBCCRIM - II

- *REVISTA DA ESMESC. Santa Catarina: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina.* 2000, v.6, n° 9.
- *ROBERTI, Maura. A Intervenção Mínima Como Princípio no Direito Penal Brasileiro.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2001.
- *MORAES, Maurício Zanoide. Interesse e Legitimação Para Recorrer no Processo Penal Brasileiro.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2000.
- *DIREITO e SOCIEDADE. Curitiba.* v.1, n° 1, set./dez., 2000.
- *REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Rio Grande do Sul: Metrópole.* N° 43, jul./out. 2000.
- *BOLETIM CENTRO DE ESTUDOS PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.* São Paulo, v.24, n° 6, nov./dez. 2000.
- *SOUTO, Paulo (senador). Síntese do Relatório da CPI sobre o Poder Judiciário.* Brasília, 2000.
- *DIÁLOGO & DEBATES. São Paulo: EPM.* v.1, n° 2, dez. 2000.
- *COSTA RICA. Código Processo Penal: Ley n° 7.594.* Costa Rica: Publicaciones Jurídicas, 2001.
- *Costa Rica. Código Penal: Contiene las Reformas de los Artículos n° 332 y 347.* Costa Rica: Publicaciones Jurídicas, 2001.
- *MOREIRA, Rômulo de Andrade (coord.). Penas Alternativas no Estado da Bahia.* Salvador: UNIFACS, 2001. (Relatório de Pesquisa).
- *BARROS, Antonio Milton de. Da Prova no Processo Penal: Apontamentos Gerais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- *NEGRÃO, Perseu Gentil. (org.) Teses de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais.* São Paulo: Ministério Público, 2000. 1 CD-ROM.

Muito se ouve entre os *fronts* acadêmicos e forenses sobre a inaplicabilidade da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. Diz-se, duma maneira ou outra, que tal teoria é inservível no Brasil, que aqui é impraticável, insubsistente ou até mesmo assaz liberalizante, chegando a dificultar em muito, a punibilidade.

Sem embargo dessas opiniões, não são, *permissa venia*, robustadas de veracidade. Partem de pessoas que, ou estudaram e não compreenderam o assunto, ou dele não aquiesceram e criticam por discórdia, ou sequer tiveram contato, mesmo que superficial sobre o tema e que falam apenas para lançar cizânia no seio jurídico-penal. A imputação objetiva não traz consigo grande possibilidade de aceitação parcial. É um instituto um tanto que radical. Ou dele se gosta ou se odeia. Porém, antes dessa tomada de posição, imprescindem-se, pois, de pelo menos algumas leituras a respeito. Duma forma ou doutra, para isso não basta apenas e tão somente estar voltado para a leitura. É preciso, antes de tudo, uma preparação do espírito. Isso se explica porque a imputação objetiva altera alguns dogmas jurí-

cos que, para nós, amoldados no positivismo jurídico, temos, pela própria formação, reticência, quer na aceitação, quer na própria compreensão temática.

O pragmatismo dominante em nosso sistema penal, trazendo conceitos apriorísticos já arraigados e fechados numa determinada proposição legal (a norma jurídica) impede, de certa forma, a liberdade de alcançarmos outra interpretação senão aquela determinada no comando normativo em testilha quando do evento naturalístico real. Daí porque, para a compreensão e quiçá adoção da imputação objetiva, deve-se iniciar o estudante como que seu conhecimento jurídico não fosse dogmático ou pragmático, mas sim, norteador apenas, de sua interpretação fática quando da análise duma tal conduta típica. Isso é claro. Não se mudam conceitos ou formações com passes de mágica, como ainda não se alteram sistemas de interpretação apenas porque algo novo flui no ar. Tudo deve ser compartilhado, detalhado, comparado e viabilizado, duma forma ou doutra, consoante o mimetismo que cada instituto antigo possua em face da nova descoberta.

Assim se dá nas ciências exatas e assim se deve ocorrer também nas de espírito, como o Direito. Não podemos, da noite

para o dia, por exemplo, chegarmos para um cristão conhecedor das escrituras e dizer a ele simplesmente que a Santíssima Trindade, que é um dogma religioso, não bem assim como ele acredita, que a tríplice personalidade divina está mal formulada e necessita de novas experiências para a aplicabilidade dogmática da mesma fé. Tal pessoa não nos ouvirá, ou, se o fizer, haverá de lançar a nós a situação de heréticos, não porque simplesmente contrariamos um dogma, mas porque ainda, aquele asceta não aceita a discussão proposta. Caso tal pessoa tenha se preparado e colocado disposto à análise científica, filosófica ou por qualquer outro ramo do conhecimento à discussão daquilo, seguramente, outras adjetivações lançará, porém a de heresia dificilmente restará.

De igual modo podemos agir com uma pessoa islâmica. Diga a esta que não há

"A imputação objetiva não traz consigo grande possibilidade de aceitação parcial. É um instituto um tanto que radical. Ou dele se gosta ou se odeia."

mais necessidade de que ela volva-se para Meca quando de suas orações, mas não diga o porquê disso. A inaceitabilidade será patente.

Porém, se antes do discurso modificatório houver uma preparação adequada para a discussão da *ra-*

tio, outros pontos de vista poderão ser atingidos. Assim se sucede no Direito Penal com a nossa imputação objetiva. Devemos, para seu estudo, partirmos com a alma limpa, deixando nosso conhecimento pretérito na retaguarda, para, ao primeiro sinal de incompatibilidade, podermos impugnar a tese proposta e justificarmos nosso inconformismo.

Mas o que se propõe aqui, não é explicar ou melhor, tentar mostrar o que seja a imputação objetiva, trabalho que tentamos, já há algum tempo realizar. A proposta é exibir que a imputação objetiva existe, é real e pode ser aplicada, até com certa facilidade no Brasil.

Por isso, abaixo seguem alguns exemplos, bem resumidamente, de casos reais onde, duma forma ou outra, houve a presença da imputação objetiva na resolução jurídica.

O caso do Serviço Funerário

Dois funcionários do Serviço Funerário Municipal são encarregados de realizar a remoção de cadáveres do velório para o local do sepultamento. Numa dessas ocasiões, deparam-se com um defunto, já no esquife, pronto para ser removido, 

▶ mas expelindo secreção natural (comum em todos os cadáveres) em razão da morte, pelos ouvidos e narinas, embora com tamponamento anterior com algodão realizado pela enfermagem.

Mas tal serviço não operou o efeito devido e assim, não podem efetuar o transporte, porque é vedado, pela municipalidade, o carregamento nessas situações. O que fazem os funcionários? Propõem aos parentes do falecido que, por determinada quantidade, realizem, eles, funcionários, novo tamponamento.

Este serviço não faz parte da função dos oferecedores. Apenas se valem da condição da função para poderem oferecer seus préstimos, dada a ineficiência de outros setores particulares ou públicos. Mas os parentes (aqui vítimas) não aceitam o pagamento e reclamam à polícia. Há acusação de corrupção passiva ou até mesmo concussão (arts. 317 e 316 do Código Penal). Não há culpabilidade dos funcionários pela imputação objetiva.

"Não se mudam conceitos ou formações com passes de mágica, como ainda não se alteram sistemas de interpretação apenas porque algo novo flui no ar. Tudo deve ser compartilhado, detalhado, comparado e viabilizado, numa forma ou doutra, consoante o mimetismo que cada instituto antigo possua em face da nova descoberta."

O que quer a lei é resguardar a integridade moral do governo, por intermédio da boa conduta de seus agentes.

Sob o prisma unicamente estatal, o fato é reprovável, tanto que na parte sindicante, os averiguados foram exonerados.

Porém, sob o aspecto jurídico-penal, não há reprovabilidade, já que se tratava de fato inerente aos serviços médicos, não de transporte.

Enfim, os agentes não criaram e nem aumentaram risco algum ao bem jurídico com suas condutas.

O caso da cura espiritual

Determinada pessoa F. sofria de uma moléstia gravíssima e, desalentada com o tratamento terapêutico convencional e pretendendo também se salvar a qualquer modo, procurou por G., conhecido por curas espirituais sem ministrar farmacêuticos.

G., conhecendo a doença de F., já que por esta exposta a situação, diz para F. suspender sua medicação alopática e tomar apenas água. F. aquiesce, mas, dias após, vem a falecer. G. responde por homicídio pela imputação objetiva, não sendo, num primeiro momento, necessário se indagar sobre sua culpabilidade estrita. Houve o que na imputação objetiva se chama *incremento do risco*.

Sinteticamente, G. conhecendo o risco de morte a que se sujeitava F., fê-la sustar seu tratamento, tornando aquela totalmente dependente da conduta de G., que, sabedor da potencialidade daquele risco, aumentou-o ao receitar tão-só água.

O caso da morte na cadeia pública

D., carcereiro, conduz V., preso, e, ao colocá-lo num xadrez onde já existem outros encarcerados, fala em alta voz, referindo-se a V.: "Você é cagüeta, hein!" Mais tarde, V. é morto pelos outros presos, motivados pela acusação da delação. O carcereiro responde pela morte também, segundo a imputação objetiva.

A criação do risco de morte, ao pronunciar aquela frase na presença de outros presos foi fundamental, ou seja, de total nexo causal entre a conduta e a morte.

A novação da dívida em cheque sem fundos

X. recebe um cheque sem fundos de Y. No decorrer da apuração policial, há novação da dívida, porque Y. assina uma nota promissória em substituição ao cheque. Porém, também não resgata o segundo título. Não há estelionato por parte de Y. A novação da dívida fez com que o dano originalmente criado (ao patrimônio) a X., foi por este superado ao concordar com que a dívida fosse renovada, sem recebê-la. O dano original ficou restabelecido ao se transformar uma situação inicialmente penal em civil.

Pela imputação objetiva, o segundo título não pode ser considerado como criador de risco ao patrimônio, já que a vítima tinha pleno conhecimento desse perigo, pois decorrente numa inicial inadimplência. Não há causalidade, pois a superveniência de causa já era, de certa forma, esperada.

Caso da "fechada" no trânsito

W., uma motorista, conduz seu carro por determinada rua da capital, pela faixa exclusiva de ônibus que está à direita da via. Ao lado esquerdo (claro) de W., segue outra motorista Z. (não é preconceito contra as mulheres, é caso real).

Z., pretendendo entrar à direita, ultrapassa e repentinamente "fecha" W. Essa manobra brusca faz com que os carros colli-

dam e W., que transitava à direita vai à calçada e lesiona pedestres.

Qual motorista cometeu o delito culposo? Pela teoria da equivalência, ambas, pois não se compensam as culpas e se W. não estivesse na faixa de ônibus, o resultado não teria ocorrido como ocorreu. Porém, não assim pela imputação objetiva. Vejam que esta vai diretamente à causalidade real, factual mesmo do resultado. Assim, mesmo que na faixa exclusiva estivesse um coletivo, uma viatura do Corpo de Bombeiros ou uma assistência e Z. realizasse sua manobra imprudente, os resultados lesões ocorreriam da mesma forma, em razão do que se denomina cursos causais hipotéticos.

Qualquer veículo que fosse "fechado" e ganhasse o passeio público teria a mesma potencialidade lesiva, sendo que este veículo transitava sem infringir qualquer norma.

"Devemos, para seu (o Direito Penal) estudo, partirmos com a alma limpa, deixando nosso conhecimento pretérito na retaguarda, para, ao primeiro sinal de incompatibilidade, podermos impugnar a tese proposta e justificarmos nosso inconformismo."

Doutra banda, pelo exemplo em reverso, se W., sabedora da vontade de Z. em entrar à direita e permanecesse na faixa restrita, impedindo ou medindo motores com Z. e esta manobrasse e o carro de W. atropelasse alguém, aí sim W. também responderia pelo evento, pois aumentou o risco, por pura imprudência.

Todos esses exemplos foram extraídos de casos ocorrentes na comarca de São Paulo, sendo alterados apenas os designativos pessoais.

Com isso, singelamente, procurei apresentar a viabilidade, legalidade e aplicabilidade da imputação objetiva, já e agora. Não usemos mais, as sábias palavras de **Einstein**, há mais de cinco décadas: "época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito que um átomo".

O autor é promotor de Justiça da Capital, mestrandando em Processo Penal pela PUC/SP e doutorando pela Uned/Madrid.

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

• Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE

— AMAZONAS

• Associação dos Magistrados do Amazonas
• Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

• Associação Cearense de Magistrados
• Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

• Associação dos Magistrados do Distrito Federal
• Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— GOIÁS

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

— MATO GROSSO

• Associação Matogrossense do Ministério Público

— MATO GROSSO DO SUL

• Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
• Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
• Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— PARÁ

• Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

• Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

• Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

• Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
• Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC

— SANTA CATARINA

• Associação Catarinense do Ministério Público
• Associação dos Magistrados Catarinenses

— SÃO PAULO

• Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
• Associação Paulista do Ministério Público
• Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
• Centro de Estudos Jurídicos Aguilar de Lara Cordeiro - Ourinhos
• Complexo Jurídico Damásio de Jesus
• Curso C.P.C.
• Curso Forense - Ribeirão Preto
• Educacional Cidade São Paulo S/C Ltda. - CSECD
• Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
• Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
• Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
• Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

— PERU

• Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEA'S

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Os Crimes Virtuais na Esfera Jurídica Brasileira

REGINALDO CÉSAR PINHEIRO

No final do século XIX um cidadão alemão foi preso acusado de furto de energia elétrica. Os advogados do acusado, entretanto, observaram que não existia na legislação penal alemã tal delito, pois a energia elétrica não tinha *status* de coisa, e somente coisa poderia ser passível de furto. O tribunal absolveu o réu ao entender que a lei penal não permite interpretação analógica. Com isso, o legislador alemão providenciou logo um dispositivo legal que tipificasse como crime o furto de energia elétrica, pois sem a mesma, aqueles que viessem a desviar a energia elétrica ficariam impunes.

Passados alguns anos após o acontecimento noticiado pelo advogado **José Henrique Moreira Lima**⁽¹⁾, nos deparamos com um problema que em tese, é bem semelhante ao vivido pela Alemanha. Com a popularização da Internet em todo o mundo, milhares de pessoas começaram a se utilizar deste meio. Contemporaneamente, se percebe que nem todos a utilizam de maneira sensata e, acreditando que a Internet é um espaço livre, acabam por exceder em suas condutas e criando novas modalidades de delito: os crimes virtuais.

Também conhecidos por Cybercrimes, estes novos delitos são interpretados, segundo a concepção do secretário executivo da Associação de Direito e Informática do Chile, **Claudio Líbano Manzur**, como sendo:

"Todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátese de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, repontándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no sea caracter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro."⁽²⁾

Em outras palavras, são todos os atos

ilícitos praticados total ou parcialmente através da Internet que venham a causar algum tipo de dano a vítima, seja ele patrimonial ou não.

Em um primeiro momento, vem à mente de muitos aplicadores do Direito a máxima "*nulla poena nullum crimen sine lege*", isto é, enquanto não houver leis específicas versando sobre os crimes na Internet, não será possível que exista por parte do Estado uma atuação coercitiva eficaz. Não olvidar-se, todavia, que na maioria das vezes a Internet é apenas um instrumento de ação dos cybercriminosos. Daí ser conveniente dividi-los em crimes virtuais *puros, mistos e comuns*.

Os crimes virtuais *puros*, conforme contempla o advogado **Marco Aurélio Rodrigues da Costa**, é "*toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, seja pelo atentado físico ou técnico do equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas*".⁽³⁾

Por sua vez, os crimes virtuais *mistos* são aqueles em que o uso da internet é condição *sine qua non* para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso ao informático. Ocorre, por exemplo, nas transferências ilícitas de valores em uma *home-banking* ou no chama-

do *salami-slacing*, onde o *cracker* retira de milhares de contas-corrente diariamente, pequenas quantias que correspondem a centavos e transfere para uma única conta. Embora esses valores sejam ínfimos para o correntista, que na maioria das vezes nem se dá conta do furto, representam para o cybercriminoso uma expressiva quantia em seu montante.

Os crimes virtuais *comuns*, são assim entendidos, porque utilizam a Internet apenas como instrumento para a realização de um delito já tipificado pela lei penal. A Rede Mundial de Computadores acaba por ser apenas mais um meio para a realização de uma conduta delituosa. Se antes, por exemplo, o crime de pornografia infantil (art. 241 ECA) era instrumenta-

"Com a popularização da Internet em todo o mundo, milhares de pessoas começaram a se utilizar deste meio. Contemporaneamente, se percebe que nem todos a utilizam de maneira sensata e, acreditando que a Internet é um espaço livre, acabam por exceder em suas condutas e criando novas modalidades de delito: os crimes virtuais."

lizado através de vídeos ou revistas, hodiernamente, se dá através das salas de bate-papo, ICQ, como também pela troca de fotos por *e-mail* entre pedófilos. Mudou a forma, mas a essência do crime permanece a mesma.

Há de se destacar, nesse contexto, as enormes dificuldades enfrentadas pelas autoridades responsáveis pela segurança no país para reprimir este tipo de ação delitiosa. Nesse sentido, o professor **Antônio Scarrance Fernandes** assinala: "*Por enquanto a repressão se restringe ao enquadramento desse tipo de infração nos delitos tipificados pelo Código Penal*".⁽⁴⁾ Ou seja, atualmente, somente os crimes virtuais mistos estão sendo impugnados pelo nosso ordenamento.

"Tem-se constatado, independentemente do crime ser puro, misto ou comum, que na maioria das vezes estes delitos ainda permanecem impunes, porque ainda "continuam a ser novidade" para os mecanismos coercitivos estatais."

Em verdade, a repressão aos cybercrimes também tem encontrado barreiras referentes à conquista de provas materiais. A Internet propicia, devido à sua rapidez, a possibilidade de serem eliminados a qualquer momento quaisquer vestígios necessários para a comprovação do delito. Tem-se constatado, independentemente do crime ser puro, misto ou comum, que na maioria das vezes estes delitos ainda permanecem impunes, porque ainda "*continuam a ser novidade*" para os mecanismos coercitivos estatais.

Entretanto, há uma luz ao fim do túnel, isto é, o Direito e o Estado têm trabalhado para a reversão desse quadro anárquico-cibernético. Neste aspecto, o provedor de acesso é elemento ímpar para a corroboração da punição destes crimes. Nos furtaremos a abordar integralmente a responsabilidade do provedor, mas é importante ressaltar certos aspectos que se perfazem relevantes para tal estudo.

O provedor de acesso, salvo algumas exceções, tem interesses econômicos na prestação de serviços de acesso à rede. Logo, todas as informações constantes em seu banco de dados têm alguma relevância. Quando estas informações já não são mais importantes, o provedor as elimina em um curto espaço de tempo. Neste aspecto é que as barreiras surgem, pois independentemente do provedor ser gratuito ou não, estas informações, na maioria das vezes são elementos que comprovam tal conduta delitiosa.

A polícia tem conseguido reprimir os cybercrimes por meio do número do IP (*In-*

ternet Protocol Number), que toda a máquina conectada possui, e identifica através do seu respectivo número a localização do info-marginal. Neste caso o provedor de acesso é obrigado a fornecer as referidas informações para a consubstanciação da prova. No caso de ofensa moral a uma pessoa em uma sala de bate-papo, por exemplo, será através deste IP que poderá ser comprovada tal ofensa, para efetivação da punição *a posteriori*. Por isso, se faz necessária a existência de mecanismos mais rígidos com relação às atividades do provedor de acesso, sobretudo, exigindo o armazenamento das informações de cada usuário por um prazo superior a seis meses.

Por outro lado, mesmo a Internet sendo uma *Teia de Alcance Mundial*, têm as polícias conseguido punir infrações além-mar, quer dizer, os limites legislativos essencialmente territoriais têm sido superados com o apoio de polícias de outros países e também com o auxílio de organizações mundiais. Mesmo sem existir de fato um tratado internacional, algo que alguns aplicadores do Direito julgavam ser a única forma para tal repressão.

Prova disso, foi a reunião de ministros da justiça e procuradores dos países integrantes da OEA (*Organização dos Estados Americanos*) realizada em março deste ano, na qual um dos principais temas foi a criação de mecanismos para coibir a ação *hacker* na Internet. A OEA, na ocasião afirmava: "*cuídem da segurança dos sites de vocês, senão assim fica mais fácil*"⁽⁵⁾ para os cybercriminosos. Assim, o governo brasileiro deseja, o mais depressa possível, criar uma lei que possa punir com maior rigor esses info-delitos.

Tramitam no Congresso Legislativo, por sua vez, cerca de 20 projetos de lei pertinentes aos crimes virtuais, e no entanto, é perceptível o desinteresse do governo perante a matéria. Com a pressão da OEA, porém, acredita-se que ainda este ano se terá uma lei vigorando no Brasil referente aos crimes virtuais.

Dois destes projetos merecem destaque: um pertencente ao deputado **Luiz Piauhyllino** e outro do senador **Renan Calheiros**. Ambos são vistos com ressalvas, mas entretanto, adverte o próprio senador, dizendo que "*a tipificação desse tipo de delito pelas legislações de todos os países é medida urgente e que não pode esperar mais*"⁽⁶⁾.

Deve-se levar em consideração sim, a urgência que se perfaz em nosso contexto, mas sobretudo, não se pode permitir que o Estado, sob o pretexto de atribuir maior segurança aos usuários da rede, viole os direitos de liberdade de expressão do cidadão. Como é o caso de art. 2º, § 6º, II e III, do projeto de lei do senador **Renan Calheiros**, que define como crimes contra a moral pública e opção sexual, a *divulgação de material pornográfico e a divulgação de sons, imagens ou informações contrária aos bons costumes*,⁽⁷⁾ respectivamente. Ora, se não se trata de pornografia infantil e nem de ofensa de privacidade, porque haveria o legislador de restringi-lo?

No espaço virtual, os defeitos e os atos ilícitos dos internautas se produzem com a mesma facilidade que no espaço real. Todavia, o Direito, ao pretender tutelar o bem jurídico do cidadão precisa necessariamente acompanhar esta evolução, a fim de possibilitar tal garantia.

"No espaço virtual, os defeitos e os atos ilícitos dos internautas se produzem com a mesma facilidade que no espaço real. Todavia, o Direito, ao pretender tutelar o bem jurídico do cidadão precisa necessariamente acompanhar esta evolução, a fim de possibilitar tal garantia."

Contudo, é preciso que se ampliem os debates sobre a matéria, tanto por parte do governo, quanto pela sociedade civil, no sentido de informar aos usuários sobre os novos tipos de modalidades delituosas que estes estão sujeitos, até porque, os crimes virtuais não se restringem somente a ação dos *hackers* ou dos *crackers*, ela é mais ampla. A tutela do bem jurídico virtual não pode restringir-se somente à produção de legislação específica. É necessária também uma nova postura ética e social.

NOTAS

- (1) LIMA, José Henrique Moreira. "*Alguns Aspectos Jurídicos da Internet no Brasil*". Artigo publicado no site: <http://www.geocities.com/CollegePark/Campus/4961/flinks.htm> — pesquisado na Internet em 25.09.98.
- (2) LÍBANO MANZUR, Claudio. "*Chile: Los Delictos de Hacking en sus Diversas Manifestaciones*", in *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 21, abril de 2000. Site: <http://publicaciones.derecho.org/redi>
- (3) COSTA, Marco Aurélio Rodrigues da, "*Crimes de Informática*", in *Revista Eletrônica Jus Navigandi*. Site: <http://www.jus.com.br/doutrina/crinfo/html>
- (4) "*Cybercrimes - Legislar ou Auto-Regulamentar?*", in *Revista RT Informa* nº 06, março/abril 2000, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 04-05.
- (5) "*Justiça Vai Criar Comissão Para Punir Hackers*", in *Jornal O Estado de S.Paulo, Economia*, edição de 02.03.00, p. B6.
- (6) Justificação do Projeto de Lei nº 76/2000, cedido gentilmente pela assessoria parlamentar.
- (7) Grifos nossos.

O autor é discente do curso de Ciências Jurídicas da Universidade Paranaense (Unipar) e pesquisador do Instituto de Pesquisas, Estudos e Ambiência Científica - IPEAC/Unipar, na área de Direito de Informática.

ANÚNCIO RT