

Revista



SJRJ

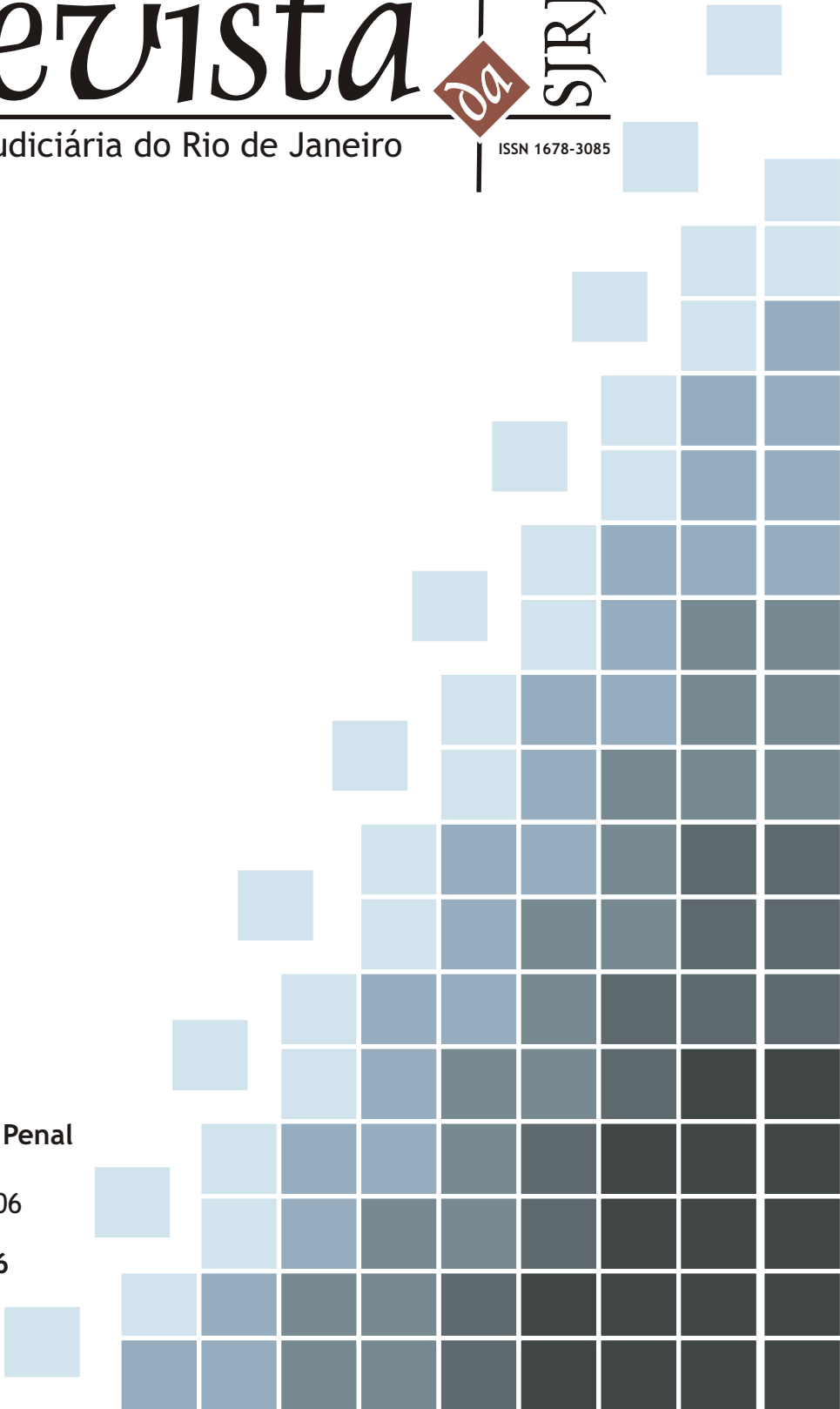
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

ISSN 1678-3085

Penal e
Processual Penal

Abril de 2006

NÚMERO 16





PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

Penal e Processual Penal

ABRIL DE 2006

NÚMERO 16

ISSN 1678-3085

R. SJRJ, Rio de Janeiro, n.16, p. 01-240, 2006.

- Coordenação:** Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Juíza Federal da 3ª Vara de Execução Fiscal
- Planejamento:** Maria Regina Rogério Cosentino
Secretaria Geral - SG
Patrícia Reis Longhi
Subsecretaria de Documentação e Divulgação - SDD
- Indexação:** Seção de Biblioteca - SEBIB/SDD
Célia Barreto Gil
Dayananda Souza Nunes
Eliane Maria Teixeira da Cruz Silva Tristão
Patrícia Waldeck Rodrigues
Marina de Pinho e Souza Oliveira
- Diagramação:** Teresa Cristina de Figueiredo Montes
Seção de Publicação - SEPUB/SDD
- Revisão:** Fabio Rosário Damique Fisciletti
Seção de Publicação - SEPUB/SDD
- Contracapa:** Foto de Rogério da Costa Pereira
Seção de Relações Públicas - SEREP
- Capa:** Subsecretaria de Documentação e Divulgação - SDD
- Impressão:** Gráfica da Justiça Federal da 2ª Região
- Tiragem:** 600 exemplares
- Endereço:** Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Subsecretaria de Documentação e Divulgação
Av. Venezuela, 134 - 5º andar - Bloco B
Centro - Rio de Janeiro - RJ
CEP: 20081-312
Tel.: (21) 2510-8966 - Fax.: (21) 2510-8968
E-mail: tssdd@jfrj.gov.br

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 16 - Rio de Janeiro: JFRJ. 2006
240p.

Continuação de: Revista de Jurisprudência da Seção Judiciária do
Rio de Janeiro. 1994-2002.

ISSN 1678-3085

1. Direito - Periódicos 2. Seção Judiciária do Rio de Janeiro - Jurisprudência. I.
Brasil. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

REVISTA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

Coordenação

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Juíza Federal da 3ª Vara de Execução Fiscal

Direção da SJRJ

Carlos Guilherme Francovich Lugones
Juiz Federal - Diretor do Foro

Mauro Souza da Costa Braga
Juiz Federal - Vice-Diretor do Foro

Juizes Federais

Titulares e
Substitutos

Adriana Barretto de Carvalho Rizzotto	Enara de Oliveira Olimpio Ramos Pinto
Alberto Nogueira Júnior	Erika Schmitz Assumpção Ramos
Alcides Martins Ribeiro Filho	Eugênio Rosa de Araújo
Alcir Luiz Lopes Coelho	Fátima Maria Novelino Sequeira
Alexandre Libonati de Abreu	Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Alexandre Miguel	Fernando Cesar Baptista de Mattos
Alfredo França Neto	Firly Nascimento Filho
Alfredo Jara Moura	Flávia Caldas da Rocha
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes	Flavio Oliveira Lucas
Ana Amélia Silveira Moreira Antoun Netto	Frana Elizabeth Mendes
Ana Paula Vieira de Carvalho	Geraldine Pinto Vital de Castro
Andrea Cunha Esmeraldo	Guilherme Bollorini Pereira
Andrea Daquer Barsotti	Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Andrea de Luca Vitagliano	Guilherme Couto de Castro
Anelisa Pozzer Libonati de Abreu	Helena Elias Pinto
Angelina de Siqueira Costa	Humberto de Vasconcelos Sampaio
Antonio Henrique Correa da Silva	Isabel Cristina Longuinho Batista de Souza
Augusto Guilherme Diefenthaler	Isabel Maria de Figueredo Souto
Bianca Stamato Fernandes	Jane Reis Gonçalves Pereira
Boaventura João Andrade	José Antônio Lisboa Neiva
Carlos Alexandre Benjamin	José Arthur Diniz Borges
Carlos Guilherme Francovich Lugones	José Carlos da Silva Garcia
Carmen Sílvia de Arruda Torres	José Eduardo do Nascimento
Cassio Murilo Monteiro Granzinoli	José Eduardo Nobre Matta
Cláudia Maria Pereira Bastos Neiva	José Ferreira Neves Neto
Claudia Valeria Bastos Fernandes	Julio Emilio Abranches Mansur
Cristiane Conde Chmatalik	Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Cynthia Leite Marques	Lana Maria Fontes Regueira
Daniela Milanez	Leopoldo Muylaert
Edna Carvalho Kleemann	Livia Maria Ferreira Orotavo
Eduardo André Brandão Fernandes	Lucy Costa de Freitas Campani
Edward Carlyle Silva	Luis Eduardo Bianchi Cerqueira
Eloá Alves Ferreira	Luiz Claudio Flores da Cunha

Luiz Eduardo Pimenta Pereira
Luiz Norton Baptista de Mattos
Luiz Paulo da Silva Araújo Filho
Macário Ramos Júdice Neto
Manoel Rolim Campbell Penna
Marcello Ferreira de Souza Granado
Marcelo Bretas
Marcelo da Fonseca Guerreiro
Marcelo Leonardo Tavares
Marcelo Luzio Marques de Araújo
Marcelo Pereira da Silva
Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes
Marcia Maria Nunes de Barros
Marco Falcão Critsinelis
Marcos André Bizzo Moliari
Marcus Livio Gomes
Marcus Vinicius Figueiredo de Oliveira Costa
Maria Alice Paim Lyard
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho
Maria Claudia de Garcia Paula Allemand
Maria do Carmo Freitas Ribeiro
Mauro Luís Rocha Lopes
Mauro Souza Marques da Costa Braga
Monique Calmon de Almeida Biolchini
Nizete Antônia Lobato Rodrigues

Paula Patricia Provedel Mello Nogueira
Paulo André Rodrigues de Lima Espirito Santo
Paulo Pereira Leite Filho
Regina Coeli Medeiros de Carvalho Peixoto
Renato Cesar Pessanha de Souza
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Rogério Moreira Alves
Rogério Tobias de Carvalho
Salette Maria Polita Maccalóz
Sandra Meirim Chalu Barbosa de Campos
Sidney Merhy Monteiro Peres
Silvio Wanderley do Nascimento Lima
Simone Bretas
Simone Schreiber
Theophilo Antonio Miguel Filho
Valéria Caldi Magalhães
Valéria Medeiros de Albuquerque
Vigdor Teitel
Virgínia Procópio Oliveira Silva
Vladimir Santos Vitovsky
Washington Juarez de Brito Filho
William Douglas Resinente dos Santos
Wilney Magno de Azevedo Silva
Wilson José Witzel

Adriana Alves dos Santos Cruz	Flávia Heine Peixoto
Adriana Menezes de Rezende	Flávio Roberto de Souza
Adriano Saldanha Gomes de Oliveira	Francisco de Assis Basilio de Moraes
Ailton Schramm de Rocha	Gilson David Campos
Alceu Maurício Junior	Gustavo Arruda Macedo
Alessandra Belfort Bueno Barroso	Hudson Targino Gurgel
Alexandre Berzosa Saliba	Iorio Siqueira D' Alessandri Forti
Alexandre da Silva Arruda	Itália Maria Zimardi Arêas Poppe Bertozzi
Alfredo de Almeida Lopes	João Marcelo Oliveira Rocha
Aline Alves de Melo Miranda	José Carlos da Frota Matos
Américo Bedê Freire Junior	José Carlos Zebulum
Ana Carolina Vieira de Carvalho	José Luis Castro Rodriguez
Ana Cristina Ferreira de Miranda	Juliana Brandão da Silveira Couto
Ana Paula Rodrigues Mathias	Kelly Cristina Oliveira Costa
André de Magalhães Lenart Zilberkrein	Leonardo Marques Lessa
André Luiz Martins da Silva	Liléa Pires de Medeiros
Bianor Arruda Bezerra Neto	Luiz Clemente Pereira Filho
Bruno Dutra	Marceli Maria Carvalho Siqueira
Bruno Otero Nery	Marcella Araújo da Nova Brandão
Caio Márcio Gutterres Taranto	Marcello Enes Figueira
Caroline Medeiros e Silva	Márcia Maria Ferreira da Silva
Cleyde Muniz da Silva Carvalho	Márcio Solter
Daniela Pereira Madeira	Marcos Aurélio Silva Pedrazas
Daniella Rocha Santos Ferreira	Margareth de Cássia Thomaz Rostey
de Souza Motta	Maria de Lourdes Coutinho Tavares
Dario Ribeiro Machado Junior	Marianna Carvalho Bellotti
Elmo Gomes de Souza	Marina de Mattos Salles
Erico Teixeira Vinhosa	Mariza do Nascimento Silva Pimenta Bueno
Erik Navarro Wolkart	Natália Tupper dos Santos
Fábio César dos Santos Oliveira	Odilon Romano Neto
Fábio de Souza Silva	Osair Victor de Oliveira Junior
Fábio Nobre Bueno Brandão	Pablo Coelho Charles Gomes
Fábio Tenemlat	Paulo Gonçalves de Oliveira Filho
Fabíola Utzig Haselof	Rafael de Souza Pereira Pinto
Fabício Antonio Soares	Raffaele Felice Pirro
Fabício Fernandes de Castro	Ricardo Ribeiro Campos

Roberto Dantes Schuman de Paula
Roberto Gil Leal Faria
Rodolfo Kronenberg Hartmann
Rodrigo Esperança Borba
Rômulo Filizzola Nogueira
Ronald Kruger Rodor
Rosália Monteiro Figueira

Sandro Valério Andrade do Nascimento
Stelly Gomes Leal da Cruz Pacheco
Valter Shuenquener de Araújo
Vellêda Bivar Soares Dias Neta
Viviany de Paula Arruda
Vlamir Costa Magalhães
Walner de Almeida Pinto

Foi com imenso orgulho que recebi o convite para fazer a apresentação desta edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro dedicada ao Direito Penal e Processual Penal. Acredito que o convite se deva aos cerca de cinco anos em que atuei, na qualidade de Juiz Federal Substituto, na 5ª Vara Federal Criminal, e também por minha grande afeição à matéria penal.

A Revista, revitalizada e com uma nova sistematização do seu conteúdo, tem enorme importância na atualização e divulgação do trabalho - acadêmico e jurisprudencial - dos juizes federais. A realidade tem demonstrado que o magistrado deve manter-se em permanente atualização, sob pena de não só perder, como diria o poeta, mas ser verdadeiramente atropelado pelo trem da história.

Duas partes compõem a Revista: a primeira, dedicada aos artigos, serve para divulgar a face doutrinária do juiz e a segunda, dedicada às sentenças, evidencia a atividade-fim propriamente dita do juiz.

Dentro da seção dos artigos são apresentados os seguintes temas, todos atuais e instigantes: *Sobre a teoria da ação em G. H. von Wright*, por Cassio Murilo M. Granzinoli; *Critérios para a fixação da pena-base e da pena provisória*, por Fabrício Antonio Soares; *Efeitos do descumprimento da transação penal*, de autoria de Luis Carlos Bravo; *Legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público*, da lavra de Manoel Rolim Campbell Penna; *O Estatuto do Idoso em benefício do réu*, por Roberto Dantes Schuman de Paula; *Outras considerações sobre a coisa julgada no Direito Processual Penal*, por Rodolfo Kronenberg Hartmann e, por fim, *A efetividade da Constituição Federal e o Direito Processual Penal: um estudo crítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na aplicação dos princípios constitucionais da inocência e acusatório*, de autoria de Simone Schreiber.

No campo das sentenças, a produção não é menos profícua. Temas relevantes, como os crimes contra o sistema financeiro nacional e a controvertida *delação premiada*, são tratados, respectivamente, por Ana Paula Vieira de Carvalho e por Rodolfo Kronenberg Hartmann. O comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo são perscrutados por André Lenart. Para finalizar, a questão do desarmamento e da segurança pública, que tanto debate suscita, é analisada por Marcello Granado.

Como se vê, a Revista continua se destacando pela atualidade e elevado nível dos trabalhos apresentados. Parabéns aos organizadores e aos colaboradores.

CASSIO MURILO MONTEIRO GRANZINOLI

Juiz Federal Titular do Juizado Especial Federal de Nova Friburgo-RJ

Lista de Siglas

MP - Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

ARTIGOS

- Sobre a teoria da ação em G. H. von Wright - Cassio Murilo Monteiro Granzinoli 19
- Critérios para a fixação da pena-base e da pena provisória - Fabrício Antonio Soares 25
- Efeitos do descumprimento da transação penal - Luis Carlos Andrade Bravo 37
- Legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público - Manoel Rolim Campbell Penna 47
- O Estatuto do Idoso em benefício do réu - Roberto Dantes Schuman de Paula 69
- Outras considerações sobre a coisa julgada no Direito Processual Penal - Rodolfo Kronenberg Hartmann 75
- A efetividade da Constituição Federal e o Direito Processual Penal: um estudo crítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na aplicação dos princípios constitucionais da inocência e acusatório - Simone Schreiber 95

SENTENÇAS E DECISÕES

- Gestão fraudulenta. Constitucionalidade do art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86. Interpretação conforme à Constituição. Crime de perigo concreto. Conflito aparente de normas e concurso de crimes - Ana Paula Vieira de Carvalho 125
- Comércio ilegal e tráfico internacional de armas de fogo: arts. 17 e 18 da Lei nº 10.826/03 - André de Magalhães Lenart Zilberkrein 145
- Desarmamento, segurança pública e eficiência - Marcello Ferreira de Souza Granado ... 201
- Delação premiada e revogação de prisão preventiva - Rodolfo Kronenberg Hartmann 207

ÍNDICES

- I - Varas Federais 213
- II - Autores 215
- III - Assuntos 217



Artigos

SOBRE A TEORIA DA AÇÃO EM G. H. VON WRIGHT

Cassio Murilo Monteiro Granzinoli

Juiz Federal do 1º Juizado Especial de Nova Friburgo;

Mestre em Direito pela UERJ

O interesse pelo estudo da ação humana não é instituto típico do Direito Penal, mas está ligado à própria história da filosofia e ainda hoje é objeto de indagações, seja na Filosofia, no Direito Penal, na Lógica, na Ontologia, na Filosofia da Linguagem e em muitas outras ciências, como bem enfatizado por Carlos Santiago Nino¹. O interesse, portanto, pelo estudo da ação não é apenas das ciências ditas “filosóficas”, mas também de todos os ramos do Direito, sobretudo o Direito Penal, em que apresenta um interesse maior, pois, afinal de contas, é formado essencialmente por - e tem por objeto de estudo - *ações e omissões*.

Georg Henrik von Wright, um dos filósofos de maior destaque de nossos tempos, nasceu em Helsinki-Helsingfors², Finlândia, em 1916. Devido a problemas de saúde, morou por aproximadamente um ano em Maerano, Áustria, onde teve um contato com a literatura de Goethe, Schiller, Schopenhauer, Nietzsche e Kafka, entre outros. Em 1929, ingressou na Universidade de Helsingfors, e se formou três anos depois. Na universidade, conheceu Eino Kaila, que fora membro do Círculo de Viena e que, juntamente com Wittgenstein e Moore, exerceu especial influência sobre seu pensamento. Foi Kaila quem lhe ensinou o uso da lógica formal. Von Wright escreveu sobre lógica, filosofia, meio ambiente, guerra e paz, e é enorme a sua influência no Direito. Foi o criador do primeiro sistema de lógica deôntica. Em Cambridge, onde foi fazer seus estudos de doutorado, conheceu Wittgenstein e Moore, e posteriormente ocupou a cadeira do próprio Wittgenstein entre 1948 e 1951. Um dos principais livros escritos por von Wright - dentre os mais de 394 títulos de sua autoria - é *Norm and Action* (1963), referência para os que se ocupam do estudo da teoria da norma. Em *Causality and Determinism* (1974), discorreu com maior profundidade sobre causa e ação, a conduta humana, determinismo e livre arbítrio, estudos que tiveram prosseguimento em *Determinism and the Study of Man* (1976), *Freedom and Determination* (1980) e *Explanation and Understanding of Action* (1981). Portanto, a obra de von Wright exerceu enorme influência no estudo da filosofia do Direito nos últimos trinta anos.

¹ NINO, Carlos Santiago. Introducción a la filosofía de la acción humana apud LAGIER, Daniel Gonzalez, *Acción y Norma en G H von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p. 177.

² A biografia aqui enunciada toma por base LAGIER, op. cit.

Procuraremos aqui, em breves linhas, discorrer sobre a importância dos estudos sobre a ação (conduta) de von Wright para o Direito Penal, intermediando os comentários com a visão de outros autores e outras correntes da dogmática penal. Ressaltamos que nosso objetivo não é tratar de uma “teoria geral da ação penal” nem tampouco fazer uma análise formal do conceito de ação (da ação penal), mas apenas fornecer contornos sobre algumas dessas principais teorias e, principalmente, sobre o paralelismo existente entre essas correntes e o pensamento de von Wright, que, em suma, é o paralelismo entre a “teoria da ação dos filósofos”. Para tanto, tomaremos por base, principalmente, os escritos de Lagier³.

Por outro lado, limitando o tema, centrar-nos-emos na análise da ação dita *intencional*, núcleo central dos estudos da ação de von Wright. Não que ele rejeite a existência de ações não-intencionais, mas entende que “*la acción no-intencional resulta secundaria respecto de la acción intencional, siendo el primer concepto parasitario del segundo*”⁴.

Há um consenso em que uma ação pode ser denominada de intencional quando, de acordo com Nino, “*el agente quiso ejecutarla porque ella o alguna de sus consecuencias constituían para él fin en si misma o un médio para algún outro fin*”⁵. Aristóteles denomina tais ações de *voluntárias*, em contraposição às *involuntárias*, e ressalta que as primeiras são louvadas ou censuradas, ao passo que as segundas recebem perdão e por vezes inspiram compaixão. Segundo ele, esta distinção também será útil ao legislador, com respeito à atribuição de honras e aplicação de castigos⁶.

Como bem destacado por Lagier, existe um paralelismo entre a teoria da ação de von Wright e a teoria finalista da ação de Welzel, consistente na “*relación intrínseca que ambas teorías establecen entre intención y acción [...] De esta manera, la posibilidad de interpretar intencionalmente cierta conducta es lo que nos permite, según este autor, distinguir entre meros movimientos corporales y acciones*”⁷.

Welzel, após criticar o modelo clássico de Litz-Beling-Radbruch, propôs, na década de trinta do século passado, um conceito ontológico de ação, segundo o qual, em curtas palavras, “ação humana é exercício de atividade finalista (= dirigido a um fim), não um acontecimento puramente causal”⁸. Assim, no exemplo de Welzel, repetido por Assis Toledo, o Direito não pode ordenar às mulheres que apressem a gravidez e que, em

3 LAGIER, op. cit.

4 Idem, p. 178.

5 Ibidem, p. 179.

6 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 56.

7 LAGIER, op. cit., p. 179.

8 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. Saraiva, 1994. p. 97.

seis meses, dêem à luz crianças capazes de sobreviver, como também não pode proibi-las de terem abortos naturais. Mas pode o Direito ordenar-lhes que se comportem de modo a não facilitar a ocorrência de abortos, assim como proibi-las de provocarem abortos. As normas jurídicas não podem, pois, ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente atos orientados finalisticamente (ações) ou omissões desses mesmos atos⁹.

Dessa forma, fica bem claro o paralelismo entre a concepção de von Wright e a de Welzel: ambas trazem em si a *intencionalidade*, a *vontade dirigida*, em contraposição a meros movimentos corporais ou processos causais. Aristóteles, aliás, no início de sua *Ética a Nicômaco*, escrita em torno de 350 a.C., já enunciava que “toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem. Mas entre os fins observa-se uma certa diversidade: alguns são atividades, outros são produtos distintos das atividades das quais resultam; e onde há fins distintos das ações, tais fins são, por natureza, mais excelentes do que as últimas”¹⁰.

Ao tangenciar a posição de alguns penalistas a respeito da *teoria da ação*, iremos chegar a algumas conclusões, a seguir enunciadas. Zaffaroni, por exemplo, denomina o fato humano voluntário de *conduta*, utilizando ainda *ação* como sinônimo de *ato*¹¹. Roxin entende que o conceito ôntico-ontológico de ação, preconizado pelo finalismo de Welzel, não possui a “capacidade de rendimento” a que se propõe. Segundo Roxin, “se existe uma lei causal, a que nenhum legislador do mundo pode acrescentar ou retirar alguma coisa, [é que] não existe uma estrutura final pré-existente. O que é final e o que não é, depende exclusivamente das finalidades de ordem jurídica”¹². No mesmo sentido, segue Muñoz Conde: “é, pois, a conduta humana o ponto de partida de toda reação jurídico-penal e o objeto ao qual se agregam determinados predicados (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), que convertem essa conduta em delito”¹³. Zaffaroni parece não pensar desta forma, tanto que afirma: “se o direito não reconhece e respeita o conceito ôntico-ontológico de conduta, regulará qualquer coisa, mas não conduta”¹⁴. Juarez Tavares, por seu turno, parece optar por um meio-termo, e alude que “a teoria finalista, entretanto, ainda que busque situar-se numa base ontológica, não se distancia muito do sistema que fora iniciado pelo neokantismo”¹⁵. O ponto comum de

9 Idem, p. 96.

10 ARISTÓTELES, op. cit., p. 17

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 412.

12 ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1998. p. 102.

13 CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 9.

14 ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 408.

15 No neokantismo, segundo o mesmo autor, o injusto seria produto de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador.

ambas as teorias está em deixar de priorizar o resultado e dar maior atenção aos aspectos direcionais e subjetivos da conduta e, conseqüentemente, do injusto”¹⁶. Bettiol adere ao conceito finalístico de ação, e a conceitua como “um movimento muscular voluntário conscientemente destinado à realização de um fim”¹⁷. De qualquer modo, do que não se pode deixar de abstrair, conforme lição de Hans J. Hirsch, professor da Universidade de Colônia, é o fato que “*actualmente la opinión dominante otorga al desvalor da acción un significado decisivo en el âmbito del injusto, y entiende que una orientación por el desvalor del resultado es demasiado limitada*”¹⁸.

Ao retomar a teoria da ação de von Wright, verificamos que ela não mantém pontos de contato apenas com a *teoria finalista da ação*, mas também com outras teorias, como a *teoria social da ação*. A intenção, para o referido autor, não pode ser delimitada apenas de forma subjetiva - vontade dirigida a um fim - mas também deve ser delineada em boa parte por aspectos externos, sociais, por práticas institucionalizadas: “*y se podemos interpretar las acciones de otros es porque presumimos cuáles son sus intenciones, a partir del hecho de que compartimos una comunidade de vida*”¹⁹. Por esse aspecto, von Wright mantém grande contato com a *teoria social da ação* - chamada também de *final-objetiva* em contraponto à finalista, chamada de *final-subjetiva* -, sustentada por vários penalistas²⁰ e segundo a qual a ação, em breve conceito de Jescheck, é decorrente de um “comportamento humano socialmente relevante (*handlung ist danach sozialerbliches menschliches Verhalten*)”. Vale dizer, para a teoria social da ação, que a ação humana somente pode ser compreendida se for analisada dentro do contexto social em que é praticada e nunca de *per si*.

Assim, concluindo essas breves linhas, reafirmamos que nosso objetivo foi apenas lançar algumas considerações sobre os estudos da teoria da ação em von Wright e seus reflexos no Direito Penal, além de, aproveitando a oportunidade, apresentar algumas idéias do pensamento de determinados penalistas sobre o tema. Logicamente, tais reflexos do pensamento de von Wright não se limitaram aos poucos pontos abordados, e vale ressaltar ainda as questões atinentes ao concurso de crimes - concurso ideal, concurso real e crime continuado -, ao problema da *omissão*, do livre-arbítrio, do *determinismo* e de tantos outros, que, por si só, merecem uma abordagem à parte numa próxima oportunidade.

16 TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 139.

17 BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000. p. 215.

18 HIRSCH, Hans Joachim. *La polémica en torno de la acción y la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.

19 LAGIER, op. cit., p. 180.

20 Como, por exemplo, E. Schmidt, Bockelman, Engisch, Jescheck e Wessels, entre outros.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1988.

HIRSCH, Hans Joachim. *La polemica en torno de la acción y la teoria del injusto en la ciencia penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.

LAGIER, Daniel Gonzalez, *Acción y Norma en G H von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DA PENA PROVISÓRIA

Fabrcio Antonio Soares

Juiz Federal Substituto da 2ª Vara de Niterói;
Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Há três fases da individualização da pena: cominação pela lei (previsão em abstrato; é a escala penal ou pena cominada); aplicação pelo juiz (na sentença penal condenatória) e execução pelo juiz (após o trânsito em julgado¹).

A individualização da pena é preceito constitucional (CRFB, art. 5º, XLVI) e, no que tange ao segundo aspecto, referente à aplicação da pena, o nosso sistema, de acordo com o CP, art. 68, é o trifásico, na forma do pensamento de Nelson Hungria, pelo qual, para cada uma das três fases que o juiz deve percorrer para fixar ou dosar a pena, há circunstâncias próprias e específicas.

No sistema trifásico, são regras fundamentais: não pode o juiz considerar uma circunstância própria da segunda fase na primeira e daí por diante, assim como não pode considerar a mesma circunstância em mais de uma fase, nem levar em consideração uma elementar do tipo ou uma qualificadora².

Assim, são três as fases de fixação da pena pelo juiz:

1ª) circunstâncias judiciais - CP, art. 59: há a fixação da pena-base;

2ª) circunstâncias legais genéricas, que podem ser agravantes (arts. 61/62 do CP, rol exaustivo) e atenuantes (arts. 65/66 do CP, rol exemplificativo): há a fixação da pena provisória;

3ª) causas especiais de aumento ou de diminuição ou circunstâncias legais específicas (majorante e atenuante específicas, que são diferentes das qualificadoras): há a fixação da pena definitiva.

Nas duas primeiras fases, as duas características fundamentais e distintas da restante são: não há *quantum* definido pela lei e o juiz deve, pelo menos, ater-se aos limites máximo e mínimo da escala penal (cf. Súmula nº 231/STJ).

¹ Para os que não admitem a execução provisória da pena.

² Se houver mais de uma qualificadora, ver adiante.

Já na terceira fase, há *quantum* definido na lei para o aumento ou a diminuição da pena e os limites da escala penal podem ser ultrapassados (tanto o mínimo quanto o máximo). Não há um artigo que concentre essas circunstâncias especiais, como ocorre com as outras circunstâncias, pois estão em artigos esparsos, tanto da Parte Geral quanto da Parte Especial do CP. Ex.: arts. 14, parágrafo único; 28, parágrafo 2º; 70; 71, parágrafo único; 21; 26, parágrafo único; 16; 29, parágrafo 1º; e 155, parágrafo 1º.

De forma esquemática, podemos apontar os seguintes passos para a fixação da pena:

1. Verificar se há qualificadora (crime simples x crime qualificado), uma vez que esta, por alterar a própria escala penal, não pode ser considerada em nenhuma das três fases³. Exceção: a segunda qualificadora será considerada na 2ª fase (se houver previsão expressa) ou na 1ª fase (nas circunstâncias judiciais denominadas “circunstâncias”)⁴;

2. Para a fixação da pena-base, parte-se do mínimo estabelecido na escala penal⁵, procurando considerar sempre as circunstâncias judiciais (são oito). Ao final, aplica-se a pena-base. Como será dito, a doutrina, apesar de não haver definição pelo legislador, aponta que a pena média (o resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a máxima) é o limite para o aumento na primeira fase, se forem desfavoráveis todas as circunstâncias judiciais. Se forem favoráveis, não haverá alteração da pena mínima, já que o limite mínimo, na primeira fase, não poderá ser ultrapassado. Deve-se verificar que, para cada circunstância desfavorável, como será exposto abaixo, por serem oito no total e não haver regra de preponderância entre elas, deverá o juiz aumentar a pena mínima em até um oitavo;

3. Para a fixação da pena provisória, levam-se em consideração apenas as circunstâncias presentes. Apesar de não haver definição legal, o limite apontado pela doutrina, como será visto para cada circunstância, é de um quinto a um terço, de modo que a circunstância legal não tenha um peso maior do que a causa especial. Verifica-se neste momento se há concurso de circunstâncias, no que a fração da preponderante, que será vista abaixo, deve ser superior;

4. Na terceira fase, podem-se efetuar tantas operações quantas forem as causas de aumento ou diminuição. Ex.: com uma causa de aumento e uma de diminuição, haverá duas operações: uma para aumentar e outra para diminuir.

³ BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Penal*: Parte Geral. Niterói: Impetus, 2003. p. 583.

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 278; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 524.

⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 64-66.

Questão tormentosa, pois, está em saber, apesar de não haver definição na lei, o quanto o juiz deve aumentar ou diminuir a pena nas duas primeiras fases e quantas operações matemáticas ele deve realizar.

E mais: havendo conflito de circunstâncias, quais são os critérios que devem ser levados em consideração?

Já adiantamos que, para a fixação da pena-base, o juiz deve levar em consideração as circunstâncias judiciais (presentes no art. 59 do CP). É absolutamente tranqüilo na jurisprudência que os limites da pena cominada (escala penal) não podem ser ultrapassados, o que somente pode ocorrer na terceira fase de fixação da pena. A pena-base não pode ser fixada nem além do máximo, nem aquém do mínimo, ainda que neste caso favoreça o réu, pois o art. 59, inc. II, do Código alude a “dentro dos limites previstos”.

Ocorre que, além dessas limitações, expressamente mencionadas na lei, a doutrina, como referido, propugna outra limitação: a pena-base não pode ser superior à pena-média (resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a pena máxima).

Ora, se existem duas fases na aplicação da pena, que não admitem a superação dos limites abstratos, pressupõe-se que o legislador reservou a primeira metade para o cálculo da pena-base e a segunda para a incidência das circunstâncias agravantes porventura existentes no caso concreto. [...] Observe-se que o legislador, ao fazer a opção política no dimensionamento do grau de censurabilidade de um ilícito, fixando a pena abstrata, presume que a tal montante máximo somente poderá chegar o juiz, quando constatar que as circunstâncias judiciais são negativas (1ª fase) e que existem várias agravantes genéricas (2ª fase)⁶.

Dessa forma não há menor possibilidade de fixação de pena-base próxima do grau máximo. Somente com muita culpabilidade e com todas as circunstâncias do art. 59 militando contra o condenado é que deverá o juiz fixar pena-base bastante próxima do grau médio.

Por uma razão muito simples: esta é apenas a primeira fase da fixação da pena, somente se podendo admitir penas próximas ou iguais ao grau máximo, após a conclusão das três fases, com a consideração das circunstâncias legais e das causas de aumento e de diminuição da pena⁷.

⁶ ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito Penal*: Parte Geral. Niterói: Impetus, 2003. p. 368-369.

⁷ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: Parte Geral II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 113.

Em que pese a imprevisão legislativa e a alegação de resultante impossibilidade de uso, nossa opinião é de que o termo médio desempenha ótima função como critério de contenção dos excessos e que pode e deve continuar sendo adotado.

Melhor lançar-se mão de categoria jurídica abandonada pelo legislador do que simplesmente se deixar ao juiz a tarefa de estabelecer a pena-base sem referenciais objetivos que permitam o controle pelas partes, na quantidade que considerar a mais 'prudente', conhecidas as dificuldades para saber-se, enfim, o que é prudência ou quem é ou pode ser um homem prudente⁸.

[...] se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio⁹.

Assim, considerando o limite mínimo da pena cominada e o limite máximo, que corresponde à pena-média, o juiz deve sopesar as circunstâncias judiciais.

Mas resta saber, quando for o caso, por quanto aumentar a pena e quantas operações matemáticas devem ser realizadas.

Alguns autores, quando aprofundam o assunto, defendem critérios para poder fixar a pena-base.

SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR¹⁰ dizem que há circunstâncias judiciais preponderantes, aplicando-se a regra, por analogia, do disposto no art. 67 do CP, que está voltado para o concurso de circunstâncias legais (segunda fase). Apontam CAPEZ e BONFIM¹¹ como possuindo um peso maior as de caráter subjetivo (personalidade, motivo e antecedentes) apontadas no art. 67, seguidas pelas demais circunstâncias subjetivas (culpabilidade e conduta social) e, por fim, pelas objetivas (consequências do crime e comportamento da vítima). Em geral, diz-se que as circunstâncias subjetivas previstas no art. 67 preponderam sobre as circunstâncias subjetivas não apontadas e estas, por sua vez, preponderam sobre as circunstâncias objetivas. Quando não há preponderância (circunstâncias do mesmo peso), uma circunstância compensa a outra. Por meio da

⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 218.

⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 523.

¹⁰ Op. cit., p. 279.

¹¹ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 726.

regra de preponderância é que se estabelece se o conjunto de circunstâncias é favorável ou desfavorável, de modo que a consideração dessas circunstâncias em seu conjunto¹² implica apenas uma operação matemática¹³.

Já outros autores não estabelecem como critério a regra, aplicada por analogia, do art. 67 do CP. Dizem eles que a preponderância não está nas circunstâncias subjetivas apontadas no referido dispositivo, mas, sim, na circunstância da culpabilidade¹⁴, sendo as demais circunstâncias judiciais apenas critérios pelos quais se analisa a primeira. Será tão mais reprovável a conduta quanto forem negativas as demais circunstâncias judiciais. Daí haver sido afirmado que dificilmente haverá colisão entre a culpabilidade e as outras circunstâncias¹⁵. Em geral, apontam-se três patamares: todas as circunstâncias favoráveis (pena mínima); todas as circunstâncias desfavoráveis (pena média); e parte favorável e parte desfavorável (a culpabilidade, como circunstância, não é favorável, mas também não é totalmente desfavorável, o que acarretaria a elevação da pena a um nível entre o mínimo e a pena média)¹⁶.

Apesar de criticada por parte da doutrina¹⁷, a tentativa de sistematizar-se o estudo da majoração da pena na primeira fase possui a virtude de conferir critérios objetivos que permitam que o juiz faça a dosimetria da pena, sem engessar sua atividade, mas tão somente evitando que a quantidade da elevação da pena dependa, em grande parte, do maior ou menor rigor do juiz, à luz de critérios exclusivamente personalíssimos. Há casos, e não são poucos, em que, mesmo fundamentando, o juiz não explicita por que aumentou a pena em um ano em vez de seis meses, o que faz com que, no mais das vezes, a sentença não seja anulada e, quando for reduzida pelo Tribunal, seja apenas substituído o subjetivismo. Sejamos claros: dizer que o juiz deve considerar os fins de prevenção geral e especial que, no caso concreto, façam-se necessários, observando-se a culpabilidade como limite de avaliação das circunstâncias judiciais, é absolutamente insuficiente para fundamentar o ato a ponto de permitir o controle no Estado Democrático de Direito.

¹² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: Parte Geral. Niterói: Impetus, 2004. p. 693; BITENCOURT, op. cit., p. 523.

¹³ ROSA, op. cit., p. 374, sem citar a regra de preponderância do art. 67 para as circunstâncias judiciais, fala em circunstâncias neutras, positivas e negativas. Segundo ele, a fixação da pena-base pode considerar essa diferenciação numérica ou, então, prestigiar a consideração sobre a qualidade de uma das circunstâncias. Assim, se houver alguma circunstância negativa, a sanção poderá subir, a não ser que venha a ser neutralizada por uma positiva.

¹⁴ GALVÃO, op. cit., p. 596; BITENCOURT, op. cit., p. 515; BOSCHI, op. cit., p. 220-222; REALI JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, p. 84; MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 281; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 277; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 507.

¹⁵ TELES, op. cit., p. 113.

¹⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 523; BOSCHI, op. cit., p. 214-217.

¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 320; GALVÃO, op. cit., p. 605.

Não se pretende a adoção de processos aritméticos rígidos para a fixação da pena-base, mas sim o estabelecimento de critérios objetivos que possibilitem ao juiz fundamentar a sentença, inclusive quanto ao aumento da pena, ao mesmo tempo sem deixar de perceber a medida da culpabilidade.

Em primeiro lugar, deve-se afastar a existência de circunstâncias previamente consideradas preponderantes e deixar de aplicar analogicamente o art. 67 do CP. De início, porque a omissão legislativa, no caso, é eloqüente; silenciou propositadamente o legislador acerca do concurso de circunstâncias judiciais, ao contrário do que fez em relação às circunstâncias legais. Segundo, porque aplicar a analogia pode implicar prejuízo para o réu, o que é defeso em direito penal, na medida em que uma circunstância extremamente relevante no caso pode ser anulada por outra que não seja tão importante, tão somente por esta ser considerada preponderante pela lei; repare-se que, no particular, confere-se maior discricionariedade ao juiz. Por último, porque o art. 67 alude, inclusive, à reincidência, que é própria da segunda fase, sendo circunstância inconfundível com os antecedentes.

Em segundo lugar, dizer que a culpabilidade é a grande circunstância judicial, sendo as demais meros critérios (com um mesmo peso) para avaliar a sua medida, também não resolve o problema da falta de fundamentação quando o juiz se deparar, como ocorre muitas vezes, com parte das circunstâncias favorável e parte desfavorável e do subjetivismo excessivo que uma consideração desse tipo pode implicar.

Em suma: já há um considerável subjetivismo nas circunstâncias judiciais: o que, por exemplo, na personalidade do agente ou na sua conduta social pode ser levado contra ou a seu favor. O sistema de fixação da pena não necessita de mais indeterminação. O que se requer é segurança jurídica, sem descuidar das particularidades do caso concreto, em vista das finalidades da pena.

Mário Helton Jorge¹⁸, juiz no Estado do Paraná, é quem melhor resolve a questão, sustentando que, não existindo preponderância legal entre as circunstâncias judiciais¹⁹, cada circunstância pode elevar a pena mínima em até um oitavo da variação prevista no tipo penal. Acrescento somente que a variação não é do tipo penal (mínimo e máximo da pena cominada), mas, sim, a variação entre o mínimo e a pena-média que, como se viu, é o máximo a que se pode chegar na primeira fase.

¹⁸ JORGE, Mário Helton. *A quantificação da pena em face das circunstâncias*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5095>>. Acesso em: 15 fev. 2005.

¹⁹ O autor cita, inclusive, a posição do Supremo Tribunal Federal em RT nº 530/406.

Assim, por exemplo, no crime de lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, parágrafo 3º), a escala penal é de quatro a doze anos, o que faz com que a pena-média seja de oito anos. A pena-base, portanto, pode ficar entre quatro e oito anos, que, no caso, é a elevação ao dobro da pena mínima. A diferença entre os limites é de quatro anos. O que significa dizer que quatro divididos por oito (o número de circunstâncias judiciais) corresponde a seis meses, ou seja, o máximo do quanto a pena pode ser elevada em razão de cada circunstância judicial. Se não houver a indicação nos autos de alguma circunstância judicial ou for ela positiva, o que dá no mesmo, não haverá a elevação.

Observa-se, desse modo, a advertência de FERREIRA:

Não se pode perder de vista, todavia, que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou aquela circunstância. Não basta dizer genericamente que levando em consideração tais e tais circunstâncias fixou a pena-base em tanto.

[...] Tal providência se faz necessária não só para obedecer ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, mas, sobretudo, para demonstrar ao réu e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena atribuída a cada circunstância.²⁰

Menos complexo é o problema sobre a quantidade do aumento e da diminuição da pena e sobre o concurso de circunstâncias na segunda fase.

Sustenta BOSCHI a necessidade de se definir em doutrina critérios para a majoração ou a diminuição da pena na segunda fase, alinhando-se à posição assumida acima, apesar de não determinada pela lei.

Com a devida vênia, não podemos concordar com os enunciados desses eminentes penalistas [Zaffaroni e Pierangelli e Alberto Silva Franco], a começar pela absoluta imprecisão dos conceitos livre arbítrio ou prudência judicial. Aceitar que a pena possa ser imposta com base na prudência, sem que se possa determiná-la objetivamente, implica aceitar o risco de intervenção estatal ilimitada na esfera dos direitos do cidadão e ao mesmo tempo em criar espaço para que, na sentença, o magistrado julgue ao sabor das circunstâncias do momento. Dizendo de outro modo, é oportunidade para que o juiz projete, no decisor, seus tumultos interiores, como afirmou, em passagem célebre, o grande Roberto Lyra²¹.

²⁰ FERREIRA, op. cit., p. 66.

²¹ BOSCHI, op. cit., p. 278.

Parte dos autores que aprofundam o tema indica que as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) não podem possuir um peso maior do que as causas de aumento e de diminuição da pena, já que a pena “não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto”²².

Outra parte da doutrina²³ defende que se pode considerar por analogia a quantidade de pena prevista no Código Eleitoral, art. 285; no Código Penal Militar, art. 73; e no Código Penal de 1969, segundo os quais o aumento ou a diminuição, no caso de não prever a lei o tempo específico, é um quinto a um terço da pena-base.

Com efeito, na hipótese de concurso de circunstâncias legais, esta última é a forma que se concebe para poder conciliar a definição da quantidade acima especificada com a regra da preponderância (terá a maior fração de aumento ou de diminuição a circunstância preponderante; nunca a fração de uma circunstância mais importante poderá ser menor)²⁴.

Quanto ao concurso de circunstâncias legais, pois, aqui sim, ao contrário do que ocorria com a primeira fase, há circunstâncias previamente consideradas pela lei como preponderantes, a teor do art. 67 do CP (motivos, personalidade e reincidência), que observa o princípio da culpabilidade²⁵.

Porém, apesar de não mencionada pela lei, como circunstância subjetiva por excelência, vem a menoridade, apontada como absolutamente preponderante²⁶.

Para SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR²⁷ a ordem de importância é a menoridade, a reincidência, as circunstâncias subjetivas (que se referem ao agente, ou seja, decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência) e objetivas (relativas a natureza, espécie, meios, objeto, lugar, modalidade e forma de execução).

²² BITENCOURT, op. cit., p. 519; SHECAIRA, Sérgio Salomão (apud BOSCHI, op. cit., p. 279); PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto (apud BOSCHI, op. cit., p. 279); GALVÃO, op. cit., p. 609; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed., Niterói: Impetus, 2004. p. 621; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 230 e 231.

²³ JORGE, op. cit., p. 5; FERREIRA, op. cit., p. 102.

²⁴ Segundo JORGE, no artigo citado, dependendo da natureza subjetiva ou objetiva da atenuante ou da agravante, pode-se aplicar por analogia a quantidade de pena prevista nos diplomas penais mencionados, porque “se o Código Penal não fornece parâmetro seguro para a quantificação da pena, em face das circunstâncias legais, o sistema penal, sim.”

²⁵ REALI JÚNIOR, op. cit., p. 105; GRECO, op. cit., p. 640.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RJD nº 26/309 apud GRECO, op. cit., p. 641.

²⁷ SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, op. cit., p. 282.

GALVÃO²⁸, dessa forma, aponta para determinados critérios na aplicação da regra de preponderância: as circunstâncias subjetivas previstas no art. 67 preponderam sobre as circunstâncias subjetivas não apontadas e estas, por sua vez, preponderam sobre as circunstâncias objetivas; quando não há preponderância (circunstâncias do mesmo peso), uma circunstância compensa a outra; no confronto de duas circunstâncias preponderantes, também há compensação, exceto quando se trata, como dito, da circunstância da menoridade; entre uma circunstância preponderante e outra não, prevalece o sinal da preponderante. Portanto, circunstâncias de igual peso se compensam²⁹.

Se não houver a compensação, as circunstâncias agravantes e atenuantes, nas frações referidas, incidirão, como dito, sobre a pena-base³⁰.

Quanto à ordem de incidência, recomenda-se que, quando não houver compensação, em que pese a literalidade do art. 68 do CP, o exame das agravantes preceda ao exame das atenuantes, pois se a pena-base ficou no mínimo, fazer incidir a atenuante significa não realizar nenhuma operação, já que, como visto e será adiante esmiuçado, a pena mínima não pode ser ultrapassada³¹.

Por fim, no que tange à redução da pena provisória aquém do mínimo legal, tem-se observado uma elevação dos defensores da sua possibilidade³², com base fundamentalmente no termo “sempre” contido no art. 65 do CP. Entretanto, a doutrina majoritária é contra³³. Na jurisprudência, além da Súmula nº 231/STJ, há precedente, no mesmo sentido, do STF³⁴, pela impossibilidade da referida redução. Não pode o juiz aplicar pena não cominada, sob pena de violar o princípio da individualização da pena, no primeiro momento, que é legislativo³⁵, além do que o argumento com base na expressão “sempre” deveria, se procedente, ser aplicado às circunstâncias agravantes, o que levaria à possibilidade também de elevação da pena máxima na segunda fase³⁶.

²⁸ GALVÃO, op. cit., p. 610-611.

²⁹ SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, op. cit., p. 282; GRECO, op. cit., p. 641; FERREIRA, op. cit., p. 139; ROSA, op. cit., p. 376; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 534.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 74.741-8 apud BOSCHI, op. cit., p. 287.

³¹ BOSCHI, op. cit., p. 284-285.

³² TELES, op. cit., p. 117; GRECO, op. cit., p. 611; CERNICCHIARO, Luiz Vicente (1998) apud GALVÃO, op. cit., p. 608; MIRABETE, Júlio Fabbrini; MACHADO, Agapito; LOEBMANN, Miguel, TUBENCLACK, James apud SHECAIRA, CORRÊA JÚNIOR. op. cit., p. 281; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 380.

³³ FRAGOSO, Heleno; JESUS, Damásio; COSTA JÚNIOR apud DOTTI, op. cit., p. 515.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ nº 104/736, 114/1027, 118/928 apud GALVÃO, op. cit., p. 608.

³⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 523.

³⁶ FRANCO, Alberto Silva apud SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, op. cit., p. 281-282.

Resta saber quanto à possibilidade de conflito na terceira fase de fixação da pena e quanto à ordem de incidência das causas especiais de aumento e de diminuição da pena, o que será visto em outra oportunidade.

Em resumo, várias situações de conflito podem existir:

1. Se o conflito é de circunstâncias de fases distintas, isto é, uma mesma circunstância que possa em tese ser considerada em mais de uma fase – ex.: maus antecedentes e reincidência pelo mesmo fato –, a fase a ser considerada é sempre a posterior, devido ao critério da especialidade (a fase posterior é sempre mais específica que a anterior). Ex: CP, art. 65, III, “a”, c/c art. 121, parágrafo 1º – em casos assim, aplica-se a causa de diminuição presente no tipo (na 3ª fase)³⁷.

2. Se a mesma circunstância pode servir em tese como causa especial de aumento e qualificadora, como foi dito, prevalece a sua consideração como qualificadora, pois esta antecede à própria primeira fase. A qualificadora somente pode ser considerada em alguma das fases se estiver em duplicidade³⁸. Exemplo de qualificadora: CP, art. 121, parágrafo 2º – por conta das circunstâncias desse parágrafo, cria-se uma nova escala penal, e não apenas um quantum de aumento ou diminuição.

3. O conflito, ademais, pode ser, na segunda fase, entre circunstâncias legais, quando uma circunstância for favorável e a outra, desfavorável. Neste caso, qual deve possuir um peso maior? Hipóteses de conflito de circunstâncias da mesma fase:

3.1 Conflito entre circunstâncias legais – CP, art. 67. Em primeiro plano, preponderam as de caráter subjetivo expressamente previstas: motivos, personalidade e reincidência, sendo que a jurisprudência aponta a menoridade como de preponderância absoluta, ou seja, circunstância superpreponderante (ou seja: prepondera sobre os motivos, a personalidade e a reincidência). Entre as circunstâncias preponderantes, exceto a menoridade, uma anula a outra. Em segundo plano, estão as circunstâncias subjetivas não previstas no artigo citado, como a confissão, que diz respeito à personalidade do agente. Estas preponderam sobre as objetivas (por exemplo: meio que dificultou a defesa do ofendido), mas possuem um peso menor que as subjetivas expressas no CP, art. 67. As subjetivas não previstas neste artigo se anulam. O mesmo ocorre com as objetivas.

³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu, op. cit., p. 278 e FERRAZ, Nelson (1992) apud SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, op. cit., p. 278.

³⁸ SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, op. cit., p. 278.

BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2004.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed., Niterói: Impetus, 2004.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. v. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- JORGE, Mário Helton. *A quantificação da pena em face das circunstâncias*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5095>>. Acesso em 15 fev. 2005.
- MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REALI JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2003.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Luis Carlos Andrade Bravo

Diretor de Secretaria da 2ª Vara Federal Criminal

1. Posição do Supremo Tribunal Federal 2. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça 3. Natureza jurídica da decisão homologatória da transação penal 4. Soluções propostas 5. Efeitos do descumprimento de pena de multa 6. Efeitos do descumprimento de pena restritiva de direitos

O instituto da transação penal está disciplinado no artigo 76 e seus parágrafos, da Lei nº 9.099/95 e aplica-se aos crimes de ação penal pública condicionada à representação e incondicionada. Não há complexidade acerca do instituto. Para tanto, **será necessário**: representação (nos crimes de ação penal pública condicionada), proposta de aplicação de pena pelo Ministério Público (pena de multa ou restritiva de direitos), preenchimento dos requisitos, aceitação da proposta pelo autor da infração e homologação da proposta pelo juiz¹.

Efeitos da decisão homologatória da transação penal: é sentença recorrível, é executável, não importará em reincidência, não constará de certidão de antecedentes criminais, impede novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos e não tem efeitos civis.

A proposta deste trabalho é expor as controvérsias entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos do descumprimento da transação

¹ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

penal e apresentar soluções mitigadas focando à não-impunidade, ao prestígio da Lei nº 9.099/95, à efetividade do princípio da economia e da celeridade processual, este recentemente erigido pelo legislador constituinte - inciso LXXVIII, art. 5º da Constituição da República².

1. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal entende que “O descumprimento da transação penal prevista na Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo em seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória, [...]”³.

Para o Supremo Tribunal Federal, a transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Para ele, uma vez descumprido o termo de transação, impõe-se a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.

Segundo o STF, as penas restritivas de direitos do Código Penal são distintas das penas restritivas fixadas pela Lei nº 9.099/95, em razão de fenômeno que antecede a instrução do processo penal - a conclusão sobre a culpa do acusado. O instituto da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, disciplinado no Código Penal, pressupõe a condenação por meio de prolação de sentença, enquanto aquele versado na Lei nº 9.099/95 precede, a teor do disposto no artigo 76, à instrução e à formação da ação penal ajuizada. A sentença homologatória da transação penal não caracteriza título executivo judicial penal, em respeito ao devido processo.

2. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a sentença homologatória da transação penal tem natureza jurídica condenatória e gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, na hipótese de descumprimento de acordo pelo autor do fato, a instauração de posterior ação penal pelo mesmo fato transacionado.

² “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³ Informativo nº 402 - HC nº 84.976/SP, rel. min. Carlos Britto, 20.09.2005.

Para essa Corte, no caso do autor do fato não cumprir a prestação pecuniária acordada, esta deve ser cobrada em execução fiscal, conjugando-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95⁴ e o art. 51, do Código Penal⁵, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa, não sendo admissível o oferecimento da denúncia⁶. No caso de descumprimento de pena restritiva de direitos, o STJ entende que tal pena deve ser convertida em pena privativa de liberdade.

Assim, verifica-se estarem demonstrados os entendimentos totalmente divergentes das Cortes Superiores, o que evidencia a desnecessidade de maiores delongas acerca do tema.

Em síntese, na hipótese do autor da infração penal não cumprir a pena aplicada por sentença: **a) para o STJ** - a sentença é executada e a pena de multa é inscrita como dívida ativa, e se for pena restritiva de direitos, é convertida em pena privativa de liberdade, e **b) para o STF** - independentemente da pena aplicada, a sentença não é executada e o Ministério Público poderá oferecer denúncia pelos mesmos fatos e o processo voltará ao estado anterior.

3. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO PENAL

A *decisão* que acolhe a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração e aplica pena restritiva de direitos ou multa tem natureza jurídica de *sentença*. Aliás, neste ponto não há questionamento ou omissão legal, tendo em conta que o próprio legislador assim definiu, conforme se pode constatar no parágrafo 4º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais⁷.

⁴ “Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.”

⁵ “Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”

⁶ “JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. A Turma não conheceu do recurso do Ministério Público, por entender que a transação penal, prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese, faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se, não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução. Não há que se falar em renovação de todo o procedimento, com oferecimento de denúncia, mas, tão-somente, na execução ao julgado (sentença homologatória). O acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ‘ipso facto’, a culpa.” (STJ, Sexta Turma, REsp nº 172.981-SP, rel. min. Fernando Gonçalves, julgado em 22/06/1999).

⁷ “§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

Tal sentença que aplica pena de multa ou pena restritiva de direitos tem caráter **condenatório impróprio** por não gerar reincidência, nem pesar como maus antecedentes (no caso de outra superveniente infração), mas faz coisa **julgada formal e material**, conforme entendimento consolidado do colendo Superior Tribunal de Justiça. Vale acrescentar que a tese da coisa julgada material encontra amparo no parágrafo 5º do art. 76 (LJE)⁸, visto que afasta a idéia da sentença homologatória tradicional.

O Supremo Tribunal Federal sustenta que a sentença homologatória da transação penal não tem caráter condenatório, sob o argumento de que há ofensa aos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da ampla defesa. Essa tese, *data maxima venia*, não merece prosperar, haja vista que o juiz, ao proferir a sentença aplicando uma pena, observa aqueles princípios, porém, de forma oral, concentrada, sumariíssima e transacionada, conforme previsão do legislador constituinte originário - art. 98, I, da Constituição da República⁹.

É intuitivo e óbvio que existe um pequeno grau de acusação na proposta de aplicação de pena pelo Ministério Público. De igual sorte, há uma dose de culpa do autor da infração penal ao aceitar tal proposta. Tanto é verdade que a lei definiu como pena o resultado da transação. Também seria um contra-senso jurídico penal o juiz aplicar pena sem um mínimo de acusação e culpa. É certo que não há aquela peça tradicional e formal de denúncia e nem precisaria haver, por se tratar de procedimento criminal especial, em atenção ao comando constitucional e legal (art. 98, I, CRFB e art. 76, LJE).

Conclui-se que a decisão homologatória da transação penal tem natureza de sentença condenatória e faz coisa julgada formal e material.

4. SOLUÇÕES PROPOSTAS

Na prática, a dissidência jurisprudencial entre os Tribunais Superiores vem gerando **desgaste e retrabalho** para o Estado - Poder Judiciário e Ministério Público - e banalização do instituto da transação penal. Não bastasse isso, por conseqüência,

⁸ “§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.”

⁹ “1 - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;”

verifica-se a existência de outro grave problema - a **impunidade** - consubstanciada pela prescrição, considerando que a maioria das transações penais resultam em aplicação de pena de multa e a prescrição dessa pena ocorre em 2 (dois) anos (art. 114, I, CP)¹⁰. Assim, é razoável concluir que o escopo do Poder Judiciário - **a paz social** - não vem sendo alcançado de forma satisfatória.

Para não haver prejuízo na efetiva entrega da prestação jurisdicional em relação à transação penal, é necessário que haja uma mitigação nos entendimentos, ora externados, haja vista que ambos encontram amparo constitucional e legal, mas não são suficientes, por si só, para repelir a problemática acima listada - desgaste, retrabalho, banalização da transação penal e impunidade.

Com o intuito de otimizar a compreensão da solução a ser proposta, irei apresentá-la em dois blocos, pelo tipo de pena aplicada - descumprimento de **pena de multa** e descumprimento de **pena restritiva de direitos** -, haja vista que aquele descumprimento tem previsão legal e este não, conforme se analisará cuidadosamente.

5. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DE PENA DE MULTA

Em relação ao descumprimento da **pena de multa homologada por sentença**, a melhor solução é dada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como se sabe, o legislador ordinário previu a hipótese do não-pagamento da pena de multa, por meio do artigo 85 da Lei nº 9.099/95¹¹.

O art. 92 da LJE¹² autoriza a aplicação do Código Penal de forma subsidiária. Ocorre que, após a edição da LJE, o art. 51, do CP, foi alterado pela Lei nº 9.286/96 para dar novo tratamento à **pena de multa** - considerou-a como dívida de valor e determinou a aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

¹⁰ “1 - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;”

¹¹ “Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.”

¹² “Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.”

Por certo, pode verificar-se que o art. 51, do CP, revogou o art. 85, da LJE, no tocante à **conversão da pena de multa** em pena *restritiva de direitos* ou pena *privativa de liberdade*, por se tratar de norma penal posterior favorável e dispor subsidiariamente da mesma hipótese, na forma do artigo 92 da LJE.

Com efeito, para evitar discussões futuras e impunidade, sugere-se que o juiz da causa consigne na sentença que o não-pagamento da pena de multa resultará em cobrança na forma do art. 51, do CP, com a remessa de cópias das pertinentes peças processuais à Fazenda Pública para fins de inscrição na dívida ativa e execução fiscal. Essa postura do juiz, por certo, inibirá ou minimizará o descumprimento da transação penal. Caso o Ministério Público e/ou o autor da infração penal não concordem com este entendimento, poderão recorrer da sentença, na forma do parágrafo 5º do art. 76 (LJE), ou então, não transacionarem. Uma coisa será certa - não haverá retrabalho ou impunidade.

É importante que a sentença condenatória contemple os efeitos *sui generis* descritos nos parágrafos 4º e 6º¹³ do art. 76, LJE. Tal providência é recomendável para garantir, de forma efetiva, que: **a) o autor da infração seja impedido de utilizar novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos** e **b) a pena de multa aplicada não conste de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins de transação penal - art. 76, LJE.**

A princípio, a forma para fazer valer a parte final do parágrafo 4º do art. 76 da Lei em tela - impedir que o autor da infração utilize novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos - determina que tal impedimento seja registrado no Instituto de Identificação Criminal, sob pena de ser fadado como letra morta. Na prática, parece ser impossível que outro órgão do Poder Judiciário tome conhecimento de que o autor da infração tenha usufruído o benefício da transação penal no prazo de 05 (cinco) anos. A questão é simples - não existe controle central desse tipo de informação no Poder Judiciário Brasileiro.

Por certo, o juiz deve determinar que o Instituto de Identificação Criminal atente para o sigilo da informação, de forma que a anotação da pena de multa aplicada seja fornecida apenas: **a) à autoridade judiciária criminal; b) durante o prazo de cinco anos da data do trânsito em julgado da sentença e c) para fins de transação penal - art. 76, Lei nº 9.099/95.**

¹³ “§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

Para resguardar os serventuários do Juízo e tornar eficaz o sigilo da pena de multa aplicada, sugere-se que o teor do ofício dirigido ao Instituto de Identificação Criminal seja registrado no último movimento do sistema de processamento de dados, antes da baixa e do arquivamento do feito.

Se o autor da infração não efetuar o pagamento da pena de multa no prazo definido na sentença, o serventuário responsável deverá certificar tal circunstância, fazer conclusão ao juiz para análise e verificação da ocorrência de eventual prescrição e, em seguida, determinar o cumprimento da sentença, em relação à expedição de ofício à Fazenda Pública, devendo, para tanto, intimar as partes do despacho.

Vale registrar que, nos Juizados Especiais Federais Criminais, a multa deverá ser inscrita como dívida ativa, independentemente do valor ser pouco expressivo, haja vista previsão legal, consubstanciada pelo parágrafo 1º do art. 1º da Portaria nº 49/04 do Ministério da Fazenda¹⁴, fundamentada no parágrafo único do art. 65 da Lei nº 7.799/89¹⁵.

6. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

O legislador ordinário da Lei dos Juizados Especiais *não* tratou da hipótese de descumprimento de *pena restritiva de direitos* aplicada na transação penal.

Por conta, exclusivamente, da omissão legislativa referenciada, não se pode aplicar a tese do Superior Tribunal de Justiça, em relação à conversão da pena *restritiva de direitos* em pena *privativa de liberdade*.

¹⁴ “Art. 1º. Autorizar:

I - a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II - o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º Não se aplicam os limites de valor para inscrição e ajuizamento quando se tratar de débitos decorrentes de aplicação de multa criminal. (grifei)”

¹⁵ “Art. 65. No caso de lançamento de ofício, a base de cálculo, o imposto, as contribuições arrecadadas pela União e os acréscimos legais poderão ser expressos em BTN Fiscal.

Parágrafo único. O Ministro da Fazenda poderá dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento de débito de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, observados os critérios de custos de administração e cobrança.”

Isto porque o art. 44, do Código Penal¹⁶, prevê as hipóteses de conversão de pena *privativa de liberdade* em pena *restritiva de direitos*, e o seu parágrafo 4º¹⁷, trata dos efeitos do descumprimento desta última - *conversão* em pena privativa de liberdade - *status quo*.

Contudo, não se pode implementar a conversão acima do Código Penal, tendo em conta que, para a incidência do parágrafo 4º acima, deve-se preexistir uma sentença condenatória aplicando pena privativa de liberdade anterior, o que não ocorre na transação penal, a teor do disposto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Ademais, o aludido parágrafo 4º configura interpretação analógica *in malam partem*, o que é vedada pelo nosso sistema jurídico brasileiro.

A natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal que aplica pena *restritiva de direitos* é de sentença *condenatória imprópria ou especial* e faz coisa julgada material e formal, conforme entendimento do STJ.

Sabemos que não é técnico converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, pelas razões expostas acima. Sabemos, também, que o fato novo não pode ser ignorado - o descumprimento da pena restritiva de direitos sem motivos -, sob pena de caracterizar impunidade e incentivar a prática de outros crimes. Assim, caso não tenha ocorrido o instituto da prescrição, resta apenas uma alternativa - *desconstituição da sentença condenatória* - promovida de ofício pelo juiz ou a pedido das partes, uma espécie de “revisão criminal imprópria”, e abrir vista do processo ao Ministério Público para que ele ofereça a denúncia, na forma do art. 77 e seguintes da Lei nº 9.099/95¹⁸, ou baixar os autos para diligências imprescindíveis.

¹⁶ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

¹⁷ “§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.”

¹⁸ “Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. (grifei)”

Dada a omissão legislativa acerca dos efeitos do descumprimento da *pena restritiva de direitos* aplicada em transação penal, acredita-se que a melhor solução seria o juiz condicionar a homologação da aplicação de tal pena ao efetivo cumprimento desta, por ser inexequível a sentença e ser inconversível a pena aplicada.

É oportuno consignar que o legislador ordinário deve ser sensibilizado para editar lei dispendo sobre os efeitos do descumprimento de pena restritiva de direitos.

Assim, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processuais, ao prestígio do instituto da transação penal, à não-impunidade e ao não-retrocesso legislativo, merecem serem reavaliados os efeitos do descumprimento da pena aplicada pelo Juizado Especial Criminal, sob pena de banalização do instituto, ora em comento, e, por certo, incentivo à criminalidade, ante a impunidade, consubstanciada pela prescrição, na maioria dos casos, tendo em conta a morosidade que ainda tanto assola o nosso Poder Judiciário.

É a singela contribuição.

LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Manoel Rolim Campbell Penna

Juiz Federal da Vara Única de São Pedro da Aldeia

1. Introdução 2. Inquérito policial e investigação criminal 3. Argumentos contra e a favor das investigações do Ministério Público 4. O debate na jurisprudência 5. Conclusões 6. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Saber se os membros do Ministério Público podem realizar pessoalmente diligências e investigações que visem à instrução de denúncias criminais é, sem dúvida, questão que provoca um dos debates mais acalorados no Direito Penal brasileiro atual.

De um lado, procuradores da República, procuradores e promotores de Justiça, quase à unanimidade¹, sustentam a legitimidade das investigações criminais que eventualmente realizam para a colheita de provas que poderão vir a subsidiar a propositura de ações penais.

De outro lado, principalmente advogados² e policiais insurgem-se contra a possibilidade de os membros do Ministério Público realizarem diligências investigatórias da espécie, e ressaltam a privatividade da atuação da polícia nesse mister.

Como sói acontecer em nosso sistema jurídico, a solução de tal controvérsia há de vir do Poder Judiciário, cujos órgãos, todavia, ainda não pacificaram entendimento

¹ Dentre as exceções, destaca-se a posição da Dra. Delza Curvello Rocha, subprocuradora-geral da República com atuação perante o Superior Tribunal de Justiça e membro do Conselho Superior do Ministério Público, contrária às investigações conduzidas diretamente pelos membros do *Parquet*, manifestada, por exemplo, no seu trabalho *Investigação criminal em procedimento administrativo*, disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/admin30.htm>> - acesso em: 08.01.2005.

² Marcial Vieira de Souza, em seu trabalho *A investigação criminal e o Ministério Público*, disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=49&id=1215>> (acesso em: 08.01.2005), ressalta as posições da Ordem dos Advogados, da Associação dos Advogados de São Paulo e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, contrários a esta atuação do MP.

a respeito, vendo-se posicionamentos de juízes e tribunais tanto para um como para outro lado. Não obstante, a solução definitiva do debate está prevista para breve, pois se vê em curso no Supremo Tribunal Federal o julgamento da constitucionalidade de inquérito policial que teve diligências conduzidas diretamente pelo Ministério Público³.

O objetivo deste trabalho é, pois, o de analisar os principais argumentos sustentados por cada uma das correntes antagônicas desse debate, à luz da legislação em que se baseia a discussão, e expor, ainda, alguns dos posicionamentos pretorianos a respeito, notadamente dos Tribunais Superiores, antes de se atingirem as conclusões sobre o tema.

2. INQUÉRITO POLICIAL E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Para o desenvolvimento dos raciocínios subseqüentes, faz-se interessante uma distinção preliminar entre inquérito policial e investigação criminal, eis que, ao nosso ver, aquele é considerado uma espécie desta.

Conforme leciona o prof. Marcos Kac⁴, no mundo, o Direito Penal prevê três formas de investigação criminal: investigação pela polícia, pelo Ministério Público e pelo juiz. No Brasil, de ordinário, tais investigações são conduzidas pela polícia, por meio do inquérito policial, consoante previsto e regulamentado nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal.

Consiste o inquérito policial no procedimento administrativo que visa à colheita de lastro probatório mínimo, notadamente quanto à existência do crime e à sua autoria, a fim de informar uma eventual e futura ação penal. Caracteriza-se como um procedimento inquisitivo, não-contraditório; formal e sistemático, porque, embora não tenha seu procedimento rigorosamente fixado em lei, há formalidades mínimas a seguir; unidirecional, pois que segue direção única em busca dos elementos mínimos de prova aptos à deflagração da ação penal; e discricionário, na medida em que a prática dos atos investigatórios fica a critério da autoridade policial que a conduz, exceto quando é requisitada pelo MP ou pelo Judiciário.

³ Mas, mesmo no STF, a questão tem se mostrado controversa, como se verá adiante no curso deste trabalho.

⁴ As observações seguintes sobre o inquérito policial e sua principiologia foram extraídas de notas da aula *Inquérito policial, ação penal, jurisdição e competência*, ministrada pelo referido professor na pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade Estácio de Sá, em 09.10.2004.

Entretanto, ainda que, como visto, de ordinário, as investigações criminais operem-se por meio do inquérito policial, há uma série de outros procedimentos administrativos previstos em nossa ordem jurídica que igualmente, mas extraordinariamente, podem resultar na colheita de elementos de prova quanto à existência de crimes e suas autorias que viabilizem o ajuizamento de ações penais.

Com efeito, como destaca Maurício José Nardini⁵, “a Constituição Federal não confere exclusividade à Polícia Civil na apuração de ilícitos penais. Se assim o fosse, estaria tolhendo, por exemplo, a faculdade do Poder Legislativo de apurar ilícitos penais através das Comissões Parlamentares de Inquérito”. Lembra, ainda, que “quando houver indício de prática de crime por parte de magistrado, o próprio Poder Judiciário é que se encarrega, através do Tribunal ou de órgão especial, das investigações, sendo vedado à autoridade policial, civil ou militar fazê-lo”, além do que “a nossa legislação eleitoral prevê caso de investigação para apuração de ilícitos penais sob a presidência do juiz eleitoral”. Outrossim, “igual poder tem o Legislativo, incumbido de fazer o papel de polícia judiciária de seus membros, sem contar ainda a polícia judiciária militar, tanto estadual, quanto federal, com atribuições específicas”.

E prossegue o mencionado autor, agora com espeque nas lições de Tourinho Filho, acrescentando:

Não é diferente a posição de Tourinho Filho que, depois de invocar o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, diz claramente que “observa-se, desse modo, que o dispositivo invocado deixa antever a existência de inquéritos extrapoliciais, isto é, elaborados por autoridades outras que não as policiais, inquéritos esses que têm a mesma finalidade dos inquéritos policiais.” O citado autor aponta que a regra é que a investigação deve ser presidida pela autoridade policial, mas que outras modalidades de investigação existem com a mesma finalidade. Tourinho também cita os inquéritos policiais militares, presididos por militares, o inquérito judicial nos crimes falimentares, presididos pelo juiz, as comissões parlamentares de inquérito, presididas por membros do legislativo e, finalmente, o inquérito civil, presidido pelo membro do Ministério Público.

De fato, ao se tratar agora especificamente dos procedimentos administrativos investigatórios que a legislação comete diretamente ao Ministério Público, há não só o inquérito civil, cuja promoção o texto constitucional integra às funções institucionais

⁵ NARDINI, Maurício José. *Investigação criminal presidida por promotor de Justiça*: admissível, possível e legal. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1053>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

do *Parquet* (CF/88, art. 129, inc. III), como também as instaurações de sindicâncias e requisições de diligências que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201) atribui ao Ministério Público para a apuração de possíveis crimes e/ou contravenções praticados em detrimento daqueles que o referido estatuto se destina a proteger. Ora, se no segundo caso a situação já se faz mais evidente, é igualmente óbvio que, mesmo no curso das investigações procedidas no âmbito do inquérito civil instaurado “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”⁶, podem surgir - e não raro efetivamente surgem - elementos indiciários da ocorrência de crimes perpetrados contra tais bens jurídicos, já que também há regulamentação penal em nosso sistema jurídico a protegê-los.

Cabe ainda mencionar as diligências realizadas em procedimentos administrativos conduzidos pelos diversos órgãos da Administração Pública - como, por exemplo, a Receita Federal e o Banco Central - que, igualmente, podem resultar na colheita de elementos probantes da ocorrência de delitos e dos que os tenham praticados; elementos estes que, uma vez encaminhados ao Ministério Público, desde que entendidos suficientes pelo promotor, podem desde logo subsidiar o oferecimento de denúncia criminal, prescindindo-se da instauração de inquérito policial para tanto.

Assim, e consoante assevera Clèmerson Merlin Clève,

É evidente que a apuração de infrações penais requer uma série de ações que podem se dar no bojo de procedimentos variados, dentre os quais o inquérito policial é o mais comum. Mais comum, porque nem todos os procedimentos de investigação criminal preliminar subsanciam inquéritos policiais. Cumpre ter clareza quanto a isso.⁷

Conclui-se, pois, este tópico reiterando-se a fundamental distinção que há de se fazer entre inquérito policial e investigação criminal, em que aquele ineludivelmente há de ser considerado uma espécie, uma das formas, mas certamente não a única pela qual se pode materializar esta. Nesse sentido, vale recordar o conceito genérico de “inquérito”, contido no dicionário Aurélio, como o “conjunto de atos e diligências com que se visa a apurar alguma coisa”⁸, e cuida ainda o dicionário de especificar conceitos próprios para o inquérito administrativo, o inquérito judicial e o inquérito policial.

⁶ CF/88, art. 129, inc. III.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760&p=2>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p. 949.

3. ARGUMENTOS CONTRA E A FAVOR DAS INVESTIGAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme já destacado na introdução deste trabalho, são principalmente os representantes dos advogados e policiais que se postam em contrário à possibilidade de os membros do Ministério Público promoverem diretamente investigações criminais. Não obstante há também expoentes do próprio Ministério Público e da magistratura que igualmente sustentam tal tese.

Ao abstrair, inicialmente, dos aspectos jurídicos da discussão, faz-se oportuno analisar a discussão sob o enfoque social-institucional, notando-se que, se, por um lado, a predominância da presença de advogados e policiais em contrário ao desempenho de tais atividades pelo Ministério Público revela indisfarçáveis interesses dos primeiros em verem facilitados os serviços de defesa de seus clientes, com a possibilidade de invalidação de diversas provas que contra eles tenham sido coligidas, e dos segundos na “preservação de sua área de competência”; por outro lado, da parte dos membros do *Parquet* igualmente se desvela o interesse de, o quanto mais, obter a ampliação de suas atribuições de acordo com a nova conformação que lhes deu a Constituição de 1988.

Não obstante tais comentários incidentais, bem coloca Clèmerson Merlin Clève⁹ que “convém limitar a abordagem ao campo técnico-jurídico, no qual a atividade investigatória do Ministério Público vem sendo combatida basicamente com dois argumentos:” o de que as funções investigatórias criminais não se incluíam dentre aquelas que lhe são cometidas pela Constituição, “eventual atuação importando, por isso mesmo, em ofensa ao princípio do devido processo legal”, e o de que “a investigação criminal constitui função exclusiva da polícia judiciária; por isso, o *Parquet* não poderia atuar nesse sítio sem ofensa ao princípio da separação dos poderes”. Conforme ainda destaca o mesmo autor, tais “argumentos decorrem de um específico modelo de interpretação constitucional que leva em conta, basicamente, a literalidade do texto normativo”.

Vale, então, observar a literalidade dos dispositivos constitucionais que tratam das atribuições policiais e ministeriais que dão azo à discussão, contidos basicamente nos artigos 129, incisos I a III e VI a IX, e 144, §§ 1º e 4º, da nossa Magna Carta, com a seguinte redação:

⁹ CLÈVE, op. cit.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

.....
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

.....
IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

.....
§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

À luz de tais dispositivos, é que os contrários ao poder do Ministério Público proceder às investigações criminais argumentam, em suma, que, ao passo que o artigo 129 da Constituição não previu, expressamente, a possibilidade de o MP proceder às investigações diretamente, senão no âmbito civil, por outro lado, o artigo 144 da Carta teria atribuído, com exclusividade, às polícias judiciárias a realização das diligências voltadas para a apuração das infrações penais.

Nessa linha, Alexandre Abrahão Dias Teixeira¹⁰ cita o pensamento do “saudo- so mestre Evaristo de Moraes Filho” quanto à “verdadeira ilegitimidade dos [...] inquéritos policiais instaurados e dirigidos, diretamente, pelo Ministério Público [...]”.

Data maxima venia dos que assim pensam, parece-nos que tais conclusões resultam da confusão que se costuma fazer - e que, mesmo por isso, desde logo tentou- se elucidar no início deste trabalho - entre inquérito policial e investigações criminais. Com efeito, será de todo despropositado cogitar-se o Ministério Público para presidir o inquérito policial, atribuição esta inequívoca da autoridade policial, à qual, no curso daquele procedimento, deverá o membro do *Parquet* requisitar as diligências que nele entenda pertinentes ao atingimento de seus objetivos. Outra coisa, porém, bem distinta, é o MP, por meio de procedimento administrativo próprio - o qual, ainda que se possa considerar um inquérito, conforme o conceito do dicionário, jamais será policial - pro- ceder às investigações criminais.

Reiterada tal fundamental distinção, cumpre agora salientar que, nem mesmo à guisa de interpretação literal do texto constitucional, há como se reconhecer monopólio aos órgãos policiais na apuração das infrações penais. Primeiro, porque a leitura atenta dos acima transcritos dispositivos da Carta da República demonstra como, em ponto algum do artigo 144, quando se estabelecem as competências das polícias judiciárias, vê-se o termo “exclusivamente” ou qualquer outro análogo que permita tal compreensão. Ou melhor, apenas no inciso IV do § 1º do artigo 144 há menção à “exclusividade”, quando a Constituição diz que cabe à Polícia Federal “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Tal alusão, todavia, é perfeitamente compreensível na medida em que visa a

Afastar a superposição de atribuições entre a Polícia Federal e as Polícias Rodoviária e Ferroviária - também vinculadas à União, mas que têm funções de simples patrulhamento ostensivo das rodovias

¹⁰ TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias. *A investigação criminal e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2292>>. Acesso em: 08.01.2005.

e ferrovias federais, respectivamente -, bem como entre a Polícia Federal (propriamente dita) e as Polícias Cíveis dos Estados, impedindo que haja a invasão das respectivas esferas de atuação.

Essa distinção foi feita pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao denegar liminar requerida pela ADEPOL (Associação Nacional dos Delegados de Polícia) na ADIn nº 1517-UF (Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 30.4.97, Informativo STF nº 69) - era questionada a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado), conferidor de poderes instrutórios ao juiz na fase investigatória -, tendo prevalecido o entendimento naquela oportunidade, vencido o Min. Sepúlveda Pertence, de que a *investigação criminal não é monopólio da Polícia Judiciária*, pois, como ressaltado pelo relator, “*a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados*”, o que, aliás, vem confirmar a indiscutível recepção da previsão contida no parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal.¹¹

Nem se diga que seria possível extrair-se o entendimento do monopólio da polícia nas apurações criminais através da expressão “ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” contida no § 4º do mencionado artigo, pois, se assim fosse, já que tal ressalva existe apenas no parágrafo relativo às polícias civis estaduais e não no § 1º, que se refere à Polícia Federal, na linha da propugnada interpretação literal o raciocínio conduziria à absurda - porque ilógica e desarrazoada - conclusão de que apenas no âmbito dos Estados a função de investigação criminal seria privativa da polícia, mas não na seara federal. Nesse ponto, a melhor hermenêutica certamente orienta no sentido de que os termos “ressalvada” e “exceto” contidos no § 4º do artigo 144 da Carta têm por objetivo, única e exclusivamente, prevenir os conflitos de competência entre as polícias federais e estaduais, e não o de atribuir a estas últimas o monopólio das investigações criminais.

De qualquer sorte, como é curial, a interpretação legislativa literal é sempre a mais pobre e falível das formas de hermenêutica, e deve-se sempre, quando surgir conflito a respeito, preferir a interpretação lógico-sistemática que, alfim, sempre

¹¹ SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAÚJO, Maria Emilia Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. *Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

mais preserve a validade dos dispositivos legais e a coerência e a integridade do sistema jurídico. A esse propósito, ao evocar Carlos Maximiliano, Rômulo de Andrade Moreira ressalta que

Não se deve interpretar um dispositivo constitucional isoladamente, mas, ao contrário, devemos utilizar o processo sistemático, segundo o qual cada preceito é parte integrante de um corpo, analisando todas as regras em conjunto, a fim de que possamos entender o sentido de cada uma delas.

“Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 1961, p. 165).¹²

Ainda a título de uma boa análise contextual, para além dos dispositivos constitucionais que, embora primordiais, não são únicos no ordenamento jurídico, devem ser levados em conta também os preceitos infraconstitucionais. Nessa linha, bisando-se que a Constituição, por forma alguma, veda expressamente a condução de investigações criminais pelo MP, cabe ressaltar as previsões contidas no artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 - que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União -, no artigo 26 da Lei nº 8.625/93 - a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - e, ainda, no artigo 4º e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, as quais, cotejadas entre si e com os acima transcritos dispositivos constitucionais, são invariavelmente conducentes à ilação da possibilidade de o Ministério Público colher elementos de prova de infrações criminais no bojo de procedimento que um próprio membro seu instaure e conduza. Senão, vejamos os citados dispositivos legais:

LC nº 75/93 - Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

-
- V - realizar inspeções e diligências investigatórias;
-
- VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

¹² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ministério Público e poder investigatório criminal*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

Lei nº 8.625/93 - Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

.....
II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

.....
V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

CPP - Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

De mais a mais, como também já visto, a existência em nosso ordenamento jurídico de diversas outras formas de procedimentos pelos quais, igualmente, pode-se obter a colheita de provas de infrações criminais - recordem-se: os procedimentos das CPLs, dos tribunais relativos aos crimes praticados por magistrados, das investigações eleitorais presididas por juiz, dos inquéritos policiais militares (presididos por militares), do inquérito judicial falimentar, e do inquérito civil conduzido pelo Ministério Público - logo derruba por terra o pretense monopólio das polícias de exercer tal atividade. Por isso, é que, com propriedade, Clèmerson Merlin Clève acentua:

Tem-se, então, que no modelo brasileiro não há divisão rígida, insuperável, entre as funções de investigação e acusação, de modo que ambas podem ser exercidas com responsabilidade pelos membros do Ministério Público. [...] A investigação pode ser entendida como atividade típica da polícia judiciária, mas nem por isso exclusiva. [...] Verdadeiramente, a Constituição Federal não conferiu à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais. Pode-se afirmar a exclusividade do inquérito policial, mas este não se apresenta como o único procedimento dirigido à apuração de infrações penais.¹³

Evoca-se, ainda, em favor da atividade investigatória do Ministério Público a chamada Teoria dos Poderes Implícitos,

cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, de aplicação corrente no direito constitucional pátrio (cf. Pinto Ferreira, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 2, ed. Saraiva, 1989, p. 132), segundo a qual quando

¹³ CLÈVE, op. cit..

o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu objetivo, sob pena de ser frustrado o exercício do *munus* constitucional que lhe foi cometido.

Por conseguinte, se incumbe ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal de iniciativa pública, é forçoso concluir que estarão compreendidos entre seus poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar, instaurando o procedimento administrativo pertinente (art. 129, VI, da Carta Política), devendo assim proceder sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público consubstanciado na apuração da verdade real (p. ex., quando ocorrer falta de isenção para apurar determinada infração penal, haja vista o envolvimento de outros policiais), ou, como assevera Hugo Nigro Mazzili (“Introdução ao Ministério Público”, ed. Saraiva, 1997, p. 131), a “*iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse em conduzir as investigações*”.¹⁴

Na mesma linha, Paulo Rangel¹⁵ defende que “se o Ministério Público tem a função de promover privativamente a ação penal pública, tal função tem, anterior e implicitamente, a investigação direta realizada por ele como antecedente lógico, se necessária for”. É dizer: quem pode o mais, pode o menos. Célio dos Santos Jacinto, todavia, figura entre os que se opõem à aplicação de tal brocardo à hipótese em comento, em trabalho cujo título, *No processo penal, quem pode o mais não pode o menos*, já deixa antever o conteúdo de sua crítica. Assim para esse autor,

Na aplicação da teoria dos poderes implícitos devem ser observadas as seguintes regras, conforme ensinamentos de Carlos Maximiliano, que se baseou na doutrina Americana: a) Onde se mencionam os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob o pretexto de serem mais eficazes ou conveniente; b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como estendendo-se de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara restrição for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita.¹⁶

¹⁴ SILVA; ARAÚJO; CORRÊA, op. cit.

¹⁵ Apud SANTOS, Célio Jacinto dos. *No processo penal, quem pode o mais não pode o menos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5631>> - acesso em: 08 jan. 2005.

¹⁶ SANTOS, op. cit.

Outro argumento muito comum em contrário às investigações ministeriais é o de que a atuação dos membros do MP neste sentido ver-se-ia não regulamentada formalmente, o que dá margem a abusos e perseguições desmotivadas.

Não se pode negar que situações ocorridas em tempos recentes dão certo respaldo a tal argumento, eis que as atitudes de algumas pessoas integrantes do *Parquet* realmente demonstram forte atração aos holofotes da mídia e, voando para eles, tal qual mariposas atraídas pela luz, não enxergam possíveis violações a direitos dos cidadãos que estejam cometendo a pretexto de apurar possíveis crimes.

Não obstante, também há de se reconhecer que tais atitudes são sempre pessoais, pontuais, atribuíveis à falibilidade da personalidade humana. E não se pode pretender generalizar tal conduta de alguns para toda a instituição do Ministério Público que, em sua imensa maioria, compõe-se de pessoas sérias, conscientes e habilitadas para desempenhar suas atribuições de defesa da sociedade pela persecução criminal, sabendo, ao mesmo tempo, preservar as garantias fundamentais dos cidadãos.

Mesmo por isso, não raras são as manifestações dos (*lato sensu*) srs. promotores de Justiça pela absolvição dos réus de ações penais, quando a instrução processual tenha resultado insuficiente à caracterização de suas responsabilidades criminais.

A esse propósito, cabe ainda recordar o voto já proferido pelo eminente ministro Carlos Ayres Brito no julgamento do IPL nº 1968, que se processa no STF a respeito do tema, salientando que eventuais abusos não devem justificar a vedação do uso do poder do MP proceder às investigações necessárias ao desempenho de suas atribuições, sendo certo que a ordem jurídica nacional contempla mecanismos hábeis à repressão dos abusos que se verifiquem. São adequadas também as observações de Clèmerson Merlin Clève¹⁷ no sentido de que

A possibilidade de desvirtuamento da competência investigatória por membros do Ministério Público e conseqüente lesão a direitos e garantias fundamentais não justifica a proscricção de seu exercício pela simples razão de que falhas humanas podem acontecer e acontecem no ambiente de qualquer instituição. As distorções devem ser prevenidas, corrigidas ou punidas no plano concreto, seja internamente através de instâncias superiores ou fiscalizadoras, seja externamente através da atividade jurisdicional em cada caso. O excesso no manejo de competências constitucionalmente assinaladas, expressamente ou não, é um risco inerente ao exercício das funções públicas, cuja

¹⁷ CLÈVE, op.cit.

gravidade não justifica a irracionalidade do arranjo hermenêutico limitado, perigoso e materializador do monopólio titularizado por determinado órgão. [...] Afinal, a apuração das infrações penais, antes de constituir atribuição deste ou daquele órgão público, reveste-se da característica inafastável de matéria de interesse coletivo que deve ser eficazmente concretizado.

É fato que ainda não existe regulamentação específica para a atividade investigatória criminal conduzida pelos membros do Ministério Público. Essa falta, porém, não há de impossibilitar tal atividade, e afigura-se razoável que, até que advenha a regulamentação própria, os membros do MP conduzam-se *mutatis mutandis*, de acordo com a principiologia que norteia o inquérito policial, acima já destacada, resguardadas as atribuições que são, aí sim, privativas das autoridades policiais.

De qualquer sorte, já existem iniciativas da própria instituição que visam a superar essa lacuna, como algumas normas de conduta gerais para a instauração e condução de procedimentos administrativos voltados para investigações criminais baixadas por ato do então Procurador-geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, desde que o debate público sobre o tema relevou mais essa falta de regulamentação, assim como, desde então, já se vê em discussão a criação de um Código de Ética para o Ministério Público¹⁸.

4. O DEBATE NA JURISPRUDÊNCIA

Maurício José Nardini destaca que a 1ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás decidiu pela irregularidade da denúncia apresentada pelo Ministério Público quando o seu representante “substitui-se à polícia judiciária e forma um processado, no qual toma por termo a declaração de testemunhas, designa e compromissa peritos, colhe as respostas aos quesitos e procede à juntada de documentos, oferecendo em seguida a denúncia” pois que “as funções do Delegado de Polícia e as do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes das respectivas carreiras, conforme postulados constitucionais”. Logo adiante, destaca o autor que tal decisão “confronta com outra emanada pelo mesmo Tribunal, pela Primeira Câmara Criminal em acórdão lavrado pelo Desembargador Joaquim Henrique de Sá (HC nº 11.651-5/217 de

¹⁸ Como esclarece Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha no seu texto *A investigação criminal, a ética e o Ministério Público*, disponível em: <www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=33&id=1032> - acesso em: 08 jan. 2005.

Padre Bernardo. DJ 16.08.93)”, daí concluindo “que, para o Judiciário de Goiás, é controvertido o entendimento de que o Promotor pode presidir investigações preparatórias ao oferecimento da denúncia”¹⁹.

No Estado do Rio de Janeiro, a posição do Tribunal de Justiça, espelhada no HC nº 2.458/2000, julgado pela Eg. Seção Criminal, é no sentido de que, apesar de ao Ministério Público caber, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, “sua atribuição, *in poenalibus*, não ultrapassa o poder de requisitar diligências investigatórias, e a instauração de inquéritos policiais e penal militar”, pois “somente quando se cuidar de inquéritos civis é que além da sua instauração compete-lhe à efetivação de diligências investigatórias, com as medidas e procedimentos pertinentes”²⁰.

Conforme destaca Clèmerson Merlin Clève, analisando-se somente os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, “temos que neste a posição dominante sobre a competência investigatória do Ministério Público manifesta-se em sentido positivo, enquanto naquele caminha em sentido distinto, tratando-se, não obstante, de entendimento ainda não pacificado”²¹.

De fato, as 5ª e 6ª Turmas do C. Superior Tribunal de Justiça, que são as que têm competência criminal, de forma unânime vêm reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para proceder às investigações criminais, como se percebe nas ementas dos acórdãos que subseguem transcritas:

RESP. PENAL E PROCESSO PENAL. PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

- A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva

¹⁹ NARDINI, Maurício José. *Investigação criminal presidida por promotor de Justiça*: admissível, possível e legal. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1053>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

²⁰ HC nº 2.458/2000, julgado em 27/09/2000 e publicado no DOERJ de 01/08/2001, fls. 319/320, mencionado por Alexandre Abrahão Dias Teixeira no seu trabalho acima citado.

²¹ CLÈVE, op. cit.

da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.

- Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.

- A Lei Complementar nº 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, “realizar inspeções e diligências investigatórias”. Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV).

- Recurso provido para determinar o regular andamento da ação penal. (STJ - 5ª Turma - REsp nº 331.903/DF - Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI - unânime - DJ 01.07.2004. p. 248)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PUBLICIDADE DE GRAVAÇÕES SIGILO-SAS. ART. 10 DA LEI N. 9.296/96. POLICIAL MILITAR. INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE NULIDADE. INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MÚNUS DA ATIVIDADE POLICIAL. INOCORRÊNCIA. TITULARIDADE PLENA DO DOMINUS LITIS. ART. 129 DA CF.

A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido. A promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito.

Por outro lado, a concepção vinculativa da atividade investigatória na figura da polícia judiciária contraria as bases do nosso ordenamento jurídico, porquanto o modelo pátrio se vincula ao chamado sistema processual, no qual o inquérito é precedente do contraditório, isto é, representa atividade inquisitorial à parte da ação penal, não se sujeitando às nuances formais da ampla defesa, e podendo ser realizada por autoridades administrativas diversas.

Recurso desprovido.

(STJ - 5ª Turma - RHC nº 15.507/PR - Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - unânime - DJ 31.05.2004. p. 328)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE.

1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio'

3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária - qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário -, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, *verbis*: '§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.' Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.

5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na

perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.

6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal.

7. 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 234)." (HC 24.493/MG, da minha Relatoria, in DJ 17/11/2003).

2. Recurso improvido.

(STJ - 6ª Turma - RHC nº 13.728/SP - Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO - unânime - DJ 21.06.2004. p. 255)

RHC. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO PELO MP. ACUSAÇÃO A AGENTE DA AUTORIDADE POLICIAL. AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO.

1. Ao Ministério Público, em princípio, não compete a abertura e condução, com colheita de provas, do inquérito policial, mas, apenas, a teor da norma constitucional do inc. VIII, do art. 129, "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de sua manifestação". Neste sentido, precedente do STF - RE 205.473-9.

2. Em se tratando, porém, de procedimento com o fito de apurar fatos reputados delituosos, cuja autoria é atribuída a integrante da organização policial, cuja atividade é controlada externamente pelo Ministério Público, in thesi, não existe nenhuma antinomia nesta atuação, cifrada na promoção da investigação pela Promotoria de Justiça.

3. O objeto do controle externo da atividade policial é exercido, segundo prestigiosa corrente, entre outras áreas, sobre a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais.

4. Compatível legalmente o procedimento investigatório, sua eventual irregularidade, por outro lado, por invasão das atribuições da Polícia Judiciária pelo Ministério Público, em nada repercute ou afeta a ação penal, mesmo porque o inquérito não é essencial ao oferecimento da denúncia, dele podendo prescindir a acusação, caso, evidentemente, disponha de dados suficientes e necessários à caracterização da materialidade e autoria da infração penal, segundo pacífico entendimento pretoriano.

5. Recurso de habeas corpus a que se nega provimento.

(STJ - 6ª Turma - RHC nº 10.947/SP - Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES - unânime - DJ de 12.08.2003. p. 260)

Já no Supremo Tribunal Federal a questão é bem menos pacífica. A 2ª Turma daquela corte, no julgamento do RE nº 205473-9-AL (rel. min. Carlos Velloso, julg. em 15.12.98, v.u., DJU de 19.03.99), decidiu “que o Ministério Público não pode efetuar investigação criminal diretamente, por ser esta uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, somente sendo lícito ao órgão ministerial a condução de inquéritos civis”. A tal decisão foram opostos Embargos de Divergência com base no julgado pela 1ª Turma no HC nº 75.769-3-MG (1ª T., rel. min. Octavio Gallotti, v.u., julg. em 30.09.97, DJU de 28.11.97), que se posiciona em sentido contrário²².

No julgamento do RHC nº 81.326-DF (rel. min. Nelson Jobim, julgado em 6.05.2003), a 2ª Turma ainda reafirmou que

O Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-las à autoridade policial competente, não lhe cabendo, portanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas da autoria de crime, dado que a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são funções de atribuição exclusiva da polícia judiciária.

Para corroborar a dissensão atualmente existente no Excelso Pretório, acresce que se vê em curso no plenário daquela corte o julgamento do Inquérito nº 1968, no qual igualmente se impugna a legitimidade da condução de investigações diretamente pelo Ministério Público, sendo que neste caso já votaram o relator, ministro Marco Aurélio, dando pela invalidade de tais investigações, no que foi acompanhado pelo ministro Nélson Jobim, ao passo que o ministro Joaquim Barbosa iniciou divergência para julgar legítimas as diligências da espécie levadas a efeito pelo órgão ministerial, no que foi acompanhado pelos votos dos ministros Eros Grau e Carlos Ayres de Brito. Neste momento, o julgamento está suspenso por pedido de vista do ministro Cezar Peluso.

5. CONCLUSÕES

É intenso hoje o debate que se trava acerca da legitimidade dos membros do Ministério Público para procederem, direta e pessoalmente, às diligências de investigação criminal, vendo-se respeitáveis posicionamentos doutrinários e pretorianos contra e a favor de tal possibilidade, cuja solução definitiva, ao menos no campo prático, avizinha-se com a eminência de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

²² Conforme informam os procuradores da República Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emilia Moraes de Araújo e Paulo Fernando Corrêa no trabalho acima citado.

Particularmente, nosso entendimento é no sentido da possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações criminais, e é fundamental distinguir estas do simples inquérito policial. Assim, enquanto o inquérito policial, efetivamente, compete exclusivamente às autoridades policiais, ainda que também sob requisições e fiscalizações do Ministério Público e do Poder Judiciário, nada há em nossos ordenamentos constitucional ou legal que impeça o *Parquet* de proceder diretamente à colheita de elementos de prova voltados para a apuração da ocorrência de crime e de sua autoria mediante procedimento administrativo próprio que instaure no seu âmbito.

Com efeito, ao passo que da leitura do artigo 144 da Constituição não se faz possível inferir qualquer monopólio das polícias sobre a condução de investigações criminais, a análise lógico-sistemática daquele dispositivo com o artigo 129 da mesma Carta, que trata das atribuições institucionais do Ministério Público e, ainda, com os preceitos da Lei Complementar nº 75/93 e da Lei nº 8.625/93, que, outrossim, versam sobre as atribuições ministeriais, autorizam a ilação de que o Ministério Público pode, sim, investigar a ocorrência de crimes.

Os eventuais abusos em investigações praticados por alguns membros do Parquet não podem ser levados em conta para se proibir o uso de tal atribuição por toda a instituição, e existem instrumentos jurídicos adequados para prevenir e remediar os eventuais abusos que ocorram, tal como se dá relativamente aos excessos eventualmente praticados pelas polícias.

O desempenho de tais atividades pelos membros do Ministério Público, mesmo que ainda não especificamente regulamentado, não ofende o *due process of law*, sendo certo que já há iniciativas para tal regulamentação, mas, enquanto esta não vem, podem-se aplicar a principiologia constitucional atinente aos direitos fundamentais e a legal norteadora dos inquéritos policiais para dar-lhes efetividade.

Realmente, os trabalhos investigatórios que vêm sendo desempenhados pelos membros do Ministério Público têm se mostrado imprescindíveis para a apuração de determinadas categorias de delitos, como, por exemplo, os praticados por policiais e por algumas autoridades com influência sobre as instituições policiais, tanto que, independentemente do que venha a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal, já granjearam o respeito e o apoio da sociedade.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *Decálogo da investigação criminal pelo Ministério Público*. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/noticias/releases/docs/folheto_decalogo.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760&p=2>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

COELHO, Luiz Gonzaga Martins. *Poderes investigatórios criminais do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.ampem.com.br/artigogonzaga29deagosto.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

FRAGOSO, José Carlos. *Ainda sobre o poder de investigação do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/juris/arquivo11.html>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

FRANÇA, Hécio; VIEIRA NETO, João. *Não pode o Ministério Público realizar investigação criminal*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5599>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

KAC, Marcos. *Inquérito policial, ação penal, jurisdição e competência*. Notas da aula na pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal ministrada na Faculdade Estácio de Sá, em 09.10.2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ministério Público e poder investigatório criminal*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

NARDINI, Maurício José. *Investigação criminal presidida por promotor de Justiça: admissível, possível e legal*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1053>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Ministério Público, investigação criminal, sistema acusatório e a vontade da sociedade*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5861>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

ROCHA, Delza Curvello. *Investigação criminal em procedimento administrativo*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/admin30.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. *A investigação criminal, a ética e o Ministério Público*. Disponível em: <www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=33&id=1032>. Acesso em: 08 jan. 2005.

SANTOS, Célio Jacinto dos. *No processo penal, quem pode o mais não pode o menos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5631>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAÚJO, Maria Emilia Moraes de; CORRÊA, Paulo Fernando. *Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

SOARES FILHO, Manuel Lima. *Ampliação da investigação criminal*. Disponível em: <http://www.acmp-ce.org.br/docs/Ampliacao_da_Investigacao_Criminal.doc>. Acesso em: 08 jan. 2005.

SOUZA, Marcial Vieira de. *A investigação criminal e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=49&id=1215>>. Acesso em: 08 jan. 2005

TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias. *A investigação criminal e o Ministério Público*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2292>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

ZAVATARO, Luiz Antonio. *Ninguém perde o que nunca teve*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5860>>. Acesso em: 08 jan. 2005.

O ESTATUTO DO IDOSO EM BENEFÍCIO DO RÉU

Roberto Dantes Schuman de Paula

Juiz Federal Substituto do Juizado Especial de Campos dos Goytacazes;
Professor Licenciado de Direito Penal Universidade Cândido Mendes de Nova Friburgo

1. Da *novatio legis in pejus* 2. Da *novatio legis in melius* 3. Conclusão 4. Bibliografia

1. DA NOVATIO LEGIS IN PEJUS

Em outubro de 2003, a ordem jurídica foi inovada com o advento da Lei nº 10.741/03, conhecida como a Lei de Idoso, que culminou por permear importantes inovações em várias áreas do direito, como cível, de família, previdenciária, processual e penal, dentre outras.

Assim, quanto à seara penal, ao lado da criação de novos tipos penais, o artigo 110 modificou vários artigos no Código Penal e em leis especiais, notadamente agravando a situação de quem comete crime cuja vítima possua a qualidade de idosa, que pelo novel artigo 1o da citada lei é aquela com idade igual ou superior a 60 anos, e em outros dispositivos da mesma lei seria apenas a pessoa com mais de 60 anos.

Por conseguinte, nas hipóteses em que o sujeito passivo de uma determinada prática delitiva for idoso com idade superior a 60 anos, o legislador entendeu que o atuar do sujeito ativo deve ser censurado de forma mais severa, devido ao estado, em tese, mais vulnerável da vítima, que conta com uma idade mais avançada.

De outro lado, o agente maior de 70 anos sempre obteve, dentre outras, três situações mais favoráveis: a circunstância atenuante prevista no inciso I do artigo 65, a redução pela metade do prazo prescricional (esta elencada no artigo 115), e o *sursis* etário do artigo 77, parágrafo 2º, todos do Código Penal.

As regras dos artigos 115; 65, inciso I; 61, inciso II, alínea “h”; e 77, parágrafo 2º, todos do Código Penal, sempre tiveram por inspiração a idade avançada do agente, seja este sujeito ativo ou passivo, que, por medida de política criminal, deveria ter uma situação pessoal mais favorável do que a de outra pessoa qualquer, seja quando o agente: 1) tiver a pena agravada por ter cometido um crime contra vítima idosa; 2) praticar uma infração penal e obtiver a atenuação de sua pena; 3) gozar do *sursis* denominado etário e 4) obtiver a redução pela metade do prazo prescricional que, uma vez verificado, acarretará a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, 1ª figura, do Código Penal.

2. DA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS

A lei nova, ao substituir o termo “velho”, ultrapassado e pejorativo, pela expressão “maior de 60 anos”, sem alterar por esta a expressão “maior de 70 anos” prevista nos artigos 115 e 65, inciso I, do mesmo diploma legal, acabou por tratar diversamente situações iguais dentro do sistema penal, ofendendo o Princípio da Isonomia encartado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Basta imaginar que um senhor de 69 anos de idade, descontente com a proteção integral que o Estado lhe deve, e indignado com a inobservância do seu direito ao atendimento preferencial em um determinado banco, resolve agredir um dos clientes, que contava com 61 anos de idade, praticando o delito de lesões corporais leves.

Então, não tendo aceitado qualquer benefício despenalizador da Lei nº 9.099/95, o réu é condenado nas penas do crime de lesões corporais leves com a majoração em sua pena pelo fato de o sujeito passivo contar com idade superior a 60 anos, não obtendo atenuação em sua pena por não contar com mais de 70 anos.

Assim, mesmo que a vítima seja oito anos mais nova que ele, para o Direito Penal a vítima é idosa por contar com mais de 60 anos e ele, com 69 anos, não é idoso, para fins de ser beneficiado, mas apenas prejudicado, já que não incidiria circunstância atenuante e, sim, agravante ou causa de aumento de pena, dependendo do tipo penal.

De tal arte, há o idoso com mais de 60 anos a ensejar a agravação e o idoso com mais de 70 anos para ensejar a atenuação da pena.

O ponto nodal é que a Lei do Idoso surgiu para protegê-lo não apenas como vítima, mas também como réu, já que, nesta hipótese, ele necessariamente há de ter maior tutela em razão do seu estado peculiar.

É certo que a Lei Penal não pode apenas considerar idoso aquele com idade superior a 60 anos para punir quem pratique algum crime contra ele e, no momento em que este idoso venha a praticar algum crime, seja tratado desigualmente.

O artigo 4º da Lei do Idoso assim dispõe:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Ora, tal distinção nada mais seria do que discriminar o idoso que figure no pólo passivo da relação processual penal em relação à vítima idosa, violando-se a própria Lei do Idoso, acarretando uma contradição em si mesma.

Ademais, não estaria sendo homenageada a analogia *in bonam partem*.

Nem se argumente que, diante de uma interpretação literal, não há de se falar na aplicação do novo conceito de idoso em prol do réu, quando este mesmo for idoso, pois, como sabido, esta é a mais pobre das interpretações.

Some-se ainda a regra básica de hermenêutica jurídica que diz: onde há a mesma razão fundamental, deve haver a aplicação da mesma regra de direito.

Em doutrina, na obra do Professor Mirabete, há o comentário à inovação legislativa nos seguintes termos:

Ao referir-se ao maior de 60 anos, a Lei 10.741 (Estatuto do Idoso, de 1º-10-2003), que deu nova redação ao art. 61, inciso II, alínea *h*, adotou o critério cronológico, a exemplo de outros dispositivos (arts. 65, inciso I, 77, 2º, 115 do CP), diversamente da lei anterior, que previa como circunstância agravante ter sido o crime praticado contra *velho*, o que exigia a consideração da idade de 70 anos, referida em outros dispositivos, e, abaixo dessa idade, o exame do caso concreto para avaliação do grau de senilidade e das condições físicas e de resistência da vítima frente ao contendor.¹

Já o Professor Ney Moura Teles assim se manifesta acerca do *tema*:

A lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, publicada no DOU de 3-10-2003, com vigência 90 dias após a publicação, deu nova redação à alínea *h* do inciso II do art. 61 do Código Penal, substituindo a expressão “idoso”, por “maior de 60 (sessenta) anos”, dispensando-se, a partir daí, qualquer consideração acerca do vigor físico da vítima. Assim, ainda que ela seja fisicamente robusta, mas tendo 61 anos de idade, incidirá a agravante.²

Por último, veja a matéria tratada pelo festejado autor Luiz Regis Prado, *in verbis*:

¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 1, 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 300.

² TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004. p. 420.

Com o advento da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), o art. 110 estabelece em 60 (sessenta) anos o marco etário para caracterização da pessoa como idosa. Saliente-se ainda o fato de a pessoa ser maior de sessenta anos constitui causa de aumento de pena prevista na parte especial do Código Penal, no caso de homicídio doloso (art. 121, § 4º). Trata-se de circunstância agravante que atua sobre a magnitude do injusto, implicando maior desvalor da ação, já que a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo. Assim, o aumento do desvalor da ação está calcado não apenas na presumida vulnerabilidade da vítima, na desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo e no preavalecimento voluntário e consciente pelo agente de tal superioridade, mas também na maior periculosidade da ação.³

Corroborando a idéia acima exposta, o renomado autor afirma que a idade de sessenta anos é o novo marco etário para a caracterização da pessoa como idosa. Logo, tal marco não deve somente existir contra o réu, mas também em prol do mesmo.

A matéria ora versada tem especial aplicação nos delitos praticados contra a Seguridade Social, em que não raramente figuram réus com 60 anos ou mais.

Com os mesmos fundamentos alinhavados, deve o *sursis* etário previsto no artigo 77, parágrafo 2º, ser concedido ao condenado com 60 anos de idade ou mais, já que é idoso e, como tal, é mais vulnerável e tem o estado de saúde mais delicado que os demais, justificando a adoção da medida.

Cabe assinalar, por último, que o tema ainda não foi devidamente enfrentado pela doutrina, não obstante a sua relevância para os operadores do direito, e que as implicações aqui hauridas certamente aplicam-se a outros dispositivos legais.

3. CONCLUSÃO

Lançadas estas breves linhas, tem-se o entendimento de que a não aplicação da atenuante prevista no inciso I do artigo 65, a não-redução pela metade do prazo prescricional estatuída no artigo 115, e a não-concessão do *sursis* etário, todos do Código Penal, quando tratar-se de réu com idade igual ou superior a 60 e abaixo de 70 anos de idade, ofende o Princípio da Isonomia encartado no artigo 5º, *caput*, da Magna Carta, devendo, assim, serem as normas em comento aplicadas em uma interpretação conforme a Constituição, e ainda em observância à analogia *in bonam partem*.

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 494.

4. BIBLIOGRAFIA

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. v. 1, 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1, 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL¹

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Criminal;

Professor da EMERJ, da AMPERJ, do CEPAD, da pós-graduação da UNESA e da UCP;

Mestre em Direito pela UGF/RJ

1. Considerações iniciais 2. Perfil histórico e conceito de coisa julgada 3. *Abolitio Criminis* 4. Anistia, graça e indulto 5. A Coisa julgada e a execução penal (unificação de penas) 6. Conclusão 7. Bibliografia

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O homem, para ter maiores possibilidades de êxito em sua sobrevivência, chegou à conclusão de que este desiderato seria melhor atingido mediante uma organização de esforços em comum. Contudo, uma sociedade organizada pressupõe a criação de regras de comportamento, que serão elaboradas por determinados membros e, também, fiscalizadas por outros.

O sistema jurídico positivo, concebido pelo Poder Legislativo e aplicado pelo Poder Judiciário, aspira à imutabilidade, já que busca regular, de forma indefinida, uma determinada conduta social², de modo a possibilitar maior segurança a este elo que gera a sobrevivência coletiva³. Conseqüentemente, a prestação da tutela jurisdicional

¹ Este trabalho é uma continuação do artigo da minha lavra denominado “Algumas considerações sobre a coisa julgada no Direito Processual Penal”, já publicado pela Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, nº 79, março/abril/maio de 2005, p. 102-113, e na Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), nº 29, junho/2005, p. 220-232.

² BONAVIDES, Paulo apud SLAIBI FILHO, Nagib. *A ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 39, contra-argumenta esta ponderação, ao afirmar que: “a imutabilidade..., tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la (a ‘imutabilidade’ das leis) equivaleria a correr todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado as soluções das crises”.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22, esclarecem que: “o princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, e desenvolve-se [...] em torno de dois conceitos basilares: o da estabilidade das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, através de procedimentos legalmente exigidos; o da previsibilidade, que ‘se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos”.

também deve buscar esta mesma imutabilidade pretendida pelas leis, já que a atividade principal do magistrado, como já visto, é zelar pela aplicação do Direito vigente⁴.

Neste exato sentido, por sinal, são as ponderações tecidas por Ovídio

A. Baptista da Silva:

O juiz nada mais faz, no momento em que condena, do que declarar o demandado incluído na previsão legal como responsável pela conduta sancionada. O juiz, em última instância, não pode ordenar nada além do que a lei já ordenava. Não há nenhuma vontade autônoma do juiz, na sentença condenatória, que já não esteja rigorosamente contida na própria lei, como uma consequência necessária da posição jurídica assumida pelo obrigado e que ensejara a propositura da ação condenatória.⁵

De fato, considerando-se que, na sentença, o juiz concretiza a norma abstrata, nada mais natural que essa também se mostre imutável, o que se dá através do fenômeno da “coisa julgada”, um instituto que vem sofrendo lento e gradual desenvolvimento na História e que, até o presente momento, ainda se encontra com uma definição um tanto quanto nebulosa⁶.

⁴ É o que dispõe, por sinal, o art. 14 da Constituição do México, *verbis*: “[..]. em los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Muito embora tenha sido fornecido como exemplo um dispositivo constante na Constituição de outro país, não se pode olvidar que as normas estrangeiras não têm vigência no Brasil. Esta posição, por sinal, não é completamente pacífica, pois há doutrinadores que sustentam que o direito estrangeiro tem status de lei, muito embora o juiz possa transferir a parte que alega o ônus de comprovar o seu teor e vigência, na esteira do que dispõe o art. 337 do Código de Processo Civil. Neste último sentido, posiciona-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34-35. Entretanto, é mais coerente o entendimento em sentido contrário, que considera o direito estrangeiro como mero fato, pois somente os fatos dependem de provas. Se o direito estrangeiro realmente tivesse natureza jurídica de lei, a sua comprovação pela parte que o alegou seria desnecessária, ante a presunção de que as leis são conhecidas pelo magistrado (*iura novit curia*).

⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada* (Ensaios e Pareceres). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 27. Contudo, há quem critique de forma absolutamente correta tal posicionamento, como Diogo Rudge Malan, forte nos seguintes argumentos: “urge abandonar-se o velho paradigma positivista de sujeição do juiz à letra fria da lei, qualquer que seja o seu significado, e substituí-lo pelo de sujeição tão-somente à lei válida, conforme a Constituição da República. Tem o juiz a responsabilidade de buscar os significados válidos da norma, compatíveis com os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. O magistrado democrático, portanto, não pode simplesmente se limitar a aplicar mecanicamente a norma processual penal aos incidentes processuais”, in: MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Geraldo Prado (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 26-27 (Coleção Pensamento Crítico).

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 661.

Com efeito, a “coisa julgada”, que deriva do latim *res iudicata*, é conceituada no artigo 6º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/92 (LICC) da seguinte forma: “chama-se coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso”. O CPP, porém, em nenhum momento definiu o que vem a ser o instituto jurídico da “coisa julgada”. Na realidade, são até mesmo pouquíssimos os dispositivos, neste *codex*, que se referem a este assunto⁷, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no CPC. Igualmente, deve ser esclarecido que, na doutrina especializada em Direito Processual Penal, praticamente não existem obras específicas sobre este assunto, indicativo de que, fatalmente, uma parte do enfoque do presente estudo será desenvolvida de acordo com as premissas já fixadas no Direito Processual Civil, o que, a bem da verdade, não irá gerar nenhum tipo de inconveniente, já que este assunto é afeito à Teoria Geral do Processo⁸.

Observa-se, por fim, que o objetivo primordial do presente estudo é a melhor compreensão do tema sob a ótica da ciência processual penal. Além disso, também se pretende compreender os mecanismos criados pelo legislador infraconstitucional, como *abolitio criminis*, anistia, indulto e a possibilidade de unificação de penas pelo juízo da execução, que, ainda que de forma muito branda, aparentam conflitar com o alcance da coisa julgada estabelecido pelo legislador constitucional no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna.

2. PERFIL HISTÓRICO E CONCEITO DE COISA JULGADA

Inicialmente, vigorava a regra *bis de eadem re ne sit actio*, que significava, basicamente, que, sobre a mesma relação jurídica de Direito Material, não poderiam existir dois ou mais processos. Acredita-se que tal vedação, segundo Celso Neves, “*tenha sido objeto de uma lei anterior às Doze Tábuas, mantida consuetudinariamente*”⁹.

Para esta concepção, era absolutamente irrelevante o julgamento ou não do processo e, inclusive, o eventual conteúdo da decisão, pois o que se vedava era apenas um novo processo que versasse sobre o mesmo assunto já tratado em processo anterior. É por esta razão, aliás, que os juristas daquela época se preocupavam sobremaneira em elaborar critérios que pudessem estabelecer, com maior precisão, o que fora objeto do processo anterior.

⁷ Exemplos: art. 65; art. 95, inciso V; e art. 110, todos do CPP.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT, 1978. p. 5, esclarece que: “o fenômeno da coisa julgada é idêntico, no processo civil e no processo penal”.

⁹ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 10.

Foi somente no ano de 528, quando Justiniano assumiu o poder em Constantinopla, que a abordagem da “coisa julgada” sofreu um maior desenvolvimento¹⁰. Os historiadores até mesmo apontam ser surpreendente o fato de que um imperador de origem bárbara tenha conseguido, em tão pouco tempo, criar o *Codex Iustinianus*, traduzido em um conjunto de leis que condensa diversos séculos de jurisprudência e doutrina e que, até hoje, é utilizado como uma das principais fontes de todo o direito privado para os países civilizados no século XXI.

Este desenvolvimento do estudo da “coisa julgada” é, em parte, devido aos esforços de Modestino, que, no fragmento 1, do título 1, do Livro 42 do *Codex Iustinianus*, assim a definiu: “*res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit; quod vel condemnatione, vel absoluteione contingit*”. Para Egas Moniz de Aragão, a tradução em vernáculo desta definição seria: “Diz-se coisa julgada a que, pelo pronunciamento do juiz, alcança o fim das controvérsias, o que acontece pela condenação ou pela absolvição”.¹¹

Tal entendimento, no entanto, pecava ao se apegar fortemente ao mito de que em todo processo deveria existir uma lide ou controvérsia, o que atualmente é visualizado como elemento secundário do processo. De todo modo, releva-se, por fim, que Modestino ainda teceu outras considerações sobre a coisa julgada, inclusive os estudos embrionários dos seus limites objetivos e subjetivos.

Posteriormente, foi o magistério de Savigny que, ao criar a teoria da ficção da verdade, contribuiu de forma relevante para a compreensão do pensamento jurídico sobre a coisa julgada. Moacyr Amaral Santos, ao comentar os estudos do mestre acima citado, fez as seguintes ponderações sobre esta teoria:

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 4, corrobora esta premissa, ao mencionar que: “toda esta matéria sofreu transformações profundas com Justiniano, que começa a distinguir entre os efeitos da sentença e a sua *auctoritas*; mas, como sempre, manifestaram-se essas transformações de modo mais discreto e menos aparente, e, em geral, não foram compreendidas em toda a sua significação, nem mesmo pelos modernos”.

¹¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. p. 192. O mesmo autor ainda acrescenta que, para Chiovenda, o correto seria o emprego dos termos “acolhimento” e “rejeição” do pedido do autor, em vez de *condemnatione* e *absoluteione*, que se relacionam somente à categoria das sentenças condenatórias.

Elaborou-a Savigny, partindo igualmente da consideração de que também as sentenças injustas, sejam resultantes de erro de fato ou de direito, fazem coisa julgada. Como também a sentença injusta faz coisa julgada e, por isso, aquilo que a sentença injusta declara não mais pode deixar de ser reconhecido como verdade, não só pelas partes, como ainda por qualquer juiz, no mesmo ou em outro processo, na sentença nada mais há do que uma ficção de verdade. Ficção é a aparência havida como verdade, mesmo quando não seja verdade. Donde a sentença produzir uma verdade artificial.¹²

No Brasil, coube a José Antônio Pimenta Bueno, em seu “Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil”, publicado em 1850, tratar doutrinariamente de forma pioneira no país a coisa julgada. Segundo este autor, a coisa julgada poderia ser conceituada da seguinte forma:

*[...] se diz coisa julgada toda e qualquer decisão estabelecida por uma sentença; mas em sentido próprio e jurídico, coisa julgada significa a decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende recurso de apelação; e coisa soberanamente julgada se diz aquella que não só não pende mais do recurso de apelação, porém, nem ainda da revista ou acção rescisória ou de nullidade, por não ser no caso della admittida pela lei.*¹³

Em seguida, pelos idos de 1855, Paula Batista publicou o seu “Compêndio de Theoria e Practica do Processo Civil”, em que aprofundou o estudo da matéria, além de ter elaborado o seguinte conceito, com franca e clara inspiração nos estudos desenvolvidos por Savigny, nele constando expressamente que a coisa julgada seria um dos efeitos da sentença:

*[...] (a coisa julgada) indicão uma decisão, que não pende mais dos recursos ordinários; ou porque a lei os não concede (segundo a lei das alçadas); ou porque a parte não usou delles nos termos fataes e preempatorios da lei, ou porque já forão esgotados. O effeito d’uma tal decisão, é ser tida por verdade, assim, todas as nullidades e injustiças relativas, que por ventura se commettessem contra o direito das partes, já não são susceptíveis de revogação.*¹⁴

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46.

¹³ BUENO, José Antônio Pimenta apud NEVES, Celso, op. cit., p. 221.

¹⁴ NEVES, Celso, op. cit., p. 223.

Enquanto isso, outros doutrinadores continuavam a elaborar as suas teorias sobre este assunto em todo o mundo, como, v.g., Carnelutti, para quem é na imperatividade do comando da sentença que se encontra a coisa julgada.

De acordo com este doutrinador, se a sentença deve refletir o que diz a lei, então, proferida a sentença, esta irá substituir a lei, concretizando-se o comando abstrato que continha a primeira. Assim, entende Carnelutti que, se é na certeza produzida pela sentença que se encontra a sua imperatividade, então é nesta que se constitui a coisa julgada material, a qual, pela preclusão das vias recursais, também se transforma em coisa julgada formal. Logo, constata-se que o citado autor entende, ao contrário dos demais, que a coisa julgada formal pressupõe a existência da coisa julgada material.¹⁵

Giuseppe Chiovenda, por seu turno, entendia que a coisa julgada era uma eficácia que decorria da própria sentença: *“la cosa giudicata è l’efficacia propria della sentenza che accoglie o respinge la domanda, e consiste in ciò che, per la suprema esigenza dell’ordine e della sicurezza della sociale, la situazione delle partifissata del giudice rispetto al benne della vita (res) che fu oggetto di contestazione, no può più essere successivamente contestata”*¹⁶. Vale dizer que este entendimento encontrou alguns adeptos no Brasil, como Celso Neves.¹⁷

Entre os brasileiros, porém, a doutrina que maior teve aceitação foi a concebida por Enrico Tullio Liebman, que, ao contrário das demais, não via a coisa julgada como um dos efeitos da sentença. Segundo as palavras de Liebman:

Na opinião e linguagens comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela, quer como complexo de conseqüências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer-se plenamente e considerar-se perfeita [...]

[...] considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange?¹⁸

¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 50.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Intituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volume I. Napoli: Nicola Jovene & C. Editori, 1933. p. 342.

¹⁷ NEVES, Celso, op. cit., p. 500.

¹⁸ LIEBMAN, op. cit., p. 2-5.

Ainda de acordo com Liebman:

esta expressão ('coisa julgada'), assaz abstrata, não pode não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário à força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles... a linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos.¹⁹

Em outras palavras, entende este doutrinador que a coisa julgada nada mais é do que a forma como certos efeitos da sentença se produzem e que, em dado momento, devem ser perpetuados.

Alfredo Buzaid, ao elaborar o anteprojeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973, adotou inicialmente o entendimento acima preconizado por Liebman, tanto que a redação originária do art. 507 era: “chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.²⁰ Contudo, constata-se que, no momento do advento do novo Código de Processo Civil, este tema passou a ser tratado no art. 467, com uma nova redação, em que consta: “denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Isto indica que foi adotado o entendimento da doutrina mais tradicional, ou seja, o que entendia a coisa julgada como um dos efeitos da sentença.²¹

Alexandre de Paula, em obra publicada em 1980, critica a alteração sofrida no referido projeto, que descaracterizou o entendimento esposado por Enrico Tullio Liebman, embora, ao que pareça, esta não tenha sido a intenção do legislador. Segundo este autor:

¹⁹ LIEBMAN, op. cit., p. 5-6.

²⁰ NEVES, op. cit., p. 274.

²¹ NEVES, op. cit., p. 500, citando a doutrina de Hellwig, esclarece que o legislador brasileiro agiu com acerto ao conceituar a coisa julgada como a eficácia da sentença que torna imutável e indiscutível a sentença, forte nos seguintes argumentos: “o fenômeno da coisa julgada é, porém, um fenômeno que explica os seus efeitos, principalmente no campo do direito processual, como uma obrigação dos órgãos jurisdicionais e um correspondente direito processual das partes na causa, de respeitar e fazer respeitar o que for julgado, mas a ocorrência deste fenômeno processual produz, necessária e reflexamente efeitos sobre o direito substancial que se torna irrevogavelmente fixado e vinculado à declaração jurisdicional, porque não mais suscetível de nova e ulterior deliberação jurisdicional mediante ação”.

A modificação se deve ao sen. Benedito Ferreira, cuja proposição era assim justificada: Muitas discussões se tratavam em torno da definição de coisa julgada material. Modernamente, no entanto, resolveu-se pela eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença e não o seu efeito, na realizada de mero reflexo do ato judicial. Daí a emenda apresentada. O parecer, que a acolheu, opina: ‘A emenda melhora a definição de coisa julgada material, atribuindo-lhe a eficácia da própria sentença e não só dos seus efeitos. Pela aprovação’ ... Acresce que a própria fórmula adotada no projeto nem sequer reflete com fidelidade o pensamento de Liebman. Este se refere a autoridade da coisa julgada como uma ‘qualidade da sentença e dos seus efeitos’... o projeto, entretanto, limita o conceito de coisa julgada material ao âmbito do efeito da sentença, deixando de fora a sentença em si mesma, que se torna, ela própria, ‘imutável e indiscutível’, após transitar em julgado.²²

Vale mencionar que, ainda de acordo com o mesmo doutrinador:

Não é tudo... Liebman fala em ‘qualidade’, não em ‘eficácia’. ‘Eficácia’ é aptidão para produzir efeitos; mas qual será, aqui, a causa desses efeitos? Em outras palavras: a coisa julgada material será uma eficácia de que? Da sentença? Mas então teremos uma ‘eficácia da sentença, que torna indiscutível e imutável o efeito da própria sentença? Estaremos longe da clareza indispensável a um texto legal. A definição, em vez de ajudar-nos a compreender do que se trata, converte-se em fator de obscurecimento.²³

Em virtude destas considerações, a doutrina processual contemporânea passou a discordar do conceito de coisa julgada adotado pelo legislador pátrio. Por exemplo, para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “em verdade, a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade que pode agregar-se a estes efeitos”.²⁴ Esta, aliás, é a mesma opinião de Humberto Theodoro Júnior (também influenciado pela doutrina de Liebman), para quem “apresenta-se a res iudicata, assim, como qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos”.²⁵

²² PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. Volume 2: arts. 262 a 565 - Do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 447-448.

²³ Idem, p. 447-448.

²⁴ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 664.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 473.

Uma vez sendo estabelecido que a coisa julgada é, em realidade, uma qualidade que se agrega aos efeitos produzidos por uma decisão proferida pelo magistrado, conferindo-lhe o caráter da imutabilidade, cumpre destacar que este instituto não é exclusividade do Direito Brasileiro. Com efeito, hodiernamente, a coisa julgada se encontra presente em quase todos os ordenamentos jurídicos, com o claro objetivo de tentar assegurar a convivência social, ao evitar a possibilidade de nova discussão sobre fatos que já foram apreciados pelo Poder Judiciário anteriormente. Vale dizer, ainda, que é recente a tentativa de se relativizar este instituto, com as discussões envolvendo a “coisa julgada inconstitucional”.²⁶ No próprio Direito Processual Penal, são encontradas várias situações que permitem questionar a garantia e a imutabilidade da “coisa julgada”, conforme abaixo será demonstrado.

3. ABOLITIO CRIMINIS

A *abolitio criminis* encontra-se positivada no artigo 2º do CP e, para Damásio Evangelista de Jesus, ocorre quando “a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada - ‘ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar como crime’”.²⁷

O efeito do seu reconhecimento é a imediata extinção da punibilidade (art. 107, inciso III, CP), podendo ser reconhecida independentemente da propositura de qualquer outra demanda (v.g. revisão criminal) e até mesmo *ex officio*. Para Victor Eduardo Rios Gonçalves: “[...] pode ocorrer antes ou depois da condenação e, no último caso, rescinde a própria condenação e todos os seus efeitos. Evidentemente, essa causa extintiva estende-se a todos os autores do crime”.²⁸

²⁶ Não é intento deste estudo aprofundar-se sobre a “coisa julgada inconstitucional”. Sobre o tema, sucintamente pode ser mencionada a lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem: “certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito juridicamente impossível, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional... imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em consequência de uma dívida não honrada... sentenças como essas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade da pessoa humana, valores absolutos que a Constituição cultiva (art. 1º, inc. III, a art. 5º)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 59.

²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 65.

²⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 170-171.

A *abolitio criminis* funciona, portanto, como uma salutar exceção à intangibilidade da coisa julgada oriunda de uma sentença penal condenatória. Não poderia, aliás, ser de outra forma. A sanção penal surge como a medida repressiva mais rigorosa como resposta do Estado àqueles que praticaram atos cuja magnitude põe em risco a convivência social. Esta punição, no entanto, não mais se justifica quando há a derrogação da lei incriminadora, por supor que a sociedade não mais considera contrário aos seus interesses aquele comportamento. Assim, é correto considerar que “não se justifica que o Estado continue a impor a sua vontade em prejuízo de interesses jurídicos fundamentais do transgressor da norma quando a considera inútil, anacrônica e iníqua”.²⁹

O que mais chama a atenção na *abolitio criminis* é a desnecessidade da propositura de qualquer outra demanda para que sejam afastadas as conseqüências da coisa julgada até então operante. Tal circunstância, que não encontra correspondente no Direito Processual Civil, certamente decorre da flagrante desnecessidade de se manter a custódia de um condenado pela prática de uma conduta que não mais é criminalizada, em clara violação ao disposto no art. 5º da CRFB-88, de onde se extrai a premissa de que a liberdade é a regra e a prisão, a exceção.

Com efeito, a “liberdade”, que decorre da faculdade de cada homem agir e decidir de acordo com a sua própria determinação, somente poderia ser afastada em situações extremas, por meio do devido processo legal e mediante prévia previsão legal daquele comportamento como crime (princípio da legalidade). Somente nestas hipóteses, portanto, ao Estado seria lícito afastar o homem do seu *status* natural, sem ofensa a sua dignidade como pessoa humana, que foi erigida à condição de princípio fundamental³⁰ e representa o atual epicentro axiológico da ordem constitucional³¹, de onde decorre o direito da liberdade.

Cesare Beccaria, ao comentar sobre a liberdade de cada indivíduo em uma sociedade organizada, faz as seguintes ponderações:

nenhum homem entregou gratuitamente parte da própria liberdade visando o bem comum; essa quimera só existe nos romances. Se fosse possível, cada um de nós desejaria que os pactos que vinculam os outros não nos vinculassem [...] foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade.³²

²⁹ JESUS, op. cit., p. 66.

³⁰ Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República do Brasil.

³¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59.

³² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

Não é, aliás, por outro motivo que Fábio Konder Comparato chegou a mencionar, em uma das suas obras, que:

O homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas[...] há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.³³

Desta forma, se não existem mais motivos que justifiquem a custódia do acusado, já que a conduta praticada deixou de ser incriminada, torna-se de rigor a imediata libertação do condenado, de modo a preservar a sua dignidade como pessoa humana, até porque não mais interessa, para a sociedade, a manutenção da sua prisão. Com razão, portanto, está Rogério Greco, ao ponderar que:

Ao cuidarmos dos princípios que informam o Direito Penal, dissemos que o legislador os têm como norte, a fim de que seja por eles orientado tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais. Pelos princípios da intervenção mínima e da lesividade, por exemplo, o legislador deve entender que somente poderá legislar em matéria penal proibindo determinadas condutas, sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, se o bem sobre o qual estiver recaindo a proteção da lei for significativa, ou seja, for relevante a ponto de merecer a tutela do Direito Penal. Caso contrário, ou seja, se não houver a importância exigida pelo Direito Penal, aquele bem poderá ser protegido pelos demais ramos do ordenamento jurídico, mas não pelo Direito Penal, que possui, como já o dissemos, uma natureza subsidiária. O mesmo raciocínio que se faz quando da criação de tipos penais incriminadores também é realizado para a sua revogação. Se o bem que, antes, gozava de certa importância e hoje, em virtude da evolução da sociedade, já não possui o mesmo status, deverá o legislador retirá-lo do nosso ordenamento jurídico-penal, surgindo o fenômeno da *abolitio criminis*.³⁴

³³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25-26.

³⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2003. p. 785.

Cumpra assinalar, ainda, que a desnecessidade do manejo de qualquer incidente processual para reconhecer esta situação se justifica plenamente, já que questões de natureza nitidamente burocráticas não podem se constituir em óbice para a liberdade de uma pessoa, sendo certo, também, que a comprovação de que a nova lei revogou a anterior não precisa sequer ser imputada ao interessado, uma vez que, na seara processual, vige o brocardo *juria novit curia*, conforme se extrai do art. 337 do CPC.³⁵ Além disso, não se pode olvidar que a *abolitio criminis* somente acarreta a extinção dos efeitos penais de uma sentença penal condenatória, permanecendo íntegros todos os demais efeitos, como, v.g., a possibilidade de o autor ser responsabilizado civilmente pelos danos causados.³⁶

Por fim, é importante mencionar que também haverá *abolitio criminis* nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei incriminadora, já que, com esta declaração, a lei deixará de ser válida. É o que leciona Luís Roberto Barroso, *verbis*:

Conforme se verifica na jurisprudência do STF, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais (RDA 193/242). E ainda: A ação direta destina-se ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese.³⁷

Daniel Sarmento, ao abordar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade no processo penal, até chega a afirmar que: “em se tratando de inconstitucionalidade de norma penal incriminadora, esta poderá ser reconhecida até de ofício, pelo juiz da execução da pena, ou ainda suscitada em sede de habeas corpus, já que desnecessária qualquer dilação probatória”.³⁸

³⁵ Art. 337, Código de Processo Civil: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. Ocorre que a matéria penal somente pode ser legislada pela União Federal, ex vi art. 22, inciso I, da CRFB-88, um indicativo de que o magistrado não pode alegar, em hipótese alguma, o desconhecimento da novel legislação.

³⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 6. No mesmo sentido, GRECO, Rogério, op. cit., p. 786.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 251.

³⁸ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: _____. _____. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 116.

Contudo, são diversas as conseqüências dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se baseou determinada sentença proferida no juízo cível. No Direito Processual Civil, a coisa julgada permanecerá irretocável, somente não sendo mais possível a execução do referido *decisum*.

De fato, prevê o parágrafo único do art. 741, introduzido pela medida provisória nº 2.180-35 (24/08/2001)³⁹, *verbis*: “para efeito do disposto no inciso II deste artigo (embargos do devedor versando sobre a inexigibilidade do título), considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.⁴⁰

Desta forma, parece cristalino que, no Direito Processual Civil, a sentença baseada em texto legal posteriormente declarado inconstitucional somente não poderá ser executada, muito embora permaneça íntegra em seu conteúdo.⁴¹

4. ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

Praticamente tudo o que foi anteriormente mencionado sobre a *abolitio criminis* também se aplica em relação à anistia, à graça ou ao indulto, que, como ela, também são hipóteses de extinção da punibilidade, tal como prevê o art. 107, inciso II, do CP.

É também, por sinal, o que compreende Francesco Carnelutti, ao considerar que: “*L’istituto del’perdomo riassume, secondo il mio modo di vedere, alcuni fatti penali estintivi, che la legge menziona separatamente, quali sono la amnistia, l’indulto, la grazia... Il germe comune a tutte queste figure sta in cio che una manifestazione di volontà, pubblica o privata, fa venir memo gli effetti penali dell’ato*”.⁴²

³⁹ Consta no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 que as medidas provisórias editadas anteriormente a esta emenda ficam dispensadas de serem convertidas em lei pelo Congresso Nacional, permanecendo íntegras e gerando efeitos enquanto não forem revogadas.

⁴⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. Texto, norma e valor: a evolução na Constituição Federal de 1988. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 23, p. 358-359, 2003, enxerga neste dispositivo a gênese, no ordenamento jurídico pátrio, dos fundamentos favoráveis à tese da “coisa julgada inconstitucional”, já que o aborda no tópico concernente a este assunto.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo apud SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: _____. *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 115, antes da nova redação dada ao parágrafo único do art. 741, CPC, já sustentava que o Fisco não poderia exigir tributo se a lei que o instituiu tiver sido declarada inconstitucional, mesmo se houver decisão judicial transitada em julgado favorável à cobrança da exação. Para este autor, a coisa julgada, como garantia constitucional, visa proteger o cidadão, não podendo ser empregada como escudo para a prática de atos ilícitos. Além disso, argumenta que o princípio da legalidade tributária impediria a cobrança de um tributo com base em lei declarada inconstitucional.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Reato*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1933. p. 62.

A anistia é concedida por lei e se refere a fatos, não a pessoas. É possível, inclusive, que sejam estabelecidas algumas condições para que determinadas pessoas sejam beneficiadas por este beneplácito. Ela se distingue da *abolitio criminis*, pois, nesta, o tipo penal simplesmente deixa de existir, o que já não ocorre com a anistia, que somente se refere a fatos pretéritos, mantendo íntegra a norma penal incriminadora.⁴³ Além disso, também é importante mencionar que, com a anistia, são extintos todos os efeitos penais oriundos de uma sentença condenatória.⁴⁴ De resto, destaca-se que a competência para conceder anistia é da União (art. 21, inciso XVII, CRFB-88), por intermédio do Congresso Nacional (art. 48, inciso VIII, CRFB-88), e que há, ainda, a necessidade da extinção da punibilidade ser reconhecida pelo juízo de Execução Penal (art. 187, Lei de Execução Penal).

Já a graça e o indulto, por seu turno, são concedidos pelo Presidente da República (art. 84, inciso XII, CRFB-88)⁴⁵, e, em ambos, somente se extingue a punibilidade, permanecendo íntegros todos os demais efeitos da sentença penal condenatória. Desta forma, se uma determinada pessoa que tiver sido indultada ou agraciada cometer um novo crime, ela será considerada reincidente, se estiverem presentes os requisitos previstos no art. 64 do CP. Vale dizer que o que difere basicamente a graça do indulto é o fato que a primeira é concedida em caráter individual, ao passo em que o segundo beneficia um grupo de condenados.

Insta salientar, contudo, que existem crimes que não admitem a concessão de graça ou anistia, como os crimes hediondos ou os considerados assemelhados a estes, *ex vi* art. 5º, inciso XLIII, da CRFB-88.⁴⁶ O art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.072/90, também vedou a concessão de indulto em relação a estes mesmos crimes, dispositivo proclamado como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme faz prova o julgado abaixo transcrito:

⁴³ GONÇALVES, op. cit., p. 169.

⁴⁴ GRECO, op. cit., p. 783-784, faz a ressalva de que: “pela anistia o Estado renuncia ao *ius puniendi*, perdoando a prática de infrações penais que, normalmente, têm um cunho político. A regra, portanto, é de que a anistia dirija-se aos chamados crimes políticos. Contudo, nada impede que a anistia também seja concedida a crimes comuns”.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 785, sustenta que: “a graça e o indulto são da competência do Presidente da República, embora o art. 84, XII, da Constituição Federal somente faça menção a este último, subtendendo-se ser a graça o indulto individual”.

⁴⁶ Muito embora a tortura seja considerada um crime assemelhado ao hediondo, há o entendimento de que, para ela, é possível a concessão de indulto, em virtude da autorização contida no art. 1º, parágrafo 6º, da Lei nº 9.455/97.

Não ofende o art. 5º, XLIII, da CF ('a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos') decreto presidencial que exclui do benefício do indulto os condenados por crimes definidos como hediondos, na conformidade da Lei nº 8.072/90, uma vez que o indulto é modalidade do poder de graça do Presidente da República. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus* e confirmou a constitucionalidade da expressão 'e indulto' constante do art. 2º, I, da Lei 8.072/90, e, em consequência, reconheceu a legalidade do art. 8º, II, do Decreto 2.365/97. Vencido o Min. Marco Aurélio que - ao entendimento de que o art. 5º, XLIII, da CF não faz referência ao indulto, não podendo, assim, lei ordinária inserir restrição nele não contida -, deferia o *writ*, em parte, e declarava, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão mencionada da Lei 8.072/90, e reconhecia a ilegalidade do referido Decreto. Precedentes citados: HC 71.262-SP (DJU de 20.6.97); HC 73.118-RS (DJU de 10.05.96) e HC 74.132-SP (DJU de 27.9.96).⁴⁷

De resto, é importante mencionar que a Lei nº 9.455/97, no art. 1º, parágrafo 6º, permitiu a concessão de indulto somente em relação ao crime de tortura, o que, aliás, não conflita com a CRFB-88, uma vez que esta somente veda a concessão de graça e anistia para os crimes de tortura.

5. A COISA JULGADA E A EXECUÇÃO PENAL (UNIFICAÇÃO DE PENAS)⁴⁸

Uma vez proferida a sentença penal condenatória, deve-se passar ao início da execução, já que a finalidade desta seria a realização prática da sanção contida no título executivo judicial.⁴⁹ Contudo, observa-se que, comumente, o magistrado é novamente instado⁵⁰ a exercer atividade tipicamente cognitiva durante a execução. É o que ocorre, por exemplo, nos pedidos de autorização para saídas temporárias e, também, no incidente para a unificação das penas, o que interessa no presente estudo.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 77.528-AP. Relator: Ministro Sydney Sanches, 1999. [Diário de Justiça], Brasília, DF, 22 fev. 1999. p. 58.

⁴⁸ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Crimes contra a seguridade social. In: *Direito Previdenciário*. Coordenador-Geral da obra: Marcelo Leonardo Tavares. Niterói: Impetus, 2005. p. 272-274.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 407, esclarece que: "no processo penal, é absolutamente inimaginável um título executivo extrajudicial, diante do princípio *nulla poena sine iudicio*. E, mesmo nos casos em que não vigora tal princípio, como na transação penal, que resultará em uma pena restritiva de direitos ou multa (Lei nº 9.099/95, art. 76, *caput*), haverá um título executivo judicial, pois a aceitação da proposta 'será submetida à apreciação do juiz'".

⁵⁰ A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/86), no artigo 195, permite até mesmo que o próprio magistrado possa iniciar de ofício os procedimentos correspondentes às situações previstas nesta lei.

Dispõe o art. 66, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 7.210/84 que: “compete ao juiz da execução decidir sobre a soma ou unificação de penas”. De início, deve ser mencionado que o referido dispositivo peca ao confundir a pessoa física do “juiz” com “juízo”, este último entendido como o órgão integrante de determinado tribunal, que possui competência para a execução da sentença penal condenatória. Contudo, o alcance do referido dispositivo traz importantes conclusões para o presente estudo.

Exemplificando, é corriqueiro que uma determinada pessoa possa, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem os subseqüentes ser considerados uma continuação do primeiro. É o que o CP chama de “crime continuado”, no artigo 71, hipótese em que somente será aplicada a pena correspondente a um dos crimes, se idênticos, ou a mais grave, se diversos, aumentadas, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Vale dizer, ainda, que este sistema, em que somente se aplica a pena de um dos crimes e mais um determinado acréscimo, é uma forma, mais ou menos generosa, de limitar ou estreitar o rigor da cumulação aritmética, que, em dados momentos, pode gerar condenações astronômicas.⁵¹

Imagine, por exemplo, que determinado empregador tenha, durante o período compreendido entre 01/01/04 e 01/07/05, deixado de repassar à Previdência Social as contribuições descontadas dos seus empregados, no prazo e forma legais ou convencionais, praticando, assim, o comportamento indicado no art. 168-A, do CP, em continuidade delitiva. Pode ocorrer, por exemplo, que sejam instaurados dois inquéritos policiais para a investigação deste comportamento, o primeiro para apurar no período até 31/12/04 e o segundo para apurar as condutas praticadas em 2005, ambos gerando o oferecimento de denúncias simultâneas perante juízos criminais distintos e a prolação de duas sentenças penais condenatórias.

Nesta hipótese, o condenado estaria sendo prejudicado pela aplicação de duas sanções distintas, ambas com o acréscimo indicado no art. 71 do CP, embora pudesse ter sido condenado pela prática de somente um crime em continuidade delitiva. Assim, competirá ao juízo da execução, na forma do art. 66, inciso III, alínea “a”, da LEP, corrigir esta distorção, fazendo a unificação das referidas penas, aplicando-se somente a pena relativa a um dos crimes (não necessariamente o primeiro) e o acréscimo relativo à continuidade delitiva.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 717.

Verifica-se, portanto, que, nesta situação específica, o juízo da execução aparentemente estaria rompendo a coisa julgada formada em um dos autos da ação penal condenatória, ou até mesmo nas duas.⁵² Contudo, não é o que ocorre, pois o juízo da execução não irá funcionar como instância revisora do juízo da condenação, já que, em realidade, apenas fará a retificação dos erros de cálculo, ao ser provocado pela instauração do incidente processual de unificação de pena.⁵³ Desta forma, pode-se concluir que o art. 66, inciso III, alínea “a”, da LEP, não se traduz em exceção ao dogma da coisa julgada no processo penal, já que apenas estará sendo efetuada uma correção de erros de cálculo contidos na sentença, por meio de um procedimento deflagrado pelo legitimado interessado diretamente no juízo da execução.

6. CONCLUSÃO

Conforme já exposto anteriormente, o sistema jurídico positivo, que foi criado pelo Legislativo, aspira à imutabilidade, já que busca regular, de forma indefinida, uma determinada conduta social, de modo a possibilitar maior segurança. Por esta razão, também a prestação da tutela jurisdicional deve buscar esta mesma imutabilidade pretendida pelas leis, vez que a atividade principal do magistrado é zelar pela aplicação do Direito vigente. Logo, se é na sentença que o juiz concretiza a norma abstrata, nada mais natural que esta também se mostre imutável, o que se dá através do fenômeno da “coisa julgada”, um instituto que vem sofrendo lento e gradual desenvolvimento na História. No entanto, esta mesma “coisa julgada” não pode se transformar em mecanismo opressor, chancelador de injustiça, devendo ceder quando interesses supremos, como a liberdade da pessoa, são contrariados sob o pálio manto da manutenção de uma aparente segurança social. Daí a criação de mecanismos relativizadores na legislação Processual Penal, conforme acima demonstrado. Com estas palavras, enfim, encerra-se o presente estudo, que, muito embora seja extremamente sucinto, tem o escopo de tentar contribuir para o debate sobre estas intrincadas questões do Direito Processual Penal.

⁵² Seria a hipótese das duas sentenças penais condenatórias não terem reconhecido a continuidade delitiva. O juízo da execução excluiria uma condenação e incluiria o acréscimo da continuidade delitiva na outra.

⁵³ O CPC, aplicável subsidiariamente ao CPP por força do art. 3º deste último, dispõe exatamente neste mesmo sentido, em seu art. 463, inciso I: “ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais, ou lhe retificar erros de cálculo” (grifos nossos).

7. BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Reato*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1933.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Intituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volume I. Napoli: Nicola Jovene & C. Editori, 1933.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT, 1978.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Algumas considerações sobre a coisa julgada no Direito Processual Penal. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, nº 79, mar.-maio 2005.

_____. Crimes contra a seguridade social. In: *Direito Previdenciário*. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Niterói: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. (Coleção Pensamento Crítico).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. Volume 2: arts. 262 a 565 - Do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada: Ensaios e Pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. *A ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Texto, norma e valor: a evolução na Constituição Federal de 1988. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 23, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO PROCESSUAL PENAL. UM ESTUDO CRÍTICO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INOCÊNCIA E ACUSATÓRIO

Simone Schreiber

Juíza Federal da 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro;
Professora de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO;
Doutoranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

1. Introdução 2. Princípio da presunção de inocência. Análise do Habeas-Corpus nº 80.717-8-SP, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 13.06.2001 3. Princípio acusatório. Análise da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.517-6 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2, julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal respectivamente em 30.04.1997 e 12.02.2004 4. Conclusão 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

A posse de José Sarney, primeiro civil a ocupar a presidência da República após o regime militar de 1964, completou vinte anos. A partir desse evento iniciou-se o processo de reconstrução da democracia brasileira. Como parte dele, foi elaborada uma nova Constituição, promulgada em outubro de 1988.

Muita esperança foi depositada na nova Constituição. Sua promessa era constituir-se em instrumento para a construção de um país democrático, com instituições políticas sólidas, uma carta de direitos “pra valer”, e a superação de uma realidade social profundamente injusta e desigual. Não por acaso no Brasil, a partir da aprovação da Carta de 1988, consolidou-se um movimento de valorização do constitucionalismo e da Constituição, apostando-se em sua capacidade de conformar a realidade e de realizar os valores por ela consagrados.

Registre-se que a preocupação com a efetividade das normas constitucionais já existia na doutrina brasileira antes da promulgação da Constituição de 1988. As tipologias

formuladas por Meirelles Teixeira¹ e José Afonso da Silva², que classificavam as normas constitucionais por seus atributos de aplicabilidade, são apontadas como antecedentes da doutrina brasileira da efetividade. Luís Roberto Barroso dedicou-se ao tema em sua tese de livre docência, escrita em 1987, antes, portanto, da promulgação da Constituição³. Mas foi a partir de então que se intensificou a preocupação da doutrina em aclamar a força normativa da Constituição e em buscar a efetividade de suas normas (investigar se os efeitos por elas pretendidos realmente se produzem no mundo dos fatos)⁴.

A doutrina da efetividade do direito constitucional defende duas idéias básicas. Em primeiro lugar, propugna que todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, veiculam comandos que devem ser acatados e seu descumprimento deflagra mecanismos de imposição coativa. Ainda que se reconheça que algumas normas constitucionais dependam de atuação legislativa para se efetivarem, a própria Constituição prevê ações específicas contra a omissão do legislador que esteja impedindo o exercício do direito conferido por aquela norma.

Em segundo lugar, esta doutrina sustenta que a Constituição é o centro do sistema jurídico, hierarquicamente superior às demais normas, não só sob o aspecto formal, mas também material. Os valores por ela consagrados devem nortear a forma de interpretar e aplicar o direito infraconstitucional. Verifica-se a constitucionalização do ordenamento jurídico, entendida como um processo de impregnação daquele ordenamento pelas normas constitucionais⁵. Mesmo as normas constitucionais que veiculam princípios são dotadas de imperatividade, constatação que amplia consideravelmente o campo de atuação da Constituição, de modo que não restem espaços vazios, “livres” do direito constitucional⁶.

¹ TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 340-341: “A ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro é contemporânea da reconstitucionalização do país com a Carta de 1988, em uma intensa relação de causa e efeito. [...] A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias. Não se deve, contudo, subestimar o papel que tem desempenhado na restauração democrática brasileira. Sob sua vigência vem-se desenrolando o mais longo período de estabilidade institucional da história do país, com a absorção de graves crises políticas dentro do quadro da legalidade constitucional. É nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional”.

⁵ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49-73; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Para que tais idéias se realizem, entretanto, não basta aclamar a normatividade e a efetividade da Constituição. Algumas condições têm que estar presentes para que a Constituição possa realizar sua vocação de conformar a ordem jurídica subjacente. A par de condições estruturais, sem as quais não se concebe sequer um Estado constitucional, como a própria existência de uma constituição rígida, que não possa ser revogada por leis de hierarquia inferior, e de órgãos que exerçam a jurisdição constitucional⁷, outras são indicadas pela doutrina para determinar grau maior ou menor de efetividade⁸.

Um importante óbice a ser afastado para que se confira maior efetividade às normas constitucionais diz respeito à suposta incompatibilidade entre as noções de democracia e constitucionalismo, fruto da tensão entre o respeito à soberania popular (base da teoria democrática) e os limites substanciais à deliberação majoritária contidos na Constituição (constitucionalismo). A superação dessa tensão é possível quando se parte de uma concepção substancial de democracia, designada por alguns autores de democracia constitucional⁹.

⁶ GUASTINI, op. cit., p. 54-55. Ver também BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p. 340: “A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

⁷ GUASTINI, op. cit., p. 50-51.

⁸ Luís Roberto Barroso aponta quatro pressupostos indispensáveis à efetividade: senso de realidade, boa técnica legislativa, vontade política de tornar realidade os comandos constitucionais e o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência dos valores objetivos e direitos subjetivos constitucionais. In: *A doutrina brasileira da efetividade*. Mimeo, 2004. p. 14.

⁹ A respeito ver: FERRAJOLI, Luigi: Sobre la definición de “democracia”: una discusión con Michelangelo Bovero. In: *ISONOMIA*. n. 19, Alicante: Universidade de Alicante, 2003. E ainda, do mesmo autor: Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-28. Como observa Thiago Bottino do Amaral, “A ‘democracia constitucional’, de que fala Ferrajoli, consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, de modo que as leis dessem sua legitimidade a um processo de validação simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que animam a estruturação do Estado. Tais elementos correspondem ao núcleo duro das constituições, encontrando-se na esfera daquilo que não está submetido à maioria e nem mesmo à unanimidade dos cidadãos. Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem as normas substanciais que condicionam a validade substancial da produção legislativa. O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre das aporias que atingem o conceito meramente formal de democracia: a primeira aporia está na limitação imposta pelo princípio do Estado de Direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular; a segunda aporia está no fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado. Diante dessa perspectiva, torna-se necessária uma investigação que determine que elementos constitucionais desempenhariam a função de proteger a comunidade de seus próprios excessos, sem que isso significasse impedi-la de construir sua própria história e de exercer sua autonomia política”. In: AMARAL, Thiago Bottino do. Notas para um sistema punitivo democrático. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 801, 12 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 12 set. 2005.

A democracia não se apóia apenas em procedimentos que garantem a realização da vontade majoritária, mas sim na preservação de direitos fundamentais materiais que, apesar de limitarem o princípio majoritário, são concebidos como condições da própria democracia. Em vista disso, o papel a ser desempenhado pelo Judiciário dentro do regime democrático é o de invalidar eventuais deliberações majoritárias que violem aqueles direitos fundamentais.

A doutrina de que as normas constitucionais incidem de modo a guiar a interpretação e aplicação de toda a ordem jurídica mobilizou estudiosos de todos os ramos do Direito. O presente estudo tem por objeto a constitucionalização do Direito Processual Penal brasileiro. A Carta de 1988 foi pródiga na consagração de normas que disciplinam e limitam a atuação persecutória do Estado, e isso gerou a expectativa de que profundas mudanças no ordenamento seriam desde logo percebidas. O ativismo judicial na concretização das normas constitucionais ganha especial relevo no Direito Processual Penal, uma vez que a aplicação de pena a quem tenha cometido um crime implica na privação pelo Estado de direitos individuais indisponíveis como a liberdade e, excepcionalmente, a própria vida¹⁰.

No entanto, apesar do longo tempo decorrido desde a promulgação da Constituição, ainda não se alcançou a realização plena das normas constitucionais que deveriam nortear a atividade repressiva do Estado. A partir da percepção de que a indevida supervalorização das garantias constitucionais penais compromete a eficiência do sistema repressivo e contribui para agravar o problema da segurança pública que aflige a população, especialmente nos grandes centros urbanos, observa-se um discurso de relativização dessas garantias.

Novas formas de criminalidade - grupos criminosos com ramificações em diversos países e organização extremamente sofisticada - impõem a adoção de medidas repressivas que não podem ter sua eficiência comprometida por excessivas formalidades processuais. A crescente demanda por segurança justifica a renúncia, pela população,

¹⁰ Como observa Luigi Ferrajoli, “no tratamento penal manifesta-se - em estado puro e na maneira mais direta e conflitual - a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 168.

a direitos fundamentais até então considerados intangíveis. Identifica-se uma situação de emergência penal que autoriza a adoção de medidas repressivas pautadas, não no respeito a princípios, mas em um compromisso com resultados¹¹.

A par da discussão sobre se, de fato, a patente ineficiência do Estado em lidar com a questão da preservação da segurança pública guarda relação com supostos direitos excessivos do acusado no processo, ou com eventual exercício abusivo de tais direitos¹², a constatação dessa tendência na jurisprudência pátria põe na ordem do dia a reflexão sobre qual é afinal o papel do Judiciário em uma democracia constitucional, e mais especificamente, na concretização das normas constitucionais que balizam a atividade repressiva estatal.

Luigi Ferrajoli, ao desenvolver a teoria do garantismo penal, arrola dez axiomas que, uma vez presentes, significariam a existência de um modelo penal consensuado com o Estado de Direito¹³. À medida que se vão subtraindo os axiomas garantistas, têm-se modelos autoritários, identificando o autor nove sistemas na ordem do garantismo decrescente e do autoritarismo crescente¹⁴. Os dois extremos nessa tipologia são denominados de “modelo do Direito Penal mínimo” (que reúne todos os axiomas garantistas) e “modelo do Direito Penal máximo” (ausência de limites à atuação punitiva do Estado). Estes modelos extremos não são facilmente verificáveis empiricamente. Tanto assim, que é mais apropriado falar, no estudo de ordenamentos concretos, em uma tendência

¹¹ O discurso da emergência penal intensificou-se a partir dos acontecimentos havidos em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Em resposta aos atos terroristas, o congresso norte-americano aprovou o *USA Patriot Act*, prevendo medidas como a detenção de suspeitos pelo prazo de seis meses, prorrogáveis por igual período, a critério exclusivo do procurador-geral da República; supressão do direito do suspeito de entrevistar-se particularmente com um advogado de sua escolha; manutenção de regime de incomunicabilidade por tempo indeterminado; sujeição dos suspeitos de terrorismo a julgamentos sumários perante tribunais militares, dentre outras. A respeito ver: DWORKIN, Ronald. *The Threat to Patriotism. The New York Review of Books*. v. 49, n. 3, feb. 28, 2002. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/15145>>; VIANO, Emilio C. Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios: política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 52. São Paulo: RT, jan./fev. 2005.

¹² A suposta tensão entre as garantias processuais penais e o direito à segurança é criticada com propriedade por Fauzi Hassan Choukr: “Rigorosamente falando, o crime organizado, suas variantes e alarmantes conseqüências não foram causadas por qualquer dos direitos fundamentais. Suas soluções não passam, por certo, pela violação destes. [...] nenhuma das garantias do chamado *due process of law* é responsável pelo suposto fracasso no combate a essa forma de criminalidade. Obedecer aos princípios fundamentais [...] não significa compactuar com o caos propagandeado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 69.

¹³ São eles: A1 - *Nulla poena sine crimine* (retributividade); A2 - *Nullum crimen sine lege* (legalidade, nos sentidos estrito e lato); A3 - *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (necessidade); A4 - *Nulla necessitas sine injuria* (lesividade ou ofensividade do evento); A5 - *Nulla injuria sine actione* (materialidade); A6 - *Nulla actio sine culpa* (culpabilidade ou responsabilidade pessoal); A7 - *Nulla culpa sine judicio* (jurisdicionalidade); A8 - *Nullum judicium sine accusatione* (acusatoriedade ou separação entre juiz e acusação); A9 - *Nulla accusatio sine probatione* (ônus da prova); A10 - *Nulla probatio sine defensione* (contraditório e defesa). In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 74-75.

¹⁴ São eles: S1 (sem prova e defesa em sentido estrito); S2 (sem acusação separada); S3 (sem culpabilidade); S4 (sem ação); S5 (sem ofensa); S6 (sem necessidade); S7 (sem delito); S8 (sem juízo); S9 (sem lei). In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 78-79.

ao Direito Penal mínimo ou uma tendência ao Direito Penal máximo. O mais curioso é que essas tendências, embora opostas, são encontráveis em um mesmo ordenamento. Nas palavras de Ferrajoli:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores, e a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos.¹⁵

Essa dicotomia se verifica no Brasil. De um lado, a Constituição prevê amplo rol de princípios constitucionais penais e processuais penais, consagrando os axiomas garantistas enumerados por Ferrajoli. De outro, constata-se uma tendência no sentido do Direito Penal máximo, refletida não só na produção legislativa, mas também na atuação judicial.

No presente estudo, procederemos ao exame de três precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal, nos quais foi debatida a aplicação de princípios constitucionais em matéria processual penal (mais especificamente, o princípio da presunção da inocência e o princípio acusatório). A partir de tal pesquisa, empreenderemos uma análise crítica sobre como a Corte Constitucional, nesses julgamentos, desempenhou seu papel de conferir efetividade à Constituição no que tange a esse ramo do Direito.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ANÁLISE DO HABEAS-CORPUS Nº 80.717-8-SP, JULGADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 13.06.2001

Um dos princípios constitucionais de maior relevância é o da presunção de inocência. Embora somente tenha sido positivado na Constituição de 1988, tal princípio já era arrolado pela doutrina pátria dentre os princípios gerais que regiam o Direito Processual Penal¹⁶. A forma como está enunciado na Constituição¹⁷, entretanto, ensejou

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 83.

¹⁶ Em interessante precedente (RE nº 86.297-SP), o Supremo Tribunal Federal debateu a vigência e conteúdo do princípio da presunção de inocência sob a égide da Constituição Federal de 1969. Na ocasião, examinou-se a suposta inconstitucionalidade do art. 1º, item I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 05/70, que considerava inelegíveis para qualquer cargo eletivo os que respondessem a processo judicial pela prática de determinados crimes. Destaque para o voto vencido do ministro Leitão de Abreu, que discorreu longamente a respeito da necessária subordinação das normas ordinárias aos princípios fundamentais estabelecidos nas Declarações de Direitos, ainda que não consagrados expressamente na Constituição Federal. A tese que prevaleceu, todavia, explicitada no voto do ministro Thompson Flores, apesar de admitir a vigência do princípio, dava-lhe aplicação mais restrita, em vista do que a norma sob exame foi declarada constitucional.

¹⁷ Art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

por si mesma alguns debates a respeito do seu alcance. Isso porque não se repetiu a fórmula consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, nem a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Não está dito no texto constitucional que todo homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas, sim, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção da inocência, mas, sim, o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita.

De fato, a Constituição Federal Brasileira adotou a redação do art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948, a qual resultou de um movimento protagonizado por parte da doutrina italiana que defendia a restrição do alcance do princípio da inocência, com vistas a garantir a eficácia do processo penal¹⁸. Enrico Ferri sustentava que só se poderia admitir a presunção de inocência do delinqüente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e, mesmo assim, somente enquanto não se reunisse prova indiciária contra ele. A própria instauração do processo criminal autorizaria que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência¹⁹.

Vicenzo Manzini refuta com veemência o princípio, qualificando-o como absurdo, *“una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes*

¹⁸ A respeito do debate travado pelas escolas penais italianas sobre o princípio da presunção da inocência, de um lado a escola clássica, cujo expoente máximo era Francesco Carrara, e, de outro, as escolas positivista e técnico-jurídica, representadas por Enrico Ferri e Vicenzo Manzini, ver: TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

¹⁹ *“El positivismo criminológico, tan adepto a razonamientos empíricos, con desprecio da las previsiones normativas, llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia); para ellos, la hipótesis sólo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y, aun en ese caso, durante cierto periodo del procedimiento, porque el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre una persecución penal, revelan que al imputado no se lo presume inocente sino, antes bien, culpable”*. In: MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l., 2002. p. 492.

excesos las garantías individuales”²⁰. Para Manzini, considerando-se que as presunções são meios de prova indireta através dos quais se chega a determinado convencimento, absoluto ou relativo, com base na experiência comum, é impróprio falar em presunção de inocência. Isto porque, com base na experiência, não se pode afirmar que a maior parte dos imputados tenha sido declarada inocente ao final do processo. Ademais, a própria imputação se apóia em indícios previamente colhidos contra o processado, o que por si impede que ele seja presumido inocente. O princípio sustenta ainda que a presunção de inocência, tomada em todas as suas conseqüências, teria que levar, por exemplo, à abolição da prisão cautelar, e tornaria inócua a própria persecução criminal²¹.

É importante registrar que não se trata apenas de uma discussão semântica a respeito da propriedade de se utilizar o termo presunção no sentido técnico. O embate que se trava traduz, em verdade, duas diferentes concepções político-ideológicas da finalidade do processo penal e das garantias que devem cercar a persecução penal.

Para Manzini, a finalidade do processo penal é comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto. Ainda que seja relevante a tutela do interesse relativo à liberdade individual, devendo ser assegurado o direito de defesa a fim de evitar erros e arbitrariedades, não se pode confundir esse aspecto do processo com sua finalidade prevalente de realizar a pretensão punitiva do Estado.

Manzini opunha-se assim a Francesco Carrara, o qual partia da premissa de que o processo penal tinha como finalidade própria e específica a proteção dos inocentes em face da atuação punitiva estatal. Sua concepção de processo penal era construída em torno da idéia da presunção de inocência. Nas palavras de Jaime Vegas Torres, Carrara

²⁰ MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Volume I. Tradução do italiano de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. p. 255.

²¹ “*La degeneración de la máxima comenzó con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: ‘IX: Debiéndose presumir inocente todo hombre mientras no se lo haya declarado culpable, si su arresto hubiere sido declarado indispensable, debe ser reprimido severamente por la ley todo rigor que no sea necesario, para seguridad de su persona’. Pero qué razón puede haber para considerar indispensable el arresto de quien se presume ser inocente? Aunque hubiese un interés, el acto sería igualmente muy inicuo. Y, por tanto, es lógico lo que decía Roberpierre, en la Convención nacional de 1792 cuando se discutía si proceder o no contra Luis XVI: ‘Si, como se usa en los juicios, se lo debiera presumir inocente mientras no fuera condenado, todos nosotros seríamos reos’*”. MANZINI, op. cit., p. 254.

vê tal presunção como “*un principio estructurador que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto. Todo el proceso penal se pone al servicio de la presunción de inocencia*”²².

Com efeito, a consagração do princípio da presunção da inocência na Declaração de 1789 reflete uma nova concepção do processo penal defendida por pensadores iluministas em reação ao sistema persecutório que marcara o antigo regime, no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e ao tormento, com o fim de extrair dele a confissão. É nessa mudança de foco, em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e o alcance do princípio da presunção de inocência.

A partir dessa premissa, tornam-se irrelevantes as críticas calcadas unicamente na impropriedade terminológica de se presumir inocente aquele que está sendo processado criminalmente. E acaba por ser irrelevante a diferença que se pretende acentuar entre o texto contido na Declaração de 1789 e o dispositivo constitucional brasileiro²³.

De fato, ainda que a fórmula adotada pela Constituição de 1988 tenha sido engendrada na Itália pós-fascista, a partir das críticas capitaneadas pelas escolas

²² “El ‘postulado fundamental del cual parte la ciencia penal’ en sus estudios acerca del procedimiento, el principio del que han de derivarse todos los límites que las formas procesales imponen a la actividad punitiva estatal, no es otro que la presunción de inocencia. Esta presunción ‘se toma de la ciencia penal, que de ella ha hecho su bandera, para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculo al error, y, por consiguiente, de protección a aquel individuo’ [...] Así, en Carrara, el contenido de la presunción de inocencia alcanza su máxima amplitud: todos y cada uno de los momentos del proceso penal, todas y cada una de las reglas que lo disciplinan, encuentran su fundamento en la protección de la inocencia, de tal forma que la infracción de cualquiera de esas reglas se convierte en un ataque dirigido, en último término, contra la propia presunción de inocencia”. In: TORRES, op. cit., p. 22-23.

²³ Respondendo ao questionamento sobre se a presunção de inocência se consubstancia tecnicamente em uma presunção, aduz Helena Magalhães Bolina: “A qualificação jurídica do princípio da presunção da inocência não parece revestir importância essencial. Ele não se justifica por questões de técnica jurídica, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal”. In: Razão de ser, significado e conseqüências do princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1994, v. 70, p. 456. No mesmo sentido, MAIER, Julio B. J.: “‘Presumir inocente’, ‘reputar inocente’ o ‘no considerar culpable’ significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un ‘juicio previo’ para infligir una pena a una persona. [...] Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume - o debe asumir - la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde o extremo contrario”. In: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l., 2002. p. 491-492.

positiva e técnico-jurídica à presunção de inocência, é certo que na prática judiciária brasileira não se estabeleceu diferença entre os princípios da presunção de inocência e da desconsideração prévia de culpabilidade. O exame da jurisprudência de nossos tribunais superiores demonstra que nunca se pôs tal diferença como fundamento para restringir o campo de aplicação do princípio da presunção de inocência. Mais do que isso: as expressões presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade são utilizadas como se fossem sinônimas²⁴.

A doutrina arrola diversas aplicações do princípio da inocência. Neste estudo, trataremos da presunção da inocência como regra de tratamento²⁵. Em decorrência dessa dimensão do princípio estudado, deve ser dispensado, tanto ao investigado quanto ao réu, tratamento compatível com seu estado de inocente. A condição de investigado e de réu em processo criminal já traz, por si, indiscutível constrangimento. Em vista disto, todas as medidas restritivas ou coercitivas que se façam necessárias no curso do processo só podem ser aplicadas ao acusado na exata medida de tal necessidade.

Se houver várias formas de conduzir a investigação, deve-se adotar a que traga menor constrangimento ao imputado e que enseje a menor restrição possível a seus direitos. Uma eventual prisão anterior à condenação definitiva, por exemplo, deverá estar pautada em decisão judicial que indique quais circunstâncias presentes no caso concreto autorizam e recomendam a excepcional privação da liberdade do réu. O mesmo ocorre com outras medidas que impliquem a restrição de direitos fundamentais, como se observa da necessidade de que a quebra de sigilo bancário e de comunicação telefônica, ou ainda a busca e apreensão no domicílio do acusado, sejam precedidas de decisão judicial devidamente fundamentada²⁶.

²⁴ Os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça referem-se ao princípio da inocência: RHC nº 11.387/SP; HC nº 13.725/RJ; RHC nº 9.745/PR; RHC nº 8.167/SP. Já estes outros: RESP nº 304.521/SP; HC nº 32.491/MS; HC nº 16.541/SP; HC nº 28.177/MS - remetem ao princípio da não-culpabilidade. E estes últimos: HC nº 19.711/SP; RHC nº 15.139/SP; HC nº 30.186/SP; HC nº 31.662/RS; HC nº 33.457/SP - citam ambos como sinônimos. Todos os julgados citados tratam, contudo, do mesmo princípio. A reforçar o ora sustentado, veja-se ainda o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: "I. Prisão por pronúncia de réu já anteriormente preso: pressuposto de validade da prisão cautelar anterior. 1. Em princípio, se tem dispensado a motivação, na pronúncia, da manutenção da prisão preventiva anterior; com maior razão, se tem considerado suficiente que a pronúncia se remeta no ponto aos motivos da prisão cautelar que mantém. 2. Essa orientação pressupõe, contudo, a validade da prisão cautelar antes decretada (precedentes): se é nulo o decreto originário da preventiva, a nulidade contamina a prisão por pronúncia que só nela se fundar. II. Prisão preventiva: motivação inidônea. O apelo à preservação da "credibilidade da justiça e da segurança pública" não constitui motivação idônea para a prisão processual, que - dada a **presunção constitucional da inocência ou da não-culpabilidade** - há de ter justificativa cautelar e não pode substantivar antecipação da pena e de sua eventual função de prevenção geral". (HC nº 82.797/PR - Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE - julgamento: 01.04.2003 - DJ 02.05.2003 - Primeira Turma - Unânime).

²⁵ Para análise de outras aplicações do princípio da presunção de inocência, ver: GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In: GOMES, Luiz Flávio: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1999.

²⁶ O art. 2º da Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas (Lei nº 9.296/96) é um bom exemplo da excepcionalidade que deve pautar o deferimento de prova que implique em restrição a direito fundamental do imputado.

Quanto ao impacto da adoção do princípio da presunção da inocência pela Constituição Federal sobre o instituto da prisão cautelar, de início chegou-se a sustentar que o art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, revogara o instituto da prisão cautelar. No entanto, tal tese foi logo rechaçada pelo Poder Judiciário, inclusive sob o fundamento de que a própria Constituição Federal referiu-se à prisão em flagrante (modalidade de prisão processual), à liberdade provisória e à fiança (institutos correlatos), respectivamente nos incisos LXI, LXVI, XLIII, XLIV, do artigo 5º²⁷. Ademais, a compatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão processual decorre da própria enunciação original do princípio na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que se refere à possibilidade, ainda que excepcional, de detenção do imputado, o que inclusive ensejou a crítica de Manzini, já exposta acima.

Firmou-se então o entendimento de que a presunção de inocência não impede a decretação das chamadas prisões processuais (prisão em flagrante, temporária, preventiva, e prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, todas previstas em lei). Não obstante, o princípio exige que o juiz demonstre a ocorrência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) para autorizar a decretação da custódia cautelar. Isto significa que não são compatíveis com a norma constitucional as prisões processuais obrigatórias, quais sejam, as que decorrem de forma automática de determinado evento processual, ou ainda do cometimento de crimes graves.

Feitas tais considerações sobre o princípio da presunção da inocência, passemos à análise do julgamento do Habeas-Corpus nº 80.717-8/SP, impetrado em favor do ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), Nicolau dos Santos Neto, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence e julgado pelo plenário do STF em 13.06.2001.

O paciente estava sendo processado criminalmente perante a Justiça Federal de São Paulo, acusado de se apropriar indevidamente de vultosa importância proveniente do orçamento da União (R\$ 169 milhões) destinada à construção do foro trabalhista de São Paulo²⁸. Sua prisão preventiva havia sido decretada em dois processos distintos pelo

²⁷ Nesse sentido: HC nº 67.707, relatado pelo ministro Celso de Mello e julgado unânime pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 07.11.1989 (julgamento unânime).

²⁸ Os crimes imputados a Nicolau dos Santos Neto foram os seguintes: evasão de divisas sem autorização, manutenção não declarada de depósitos no exterior, lavagem de dinheiro de origem criminosa, estelionato contra entidade de direito público, quadrilha, peculato e corrupção passiva.

juiz de primeiro grau, sob o fundamento de que a custódia do réu se fazia necessária à garantia da ordem pública, tendo sido invocado ainda o art. 30 da Lei nº 7.492/86²⁹, em vista da magnitude da lesão causada³⁰.

A questão subjacente ao julgamento está no conteúdo do conceito de garantia da ordem pública e na interpretação conforme a Constituição Federal do art. 312 do Código de Processo Penal, bem como do art. 30 da Lei nº 7.492/86, já referido, em face da eficácia normativa do princípio da presunção de inocência.

A prisão foi decretada para resguardar a “credibilidade e a respeitabilidade das instituições”, que teriam sido abaladas pelas circunstâncias que envolveram o fato, bem como pela vultuosidade da importância desviada. Destacou o juiz que a ordem pública não se traduzia, “tão só, na necessidade de coibir a prática de novos delitos, mas também na premência de se restaurar aqueles atributos imprescindíveis para o funcionamento das instituições públicas, seriamente comprometidas por condutas perpetradas por altas autoridades integrantes das mesmas, acarretando-lhes sérios prejuízos materiais e imateriais”.³¹

Foi invocada ainda a repercussão negativa dos fatos na opinião pública, decorrente da publicidade opressiva que envolveu o caso, como justificativa para a decretação da prisão preventiva com o fim de garantir a ordem pública.³² Finalmente, outra circunstância considerada no julgamento foi a fuga empreendida pelo paciente após a decretação de sua prisão preventiva. Isso porque sua captura havia mobilizado aparatos policiais nacionais e internacionais, já que o paciente fugira para o exterior. Ademais, o Estado não logrou prendê-lo, tendo o próprio magistrado se entregado espontaneamente, após negociar sua rendição.

²⁹ *Verbis*: “Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei 3689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada”.

³⁰ O habeas-corpus em questão tinha objeto mais amplo, mas apenas a questão envolvendo a prisão preventiva do réu será examinada aqui, por sua pertinência com o princípio constitucional da presunção de inocência.

³¹ A decisão está transcrita no relatório exarado pelo ministro Sepúlveda Pertence, relator do Habeas-Corpus.

³² Tal alegação foi apresentada pelo Ministro Costa Leite, autoridade impetrada no Habeas-Corpus em questão, e consta do relatório exarado pelo ministro Pertence.

Vê-se que o propósito da prisão, no caso, foi o de preservar a credibilidade do Poder Judiciário perante a opinião pública, dando uma resposta rápida à indignação do público com os fatos, em razão da pessoa e das cifras envolvidas. A fuga do paciente não fora invocada como fundamento pelo juiz de 1º grau, pois se deu posteriormente ao decreto de prisão. O ministro Sepúlveda Pertence votou no sentido de conceder a ordem para cassar os decretos de prisão preventiva, por entender que seus fundamentos violavam o princípio da presunção da inocência.

Aduziu o ministro que a prisão preventiva só poderia conviver com o princípio da presunção da inocência quando fosse fundada em motivos cautelares concretamente verificados. Diante do princípio constitucional, o sacrifício da liberdade individual só se justificaria em face de interesses de relevância constitucional, não se podendo fundar no interesse da repressão de crimes, o que significaria equiparar a prisão preventiva à antecipação da aplicação da pena que adviria de uma condenação.

Sepúlveda observou que a doutrina faz objeções à prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, pois tal instituto tem natureza de medida de defesa social, e não propriamente de caráter cautelar. Mas, ainda para os que admitem a constitucionalidade da prisão por garantia da ordem pública como medida de defesa social (medida de prevenção especial cujo objeto é obstar que o acusado prossiga cometendo crimes), tal prisão não se justificaria na hipótese sob exame. Isso porque o paciente já se encontrava aposentado, afastado da administração de recursos públicos e, por força das medidas da cautela patrimonial impostas no processo, impossibilitado de gerir sua própria fortuna, fosse de origem lícita ou ilícita. Ressaltou o ministro que o propósito invocado no decreto de prisão - exemplaridade para resguardo das instituições - não se coadunava com o princípio da inocência³³.

³³ “Onde se vislumbrou a necessidade de garantir a ordem pública, como visto, foi no interesse de ‘resguardar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas’, afetadas pelos delitos imputados ao paciente - na ‘presidência de um dos mais respeitáveis tribunais do país’ - e aos seus comparsas. Mas, data venia, esse propósito de exemplariedade para resguardo das instituições da República - por mais respeitável e compreensível nas circunstâncias do escândalo - ultrapassa, além de toda a medida do razoável, o âmbito da legitimidade constitucional na prisão preventiva e constitui escancarada utilização do processo como forma de antecipação da sanção penal. [...] ‘O apelo à exemplariedade, como critério de decretação da custódia preventiva’ - acentua, entre nós, por exemplo, Magalhães Gomes Filho - ‘constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*’. ‘Essa incompatibilidade’ - aduz - ‘se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia da justiça sumária’” (Trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence).

No tocante à fuga posterior à decretação da prisão, Pertence invocou jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal no sentido de que a fuga empreendida após a decretação da prisão preventiva cuja legalidade está sendo questionada pelo réu não tem o dom de validar o decreto de prisão, se este não se pautar em fundamentos idôneos.

O voto do ministro Sepúlveda Pertence, entretanto, não prevaleceu. A maioria dos ministros considerou legítimos os fundamentos invocados para a decretação da prisão, entendimento capitaneado pela ministra Ellen Gracie, autora do voto condutor. A ministra pautou seu entendimento no elevado vulto da lesão aos cofres públicos e na hierarquia dos envolvidos, o que por si só acentuaria a gravidade dos fatos e justificaria a prisão preventiva para resguardar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas³⁴. O fato de o réu ser um juiz foi considerado por si só relevante para justificar a custódia cautelar, pois a sociedade tem o direito de esperar dos juízes uma conduta ética e ilibada³⁵. A fuga do réu, apesar de posterior à decretação da prisão preventiva, se consubstanciaria em motivo idôneo para a preservação da prisão, em vista da capacidade demonstrada pelo réu de furtar-se à ação da polícia³⁶.

³⁴ “São graves, talvez mais graves os prejuízos causados à credibilidade das instituições, que mesmo o alcance econômico perpetrado. Por isso, a justificativa de resguardo da ordem pública presente em ambos os decretos, assume, no caso, uma densidade acentuada. Julio Fabbrini Mirabete discorre sobre a prisão preventiva para garantia da ordem pública da seguinte forma: ‘o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma da execução do crime, a conduta do acusado antes e depois do ilícito e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. A simples repercussão do fato, porém, sem outras conseqüências, não se constitui motivo suficiente para a decretação da custódia, mas está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, ou quando denuncia na prática do crime perversão, malvez, cupidez e insensibilidade moral’” (Trecho do voto da ministra Ellen Gracie).

³⁵ “A serem comprovados os indícios apontados, os fatos atribuídos ao paciente contradizem de forma gritante as pautas de comportamento que a sociedade tem o direito de esperar de seus magistrados. [...] Os juizes devem ser considerados pelas partes pessoas confiáveis, merecedoras de respeito e crédito, pois integram um estamento diferenciado da estrutura estatal. Espera-se de cada juiz seja fiel à normativa de regência de sua conduta, sobretudo em relação aos preceitos éticos subordinantes de seu comportamento. Por isso é que as falhas cometidas pelos juizes despertam interesse peculiar e são divulgadas com certa ênfase pela mídia. Tais infrações não atingem exclusivamente o infrator. Contaminam toda a magistratura e a veiculação do ato isolado se faz como se ele fora conduta rotineira de todos os integrantes da carreira” (Idem).

³⁶ “[...] a escapada só teve conclusão após meses de infrutíferas buscas e consideráveis despesas, com a movimentação do aparato policial encarregado de sua captura. Ao empreender tal fuga o paciente deu demonstração cabal de sua quase inesgotável fonte de recursos materiais e de conexões e de infraestrutura que lhe permitiram manter-se a salvo de toda a considerável investida persecutória das polícias estaduais e federal, bem como da Interpol, também mobilizada. Nem é demais lembrar que o paciente, afinal “apresentou-se espontaneamente” quando, onde e nas condições que estabeleceu, dando farta demonstração da quase absoluta impotência das autoridades diante da ardisidade com que se movimentava” (Trecho do voto condutor da ministra Ellen Gracie).

Vê-se assim que, ao julgar o Habeas-Corpus nº 80.717-8-SP, o Supremo Tribunal Federal, diante de um caso rumoroso, considerou o interesse da opinião pública e a indignação repercutida nos meios de comunicação de massa como causas legítimas para a decretação da custódia cautelar do réu no processo criminal. Ao sustentar que a manutenção da liberdade do réu durante o processo colocaria em risco a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas, o STF afirmou, embora o dizendo de outra forma, que a boa imagem das instituições perante a opinião pública dependeria da demonstração de que os fatos noticiados não ficariam impunes, mesmo porque a punição seria instantânea, prescindindo da apuração da responsabilidade penal através do devido processo legal.

Apesar da advertência contida no voto vencido do ministro Sepúlveda Pertence, de que não estaria demonstrada a necessidade concreta de se manter preso o réu no curso daquele processo, motivo pelo qual a manutenção da custódia implicaria em violação do princípio constitucional da inocência, o voto condutor referiu-se ao princípio *en passant*, apenas para ressaltar que a presunção de inocência se coadunava com aquela restrição “desde que presentes os requisitos postos em lei para sua imposição”.

Considero o caso paradigmático para demonstrar a má aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, de um princípio constitucional garantidor de direitos individuais no campo do Direito Processual Penal. A contraposição dos argumentos contidos nos votos vencido e vencedor é bastante elucidativa. O voto vencedor não explicitou satisfatoriamente o conteúdo do princípio da presunção de inocência, a fim de refutar com propriedade a alegação de que teria sido violado. Considerações a respeito da gravidade e repercussão dos fatos imputados ao réu embasaram o decreto de prisão, tendo o voto condutor se preocupado apenas em fixar o alcance da expressão *garantia da ordem pública*, constante do enunciado do art. 312 do Código de Processo Penal. A principal crítica a ser feita ao julgado é ter esvaziado o debate constitucional a respeito da eficácia normativa de um princípio para pautar a interpretação dos dispositivos legais subjacentes.

3. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.517-6 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.570-2, JULGADAS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESPECTIVAMENTE EM 30.04.1997 E 12.02.2004

O princípio acusatório³⁷ propugna que as funções de acusar e de julgar sejam exercidas por órgãos distintos e independentes, de modo a garantir que o julgamento da lide penal seja proferido por um juiz imparcial, que não tenha se envolvido com a atividade de acusação. A esta acepção do princípio agrega-se ainda a imprescindibilidade da defesa, também cometida a um sujeito distinto dos demais. Isso porque a imparcialidade do juiz não decorre somente de ele não ter desempenhado no processo atividades próprias da acusação, mas do fato de decidir munido de elementos trazidos pelas duas partes, sob o contraditório, colocando-se equidistante de ambas³⁸.

Extrai-se o princípio acusatório do enunciado contido no art. 129, I, da Constituição Federal, o qual comete ao Ministério Público, privativamente, a função de promover a ação penal pública. Partindo da premissa de que um mesmo dispositivo pode

³⁷ A doutrina distingue princípio e sistema acusatório. O primeiro refere-se especificamente à atribuição das atividades de acusar, defender e julgar sujeitos diferentes no processo. O segundo indica um modelo específico de processo penal, congregando não só o princípio acusatório, mas também outros elementos, como: reconhecimento do acusado como sujeito de direitos, contraditório, publicidade, oralidade, paridade de armas, princípio da inocência, a imputação de um fato certo delimitando o objeto do processo, livre convencimento na valoração das provas, legitimidade popular do juiz, etc. Estes elementos contrapõem o sistema acusatório ao inquisitório, no qual o inquisidor conduz a investigação, formula a acusação, colhe a prova, e profere a sentença; o acusado é objeto de investigação e não sujeito de direitos; o procedimento é sigiloso, a defesa não é efetiva, não se presume a inocência do acusado, a aplicação de pena não decorre do cometimento pelo réu de um fato determinado tipificado como criminoso, mas, sim, da necessidade de expiação de um mal, corporificado na pessoa do réu; prevalece o sistema de provas legais, com destaque para a relevância atribuída à confissão extraída através do tormento; a jurisdição é exercida por delegação do monarca, etc. A respeito, ver: GOMES, Luiz Flávio. As garantias mínimas do devido processo criminal. In: PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad*. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). *El proceso penal: sistema penal y derechos humanos*. México: Porrúa, 2000. p. 3-24. Para uma interessante análise do processo inquisitório, a partir do julgamento e condenação à morte do escritor português Antônio José da Silva pelo Santo Ofício, em 1739, ver MORAES, Evaristo de. *Cárceles e fogueiras da inquisição*. Rio de Janeiro: Athena Editora [s.d.].

³⁸ “Sendo assim, a natureza verdadeiramente acusatória de um princípio processual constitucional demanda, para verificar-se, não só a existência de uma acusação (mesmo os procedimentos inquisitoriais podem conviver com uma acusação) mas tanto e, principalmente que esta acusação revele uma alternativa de solução do conflito de interesses penal oposta à alternativa deduzida no exercício do direito de defesa, ambas, entretanto, dispostas a conformar o juízo ou solução da causa penal. Em outras palavras, ambas, acusação e defesa, surgem como propostas excludentes de sentença. Tal conformação só admitirá a influência das atividades realizadas pela defesa, se o juiz, qualquer que seja ele, não estiver desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo. Por isso, a real acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais manteve-se, durante todo o tempo, equidistante” In: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 128.

conter diversas espécies normativas, dependendo a construção do conteúdo da norma do processo de interpretação do texto (ou da atividade do intérprete)³⁹, pode-se afirmar que o enunciado do art. 129, I, não explicita apenas uma regra organizacional que fixa uma das atribuições do Ministério Público. Ele contém uma norma-princípio que se irradia sobre o ordenamento infraconstitucional, conformando-o.

Também é possível extrair o princípio acusatório da norma do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. O princípio do devido processo legal está relacionado ao conceito de julgamento justo (*fair trial*). Apesar de ser possível identificar em suas dimensões substantiva e procedimental campos distintos de atuação, o devido processo legal sempre traz subjacente a idéia de refrear interferências injustas, arbitrárias ou desarrazoadas nos bens tutelados. O Estado pode, através de seus órgãos, a fim de realizar os fins públicos, impor restrições aos bens individuais mais relevantes. No entanto, não pode fazê-lo arbitrariamente. O escopo do *due process* é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados.

O Direito Processual Penal sempre se revelou um campo fértil para a exploração das potencialidades da cláusula do devido processo legal. Tanto na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, quanto na de nosso Supremo Tribunal Federal, os casos pioneiros em que foram explicitadas as garantias decorrentes do princípio referiram-se a processos criminais⁴⁰. Isso se pode explicar pela relevância dos bens sob risco (liberdade, vida) e também pelo fato de a relação processual se estabelecer mais comumente entre o Estado (autor) e o indivíduo (réu).

Essa relação desigual no processo (Estado no exercício do *jus puniendi versus* indivíduo na iminência de ser privado de direitos fundamentais) moldou o conteúdo do *due process* na seara penal, conferindo-se maior proeminência aos direitos do réu,

³⁹ “[...] a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete - o texto normativo ou dispositivo - constitui uma mera possibilidade de direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”. In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 16.

⁴⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 34. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 167. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do devido processo legal, firmada após a Constituição de 1988, refere-se preponderantemente às matérias criminal e administrativa. Em sede de Direito Processual Civil, em regra o STF não aprecia supostas violações ao devido processo legal em razão do entendimento já consolidado de que o desrespeito a regras processuais configura, quando muito, ofensa indireta à Constituição, que não autoriza a interposição de recurso extraordinário (AI n° 455.881 - Agr, Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 2.12.03, DJ 6.02.04, unânime; RE n° 354.874 - Agr, Carlos Britto, Primeira Turma, j. 2.12.03, DJ 13.02.04, unânime). Merece registro posição divergente do ministro Marco Aurélio (v.g, RE n° 242.064-1, j. 14.11.00, DJ. 24.08.01. Primeira Turma, maioria).

relacionados não somente à ampla defesa (conjugação da defesa técnica e da autodefesa, indisponibilidade da defesa técnica) e ao contraditório, podendo ser enumerados os seguintes direitos: proteção contra a instauração de procedimentos investigatórios e processos criminais sem o respaldo em um mínimo suporte probatório; atribuição do ônus da prova à acusação, sem prejuízo do amplo direito da defesa de produzir provas; vedação de condenação pautada em prova ilícita; direito de permanecer calado e privilégio contra a auto-incriminação; direito de ser processado pelo promotor natural e julgado pelo juiz natural; separação entre as funções de acusar e julgar, a fim de assegurar a imparcialidade do juiz, etc⁴¹.

Como já consignado acima, o processo informado pelo princípio acusatório é um processo de partes, com perfeita separação das funções de acusar, defender e julgar. A Constituição de 1988, ao consagrar tal princípio, aboliu alguns procedimentos ainda previstos na legislação infraconstitucional, nos quais o processo penal era instaurado de ofício pelo juiz ou pela autoridade policial, independentemente da atuação do Ministério Público⁴². Essa era de fato a manifestação mais evidente da permanência de características dos processos inquisitórios no ordenamento positivo brasileiro. E não há quem sustente a manutenção de tais regras diante da nova Constituição.

No entanto, não se esgota aí a aplicação do princípio acusatório. Um debate, que até hoje permanece, diz respeito à possibilidade de o juiz determinar a produção de provas que considere relevantes para o esclarecimento dos fatos, independentemente

⁴¹ O devido processo legal não garante apenas a observância de um processo ordenado segundo a lei. Suas conseqüências normativas são bastante variadas. Apesar de comumente tal princípio incidir através de regras que ordenam os procedimentos, o devido processo legal incide também: 1. para invalidar regras processuais com ele incompatíveis; 2. para, independentemente da mediação de regras, ordenar determinado procedimento, sempre que não houver uma ordenação legal, ou ainda quando a regulação daquele procedimento não for apta a realizar o fim propugnado pelo princípio; 3. para informar a interpretação das regras processuais, ou seja, diante de mais de uma interpretação possível, deve ser priorizada aquela que melhor realize o fim propugnado pelo princípio; 4. finalmente, o devido processo legal atua como sobreprincípio, informando a interpretação de princípios constitucionais correlatos que possuem maior grau de concretização (sub-princípios), como ampla defesa, contraditório, juiz natural, vedação de prova ilícita, etc. Em matéria processual penal, o Supremo Tribunal Federal já extraiu do princípio do devido processo legal o privilégio contra a auto-incriminação (HC nº 79.812-8-SP - Rel. Celso de Mello - Pleno - j. 8.11.00 - DJ 16.02.01 - unânime), o direito ao julgamento célere (HC nº 80.379/SP - Rel. Celso de Mello - Segunda Turma - j. 18.12.00 - DJ 25.05.01 - unânime), o direito a não ser submetido a uma perseguição penal não razoável (HC nº 82.941-4/RJ - Rel. Sepúlveda Pertence - Primeira Turma - j. 16.03.03 - DJ 27.06.03 - unânime), a relativização do princípio da isonomia processual, com convalidação de sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, mas apenas em favor do réu (HC nº 80.263-0 - Rel. Ilmar Galvão - Pleno - j. 20.02.03 - DJ 27.06.03 - maioria), e o direito a que o juiz não realize atos investigatórios, o que comprometeria sua imparcialidade, o que nada mais é do que extrair da norma do devido processo legal o princípio acusatório (ADI nº 1.570-2-UF - Rel. Mauricio Corrêa - Pleno - j. 12.02.04 - DJ 22.10.04 - maioria). Este último julgado será examinado mais detidamente nesse trabalho. Para um estudo da eficácia normativa dos princípios jurídicos, ver: ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴² Por serem incompatíveis com o princípio acusatório, o art. 531 do Código de Processo Penal e a Lei nº 4.611/65, que previam a instauração do processo através de auto de prisão em flagrante, portaria da autoridade policial ou do juiz nas contravenções penais e nos crimes de lesão corporal culposa e de homicídio culposo, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

da iniciativa de qualquer das partes. Subjacente a tal debate, está a questão da busca da verdade no processo penal, que resumiremos a seguir⁴³.

O Estado detém o monopólio do direito de punir aquele que tenha cometido um crime, e tal punição só poderá ser validamente imposta após o devido processo legal. No curso do processo, é feita a apuração dos fatos imputados ao réu, da situação que os motivou, das circunstâncias em que ocorreram, de modo a aferir a responsabilidade de seu autor, se o réu merece ser condenado pelo crime que lhe é atribuído, e qual será a medida de sua punição.

A reconstituição dos fatos é fundamental à realização do objeto do processo penal. O esforço empreendido na busca da verdade é um dever do Estado perante a sociedade, decorrente de ter reservado para si o poder-dever de punir, pois há uma justa expectativa de que os fatos sejam desvendados e a lei seja adequadamente aplicada⁴⁴.

Em vista disso, sustenta-se que o processo penal é regido pelo princípio da verdade real, ou seja, por cuidar de interesses indisponíveis para ambas as partes (o jus puniendi do Estado versus o direito de defesa e de liberdade do acusado), o juiz não deve contentar-se com as provas produzidas por iniciativa das partes, ou não deve julgar de acordo com a verdade que sobressaiu no processo como resultado das diligências requeridas por cada parte, mas deve determinar de ofício a produção de provas necessárias para apurar o que realmente ocorreu.

⁴³ Outro debate atual sobre a eficácia normativa do princípio acusatório se refere à possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, em vez de requisitá-las à autoridade policial. A discussão é travada sob duas perspectivas. A primeira delas é se, de *lege lata*, o Ministério Público possui tal atribuição. Para alguns, a atividade investigativa está cometida implicitamente ao Ministério Público e decorre de seu status de *dominus litis*. Para outros, é imprescindível que tal atribuição seja fixada por lei. A segunda perspectiva indaga se conferir tal função ao Ministério Público é compatível com o princípio acusatório. Há autores que sustentam que o princípio acusatório impõe a separação da atividade investigativa (atribuída à polícia) e a função de acusar. Isso porque o órgão do Ministério Público que realiza a investigação não terá isenção suficiente para avaliar se, de fato, o conjunto probatório produzido é idôneo para arrimar a denúncia. Assim, apesar de o Ministério Público ser parte no processo (não estando em jogo, portanto, a exigência de imparcialidade), algumas particularidades de sua atuação (por exemplo, a possibilidade de promover o arquivamento do inquérito ou, ainda, de requerer a absolvição do réu) indicam que o órgão busca no processo um julgamento justo e não a condenação do réu a qualquer custo. Em vista disso, defende-se a tese de que vedar ao Ministério Público a realização da investigação criminal contribui para um processo penal mais garantidor dos direitos individuais (ou mais garantista, para usar a expressão de Ferrajoli). Ver a respeito: FILHO, Antônio Evaristo de Moraes. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 19. p. 105-110.

⁴⁴ “[...] a busca da verdade processual traduz um valor, que legitima a atividade jurisdicional penal. Ainda que a obtenção dessa verdade possa ser limitada pelos diversos fatores antes apontados, não se poderia conceber uma sentença *justa* que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos [...]”. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 54. No mesmo sentido, BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 29.

Não obstante, ainda que a busca da verdade seja imprescindível à realização da justiça penal, o Direito Processual Penal moderno é marcado pela superação do mito de que é possível reconstituir a chamada verdade real, por dois motivos. Em primeiro lugar, porque “o emprego do termo ‘verdade material’, ou ‘real’, ou ‘substancial’, melhor se acomoda ao aspecto filosófico da verdade, em cuja sede se requer a reconstituição absoluta do fato, em detalhes ou com minúcias indissociáveis, que, embora podendo ser verificada de forma excepcional num determinado caso concreto, é mesmo rara no processo penal”⁴⁵. Em segundo lugar, porque “o processo penal é presidido por insuperável regra moral que submete o descobrimento da verdade a rigorosos princípios éticos. Certo é que a lisura moral e a ética efetivamente impõem restrições à busca da verdade e até formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a reconstituição fiel e integral dos fatos. Esse é o preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes”⁴⁶.

Aqui se insere a discussão sobre a iniciativa probatória do juiz no processo penal. Em decorrência do princípio acusatório, não é função própria do juiz determinar de ofício a produção de provas, substituindo-se às partes. O dever do Estado de buscar a verdade deve ser desempenhado pelo órgão incumbido da acusação, o Ministério Público, e não pelo juiz. O processo acusatório se funda na perfeita distinção entre a natureza dos atos praticados pelas partes (postulatórios) e dos praticados pelo juiz (que exerce um papel de moderador e forma seu convencimento a partir do diálogo estabelecido entre as partes). Tal princípio não se aplica apenas à postulação em sentido estrito, mas conforma também a atividade de instrução. Aquele que toma a iniciativa de introduzir determinada prova no processo já está psicologicamente comprometido com uma das versões do fato, cuja veracidade deseja demonstrar. Por isso, a iniciativa probatória do juiz no processo penal compromete sua imparcialidade e põe em risco o julgamento justo⁴⁷.

⁴⁵ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 36. No mesmo sentido, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 44.

⁴⁶ BARROS, op. cit., p. 37.

⁴⁷ “A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar. [...] Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução dos meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão da acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quando ao poder do próprio juiz iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que o afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 158).

O debate sobre a iniciativa instrutória do juiz e sua compatibilidade com o princípio acusatório teve assento no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.517-6, pelo plenário do STF em 30.04.97, e, ainda, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2, em 12.02.04. Ambas as ADIs impugnavam o art. 3º da Lei nº 9.034/95, dispositivo que, dentre os novos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, atribuía ao juiz a realização de diligências investigatórias, antes mesmo da instauração do processo penal⁴⁸. Tal dispositivo seria inconstitucional, uma vez que a realização de diligências investigatórias pelo próprio juiz comprometeria sua imparcialidade, e violaria o princípio do devido processo legal e o princípio acusatório.

No julgamento da ADI-MC nº 1.570-2, o Supremo Tribunal Federal refutou tais alegações, negando a suspensão liminar do dispositivo legal impugnado, com base nos seguintes argumentos: 1) a adoção de medidas excepcionais se justifica no combate ao crime organizado; 2) se os juízes podem determinar a realização de diligências, nada obsta que as empreendam pessoalmente; 3) as atividades de investigação criminal não constituem monopólio das autoridades policiais. Não há por que vedar sua atribuição aos juízes, pois estes são responsáveis pela tutela dos direitos e garantias constitucionais; 4) não há violação do devido processo legal, pois a lei impugnada prevê o acesso das partes às provas que foram objeto da diligência, garantindo, assim, a ampla defesa e o contraditório; 5) a colheita de provas não compromete a imparcialidade do juiz, pois colher provas não é o mesmo que valorá-las, o que será feito após o contraditório e motivadamente⁴⁹.

⁴⁸ Dispõe o art. 3º da Lei nº 9.034/95: “Art. 3º - Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc. § 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação. § 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. § 5º Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça”. O art. 2º, III, desta lei, em sua redação originária (alterada posteriormente pela Lei nº 10.217/01), dispunha: “em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.”

⁴⁹ A decisão foi tomada por maioria, tendo sido vencidos os ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Esse julgado é relevante para análise por dois motivos. Em primeiro lugar, porque contém uma visão bastante restritiva do conteúdo do devido processo legal (reduzido ao contraditório e à defesa), e demonstra total incompreensão da relevância da separação das funções de investigar, acusar e julgar, que constituem a base do processo acusatório, como já explicitado.

Em segundo lugar, porque legitima a norma excepcional com fundamento num discurso de emergência penal: a gravidade do quadro de criminalidade, aliada à sofisticação do crime organizado que a lei pretende reprimir, justifica a adoção de medidas excepcionais, como esta de atribuir aos juízes a apreensão de documentos e dados pessoalmente⁵⁰. No entanto, não se faz um exame da adequação da medida restritiva ou excepcional (que quebra o sistema acusatório) para se alcançar a propalada eficiência no combate ao crime organizado. Em que exatamente tal medida contribuiria para uma maior eficiência do aparelho repressivo?

O voto condutor do ministro Maurício Correa apóia-se essencialmente no exame da literalidade da norma do art. 144 da Constituição Federal. Apesar do termo “com exclusividade” utilizado no artigo, a atribuição de funções de polícia judiciária aos órgãos de segurança pública não impede que, excepcionalmente, outros órgãos possam realizar diligências investigatórias. Sendo assim, porque não os juízes?⁵¹

Na ADI nº 1.570-2, relatada também pelo Ministro Maurício Correa, o STF alterou radicalmente o entendimento expresso na ADI-MC nº 1.517-6. Ao examinar a constitucionalidade do mesmo art. 3º da Lei nº 9.034/95, impugnado sob os mesmos argumentos,

⁵⁰ “Acentue-se, antes de mais nada, que a Lei 9.034/95 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado, que hoje em dia se espalha pelo mundo afora como verdadeira praga, daí o mecanismo legal visando conter a sua progressão, na área do território pátrio” (trecho do voto condutor do ministro Maurício Correa).

⁵¹ “Competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária. Querer elevar à condição de processo inquisitorial ou à inovação do juiz de instrução, mera diligência a ser efetuada pelo Juiz, na apuração do deplorável crime organizado, a meu ver é ir longe demais. É extremismo que não se compatibiliza com a realidade das normas impugnadas que apenas traçam comportamento especial para o magistrado em situação excepcional [...] Assim como essas quadrilhas se organizam com todo um instrumental moderno e sofisticado, penetrando inclusive na intimidade do poder, é mais do que justificável que também o Estado se apreste no sentido de buscar meios ágeis e eficientes, em defesa da sociedade, que é a vítima maior do alastramento desse mal, sem que com isso se extraia que haja qualquer violação ao sistema constitucional” (idem).

a corte considerou que a atribuição de atividade investigatória ao juiz subvertia princípios constitucionais relevantes, como o do devido processo legal e o acusatório⁵².

À primeira vista, a mudança de entendimento do Supremo a respeito da constitucionalidade da atribuição de funções investigatórias ao juiz poderia ser interpretada apenas como um festejado amadurecimento da questão, decorrente do tempo que intermediou o primeiro e o segundo julgamentos. Poder-se-ia argumentar também que os dois julgados sob exame são exemplificativos de uma tendência observada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de se abster de declarar precipitadamente a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle abstrato, permitindo que se instaure o debate nas instâncias inferiores, local onde se procede ao exame da aplicação da lei no mundo dos fatos, para, só então, munido desses elementos, decidir sobre sua compatibilidade com a Constituição.

Apesar disso, as ADIs nº 1.517-6 e 1.570-2 despertam especial interesse no presente estudo sobre a efetividade da Constituição no âmbito do Direito Processual Penal. Isso porque, no primeiro julgado, é patente a permeabilidade do Supremo Tribunal Federal ao discurso de emergência penal. Veja-se que as argumentações deduzidas nos votos condutores das ADIs nº 1.517-6 e 1.570-2, ambos da lavra do Ministro Maurício Correa, são antagônicas, no que tange à questão constitucional subjacente. Num e noutro julgado afirmam-se peremptoriamente teses opostas a respeito da compatibilidade do art. 3º da Lei nº 9.034/95 com o princípio acusatório.

A necessidade da adoção de medidas excepcionais para conter a criminalidade em uma situação de emergência tem papel de destaque nos motivos da primeira decisão, o que evidencia o propósito de afastar o “óbice constitucional” à aplicação da lei cujo objeto é tornar mais eficiente a repressão penal ao crime organizado⁵³. Na segunda

⁵² “Quanto à alegação de que teria sido violado o princípio do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), observa-se que o artigo 3º da Lei 9034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique comprometido por idéias preconcebidas, pondo em risco a imparcialidade de sua decisão. Penso que não. Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade. [...] Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil. Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador” (trecho do voto condutor do ministro Maurício Correa).

⁵³ Veja-se um trecho do dispositivo do voto condutor do ministro Maurício Correa na ADI nº 1.517-6: “Diante do exposto, pelo menos neste exame preliminar, não me convenço que a fumaça do bom direito comprometa a indicada conveniência da manutenção das normas impugnadas, pela sua alta destinação visando ao desmantelamento das quadrilhas organizadas, que já começaram a constituir em pesadelo para a sociedade e o Estado”.

decisão, o ministro relator destaca em seu relatório que a lei sob exame teria tido sua eficácia comprometida em face de sua inconstitucionalidade, tanto que, no curso dos anos, vinha sendo “pouco ou nada aplicada pelo Poder Judiciário”. Diante da constatação de que a medida especial introduzida pela Lei nº 9.034/95 não havia surtido o efeito esperado de auxiliar no desmantelamento do crime organizado, o exame de sua constitucionalidade é feito sob uma nova perspectiva. Os precedentes cotejados contrapõem a aferição da legitimidade de determinada medida repressiva com base, no primeiro caso, em resultados e, no segundo, em princípios.

4. CONCLUSÃO

A doutrina da efetividade do Direito Constitucional propugna que todas as normas constitucionais, mesmo as normas-princípios e as que demandem intermediação legislativa para serem efetivadas, são dotadas de imperatividade. Além disso, que a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico não se traduz apenas em superioridade hierárquica formal. Há uma supremacia material a impor que toda ordem jurídica deve ser “lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”, para usar as palavras de Luís Roberto Barroso.

No presente trabalho, procurou-se apontar algumas dificuldades na efetivação da Constituição no que tange aos princípios constitucionais que balizam a atividade persecutória do Estado. Procedeu-se à análise de três julgados do Supremo Tribunal Federal, que debateram a aplicação de princípios constitucionais basilares em matéria criminal, o princípio da inocência e o princípio acusatório. A eleição desses julgados ocorreu por serem ilustrativos de uma tendência, diagnosticada por autores como Luigi Ferrajoli, de esvaziamento ou relativização de direitos fundamentais em matéria penal em nome de uma suposta necessidade de contenção da impunidade e de uma maximização do direito de segurança.

No Habeas-Corpus nº 80.717-8/SP, a declarada preocupação em dar uma rápida satisfação à opinião pública a respeito de gravíssimos fatos imputados a um integrante da cúpula do próprio Poder Judiciário legitimou a decretação de prisão cautelar, ainda que não tivesse sido demonstrada a imprescindibilidade da prisão anterior à condenação penal. O voto condutor optou por não aprofundar o debate a respeito do conteúdo do princípio constitucional cuja violação fora argüida, atendo-se a discutir o significado da expressão garantia de ordem pública, contida no art. 312 do Código de Processo Penal.

Já na ADI-MC nº 1.517-6, afirmou-se peremptoriamente que o cometimento de funções investigatórias ao juiz, antes mesmo da instauração do processo, não comprometeria sua imparcialidade e não violaria o princípio acusatório. O voto condutor exaltou de forma enfática a necessidade de adoção de medidas excepcionais para combater o crime organizado, e centrou sua análise no significado do termo *com exclusividade*, constante do art. 144, parágrafo 1º, IV, da Constituição, para concluir que os juízes poderiam, também, realizar atos de investigação criminal. A alteração do entendimento do STF externada na ADI nº 1.570-2, embora mereça encômios, apenas acentuou a permeabilidade de nossa Corte Constitucional ao discurso de emergência penal, acarretando a não-efetivação de um princípio constitucional para invalidar legislação que o contrariava claramente no primeiro julgamento.

Cláudio Pereira de Souza Neto, em precioso artigo doutrinário, faz uma crítica à forma como o Supremo Tribunal Federal maneja as classificações formais das normas constitucionais para aferir sua efetividade. Demonstra o autor que a nossa mais alta corte, quando quer deixar de aplicar a Constituição, rotula a norma invocada de “programática” ou de “norma de eficácia limitada” e omite a dimensão política dos motivos que embasam a decisão. Ele propõe, em decorrência, que o Judiciário passe a pautar suas decisões explicitamente em razões de cunho filosófico-político e ressalta que não está se referindo à “má política ordinária”, mas, sim, à “política constitucional, que encontra sua fonte primordial nos princípios constitucionais fundamentais”⁵⁴.

Muito embora Cláudio Neto centre seu artigo na proposta de estabelecimento de critérios materiais que norteiem a atividade interpretativa para conferir efetividade a determinados direitos sociais, os quais, pelos critérios formais tradicionais, não seriam auto-aplicáveis, o debate por ele proposto presta-se à reflexão sobre a efetivação dos direitos fundamentais relacionados à perseguição penal.

⁵⁴ “De fato, o que parece ser decisivo para o STF, em todos esses casos, é uma reflexão que se situa no *campo político-material*. Os argumentos formais são, não verdade, utilizados como artifícios de garantia do minimalismo que caracteriza as decisões do Tribunal, na medida em que desoneram-no de explicitar a dimensão eminentemente política que lhes é subjacente. Restam, diante dessa constatação, duas posturas possíveis: a) ou se contesta a legitimidade de qualquer juízo político e, em decorrência, se continua a propugnar por uma metodologia jurídica positivista, alicerçada exclusivamente nos aspectos formais da norma; b) ou se reconhece que a hermenêutica constitucional envolve necessariamente uma atividade judicial construtiva, em cujo cerne se situam razões de cunho filosófico-político, e se defende - no bojo do movimento contemporâneo de idéias, tendente à reinserção da razão prática na metodologia jurídica - a possibilidade de se validar essas razões como argumentos de fundamentação das decisões judiciais”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298-299.

De fato, constatamos nos julgados acima relatados que o STF, apesar de explicitar razões de caráter político ao negar a aplicação de princípios constitucionais (combate à impunidade, necessidade de dar pronta satisfação à opinião pública, combate ao crime organizado), preocupa-se em dar uma roupagem técnica às suas decisões (investigação do significado semântico de algumas expressões, como “garantia de ordem pública” ou “com exclusividade”).

Em vista disso, há também nesta seara imprescindível “a retomada dos discursos de fundamentação dos direitos humanos, com o respectivo estabelecimento de critérios materiais norteadores da atividade interpretativa”⁵⁵. A partir desse instante, seria possível comprometer o Judiciário com a prevalência de determinadas normas, justamente pelo fato de elas consagrarem valores essenciais à realização dos direitos humanos. No Direito Criminal, isso não significa negar ao Estado o exercício de seu poder de persecução penal, mas, sim, afirmar a superioridade axiológica das normas que garantem aos indivíduos que a persecução penal será realizada em consideração aos direitos fundamentais irrenunciáveis, respeitado o devido processo legal e assegurado o julgamento justo. Tais premissas, se adotadas, colaborarão com toda certeza para a realização da vocação de nossa Constituição: irradiar-se por todo o ordenamento e conformar uma ordem jurídica democrática, justa e pautada no respeito aos direitos fundamentais.

⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 300.

5. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Thiago Bottino do. Notas para um sistema punitivo democrático. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 801, 12 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 12 set. 2005.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 16.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

_____. *A doutrina brasileira da efetividade*. Mimeo, 2004.

BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e conseqüências do princípio da presunção de inocência (art. 32°, n° 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 70. Coimbra, 1994.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DWORKIN, Ronald. The Threat to Patriotism. *The New York Review of Books*. v. 49, n. 3, feb. 28, 2002. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/15145>>.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. Sobre la definición de “democracia”: una discusión con Michelangelo Bovero. *ISONOMIA*. n. 19, Alicante: Universidade de Alicante, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In: GOMES, Luiz Flávio: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, s.r.l., 2002.

MORAES, Evaristo de. *Cárceres e fogueiras da inquisição*. Rio de Janeiro: Athena Editora, [s.d.].

MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. O Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.


TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba em el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

VIANO, Emilio C. Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios: política criminal tras el 11.09.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 52. São Paulo: RT, jan./fev. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). *El proceso penal: sistema penal y derechos humanos*. México: Porrúa, 2000.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



Sentenças e decisões

GESTÃO FRAUDULENTA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, CAPUT, DA LEI Nº 7.492/86. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. CRIME DE PERIGO CONCRETO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS E CONCURSO DE CRIMES

Ana Paula Vieira de Carvalho
Juíza Federal da 6ª Vara Criminal

Trata-se de trecho de sentença prolatada por este juízo, na qual é reconhecida a natureza de delito de perigo concreto ao crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, através de uma interpretação conforme a Constituição do aludido dispositivo legal. Nesta linha, exige-se que o juízo de tipicidade se subordine não apenas à verificação de ato fraudulento praticado pelo administrador de instituição financeira à frente da gestão, mas também à constatação de efetivo perigo ao bem jurídico tutelado - Sistema Financeiro Nacional - dele decorrente.

Partindo-se desta premissa, é ainda abordada a problemática do conflito aparente de normas, quando o ato fraudulento se apresenta à primeira vista como subsumível a mais de um tipo penal, delineando-se, posteriormente, as hipóteses em que seria admissível o concurso de crimes.

AÇÕES PENAIS

PROCESSOS Nº: 99.0046981-0, 2000.51.01.509046-0 e 99.0048111-9

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: CINTHIA COSTA E SOUZA e OUTROS

SALVATORE ALBERTO CACCIOLA

FRANCISCO LAFAIETE DE PÁDUA LOPES

[...]

8. DA GESTÃO FRAUDULENTA DO BANCO MARKA

8.1 *Dos fatos*

Segundo narra a denúncia, a gestão fraudulenta do Banco MARKA por SALVATORE CACCIOLA teria como fundamento as seguintes constatações: alavancagem excessiva da instituição, aumentada em 25% através da assunção das posições do fundo

Stock Máxima no dia 13/01, mesmo após o anúncio da desvalorização cambial naquele mesmo dia; aumento artificioso do ativo do Banco MARKA, inclusive através da superavaliação de um terreno transacionado com a empresa uruguaia FINANCIERA KALECOR S/A; concordância com saques realizados nos fundos MARKA-Nikko por pessoas ligadas ao Banco MARKA, e que portanto detinham informações privilegiadas e, finalmente, tentativa de substituição do balanço de 1998, fazendo retroagir os prejuízos de janeiro de 1999 ao balanço do ano anterior.

Passemos, pois, a apreciar a prova referente a cada um destes fatos, pretensamente caracterizadores de gestão fraudulenta.

8.1.1 Da alavancagem do Banco MARKA e sua operação com o Fundo Stock Máxima

A operação envolvendo o Banco MARKA e o fundo Stock Máxima, no dia 13/01, já foi objeto de análise no item 5 desta sentença, tendo sido constatado que gerou a remessa de cerca de treze milhões de dólares para as contas de SALVATORE CACCIOLA no exterior.

Não há, pois, necessidade de aqui repetir toda a prova transcrita acima, valendo apenas repisar as conclusões de que, com esta manobra, CACCIOLA logrou salvar cerca de treze milhões de dólares às custas do erário, sem que precisasse comprovar o destino dos valores, e que os passivos em Chicago apurados pela fiscalização do Banco Central - justificativa apresentada por sua defesa para a operação - giravam em torno de meros cento e oitenta mil dólares.

Já quanto à alavancagem do Banco, que representa uma relação entre as posições assumidas nos contratos no mercado de derivativos e o patrimônio líquido do mesmo, sustenta o Parquet que uma análise do valor dos contratos (inicialmente 9.000 contratos de dólar futuro, de cem mil dólares cada um, aos quais posteriormente se somaram os 2.300 adquiridos do fundo Stock Máxima), se tomado em consideração um patrimônio líquido de R\$68.000.000 (sessenta e oito milhões de reais) do Banco MARKA (fls. 76 do apenso 22), levaria a um grau de alavancagem de mais de vinte vezes o valor deste patrimônio líquido.

A temeridade desta gestão é evidente, como bem salienta o aludido laudo, às fls. 76:

“Com a elevação de sua posição vendida, cada centavo de dólar norte-americano que variasse positivamente contribuía com ajustes nas margens na ordem de R\$ 11 (onze) milhões.

Como o dólar já era negociado a R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos), nos dias seguintes o ‘MARKA’ teria de honrar ajustes na ordem de R\$ 93 (noventa e três) milhões (11.300 contratos x 100.000 dólar/contrato x R\$ (1,32 - 1,23764), enquanto que o patrimônio líquido da instituição, em 31.12.1998, era de R\$ 68 (sessenta e oito) milhões”.

No mesmo sentido, a prova testemunhal:

“(…) que era pacífico que o banco MARKA operava com um grau de alavancagem muito elevado; que, quanto ao banco FONTECINDAM, recorda-se que o grau de alavancagem era bem menor e que havia muito dinheiro nos fundos”.

(Depoimento de Arminio Fraga Neto, fls. 2145).

Pretende a defesa, porém, que a conclusão sobre alavancagem, para fim de análise do grau de risco em que teria incorrido o MARKA com as operações, deva tomar em conta apenas o histórico de variação da banda cambial no momento do fechamento da operação (alegações finais de SALVATORE CACCIOLA, fls.2468 e segs), ou ainda os limites de variação da banda cambial então vigente.

Desta idéia retira a conclusão de que se o dólar era, em virtude das regras vigentes, um ativo de baixa volatilidade, ou seja, que apresentava pequena margem de variação de preços, por força do sistema de bandas adotado, as aplicações do Banco MARKA não seriam temerárias ou excessivamente arriscadas.

Semelhante tese soa como um estratagema para iludir incautos.

Como já salientado acima no item 3, o mês de janeiro de 1999 foi marcado por extremo nervosismo no mercado de câmbio, havendo na época fundado receio de mudança da política cambial e desvalorização significativa do real frente ao dólar.

Neste sentido, os depoimentos supra:

“(…) que o Brasil tem sofrido crises cambiais ao longo dos últimos anos; que a crise se agravou a partir da segunda metade do ano de 1998, em grande medida em função do problema na Rússia, mas também por força da degradação da própria economia brasileira;

que a crise foi reduzida em dezembro de 1998, por conta do acordo com o Fundo Monetário; que a crise voltou a se tornar intensa na primeira quinzena de janeiro de 1999; que entende que houve uma percepção dos agentes de mercado de que aquele pacote e o acordo com o FMI não resolveriam os problemas brasileiros; que havia uma percepção geral de que algo deveria ser mudado e que provavelmente esta mudança se daria no regime e na política cambial; (...) que a alavancagem deve tomar em conta o grau de risco das aplicações da instituição; que considera que em dezembro de 1998 e janeiro de 1999 as operações com câmbio eram operações de risco; que assim considera porque havia expectativa de mudança significativa na taxa de câmbio".

(Depoimento de Reinaldo Gonçalves, fls. 2186 e 2189).

"(...) que o depoente vinha acompanhando a situação econômica do Brasil em 1998 e janeiro de 1999; que já no final de 1998 o depoente vinha percebendo a situação cambial brasileira como insustentável; que o custo de manutenção daquela política de câmbio praticamente fixo era muito alto, sendo certo que as reservas cambiais vinham diminuindo paulatinamente; que indicavam a possibilidade de mudança na política cambial não só a queda nas reservas como a necessidade de negociação com o FMI para sustentar aquela política cambial; que entende que o acordo com o FMI não foi um fator suficiente para reverter as expectativas negativas em relação à insustentabilidade daquele sistema de câmbio; que a própria continuação de queda das reservas cambiais indicava que os agentes econômicos e financeiros, em sua maioria, não acreditavam na manutenção do sistema; (...) que já havia uma pressão por dólares anteriormente à implementação do sistema e esta pressão continuou após a implementação do sistema de bandas; que não teria os dados precisos a respeito das perdas de reservas naquele período, mas se recorda de ser um período de nervosismo generalizado; (...) que o nível das reservas cambiais em dezembro de 1998 era ligeiramente inferior, ao que se recorda, a 40 bilhões de dólares; que entende o depoente que já antes da primeira quinzena de janeiro de 1999 havia um ataque especulativo ao real, o que podia ser percebido com a redução das reservas; que considera que o ataque sofrido pelo real naquele momento era um ataque de grande magnitude, em vista da velocidade com que as reservas estavam caindo; que indagado se havia efetivamente necessidade de implementar a mudança ocorrida com a banda diagonal endógena, considerando a expectativa de inflação zero para 1999, aumento do PIB, nível das reservas cambiais e empréstimo com o FMI, respondeu que o indicativo mais preciso de que havia necessidade de mudança, em vista da insustentabilidade do sistema, era a queda nas reservas cambiais".

(Depoimento de Carlos Greenhalgh de Cerqueira Lima, fls. 2336 e 2343).

A desvalorização do real não foi, portanto, um acontecimento “inesperado”, como pretende a defesa de CACCIOLA, ou um “raio em céu azul”, como bem lembrado pela testemunha Aloísio Teixeira, e a possibilidade de ruptura demandaria, de qualquer administrador prudente, uma estratégia que permitisse a proteção do patrimônio da instituição ante as mudanças receadas.

É justamente este risco de ruptura, de mudanças significativas, que tornava as aplicações na área de câmbio tão arriscadas, permitindo fosse o ativo qualificado como altamente volátil, como explica a testemunha Armínio Fraga:

“(...) que a análise que fez a respeito da alavancagem do banco MARKA leva em conta a volatilidade do ativo considerado naquela operação, ou seja, do dólar; que havia uma expectativa de aumento da volatilidade do dólar, que veio num crescendo desde a crise Russa; que, por esta razão, pode dizer que havia uma possibilidade de ruptura, o que permite considerar como alta a alavancagem decorrente da análise a respeito da volatilidade; que a volatilidade efetiva era baixa, em virtude do sistema de câmbio adotado; que, todavia, em função da ansiedade em relação a uma possível mudança no sistema, havia risco de mudança em relação à forma de encarar esta volatilidade do ativo”.

(grifo nosso, Depoimento de Armínio Fraga Neto, fls. 2150).

“(...) que acredita que era alta a volatilidade do dólar em janeiro de 1999; que certamente as operações com câmbio eram operações de risco; que volatilidade é o oposto de estabilidade; que a possibilidade de alta do dólar transformava este ativo em um ativo volátil; (...)”.
(Depoimento de Carlos Francisco Theodoro Machado Ribeiro de Lessa, fls. 2243).

Assim, definitivamente não era razoável um volume de posições que implicasse em mais de vinte vezes o valor do patrimônio líquido da empresa no delicado contexto do mercado de câmbio de janeiro de 1999.

Argumenta a defesa que, inexistindo na época norma do Banco Central reguladora da alavancagem em operações de câmbio, não poderiam as operações realizadas ser consideradas irregulares.

A tese é equivocada. Como pode ser claramente percebido, ela se funda na premissa errônea de que a conclusão sobre a temeridade de uma operação, para fim

de caracterização do crime previsto no art. 4º, p. único da Lei 7492/86, dependeria de prévia violação de regras administrativas.

Ora, se é verdade que esta espécie de regra tem como função eliminar dúvidas quando da análise de hipóteses fronteiriças, evitando arbítrio ou subjetivismo na apreciação da situação concreta e bem demarcando a licitude de condutas a elas obedientes, é também verdadeiro que a ausência de regramento, quando decorrente de omissão do órgão regulador, não forja, para o juiz penal, a conclusão de regularidade de toda e qualquer conduta realizada pelo administrador da instituição financeira.

Logo, muito embora inexistissem, na época, normas do Banco Central reguladoras do limite de alavancagem em operações com câmbio, seria ainda assim possível enxergar nesta forma de atuação (alavancagem de 20 vezes o patrimônio líquido do banco) temeridade inconcebível na gestão da instituição financeira.

Por fim, sobre a alegação de que as operações com juros do Banco MARKA poderiam funcionar como hedge das operações no mercado de dólar futuro, assim informa o Banco Central:

“d.10 - não se pode afirmar que as posições de contratos futuros de dólar do Banco MARKA S/A estavam ‘hedgeadas’, porque as posições por ele mantidas não protegeram seu patrimônio.

A noção de hedge, desde seu surgimento até hoje, vem sendo ‘flexibilizada’, o que muitas vezes deturpa o conceito original. Pela definição clássica, as estratégicas (sic) de ‘hedge’ visam proteger uma empresa das flutuações de mercado dos preços e taxas. Assim sendo, o empresário busca trocar um fluxo de caixa incerto, por um fluxo livre das oscilações de mercado (por exemplo temos os agricultores que negociam futuros para garantirem receitas futuras livres da flutuação da cotação dos respectivos commodities).

Atualmente, este conceito foi estendido até para as atividades financeiras especulativas. Neste caso é comum o empresário, que se posiciona de acordo com suas expectativas, assumir uma posição negativamente correlacionada com aquela decorrente de sua expectativa, a fim de compensar, de alguma forma, prejuízos inesperados. A estratégia adotada pelo Banco MARKA, ainda que esta tenha sido a intenção de seus diretores, não surtiu qualquer efeito nesse sentido”.

(Ofício/2000/03862/DEJUR/GABIN-Bacen, fls. 1234 do processo n.º 2000.5101509046-0).

Reconheço, portanto, a temeridade incontestável da postura assumida pelo Banco MARKA no mercado de dólar futuro em janeiro de 1999.

8.1.2 Do aumento artificialioso do ativo do Banco MARKA

O aumento artificialioso no ativo do Banco MARKA vem noticiado no apenso 12, mais especificamente às fls. 22, 23 e 24, conforme passo a transcrever:

“VI. 1 - VALORES A RECEBER ORIUNDOS DA VENDA DE TERRENO

59. No dia 31.03.95 uma empresa uruguaia, *Financiera Kalecor S/A* adquiriu um terreno de propriedade da empresa *MARKA PCI Ltda.*, então subsidiária do Banco *MARKA S/A*, para pagamento a prazo.

60. Nesta operação a propriedade transacionada foi superavaliada, o que gerou um resultado fictício, via *MEP*, aumentando artificialmente o Ativo do Banco *MARKA S/A*. Dada a relevância dos fatos, bem como a complexidade de toda a operação, suas etapas foram ordenadas cronologicamente, para melhor compreensão:

- **30.08.94:** promessa de compra e venda envolvendo dez lotes situados no Recreio dos Bandeirantes (RJ) celebrada entre a *MARKA PCI* (compradora) e a *Cronus Empreendimentos Imobiliários*;
- **31.08.94:** compra definitiva, com registro no RGI, pelo valor total de R\$ 2,8 milhões. Não existe laudo de avaliação;
- **30.03.95:** A *MARKA PCI* (controlada pelo Banco *MARKA*), integralizou o capital da empresa uruguaia *Montbel S/A* com o referido terreno, passando a controlar a recém criada subsidiária no exterior;
- **30.03.95:** a *MARKA PCI* integralizou o capital da *Galking International Corporation* (empresa do Sr. *CACCIOLA*) com as cotas da *Montbel*;
- **31.03.95:** A *Galking* vende as ações da *Montbel* para a *Financiera Kalecor S/A* (empresa de pessoas estranhas ao grupo *MARKA*, ligada à empresa *500 SLC Empreendimentos Imobiliários Ltda.*) pelo valor de R\$ 9.721.971, a ser pago em sessenta parcelas mensais a vencerem a partir do segundo ano da assinatura do instrumento em questão. Neste caso foi elaborado um laudo datado de 29.03.95;
- **24.12.96:** o Banco *MARKA* aumentou o capital da *SACRE Comércio Exterior* integralizando este aumento com as cotas da *MARKA PCI*;
- **10.12.97:** a *SACRE* transferiu para a *Holon* as cotas da *MARKA PCI*;
- **04.02.99:** dada a total inadimplência da *Kalecor*, foi assinada a rescisão do contrato de compra e venda de ações assinado entre a *Galking* e a *Kalecor*, tendo, desta forma, retornado a *Montbel* à *Galking*;
- **05.02.99:** o terreno foi vendido pela *Galking* por US\$ 700 mil. Todavia, não temos qualquer documento acerca desta operação (laudo, escritura), ensejando requisição da documentação que formalizou tal transação, bem como sua liquidação financeira.

61. De acordo com os diretores da MARKA, entre 31.03.95 e 24.12.96 o terreno teve o gabarito para construção limitado pela Prefeitura em função do Morro do Rangel estar tombado. Descobrimos, posteriormente, que apenas quatro dos dez lotes poderiam estar nesta situação, conforme laudo de avaliação que reavaliou o terreno. Desta forma, requisitamos, também o Ato da Prefeitura que redefiniu tal gabarito. Todavia, a vistoriada alegou impossibilidade para atender-nos, afirmando que o fará assim que for 'humanamente possível' (fls. 390). Já reiteramos as requisições referentes a tal pedido (fls. 391/392).

62. A relevância deste episódio repousa no fato de ter havido clara superavaliação de ativo a fim de aumentar artificialmente o PL da instituição, conforme informado verbalmente pelo Sr. Salvatore Alberto CACCIOLA ao DEFIS no dia 13.01.99”.

(Relatório de Fiscalização do BACEN, Apenso 12 do Inquérito Policial n.º 25/99, fls. 22/24).

Trata-se, sem dúvida, de episódio nebuloso, havendo fundada suspeita de superavaliação do terreno.

Todavia, para que este episódio fosse considerado como comprovado nestes autos, servindo assim de suporte para uma condenação por gestão fraudulenta, seria imperiosa uma avaliação do bem, realizada por peritos oficiais, posteriormente sujeita ao contraditório.

O que se faz no referido processo administrativo do BACEN, cujas cópias se encontram no apenso 12, é simplesmente chamar atenção para esta suspeita, sendo certo que mesmo em âmbito administrativo seria necessária uma melhor apuração do ocorrido, como aliás é sugerido no item 6.3, *in verbis*:

“63. Dada a gravidade dos fatos, este, bem como seus aspectos nebulosos, estão sendo melhor apreciados em processo separado, no qual será analisada a pertinência de instauração de processo administrativo com vistas à melhor apuração do ocorrido. Por isso não acostaremos qualquer documento relativo à matéria aos presentes autos”.

(Relatório de Fiscalização do BACEN, Apenso 12 do Inquérito Policial n.º 25/99, fls. 24).

Não há como, pois, apenas com base no aludido relatório de fiscalização, dar como comprovada a superavaliação denunciada.

Já quanto à imputação referente ao aumento artificial do patrimônio do Banco MARKA em 10 milhões de reais, prevista no último parágrafo de fls. 13 da denúncia, foi reconhecida a inépcia parcial da inicial, conforme se vê no item 1 deste *decisum*.

8.1.3 Dos saques nos fundos MARKA Nikko

Os saques ocorridos nos fundos MARKA-NIKKO logo após a desvalorização cambial constituem, também, questão de fato incontroversa neste feito.

Assim os descreve a fiscalização do Bacen:

“Observou-se que nos dias 13 e 14.01 os diretores do Banco MARKA e pessoas físicas e jurídicas ligadas aos mesmos realizaram saques, conforme demonstrado na planilha a seguir (fls. 20 do Apenso 05), e nos documentos em anexo: resgates dos fundos em 13.01.99 (fls. 354/402) e resgates dos fundos em 14.01.99 (fls. 403/472). Estes relatórios também comprovam os demais saques efetuados neste dia. Com relação aos saques mencionados, pode-se até fazer inflexões a respeito da questão ética, pois os dirigentes tinham perfeita noção do grau de exposição dos fundos, no entanto, não há registro de agressão às normas que disciplinam a matéria, principalmente porque foram também aceitos saques por parte dos demais clientes, fato comprovado nos extratos dos referidos fundos e nos mapas apresentados ao longo deste trabalho. Porém, os saques após o dia 14.01.99 foram suspensos em função da própria da volatilidade do mercado”. (Apenso nº 05 do Inquérito Policial nº 25/99, fls. 19).

Não sendo questionada sua ocorrência, a análise sobre seus efeitos jurídicos será feita no item 8.2.

8.1.4 Da tentativa de substituição do balanço

Por fim, a última imputação referente à gestão fraudulenta seria a de que CACCIOLA teria, com o auxílio de sua diretora Cinthia Costa, tentado substituir o balanço de dezembro de 1998, de forma a reconhecer retroativamente as perdas decorrentes da desvalorização cambial de janeiro de 1999.

Às fls. 84 *usque* 88 do laudo pericial constante do apenso 22, os peritos descrevem com minúcia as alterações promovidas no balanço do Banco MARKA, entregue ao Banco Central em fevereiro de 1999, para mais adiante concluir:

“Resposta ao sétimo quesito:

Esclarecem os Peritos que não foi apresentada documentação que suporte as alterações ocorridas no balanço patrimonial do exercício findo em 31.12.1998 e descritas no quesito anterior.

O que pôde ser apurado é que o Banco MARKA S/A ao elevar o prejuízo em operações com dólar futuro e swap, quis reconhecer em seu balanço findo em 31.12.1998 os prejuízos que só ocorreriam em 1999, haja vista que somente R\$ 11.742.346,70 (onze milhões setecentos e quarenta e dois mil, trezentos e quarenta e seis reais e setenta centavos) foram registrados como ajuste devedor do dólar no mês de janeiro de 1999, enquanto, de acordo com os relatórios BM&F, os ajustes devedores de dólar (mercado futuro) totalizaram R\$ 29.384.980,00 (vinte e nove milhões, trezentos e oitenta e quatro mil, novecentos e oitenta reais).

A consequência das alterações descritas no quesito anterior é a redução dos tributos incidentes sobre o resultado (imposto de renda e contribuição social) devidos, com a consequente recuperação dos valores antecipadamente pagos durante o exercício de 1998 a título de antecipação de tributos”.

(Laudo de Exame Contábil n.º 43.667, Apenso 22 do Inquérito Policial n.º 25/99, fls. 88).

No mesmo sentido, a fiscalização do Banco Central:

“Sr. Chefe da Divisão,

Relativamente à área contábil do Banco MARKA e a tentativa de substituição do balanço de dez/98 temos a acrescentar que, após a ocorrência de fatos posteriores que absorveram a totalidade do patrimônio do Banco, os administradores resolveram por conta própria alterar os números daquele balanço, de maneira a reconhecer de forma retroativa as perdas decorrentes de sua desastrada atuação no mercado futuro de câmbio junto à BM&F, ocorridas a partir de 13.1.99.

2. Até 02.03.99, constava no SISBACEN, apenas, o balanço de dezembro de 1998, cujo PL era R\$ 68 milhões. Apesar de alertada, verbalmente, em diversas oportunidades, sobre a premência de fornecer aos fiscalizadores o balancete de janeiro de 1999, tão logo fosse concluído, a instituição enviou ao Banco Central tais demonstrações contábeis à revelia da equipe que acompanhava “in loco” suas operações. O mesmo ocorreu com o balancete de fevereiro, entregue nesta Autarquia em 31.03.99.

3. A entrega daquela documentação contábil acontecia ao mesmo tempo em que o Banco MARKA solicitava a substituição do balanço

já inserido no SISBACEN, fato que não corroboramos, e tentava justificar, através de carta de 24.03.99 (Fls. 84), as principais alterações efetuadas.

4. Entretanto, os balancetes entregues (Jan/99 e Fev/99) já consideravam o pretensão balanço alterado, permitindo vislumbrar uma descontinuidade do PL, caso se confrontasse referidos balancetes (ambos apresentado PL de R\$ 56 milhões) com o balanço de dezembro/98 (R\$ 68 milhões).

(...) 6. Pela simples análise dos números acima, verifica-se que as alterações diziam respeito essencialmente a uma forte redução no resultado, mediante registro de prejuízos em operações com 'Ativos Financeiros e Mercadorias', num total de R\$ 18.337 mil, sendo R\$ 8.523 mil em operações de 'Swap' e R\$ 9.815 mil em operações no mercado futuro de dólar, em contrapartida com uma maior exposição de dívidas com terceiros e conseqüente redução dos efeitos tributários daquele exercício.

7. Tratava-se, portanto, de uma retroatividade de resultados com claros objetivos fiscais, sem argumentos lúcidos à luz das normas de contabilidade, uma vez que, caso concretizada, representaria o reconhecimento contábil de fatos subseqüentes que, embora relevantes, inexistiam na data do respectivo balanço. Correto seria inserir a relevância dos fatos em Nota Explicativa, nos exatos termos do Artigo 176 - parágrafo 5 - letra 'j', da Lei 6.404, de 15.12.76". (Apenso 11 do Inquérito Policia n.º 25/99, fls. 90 e 91).

SALVATORE CACCIOLA, quer em seu interrogatório, quer através de suas alegações finais (fls. 2491 e segs), não contesta a tentativa de retroação de prejuízos. Alega, porém, que a mesma se deu em função do entendimento de que, sendo o Banco MARKA, à época, uma instituição financeira em processo de auto-liquidação, poderia se valer das regras tratadas na Seção 29 do COSIF, que tratam expressamente de instituições em liquidação extrajudicial.

Sendo, portanto, incontroversa a questão de fato, a análise sobre os efeitos jurídicos desta tentativa, na presente ação penal, será feita no item seguinte (8.2).

8.2 Da configuração do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira

Analisada a prova colhida, restaram comprovados o alto grau de alavancagem do MARKA, a operação do Banco MARKA com o fundo Stock Máxima, os saques dos Diretores nos fundos MARKA Nikko e, finalmente, a alteração do balanço de 1998.

Cabe apreciar, neste tópico, se estes fatos são aptos a caracterizar o crime de gestão fraudulenta.

Assim leciona a doutrina sobre a configuração da gestão fraudulenta:

“Ao comentar o preceptivo ora transcrito afirmou-se que a gestão fraudulenta ‘caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes’.

Gerir é exercer as atividades de mando, é administrar, tomar decisões no âmbito da empresa, autorizado pelos poderes que são conferidos pela lei e pelo estatuto societário (v.g. art. 154, da Lei 6.404/76).

Conduta fraudulenta, por sua vez, elemento descritivo/normativo integrante de incontáveis tipos penais, é qualquer ação ou omissão humana hábil a enganar, a ludibriar terceiros, levando-os a uma situação de erro, falsa representação da realidade ou ignorância desta, quer através do uso de ardil (‘simples astúcia, sutíliza, conversa enganosa, de aspecto meramente intelectual’), quer mediante artifício (‘... quando o agente se utiliza de um aparato que modifica, ao menos aparentemente, o aspecto material da coisa, figurando o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, filmes, efeitos de luz, etc.’), quer por meio de simples mentira, quer ainda por intermédio de omissão da verdade, objetivando, em geral, a consecução de determinada vantagem”.

(Tigre Maia, Rodolfo, Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Malheiros Editores, pág. 55).

Sobre a configuração da fraude, assim discorre José Carlos Tórtima:

“Assim, gestão fraudulenta é a administração marcada pela fraude, pelo ardil, por manobras desleais, com o objetivo de obter indevida vantagem para o próprio agente ou para outrem, em prejuízo de terceiro de boa-fé (acionistas, sócios, credores etc). Seria, por exemplo, a utilização de expedientes desonestos para desviar ativos da instituição, a simulação de operações para mascarar resultados financeiros, a maquiagem de balanços para ludibriar investidores, outras instituições financeiras ou ainda as próprias autoridades encarregadas de fiscalizar o mercado. É certo que alguns dos meios empregados pelo agente na gestão fraudulenta podem, isoladamente considerados, caracterizar figuras delituosas autônomas, com a falsidade em demonstrações contábeis (art. 10 da Lei nº 7.492/86), podendo então ocorrer a absorção desta pela primeira (consunção)”.

(Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, JOSÉ CARLOS TÓRTIMA, Ed. Lumen Júris, págs. 52/53)

De início, verifica-se claramente que esta idéia não se aplica aos saques realizados nos fundos MARKA-Nikko. Como salientado pela própria fiscalização (ver transcrição no item 8.1.3), estes saques eram, apesar de anti-éticos, lícitos à época dos fatos, e foram permitidos a todos os cotistas que desejaram fazê-los, e não apenas aos diretores da instituição. Desta feita, não há como neles encaixar a idéia de gestão fraudulenta desenvolvida acima.

Pretende o MPF que a ilicitude da conduta seja obtida por analogia com dispositivos que tratam de fornecimento de informações privilegiadas para a compra e venda de valores mobiliários em sociedades anônimas, ou mesmo com o tipo penal instituído através da Lei 10303/01, em seu art. 27, “d”. A solução, porém, é artificial e contrasta com o princípio da legalidade.

Passo, pois, a analisar a tentativa de retroação de prejuízos e a possibilidade de nela enxergar o crime previsto no art. 4º, *caput*, da Lei do Colarinho Branco.

Todo o raciocínio a ser desenvolvido gira em torno dos limites da descrição típica de gestão fraudulenta, haja vista a deficiência de sua redação, apontada por alguns, inclusive - tal como sustentado pela defesa de SALVATORE CACCIOLA -, como inconstitucional, por violadora do princípio do *nullum crimen sine lege certa*.

Tenho como correta a idéia de que a forma de descrição eleita pelo legislador penal deixou, em muito, a desejar. Não me parece, porém, acompanhando os acórdãos já citados no item 1.11, que se chegue às raias da inconstitucionalidade porque, a despeito da ausência de clareza, é possível conceder-lhe interpretação capaz de reduzir sua excessiva abertura, na linha de uma interpretação conforme à Constituição.

Sigo, neste passo, a lição de Miguel Reale Jr, que muito embora trate especificamente do crime de gestão temerária, também alude à gestão fraudulenta:

“A tarefa urgente é a de conciliar essa forma de construção típica com o mínimo de determinação requerido pelo princípio da legalidade, isto é, compreender-se os tipos genéricos e vazios segundo a exigência da reserva legal, realizando-se uma interpretação segundo a constituição, como ensinam Canotilho e Jorge Miranda (Direito constitucional, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1980, p. 275; Manual de direito constitucional, t. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, p. 232).

É esta a única via possível para, na borda da inconstitucionalidade, admitir-se a vigência das normas do art. 4.º e do seu parágrafo da Lei n. 7.492/86, nos exatos termos do prelecionado por Jorge Miranda: 'discernir no limite - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental' (ob.cit., p. 233).

(...) Deve-se afastar a concepção que entende tratar-se de crime de perigo abstrato, pois, com o maior cuidado, é necessária a fixação de fronteiras à cláusula genérica 'gestão temerária', tornando minimamente segura a redação típica, colocando balizas de referência para o aplicador da lei e para compreensão dos membros da comunhão social.

O que não se pode é deixar absolutamente indeterminado o conteúdo e alcance do que seja 'gestão temerária', cujo conceito integrador não deve demorar no arbitrio do julgador, que poderá, p. ex., ter por temerária a gestão de um diretor que chegue na instituição após as 10h da manhã, ou que não consulte diariamente o extrato bancário da empresa, ou não faça visitas periódicas ao setor de contabilidade e financeiro, ou não mantenha reuniões semanais com seu staf, ou deixe um título ser protestado, ou não controle as contas a pagar.

(...) Por estas razões, verifica-se a impossibilidade total de considerar o crime de gestão temerária crime de perigo abstrato ou presumido, como até mesmo forma de limitar a indeterminação das normas, pois seriam inconstitucionais o art. 4.º e seu parágrafo da Lei n. 7.492/86 se compreendido o tipo como de perigo presumido ou abstrato.

Como de perigo concreto, estabelecem-se balizas, que conciliam a descrição genérica e indeterminada com os princípios constitucionais de legalidade e taxatividade. Neste sentido, a ação arriscada só é temerária perante a lei penal se cria um efetivo perigo à incolumidade da instituição financeira, à sua sanidade e higidez econômica, fazendo surgir uma situação perigosa à própria entidade e ao próprio sistema financeiro. É 'a lei que se deve manter no âmbito dos direitos fundamentais', conforme Canotilho, dada a força vinculativa desses direitos (Direito constitucional, 2.ª ed., Coimbra, 1980, p. 562).

Nesse sentido é a evolução legislativa. No anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, de cuja Comissão elaboradora fiz parte, dispunha o art. 390:

'Art. 390. Gerir, fraudulentamente, instituição financeira ou entidade integrante do sistema de distribuição de títulos e valores mobiliários, levando-as à insolvência ou à liquidação extrajudicial, ou temerariamente, assumindo tal risco' (anteprojeto da parte especial, publicado em 1987, pela Portaria n. 790, de 27.10.87, Ministério da Justiça).

No esboço de anteprojeto do Código Penal, parte especial, em comissão presidida pelo Min. Evandro Lins e Silva, não somente se estabelece

o crime de gestão temerária como de perigo concreto, como se chega a discriminar quais as operações que levam à criação da situação perigosa à instituição financeira. Este o texto normativo:

‘Art. 404. Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão temerária:

I - realizar operação, ativa ou passiva, arriscada, de pura especulação ou de mero favor de que resulte perda elevada;

II - aprovar políticas ou operações, ativas ou passivas, que violem normas legais ou regulamentares sobre diversificação de riscos, limites operacionais e de imobilização;

III - contratar operação de crédito sem exigir as garantias prescritas em lei ou regulamento;

IV - realizar despesas gerais ou imobilizações excessivas em relação à escala e aos resultados operacionais de entidade financeira.

V - pagar juros notoriamente superiores aos legais ou empregar qualquer outro meio ruinoso, para obter recursos e retardar a decretação da liquidação forçada’.

Desde a Lei de Economia Popular há manifesta insegurança na doutrina e na jurisprudência quanto ao significado da locução ‘gestão temerária’, constante do art. 4.º do citado diploma legal. Exigia, no entanto, a norma incriminadora que a gestão fraudulenta ou temerária levasse as sociedades mencionadas à falência ou à insolvência, doando, desse modo, contornos mais rígidos ao tipo penal.

A Lei 7.492/86, todavia, em seu art. 4.º, contentou-se em dizer, tão-só, gerir fraudulentamente; se a gestão é temerária.

(...) Como se vê, a gestão temerária apresenta-se como aquela dotada de extraordinário risco, de absoluta falta de cuidado, quando o perigo para a economia da instituição surge preciso daquela específica operação. Brota o altíssimo risco como próprio da pretendida transação e, no entanto, é assumido pelo administrador em razão de seu desmedido arrojo e seu atrevimento; enfim, de sua irresponsabilidade.

Se o prejuízo não é resultado exigido para configuração do tipo, evidentemente, por outro lado, que a gestão temerária deve criar uma situação concreta de perigo ao patrimônio da instituição e ao de seus investidores e clientes e ao próprio sistema financeiro.

(grifo nosso, Reale Júnior, Miguel, Problemas Penais Concretos, Malheiros Editores, pág. 17, 18/19, 21/22 e 24).

O raciocínio desenvolvido pelo ilustre jurista procura, através da consideração dos delitos previstos no art. 4º. da citada lei como de perigo concreto, tornar mais precisa a descrição da conduta incriminada, na medida em que apenas os atos de gestão, fraudulenta ou temerária, que ponham em efetivo perigo o bem jurídico tutelado - Sistema Financeiro Nacional -, poderiam ser tidos como criminosos.

O que se pretende, portanto, partindo da função teleológica do bem jurídico (acima salientada no item 6.3), é que a redução das incertezas e perplexidades geradas pela redação defeituosa do dispositivo legal passe, necessariamente, por uma leitura que não olvide o bem ou interesse protegido e, mais, que exija comprovação de perigo a este bem através da conduta perpetrada.

A relevância desta reflexão, no delito do p. único do art. 4o, consiste na possibilidade de melhor delimitação da espécie de ato temerário do gestor a ser considerado criminoso. Já no delito de gestão fraudulenta, que ora nos interessa, o objetivo primordial será distinguir um ato fraudulento qualquer, cometido pelo administrador ou gerente, como por exemplo um estelionato ou uma falsidade documental, da figura mais ampla a que alude o *caput do art. 4º da Lei do Colarinho Branco*.

Não saber fazê-lo levará, via de regra, ao *bis in idem*, decorrente da consideração de todo tipo de fraude ocorrida no seio de instituições financeiras também como gestão fraudulenta.

Seguindo os passos do ensinamento acima transcrito, parece lícito concluir que haverá o crime previsto no art. 4º, caput, da lei 7492/86, sempre que caracterizados atos de administração, através do exercício do poder de decisão, cometidos mediante fraude, porém que resultem em perigo concreto ao bem jurídico protegido. Este perigo, como regra, traduzir-se-á na possibilidade de impactos de relevo na situação financeira da instituição, que possam abalá-la consideravelmente, com possível repercussão em outras instituições componentes do sistema.

Se, após esta análise, for constatada a inexistência de risco ao Sistema Financeiro, restará apreciar se a fraude cometida se encaixa em modelo de proibição que tenha como objetivo a proteção de bem jurídico distinto, o que via de regra resultará no reconhecimento de um crime contra o patrimônio, de falso ou contra a ordem tributária.

Tecidas estas considerações, resta apreciar em que medida as conclusões acima serão úteis na tarefa de apreciar a tipicidade penal - à luz do caput do art. 4º, caput -, da manobra realizada nos balanços do Banco MARKA.

Os dispositivos do COSIF invocados por CACCIOLA, para amparar sua pretensão de retroação de prejuízos, situam-se na seção 29 e dizem respeito, todos eles, a

instituições em situação de liquidação extrajudicial, cujo regime jurídico vem estabelecido na Lei 6024/74.

É fácil constatar, portanto, que, em não tendo havido decretação de liquidação extrajudicial do Banco MARKA, com todos os seus desagradáveis consectários para o controlador e administradores, pretendeu-se pinçar na legislação aquilo que, se decretação houvesse, poderia beneficiar a instituição. Em resumo, CACCIOLA e os administradores do MARKA queriam os bônus da liquidação extrajudicial, mas não seus ônus.

Ocorre que, se por um lado seria até possível discutir a existência de fraude nesta atuação, por outro seria impossível vislumbrar um crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

Vejamos. A prova demonstrou, de forma inequívoca, que os balanços foram apresentados após o socorro do BACEN, quando o Banco já havia deixado de operar e, finalmente, que a alteração nos balanços, com a retroação dos prejuízos ocorridos em janeiro de 1999 para o balanço de 1998, teria como efeito a redução dos lucros daquele ano, e conseqüente devolução dos tributos pagos, ou diminuição daqueles a serem pagos.

Trata-se, em tese, de manobra apta a caracterizar sonegação fiscal, ou estelionato contra a União, dependendo do que se venha a obter, e tanto isto é verdade que se encontram em trâmite neste juízo a ação penal de nº 2004.5101500034-8 e seu desmembramento de nº 2004.5101519613-9, cujos objetos são exatamente esta mesma conduta ora imputada a CACCIOLA e CINTHIA, pretendendo-se uma condenação por sonegação.

Para que houvesse um concurso formal de crimes (art. 70 do CP), ou seja, para que uma mesma conduta - tentativa de retroação de prejuízos para o balanço de 1998 - pudesse caracterizar tanto sonegação quanto gestão fraudulenta, seria necessário, sob pena de *bis in idem*, que bens jurídicos distintos restassem lesionados - Ordem Tributária e Sistema Financeiro Nacional -, o que não se logrou demonstrar neste feito.

Deveras, qual seria o perigo ao Sistema Financeiro Nacional decorrente da retroação de prejuízos, se a instituição sequer estava em operação e se os fiscais do BACEN implementavam um encerramento de atividade em que recursos públicos haviam garantido a integralidade do pagamento a credores (inclusive com sobra para seu controlador)?

Parece claro, pois, que o dano decorrente do sucesso da empreitada seria, apenas, ao erário, através da devolução ou do não pagamento de tributos devidos, o que impossibilita o reconhecimento do art. 4º, caput, da Lei 7492/86 quanto a esta conduta.

Afasto, pois, a caracterização de gestão fraudulenta quanto a este item da denúncia.

Por fim, resta apreciar se a operação com o Fundo Stock Máxima satisfaria os requisitos acima apontados.

A instrução deixou claro que, com a referida operação, ocorrida no próprio dia 13/01, após a mudança cambial, o Banco MARKA aumentou em 25% sua já elevada alavancagem, ciente seu controlador de que com isto aumentava também as possibilidades de prejuízo do Banco, então em situação difícilíssima.

A temeridade é evidente, assim como também evidente é o perigo concreto a que submetia a instituição, e como consequência o Sistema Financeiro, haja vista que com isto incrementava consideravelmente os riscos de inadimplemento das obrigações do Banco na BM&F, com repercussões no patrimônio de outros agentes deste mercado.

Cumpré, porém, verificar se além de temeridade teríamos também fraude neste atuar, de molde a caracterizar o crime previsto no art. 4º, caput, da Lei 7492/86.

A resposta é necessariamente positiva.

Conforme já visto, a desvalorização cambial ocorrida em 13 de janeiro de 1999, de cerca de dez por cento, já foi capaz de gerar, para o Banco MARKA (considerados os 9.000 contratos que detinha na BM&F), incapacidade de adimplemento das obrigações assumidas, haja vista que seu patrimônio líquido seria insuficiente para honrar o volume das obrigações (ver item 5).

Assim, partindo-se do pressuposto de que os recursos do fundo STOCK MAXIMA pertenciam a CACCIOLA, a manobra de transferir para o Banco MARKA os contratos assumidos pelo fundo permitiria a concentração dos prejuízos no Banco, cujo patrimônio líquido era, já no momento da transferência, claramente insuficiente para suportá-los, liberando assim as garantias e recursos investidos por CACCIOLA no fundo de capital estrangeiro citado.

Reconheço, portanto, que a operação se encaixa no conceito de fraude, porque astuciosa, praticada mediante ardil, com o patente propósito de impactar o patrimônio da instituição em benefício de seu controlador.

Por fim, em tendo sido reconhecida a prática de gestão fraudulenta, a temeridade verificada nas operações do Banco, decorrente do alto grau de alavancagem, que isoladamente constituiria o p. único do art. 4º da lei 7492/86, fica absorvida pelo delito mais grave, em vista da regra da subsidiariedade no conflito aparente de normas.

[...]

COMÉRCIO ILEGAL E TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS DE FOGO - ARTS. 17 E 18 DA LEI Nº 10.826/03

André de Magalhães Lenart Zilberkrein

Juiz Federal Substituto da 3ª Vara de São João de Meriti

A sentença a seguir transcrita condenou dois homens, presos em flagrante trazendo do Paraguai armas de grosso calibre que serviriam para abastecer traficantes de favelas da região, às penas dos arts. 17 e 18 da Lei nº 10.826/03, ambos combinados com o art. 19, na forma do art. 69 do Código Penal. Três aspectos mereceram destaque e foram cuidadosamente examinados com farta citação doutrinária e jurisprudencial: a importância e o peso da prova indiciária na formação do *livre convencimento do juiz* para fundar uma condenação; o avivamento dos limites entre *concurso aparente de normas (unidade de normas)* e as classes de *concurso próprio*, com base no conteúdo de injusto; e a necessidade de uma dosimetria mais rigorosa e profunda na fixação da pena.

AÇÕES PENAIS

PROCESSO Nº: 2004.51.01.514927-7

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MACHADO E OUTRO

S E N T E N Ç A

1. RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu a denúncia de fls. 2/5 em face de MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MACHADO e SANDRO ADRIANO COSTA DA SILVA, já qualificados nos autos, como incurso nas penas do art. 18 c/c o art. 19 da Lei n. 10.826/03 (*tráfico internacional de armas de fogo de uso restrito*), assim narrando os fatos:

(...)

No dia 16 de junho de 2004, por volta das 18:00 h, os Agentes da Polícia Federal Amynthias Jorge, Antonio Cezar e Paulo Roberto, em diligência policial, abordaram, na Rodovia Presidente Dutra, próximo

ao pedágio Viúva Cláudio em Japeri/RJ, o veículo Voyage, cor cinza, placa IIS-4720 (Rio Grande do Sul), o qual trafegava no sentido Rio de Janeiro, estando em seu interior MARCO ANTONIO, SANDRO, Claudete, e uma adolescente chamada Angélica.

Os referidos APF's solicitaram os documentos do veículo ao primeiro denunciado, o qual dirigia o mesmo. Entretanto, os policiais notaram um certo nervosismo por parte do mesmo, nervosismo este que foi aumentando a ponto do primeiro denunciado confessar que transportava, livre e conscientemente, armas de fogo em fundo falso no porta-malas do veículo em questão.

Assim, foram apreendidas, em poder do primeiro e segundo denunciados, as seguintes armas de fogo, as quais encontravam-se escondidas em fundo falso do porta-malas do veículo acima descrito:

- uma pistola Ruger P90DC, calibre 45, numeração raspada, niquelada, contendo um carregador com capacidade para sete cartuchos;
- uma pistola FN BROWNING, calibre 9mm, numeração raspada, oxidada, contendo um carregador com capacidade para treze cartuchos;
- um Fuzil automático leve, calibre 7,62 mm, nº 6.59839, licenciado da HERSTAL BÉLGICA e fabricado em ROSÁRIO/ARGENTINA, contendo um carregador com capacidade para vinte cartuchos;
- um Fuzil automático leve, calibre 7,62 mm, nº 1558, licenciado da HERSTAL BÉLGICA e fabricado em ROSÁRIO/ARGENTINA, contendo um carregador com capacidade para vinte cartuchos;
- um Fuzil automático leve, calibre 7,62 mm, numeração raspada, licenciado da HERSTAL BÉLGICA e fabricado em ROSÁRIO/ARGENTINA, contendo um carregador com capacidade para vinte cartuchos;
- um Fuzil Ruger, calibre .223, nº 188-87967, contendo dois carregadores com capacidade para trinta cartuchos;
- uma espingarda sem marca e numeração aparente, cromada, calibre 7mm, com capacidade para cinco cartuchos; e
- sessenta cartuchos intactos .30, calibre 7mm.

Em sede policial, MARCO ANTÔNIO, confessou que aceitou convite do segundo denunciado, que atende pela alcunha de "LUIZÃO", residente na favela de Acari, no Rio de Janeiro/RJ, para adquirir armas de fogo para o mesmo, em Ciudad Del Leste, no Paraguai.

Para concretizar a empreitada, "LUIZÃO" pagou a MARCO ANTÔNIO a quantia de U\$ 17.000,00 (dezessete mil dólares americanos) para a aquisição de armas de fogo no Paraguai, e mais R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para despesas pessoais do mesmo em sua viagem ao referido País. Após a entrega das armas na favela de

Acari a “LUIZÃO”, MARCO ANTONIO receberia a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Objetivando garantir o sucesso da empreitada, MARCO ANTONIO convidou Leandro, vulgo “jarrão”, para viajar com o mesmo até Foz do Iguaçu/PR, levando consigo a menor Angélica e Julia, pois as mulheres serviriam para não levantarem suspeitas durante a viagem.

Ao chegar em Foz do Iguaçu, MARCO ANTONIO procurou por SANDRO, o qual, por sua vez, contribuiu, livre e voluntariamente, para a aquisição do armamento em questão, ao apresentar MARCO ANTONIO ao dono da loja em Ciudad Del leste, no Paraguai, onde seriam compradas as armas de fogo.

Em Ciudad Del leste, no Paraguai, MARCO ANTONIO, utilizando os valores recebidos de “LUIZÃO”, adquiriu, livre e conscientemente, e sem autorização legal, as armas de fogo acima mencionadas, com a intenção de trazê-las para o território brasileiro. Tais armas lhe foram entregues, em Foz de Iguaçu/PR, por um taxista cujo nome não se recorda.

Após, SANDRO acompanhou MARCO ANTONIO em sua viagem de volta à cidade do Rio de Janeiro/RJ, com a intenção de ser apresentado a “LUIZÃO”, para fins de “trabalhar” para o mesmo no tráfico de armas.

Durante a viagem de volta ao Rio de Janeiro/RJ, SANDRO e MARCO ANTONIO transportaram, livre e conscientemente, e sem autorização legal, as armas de fogo acima mencionadas.

Ante o exposto, estão os denunciados incurso nas sanções do artigo 18 e 19 da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal, pelo que requer o **Ministério Público Federal** sejam eles citados para serem interrogados e processados até final sentença condenatória, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas. (...)

A exordial veio acompanhada da promoção de fls. 75/6:

Deixo, por ora, de oferecer denúncia em face de CLAUDETE ZEFERINO, LEANDRO ALBUQUERQUE LIMA, vulgo “Jarrão”, JULIA e “LUIZÃO”, ante o insuficiente lastro probatório mínimo para o início da ação penal, o que não importa em arquivamento implícito, na forma do art. 18, do CPP, **pelo que requer sejam extraídas cópias do presente procedimento investigatório, para posterior remessa à DPF/NIG/RJ, objetivando o prosseguimento das investigações.**

(...)

Especificamente, com relação à CLAUDETE ZEFERINO, embora estivesse no interior do veículo Voyage, cor cinza, placa IIS-4720 (Rio Grande do Sul), no qual eram transportadas as armas de fogo apreendidas, não há indícios suficientes de que a mesma tinha pleno conhecimento do referido transporte ilegal.

Assim, é de ser revogada a prisão em flagrante de CLAUDETE, tendo em vista a insuficiência de indícios de autoria, com o posterior arquivamento do presente procedimento investigatório com relação à mesma, ressalvado o surgimento de novas provas no decorrer da instrução processual penal (art. 18, do CPP).

Recebi a denúncia, ao tempo em que determinei o arquivamento do Inquérito Policial com relação à indiciada, requisitando a instauração de um novo, à luz da técnica que me pareceu mais apropriada (fls. 78).

Foi expedido alvará de soltura em favor de CLAUDETE (fls. 93).

A Polícia Federal informou que a adolescente ANGÉLICA, que se encontrava no veículo, no momento da prisão, fora encaminhada à Justiça Estadual da Comarca de Seropédica (fls. 107).

Ofício instruído com cópias dos Autos de Exame de Corpo de Delito dos indiciados (fls. 108/14).

Os acusados foram requisitados (fls. 122/3) e citados (fls. 129/30).

No interrogatório de fls. 133/7 (assentada de fls. 131/2), MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MACHADO ratificou, em linhas gerais, o conteúdo do interrogatório prestado em sede policial, confessando a autoria dos fatos narrados na denúncia, mas procurando eximir o co-réu de responsabilidade pela aquisição e transporte das armas:

“que reconhece o teor do interrogatório prestado em sede policial, ressaltando que nem tudo o que consta corresponde àquilo que o interrogando disse; que nasceu em Uruguaiana/RS, vindo a residir no Rio, há cerca de 9 anos; que conheceu um homem de alcunha “Luizão”, residente na Favela de Acari, há cerca de 1 ano e meio; que prestava pequenos serviços ao tal homem, consertando carros

dele; certa feita retirou o alarme de um carro, que depois veio a saber ser roubado, que se encontrava com “Luizão”; que Luizão pediu ao interrogando que fizesse um fundo falso no porta malas de um veículo, de tal modo que ali pudessem ser escondidas armas; que o interrogando, após avaliar qual tipo de carro seria o mais propício, adquiriu, com dinheiro de Luizão (R\$6.000,00), o veículo Voyage, referido nestes autos; que Luizão contratou o interrogando para viajar ao Paraguai e lá adquirir armas de fogo, transportando-as no Voyage para o Rio de Janeiro; que recebeu de Luizão US\$17.000,00, em espécie, para a compra das armas e mais R\$2500,00 para despesas na viagem; que o interrogando iria entregar o carro com as armas a Luizão, no conjunto habitacional amarelinha; que após a venda das armas por Luizão, o interrogando receberia deste R\$5000,00 e o Voyage, como pagamento; que não sabe se Luizão pertence ao tráfico, nem a quem iria vender as armas; que, pelo que ouviu, Luizão seria assaltante; que não sabe de onde veio o dinheiro que Luizão lhe deu; que Luizão encomendou ao interrogando a compra de 6 fuzis AR-15/M16, acreditando que o preço de cada um fosse de US\$3.000,00; que o interrogando terminou a preparação do fundo falso no porta malas do Voyage, no dia 07/06/2004, recebendo o dinheiro no dia seguinte, das mãos do próprio Luizão; que não tem o número do telefone de Luizão, nem sabe onde ele mora; que os contatos com ele eram efetuados na Praça do Amarelinho, ou num campo de futebol junto à Av. Brasil; que pediu a Leandro, conhecido como “Jarrão”, morador do Morro do Timbau, em Bonsucesso/RJ, que lhe arranjasse uma mulher, com objetivo de acompanhá-lo durante a viagem, afastando suspeitas, que o interrogando crê poderiam surgir, caso viajasse sozinho; que disse a Leandro que viajaria a trabalho; que Leandro se ofereceu para viajar com o interrogando, trazendo sua namorada Angélica, de 15 anos, e uma amiga chamada Júlia, residente em Braz de Pina/RJ, para acompanhá-los; que nenhum deles tinha ciência do verdadeiro propósito da viagem, isto é, que o interrogando pretendia adquirir armas no Paraguai; que o grupo saiu do Rio de Janeiro, no dia 09/06/2004, chegando a Foz do Iguaçu, em 11/06/2004; que no dia seguinte, sábado, o grupo foi fazer compras em Ciudad Del Leste; que enquanto seus acompanhantes visitavam as Lojas Americanas, o interrogando foi a uma loja de armas, cujo endereço lhe fora fornecido por Luizão; que o interrogando tratou diretamente com o dono da loja, que lhe disse que só disporia dos fuzis, mais à tarde; que o interrogando retornou, por volta das 13 horas, e ouviu do dono da loja que este dispunha de um fuzil Ruger, três fuzis calibre 7,62 e uma espingarda, ficando o preço das armas assim acertado: US\$4.200,00 por cada um dos fuzis 7,62, US\$3.000,00 pelo fuzil Ruger e US\$1.000,00 pela espingarda; que após um desen-

tendimento entre Angélica e Júlia, esta e Leandro retornaram para o Rio; que, na segunda-feira, foi à loja efetuar o pagamento das armas e combinar o modo pelo qual seriam entregues ao interrogando, em Foz do Iguaçu; que o dinheiro foi entregue na rua ao dono da loja; que apresentou ao interrogando um taxista que seria o responsável pela entrega das armas; que, após, conheceu Sandro no estacionamento em frente às Lojas Americanas; que não é verdadeira a passagem constante do interrogatório policial em que afirmou conhecer Sandro, há cerca de 9 anos, nem aquela em que disse que Sandro o acompanhara à loja na qual as armas foram compradas; que Sandro transportava “muambeiros”, com uma Kombi; que ficou amigo de Sandro, o qual convidou o interrogando e Angélica a almoçar na lanchonete da família dele em Foz do Iguaçu; que no dia 14/06/2004, segunda-feira, como havia sido acertado, o táxi trazendo as armas atravessou a fronteira, sendo seguido pelo interrogando a partir da ponte da Amizade até uma plantação mais à frente; que as armas foram transbordadas do táxi para o fundo falso do porta malas do Voyage; que foram as seguintes as armas adquiridas: a) pistolas: uma Rugged, calibre 45 e uma FN Browning, calibre 9 mm; b) Fuzis: 3 calibre 7,62 mm e um Rugged, calibre 223; c) uma espingarda; d) 60 cartuchos, que o interrogando recebeu como brinde; que convidou Sandro e sua namorada Claudete a passar alguns dias no Rio; que não é verdade que a vinda de Sandro seria motivada pelo interesse deste em ser apresentado a Luizão para atuar no tráfico de armas; que nem Sandro nem Claudete tinham ciência das armas que o interrogando transportava; que nunca comentou com eles nada sobre Luizão; que saíram de Foz do Iguaçu, no dia 15/06/2004; que no dia seguinte, por volta das 18 horas, na Rodovia Presidente Dutra, próximo à praça do pedágio, em Japeri, o veículo foi abordado por policiais federais; que o interrogando e os demais ocupantes do veículo foram algemados e conduzidos para a Superintendência da Polícia Federal, no município do Rio, onde o interrogando revelou aos policiais as armas que transportava escondidas; que acha que Sandro afirmou no interrogatório policial conhecer o interrogando há dois anos devido ao estado emocional em que se encontrava; que só aceitou transportar as armas, porque precisava do dinheiro para retornar para Cachoeirinha, município da Região Metropolitana de Porto Alegre.”

Já SANDRO ADRIANO COSTA DA SILVA (fls. 140/3 -assentada de fls. 138/9), *desdisse* em parte o conteúdo do interrogatório prestado à Polícia Federal - oportunidade em que declarara ter vindo ao Rio para ser apresentado a um traficante, para o qual passaria a trabalhar no contrabando de armas -, afirmando desconhecer que o veículo em que viajava servia para o transporte de armas de fogo. Destaco:

“que não é verdadeira a afirmação constante do interrogatório que prestou à polícia federal de que conhece Marco Antônio há dois anos; que conheceu Marco Antonio num estacionamento, em Ciudad Del Leste, no dia 14/06/2004; que transportou Marco Antônio do Paraguai para Foz do Iguaçu, neste dia, na parte da manhã; que Marco Antônio estava sozinho; que convidou Marco Antônio e uma menina que acompanhava este a almoçar numa lanchonete de propriedade da família do interrogando; que Marcos convidou o interrogando e a companheira deste a retornar para o Rio; que o interrogando pretendia passar alguns dias no Rio; que já chegando ao Rio, próximo à Praça do Pedágio, em Japeri, o veículo foi abordado por policiais federais, que conduziram os ocupantes à Superintendência da Polícia Federal no RJ; que só viu as armas que estavam sendo transportadas na polícia federal; que ignorava que Marco Antonio estava transportando armamentos; que não conhece nenhum Luizão, nem veio ao Rio para trabalhar no tráfico de armas para Luizão; que também aqui as afirmações contidas no auto de prisão em flagrante são falsas, pois não sabia que Marco Antônio trabalhava transportando armas para o Paraguai; que não acompanhou Marco Antonio em visita à loja de armas; que as despesas do interrogando e de sua companheira, no Rio, seriam pagas por ele próprio; que foi condenado por roubo e tentativa de homicídio, em Porto Alegre, à pena de 6 anos, tendo cumprido quatro anos em regime fechado no Presídio Central daquele município e, poucos meses após ter sido transferido para o regime semi-aberto, na Penitenciária de Charqueado, fugido; que não leu o auto de prisão em flagrante que assinou.”

Às perguntas do MPF respondeu: “que reside com a mãe e dois irmãos, mas passa boa parte do tempo na casa da companheira Claudete; que a empresa de turismo na qual é credenciado é Brisas Tur; que, no dia da vinda para o Rio, Marco Antônio foi buscar o interrogando e a companheira deste, no restaurante da família do interrogando; que trouxe para o Rio R\$400,00 em dinheiro e poderia dispor do cartão eletrônico de sua companheira, caso precisasse fazer frente a despesas maiores.”

Às indagações da defesa afirmou: “que o motivo que o trouxe ao Rio foi a tentativa de resolver problemas com a companheira, estando ambos afastados das famílias.”

Vieram aos autos laudos de exame em munição (fls. 158/60) e de exame em arma de fogo (fls. 161/7), dos quais se depreende:

α) que os 60 (sessenta) cartuchos de munição jaquetada, calibre .30 (30-06), fabricados pela CBC (origem nacional), encontravam-se em bom estado de conservação, sem perda de funcionalidade;

β) que das armas de fogo apreendidas, os fuzis FAL, calibre 7.62x51, e Ruger, calibre .223, a pistola Ruger P 90, calibre .45, e a pistola FN Browning, calibre 9mm, mostravam-se aptas a efetuar disparos; 2 (dois) outros fuzis FAL possuíam partes desmontadas, embora pudessem recuperar o poder de disparo com o auxílio de um armeiro; o “mosquetão”, calçando calibres .30 e 7,62, não se achava em “condições operacionais”, sendo inábil à percussão dos cartuchos. Além disso, o laudo dá conta e descreve 3 (três) carregadores para fuzis FAL e 2 (dois) para fuzis Ruger.

Defesa prévia de SANDRO ADRIANO, às fls. 169/70, requerendo a expedição de carta precatória para Foz do Iguaçu, Seção Judiciária do Paraná, a fim de que fossem inquiridas 3 (três) testemunhas, e pugnando, ao cabo, pela absolvição.

Defesa prévia de MARCO ANTÔNIO, à fls. 171, requerendo a oitiva de 4 (quatro) testemunhas e pugnando igualmente pela absolvição.

FAC de MARCO ANTÔNIO (fls. 180/3).

Sumário de acusação (fls. 183/5), com a oitiva dos 3 (três) agentes federais responsáveis pela prisão dos réus, os quais, em síntese, testemunharam o seguinte:

α) AMINTHAS JORGE DE AGUIAR SANTOS (fls. 186/8), policial federal, há 22 anos, e chefe da equipe, após expor em detalhes a natureza e o desenrolar da operação, disse que acusado MARCO ANTÔNIO admitiu a ele e “aos outros dois policiais federais, na presença de Sandro Adriano, Claudete Zeferino e Angélica, que estava transportando armamento, especificando as armas, adquirido em Foz do Iguaçu, para o tráfico da Favela de Acari”, e “que Marco Antonio explicou aos policiais como acondicionara as armas, instruindo-os sobre como retirá-las da caixa metálica, situada abaixo do banco traseiro”, sendo “que nenhum dos outros ocupantes do veículo se pronunciou no local”. Prosseguiu, revelando “que, antes da lavratura do auto de prisão em flagrante, teve a oportunidade de conversar com os então conduzidos”. “Claudete Zeferino e a menor Angélica disseram ao depoente ignorar a existência de armas no veículo”. “Sandro inicialmente disse não saber que Marco Antonio transportava armas, mas depois acabou admitindo ter conhecido Marco no Paraná e ter sido por ele convidado a vir ao Rio a fim de ser apresentado a um traficante da favela do Acari, passando a partir daí a engajar-se no tráfico de armas”. Por fim, conta “que o veículo foi revistado por peritos, com auxílio de cães farejadores, e por mecânicos conhecedores deste tipo de veículo”, sendo

“que a tampa da caixa metálica foi desaparafusada por Marco Antonio, retirando-se o armamento, que consistia em cinco fuzis, duas pistolas e munição, conforme discriminado em Auto de Apresentação e Apreensão”;

β) ANTONIO CEZAR DOS SANTOS PEREIRA (fls. 189/91), integrante da Polícia Federal, há 19 anos, reiterou os detalhes da operação, narrando em seguida que ouviu de MARCO ANTÔNIO a admissão de *“que estava transportando ‘algumas’ armas”*, tendo o réu pedido *“aos policiais que conversassem afastados dos demais ocupantes do veículo, pois eles não saberiam o que estava acontecendo”*. MARCO então *“explicou aos policiais que seria difícil retirar as armas acondicionadas na caixa, na parte inferior do veículo”*, chegando a *“mencionar os tipos de armas que estava transportando”*. Afirmou que *“antes da lavratura do auto de prisão em flagrante, teve a oportunidade de conversar com os conduzidos”*, sendo *“que Claudete e Angélica disseram ao depoente nada saber sobre as armas”*. Por seu turno, *“Marco Antonio contou ter comprado as armas numa loja no Paraguai e que o réu Sandro foi com ele à loja”*. Quanto ao destino, MARCO lhe disse *“que as armas estavam sendo trazidas para o traficante Luizão, da Favela do Acari”*. *“O depoente ouviu de Marco Antônio a afirmação de que este convidara Sandro para vir para o Rio a fim de apresentá-lo ao traficante Luizão e para que a partir daí Sandro passasse a trabalhar no tráfico de armas”*. Mas o réu SANDRO *“negou ao depoente que soubesse das armas”*. Esclareceu *“que o próprio Marco Antônio ajudou a retirar as armas da caixa metálica em que se encontravam, entre o cano de escapamento e o chassi”*. Por fim, afirmou ter ouvido do acusado MARCO que este conhecia o réu SANDRO, havia algum tempo;

γ) PAULO ROBERTO FICHET LEAL (fls. 192/4), servidor da PF, há cerca de 17 anos, reiterou o conteúdo do depoimento de seus colegas, afirmando que presenciou a confissão de MARCO ANTÔNIO, no local da prisão. Aduziu também que *“teve a oportunidade de conversar com os conduzidos”* e *“que Claudete e Angélica disseram ao depoente nada saber sobre as armas”*, assim como SANDRO. Em ponto importante, disse ter ouvido de MARCO ANTÔNIO que este *“teria sido apresentado por Sandro às pessoas que lhe venderam as armas e que Sandro estaria vindo para o Rio, a convite dele (Marcos) para conhecer um traficante da Favela de Acari chamado Luizão, para o qual Sandro passaria a trabalhar no tráfico de armas”*. Sobre o destino das armas, relatou ter escutado de MARCO *“que as armas seriam entregues a Luizão, que lhe pagaria uma certa quantia pelo serviço”*. Por fim, corroborou *“que foi o próprio Marco quem desaparafusou a tampa da caixa que acondicionava as armas - fuzis e pistolas, além de munição”*.

Foram reinquiridas as duas primeiras testemunhas para esclarecer se CLAUDETE contara aos policiais o motivo da vinda ao Rio (fls. 195 e 196, respectivamente).

Após, foi postulada verbalmente pelo patrono de SANDRO ADRIANO a concessão de liberdade provisória, seguindo-se manifestação contrária do representante do MPF. Deferi a produção de prova testemunhal, determinando a expedição de carta precatória, como requerido pela defesa de SANDRO, acrescentando à lista de testemunhas CLAUDETE ZEFERINO, com esteio no art. 209 do CPP. À ocasião, foi a defesa de MARCO ANTÔNIO intimada a fornecer o endereço das testemunhas arroladas na defesa prévia (fls. 183/5).

Petição, acompanhada de documentos, carreada por SANDRO ADRIANO (fls. 198/203).

FAC de SANDRO ADRIANO (fls. 210/2), emitida pela Secretaria da Justiça e da Segurança do Estado do Rio Grande do Sul.

FAC de MARCO ANTÔNIO (fls 213/5), emitida pela Secretaria da Justiça e da Segurança do Estado do Rio Grande do Sul.

FAC de MARCO ANTÔNIO (fls 221/3), emitida pelo Instituto de Identificação Félix Pacheco (IFP).

Na decisão de fls. 240/5, indeferi o pedido de liberdade provisória do acusado SANDRO ADRIANO, entendendo que, a par da vedação legal constante do art. 21 da Lei n. 10.826/03 - que reputo constitucional -, havia outro fundamento suficiente, qual seja, o cabimento da medida cautelar do cárcere *ad custodiam* (art. 312 do CPP).

Dado o não-comparecimento das testemunhas de MARCO ANTÔNIO, requereu a defesa a designação de nova data para o sumário de defesa, o que deferi. Saíram as partes intimadas da oitiva das testemunhas apazada pelo Juízo da 1a Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu (fls. 246/7). As testemunhas arroladas por MARCO ANTÔNIO foram intimadas em cartório da nova audiência (fls. 252/3), tendo sido deferida a substituição de testemunhas, conforme postulado pela defesa (fls. 264).

Sumário de defesa às fls. 268/77, com a oitiva de DANIEL DE SOUZA (fls. 270/1), GILVÂNIO FLÁVIO TOSCANO DA SILVA (fls. 272/3), LAERTE DO NASCIMENTO TRINDADE (fls. 274/5) e MARCOS ANTÔNIO DE ALMEIDA SANTOS (fls. 276/7), todos atestando a boa índole e o comportamento urbano do acusado MARCO ANTÔNIO.

Laudo de exame do veículo utilizado para o transporte de armas (fls. 284/5), pondo em relevo que *“foi localizado um recorte na chapa inferior do veículo, mais precisamente, acima do abafador, medindo aproximadamente 15,0cm x 30,0cm, com tampa fixada por parafuso, permitindo desta forma a ocultação de objetos”*.

Cópias dos termos de transcrição dos depoimentos das testemunhas de defesa de SANDRO ADRIANO, às fls. 324/30. Foram ouvidas 4 testemunhas. LUIZ PRIMALDO DA LEVE (fls. 338), SIDNEI DOMINGOS DA SILVA (fls. 339/40) e EDIE CRISTIAN KOELB (fls. 341) atestaram a boa índole do acusado. CLAUDETE ZEFERINO (fls. 336/7) disse que só tomou ciência da existência das armas, quando da prisão, confirmando que elas se encontravam num fundo falso do carro. Disse também que não conhecia MARCO ANTÔNIO. Justificou a vinda ao Rio como um convite de SANDRO para que a depoente e ele se reconciliassem, após um desentendimento. Não soube precisar, onde iriam se hospedar no Rio - SANDRO lhe teria dito na *“casa de um conhecido”*. Afirmou finalmente não ter conhecimento do envolvimento de SANDRO em algum outro crime.

Na fase do art. 499 do CPP, as partes nada requereram (fls. 331, 334, 351).

Às fls. 335/41, foram adunados os termos originais de transcrição dos depoimentos.

O Parquet Federal, em razões finais (fls. 355/60), requereu a *emendatio libelli* *“para que se corrija a qualificação do caso em tela, como sendo escorreitamente a dos fatos típicos dos arts. 17 e 18, ambos na forma do art. 19, todos do aludido estatuto do desarmamento”*. Em seguida, postulou a condenação dos acusados, sustentando:

α) a evidência do delito com relação a MARCO ANTÔNIO, o qual *“desde o primeiro momento não tentou se furtar à veracidade da acusação, tendo confessado todos os fatos a ele atribuídos”*;

β) que embora as provas produzidas na instrução quanto a SANDRO ADRIANO sejam menos consistentes, havendo somente indícios de que participou da perpetração das infrações penais, *“é tranqüila a jurisprudência dos tribunais no sentido de que os indícios, como espécie de prova, incluindo aqueles que tiverem surgido ainda na fase do inquérito, são idôneos a fundamentar eventual condenação”*. Não é crível que alguém com passado criminoso como SANDRO ADRIANO tenha *“de boa-fé conhecido uma pessoa e no dia seguinte tenha aceitado iniciar uma longa viagem em um automóvel pesado*

- *note-se que os policiais desconfiaram do carro (...) pois este apresentava-se com o porta-malas arriado -, sem que de nada soubesse*". Remarcaram-se ainda a confissão no interrogatório prestado à Autoridade Policial, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, e os depoimentos dos agentes AMINTHAS JORGE DE AGUIAR SANTOS e PAULO ROBERTO FICHET LEAL - este afirmando ter ouvido de MARCO ANTÔNIO que SANDRO lhe teria apresentado às pessoas que lhes venderam as armas.

Em alegações finais (fls. 373/80), a defesa de SANDRO ADRIANO pugnou pela absolvição do réu, alegando, em síntese:

α) que o co-réu MARCO ANTÔNIO confessou a autoria do transporte das armas, eximindo categoricamente os demais ocupantes do veículo da responsabilidade pelos fatos;

β) que SANDRO ignorava a existência de armas no carro, assim como CLAUDETE, a qual deixou de ser denunciada pelo MPF, devido à ausência de lastro probatório mínimo;

γ) que o armamento se encontrava alojado em compartimento secreto, sendo impossível a qualquer pessoa que estivesse no interior ou no exterior do veículo visualizá-lo. Os agentes federais não teriam descoberto as armas - como efetivamente não as descobriam, mesmo após minuciosa revista interna - se não tivessem sido apontadas por MARCO ANTÔNIO, o que reforça a tese de que a nenhum dos ocupantes do Volkswagen teria ocorrido que o veículo estaria sendo usado para o transporte de armas;

δ) que, ao conversar com os policiais, MARCO ANTÔNIO fez questão de distanciar-se dos ocupantes do veículo, sinalizando que só ele teria responsabilidade pelo ilícito. CLAUDETE, ANGÉLICA E SANDRO teriam sido surpreendidos pela notícia de que no carro havia armas de fogo;

ε) que as testemunhas ouvidas pela 1ª Vara Criminal Federal de Foz do Iguaçu foram uníssonas ao afirmar não só que SANDRO é pessoa trabalhadora e possui residência fixa, mas também que desconheciam algum envolvimento seu em atividades ilícitas;

ζ) que o próprio Ministério Público Federal, em suas alegações finais, reconhece a inexistência de fato que induza à certeza quanto à prática de ato ilícito pelo acusado, subsistindo meros indícios de participação, insuficientes para embasar uma condenação.

A operosa patrona do réu MARCO ANTÔNIO, Dr^a. Jane Vasques da Cunha, ilustríssima Presidenta da OAB de São João de Meriti, muito embora reconhecendo a “*prova concreta de materialidade*”, postulou a absolvição de seu assistido, invocando a primariedade do acusado e as referências abonadoras prestadas pelas testemunhas de defesa (fls. 384/5).

À fl. 387, consta ofício do eminente Desembargador Federal CARREIRA ALVIM, solicitando informações para instrução do HABEAS CORPUS n. 2004.02.01.012612-1, impetrado por ERMANDINA M. DO NASCIMENTO, em favor de MARCO ANTÔNIO, sob alegação de excesso de prazo para conclusão da instrução criminal. Às fls. 396/402, respondi a Sua Excelência, esclarecendo que a instrução criminal já se encontrava finda.

Ofício da Vara das Execuções Criminais de Porto Alegre (RS), acompanhado de ficha com informações relativas às condenações de SANDRO ADRIANO, naquele Estado (fls. 404/11).

FAC de MARCO ANTÔNIO (fls. 412/6).

Laudo de exame merceológico do veículo apreendido (fls. 420/1).

É o relatório. **DECIDO.**

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PRELIMINAR

Pressuposto positivo de validade da relação jurídica processual, a competência da Justiça Federal deverá ser examinada e firmada, tendo-se em vista o art. 109, IV da Constituição da República:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...) IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

O crime de *tráfico internacional de armas de fogo* é indubitavelmente de competência da Justiça Federal, uma vez que a importação de mercadoria proibida ou sem autorização da autoridade competente atenta *contra o interesse da União em resguardar*

suas fronteiras (igualmente, Fernando CAPEZ. *Estatuto do Desarmamento - comentários à Lei n. 10.826, de 22.12.2003*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005), vigorando no ponto a firme e invariável jurisprudência concernente às modalidades de contrabando previstas no art. 334 do Código Penal e no art. 12 c/c art. 18, I, da Lei n. 6.368/76, *inter alia*.

Outros crimes acaso cometidos *também devem ser apreciados por este ramo do Poder Judiciário*, consoante o Enunciado 122 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça - “*competete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal*”.

Reconheço igualmente a competência deste Juízo Federal da 3ª Vara da Subseção de São João de Meriti, em cuja jurisdição se deram a prisão dos acusados e a apreensão das armas (art. 70 do CPP e Súmula 151 do STJ: “*a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens*”).

2.2. MÉRITO

2.2.1. Materialidade

A materialidade está farta e inequivocamente comprovada pelos laudos de exame em munição (fls. 158/60) e de exame em arma de fogo (fls. 161/7), além da confissão do acusado MARCO ANTÔNIO.

2.2.2. Autoria dos fatos

2.2.2.1. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MACHADO

Não paira sombra de dúvida quanto à imputação dirigida ao acusado MARCO ANTÔNIO RIBEIRO MACHADO, que confessou a autoria da aquisição e do transporte das armas a este Magistrado, no extenso e detalhado interrogatório de fls. 133/7, reiterando o conteúdo das declarações prestadas em sede policial, por ocasião de sua prisão em flagrante. Observe-se que foi MARCO ANTÔNIO quem revelou aos policiais federais a existências das armas de fogo, indicando o esconderijo em que as alojara, auxiliando-os na tarefa de recuperá-las de dentro da caixa metálica, a qual, por sinal, ele próprio construira e instalara na parte inferior do veículo, já no propósito de transportar o armamento de Foz do Iguaçu para o Rio de Janeiro.

A idoneidade da *regina probationum* é irretorquível, mostrando-se harmônica e em perfeita sintonia com o robusto conjunto probatório produzido (art. 197 do CPP), o que induz e apóia a plena convicção na responsabilidade do réu.

2.2.2.2. SANDRO ADRIANO COSTA DA SILVA

Quanto a SANDRO ADRIANO COSTA DA SILVA a determinação da responsabilidade carece de uma cuidadosa e percuciente análise do complexo de elementos informativos e probatórios carreados aos autos, já que a defesa se agarrou à tese de negativa de autoria para repelir a imputação vertida na exordial.

A acusação vem entranhada de fortes indícios. O pêndulo desliza em desfavor do réu também em razão do conteúdo dos interrogatórios colhidos em sede policial e do conteúdo das inquirições feitas pelos agentes, quando da prisão e no período intercalado entre essa e a lavratura do APF, reproduzido nos depoimentos prestados pelos policiais, no sumário de acusação.

Submeterei grupo a grupo à apreciação, começando pelo que se contém no título de custódia que deu base à denúncia, isto é, *pelas declarações prestadas pelos próprios réus*.

Ao ser interrogado, no bojo do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 12), o acusado disse conhecer o co-réu MARCO ANTÔNIO, “há 2 anos”, e ter ciência de que ele trabalhava “vendendo armas e outras mercadorias do Paraguai”. Contou que após encontrar-se com MARCO, no Paraguai, recebeu o convite para viajar ao Rio de Janeiro, onde seria apresentado “à pessoa que empregava MARCO ANTÔNIO, para transportar armas”, possivelmente sendo “contratado” a empreender viagens semelhantes. Sobre as armas escondidas no carro, SANDRO alegou desconhecê-las. Já MARCO ANTÔNIO (fls. 11) afirmou conhecer SANDRO ADRIANO, “há 9 anos”, e que este o acompanhara à loja, onde as armas foram adquiridas, em Ciudad del Leste. Revelou que SANDRO aceitara vir ao Rio de Janeiro a fim de ser apresentado a “LUIZÃO”, para o qual pretendia trabalhar futuramente, trazendo armas do Paraguai.

Outro é o panorama que aflora dos interrogatórios prestados a este Magistrado, constantes de fls. 133/7 e 140/3, já transcritos no relatório desta sentença. Com efeito, MARCO ANTÔNIO agora afirma ter ido sozinho à loja em que adquiriu as armas e diz ter conhecido SANDRO naquele dia, e não “há 9 anos”, como declarara anteriormente.

Também retifica a informação de que teria convidado SANDRO a vir para o Rio, movido pelo desejo deste de trabalhar no contrabando de armas para “LUIZÃO”. Em suma, *procura eximir de responsabilidade o co-réu*, ressaltando que ele - assim como os demais ocupantes do Volkswagen - nada saberia sobre as armas. SANDRO vai pela mesma linha, sustentando ter conhecido MARCO, no Paraguai, nessa oportunidade, e não há 2 (dois) anos, como consta do título de custódia cautelar. Aduz que veio ao Rio, com CLAUDETE, no intuito “*de resolver problemas com a companheira*”, longe da família de ambos, e não para ser apresentado a “LUIZÃO”.

Como se pode observar, o conteúdo dos interrogatórios varia substancialmente. Mas não só no tocante à intervenção de SANDRO no projeto delitivo - *teria ou não ajudado na compra das armas, saberia ou não de sua presença, no caro*. Também com relação a aspectos secundários, mas que poderiam influir na aplicação da pena, constata-se *sutis - às vezes, não tão sutis - oscilações*. Veja-se, por exemplo, que à Polícia, MARCO ANTÔNIO disse ter sido contratado por “LUIZÃO”, um “*elemento que conheceu na favela de Acari/RJ, o qual trabalha para integrantes da boca-de-fumo local, para adquirir várias armas de fogo, fuzis e pistolas*” (fls. 10). Ao subscritor destas linhas, afirmou que “*não sabe se ‘LUIZÃO’ pertence ao tráfico, nem a quem iria vender as armas*”, mas que, pelo que ouviu, “LUIZÃO” seria “*assaltante*” (fls. 133/7).

A quais dos interrogatórios se deverá reconhecer prevalência? Em outras palavras: o conteúdo dos interrogatórios, em sede policial, *mais gravosos* a SANDRO - pois neles o acusado admite ter vindo ao Rio para engajar-se no comércio de armamentos e MARCO afirma que ambos foram à loja adquirir as armas - sobrevive à retratação, na instrução criminal?

A resposta negativa se impõe. Não tenho como fugir à impressão de que as declarações prestadas em sede policial mais bem se aproximam à realidade:

α) a **uma**, porque a explicação que SANDRO oferece para justificar a mudança da versão, *dizendo que não leu o Auto de Prisão em Flagrante, antes de assiná-lo*, dói na alma. Admitiria isso de um idoso, de um doente ou de uma mulher assustada. Não de um homem adulto, em pleno vigor físico e mental. Além do mais, SANDRO não é nenhum ingênuo. Ao contrário, é *um condenado foragido, que já foi preso em flagrante anteriormente por roubo e tentativa de homicídio* - além de ter sido condenado por estelionato - e que, por isso mesmo, conhece os procedimentos de Polícia Judiciária. Dizer que se assinou no que “*não leu*” não convence;

β) a **duas**, porque a lavratura do auto foi presidida por uma Autoridade Policial e levada a efeito por um agente federal, ambos servidores no pleno desempenho de suas funções, cuja palavra goza de fé pública, só podendo ser rebatida ante robusta e incontrovertida prova em contrário. Note-se: em momento algum os RÉUS disseram ter sido vítimas de maus-tratos (“*tortura*”) ou de pressão para que declarassem o que não desejavam. *Simplesmente afirmaram que o contido no auto de prisão em flagrante era falso;*

γ) a **três**, porque se o intuito do Delegado Federal e do escrivão fosse o de prejudicar alguém, teriam incriminado CLAUDETE e ANGÉLICA - *o que teria sido fácil, tratando-se de uma adolescente e uma moça, mais impressionáveis e suscetíveis à pressão* -, o que não ocorreu. Teriam também feito constar do interrogatório de SANDRO uma declaração de que ele sabia que MARCO estava transportando armas, no veículo - o que tampouco se viu.

Tudo isso me leva à conclusão de que as palavras ditas *antes da intervenção da defesa técnica*, no calor da prisão, foram as verdadeiramente espontâneas, *pois os RÉUS ainda não haviam tido tempo hábil para acertar suas versões e costurar uma estória minimamente verossímil.*

A jurisprudência dominante reconhece não só o valor da confissão policial, como também a necessidade de que eventual retratação em juízo seja convincente para o Magistrado, no marco do *princípio do livre convencimento motivado*:

A confissão policial pode prevalescer à retratação judicial de co-autor no sentido de descomprometer o réu, quando harmônica com o restante da prova, uma vez que aquela vale pelo grau de credibilidade que lhe seja inerente e não pelo local em que é colhida.

(TACRIM-SP - Rev. - 4º Gr. Cs. - Rel. Luiz Ambra - j. 20.03.97 - RJTA-CRIM 35/497)

Para a retratação da confissão policial ser válida, é necessário que seja verossímil, encontrando algum amparo, ainda que em elementos indiciários ou circunstanciais.

(TACRIM-SP - AP - rel. Passos de Freitas - RJD 16/77)

A simples retratação em juízo sem ressonância nos autos não invalida confissão feita perante a autoridade policial.

(TJMG - AP - rel. Guimarães Mendonça - RT 666/333)

Latrocínio (...) Confissão extrajudicial retratada em juízo - Circunstância que por si só não autoriza a absolvição desde que corroborada

aquela, pelos demais elementos dos autos - (...) Conjunto probatório convincente - Condenação mantida.

(TJSC - AP - rel. José Roberge - RT 675/395)

A confissão extrajudicial é hábil à condenação se corroborada por outros elementos, indícios e provas. A confissão no auto de flagrância deve ser cotejada com o conjunto probatório dos autos. Simples retificações em Juízo, contrariando a versão dada à autoridade policial, sem qualquer esclarecimento, não a infirmam. Não há nos autos meros indícios, mas uma seqüência de depoimentos que incriminam taxativamente o réu-apelado.

(TAPR - AP - rel. Otávio Valeixo - RT 681/385)

Isolada retratação de confissão policial roborada judicialmente não basta, por si só, à prolação de decreto absolutório.

(TACRIM - SP - AP - rel. Roberto Martins - JUTACRIM-SP 42/33)

A simples retratação judicial da confissão não produz efeito por si mesma. Invertendo o ônus da prova, acarreta para o confitente o encargo de aduzir os seus motivos e comprová-los satisfatoriamente.

(TACRIM-SP - AP - rel. Sabino Neto - JUTACRIM - SP 15/213)

A confissão vale não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que contém; assim, sendo corroborada pelas demais provas do processo, aquela realizada quando do inquérito policial deve ter valor reconhecido.

(TACRIM-SP - AP - 9ª C. - rel. Lourenço Filho - j. 07.02.96 - RJTACRIM 29/194).

A confissão feita na fase policial, mesmo que sem ratificação em juízo, tem valor probante, desde que não elidida por outros elementos de prova, pois a confissão vale não pelo lugar em que foi prestada, mas por seu conteúdo.

(TACRIM-SP - AP - 7ª C. - rel. Souza Nery - j. 30.01.97 - RT 741/640)

A prova constante de inquérito policial, em regra, não deve ser desprezada (...) E as confissões colhidas nesta fase, desde que obtidas regularmente e segundo sejam seus termos postos em confronto com as demais circunstâncias ocorridas no caso, às quais se ajustam, têm alto valor probante e devem ser aceitas se não elididas na fase judicial.

(TACRIM-SP - AP - 4ª C. - rel. Passos de Freitas - j. 22.11.94 - RT 717/417)

A confissão policial, colhida à margem do contraditório, merece indiscutível credibilidade e vale pelo seu conteúdo, não se infirmando pelo simples fato de ter sido tomada na repartição policial.

(TACRIM-SP - AP - rel. Fernandes de Oliveira - RJD 25/318)

Vale a confissão policial pelo seu conteúdo e verossimilhança com as demais provas, não se infirmo pelo simples fato de ter sido tomada em repartição policial.

(TACRIM-SP - AP - 11ª C. - rel. Fernandes de Oliveira - j. 16.02.98 - RJTACRIM 38/88)

O fato da confissão ter sido feita na fase do inquérito policial é irrelevante, vez que tal prova vale não em função do local em que venha a ser lançada, mas do grau de credibilidade que naturalmente lhe seja inerente.

(TACRIM -SP - AP - rel. Luiz Ambra - RJD 15/48)

O princípio basilar do processo penal brasileiro é o de livre convencimento, as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas. Precedentes.

(STF - Rec. - rel. Cordeiro Guerra, RT 499/409)

A confissão extrajudicial, desde que se harmonize com o conjunto probatório, tem plena validade.

(TJSP - Rel. - Rel. Gonçalves Sobrinho - RJTJSP 99/498)

A confissão policial amparada por apreensão e por indícios resultantes da prova testemunhal é prova suficiente para a condenação.

(TACRIM-SP - AP - 11ª C. - rel. Fernando de Oliveira - j. 25.03.96).

Pois bem.

Ainda que os acusados se reservassem o direito de permanecer calados e nada tivessem dito à AUTORIDADE POLICIAL, restaria a “*confissão informal*” (admissão) prestada aos agentes, no interregno entre a voz de prisão e a formalização dos procedimentos do flagrante. O conteúdo das conversas, reavivado e sumarizado nos depoimentos prestados pelos policiais, revela-se igualmente útil na busca da verdade real:

1) o agente AMINTHAS JORGE DE AGUIAR SANTOS, no depoimento de fls. 186/8, foi enfático: MARCO ANTÔNIO admitiu que transportava as armas para entregá-las ao tráfico de Acari. ANGÉLICA e CLAUDETE disseram nada saber sobre as armas. **“Sandro inicialmente disse não saber que Marco Antonio transportava armas, mas depois acabou admitindo ter conhecido Marco no Paraná e ter sido por ele convidado a vir ao Rio a fim de ser apresentado a um traficante da favela do Acari, passando a partir daí a engajar-se no tráfico de armas”.**

2) o agente ANTÔNIO CÉZAR DOS SANTOS PEREIRA (fls. 189/91) afirmou ter ouvido de MARCO ANTÔNIO que este levava as armas para “LUIZÃO”, traficante da favela de Acari, e que o acusado convidara SANDRO a vir para o Rio a fim de apresentá-lo ao traficante “LUIZÃO”, da favela de Acari, para o qual SANDRO passaria a operar no tráfico de armamentos. SANDRO negou à testemunha ter algum envolvimento no transporte. As mulheres também negaram ciência das armas.

3) o agente PAULO ROBERTO FICHET LEAL (fls. 192/4) contou ter ouvido de MARCO ANTÔNIO que este teria sido apresentado pelo co-réu SANDRO aos homens que lhes venderam as armas, no Paraguai, e que SANDRO vinha para o Rio ser apresentado e passar a trabalhar no comércio de armamentos para o traficante “LUIZÃO”, da favela de Acari. SANDRO negou à testemunha participar do contrabando de armas, assim como as duas mulheres negacearam.

Os três agentes ouviram da boca de MARCO ANTÔNIO que SANDRO estaria vindo ao Rio para ser introduzido a um *traficante* - e não um mero e acromático *bandido*, como MARCO disse a mim - da Favela de Acari, de alcunha “LUIZÃO”, para o qual SANDRO passaria a trabalhar na compra e transporte de armas de fogo. O chefe da equipe da Polícia Federal (AMINTHAS), ouviu mais: *ouviu a admissão de SANDRO de que sabia das armas e estava vindo ao Rio para ser apresentado ao tal traficante e engajar-se no comércio ilícito*. E o policial PAULO ROBERTO colheu de MARCO a informação de que *teria sido SANDRO quem apresentou o primeiro ACUSADO aos homens que lhes venderam as armas, em Ciudad del Leste*. Trata-se de servidores sérios, idôneos, que nenhum motivo teriam para urdir uma estória farsesca. Como escrevi linhas atrás, *servidores no pleno desempenho de suas funções, cuja palavra goza de fé pública, só podendo ser rebatida ante robusta e incontroversa prova em contrário*. Note-se: em momento algum os RÉUS disseram ter sido vítimas de maus-tratos (“*tortura*”) ou de pressão para que declarassem o que não desejavam.

Assim, considerados os interrogatórios formalizados na Superintendência da Polícia Federal e os depoimentos a mim prestados pelos agentes, bem como as recorrentes coincidências e a plácida harmonia entre uns e outros, tenho que:

α) SANDRO já conhecia MARCO havia algum tempo - *como ambos admitiram no interrogatório, em sede policial* -, conquanto não seja possível precisá-lo - MARCO disse 9 (nove) anos, SANDRO, 2 (dois) anos;

β) tendo sido contactado, SANDRO acompanhou MARCO à loja - orientando-o no caminho e apresentando-o às pessoas certas, já que por ocupar-se do traslado de turistas conhecia bem a área -, em *Ciudad del Leste* - como declarado por MARCO, no APF -, com cujo proprietário foi entabulada a compra das armas de fogo;

γ) SANDRO aceitou o convite de MARCO para vir ao Rio de Janeiro a fim de ser apresentado e passar a traficar armas sob encomenda de “LUIZÃO” - *bandido envolvido na venda de drogas, na favela de Acari* - utilizando sua companheira CLAUDETE - *assim como MARCO utilizou ANGÉLICA - para dissimular o propósito da viagem. Dois casais certamente despertariam menos suspeita da Polícia que dois homens, no longo trajeto rodoviário que se estende do Paraná até o Rio.*

Ainda que nos abstraíssemos por completo dos contundentes depoimentos dos agentes federais, ainda assim, partindo unicamente das informações colhidas no APF, não será exagero afirmar que todos os indícios deságuam na impossibilidade de SANDRO ignorar que viajava num carro que servia para o transporte das armas: (1) se sabia da sua existência, pois participou da compra, no Paraguai, do armamento; (2) se sabia que MARCO se ocupava do contrabando de armas, e que, por conseguinte, as traria para o Rio; (3) se aceitou vir conhecer “LUIZÃO”, destinatário do material, para engajar-se no comércio clandestino. Como poderia não saber que MARCO as transportaria no veículo? De que outra forma as armas viriam para cá? MARCO simplesmente as largaria pelo caminho? *Se ele as comprou, é claro que as traria.* E se ele viajava de carro, é evidente que esse seria o meio de transporte. Não há como imaginar que as armas viessem voando... Além do mais, não se deve perder de vista o aspecto que despertou a desconfiança dos agentes federais e os fez abordar o veículo: o rebaixamento da suspensão do *Voyage*, *indicando o transporte de algo muito pesado*, o que não escaparia a alguém, cujo ganha-pão consistia na condução de *vans* para turistas.

As alegações da defesa de SANDRO são então facilmente rechaçáveis:

α) o conteúdo da confissão judicial de MARCO ANTÔNIO não reflete em sua totalidade o real desenrolar dos fatos, como já exposto, tendo o nítido propósito de eximir SANDRO, já que a condenação de MARCO seria inevitável. *Como um será condenado, que se livre o outro* - um ato não tão raro de cortesia profissional ou ética entre bandidos;

β) o compartimento secreto, onde se acantonavam as armas, não era visível a um *observador externo*, mas SANDRO decididamente não era um *observador externo*,

e sim *efetivo concorrente do ilícito*, que participara da compra e agora *co-empresendia o transporte das armas*;

γ) a idoneidade do acusado é um gracejo de seu nobre e sempre diligente patrono. *Como um foragido da Justiça, condenado por roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, resistência e estelionato continuado, poderia ser uma pessoa de bem?*

Para espancar quaisquer mínimos resquícios de dúvida, enfocaremos uma última vez a questão de outro ângulo, quiçá mais provocativo, ao gosto do *Parquet*: será crível que um foragido, condenado por roubo à mão armada e resistência (além de estelionato), conheça casualmente um homem, no Paraguai, e, no dia seguinte, sem mais, nem menos, chame sua companheira, decida largar o trabalho e retorne com esse homem - *a quem mal acabara de conhecer* - de carona para o Rio de Janeiro a fim de fazer turismo, num veículo com suspensão rebaixada, carregado de fuzis e pistolas, ignorando a existência dessas armas? Alguém em sã consciência pode deixar-se convencer por essa absurda e alegórica sucessão de casualidades? Certamente, não...

Mais ainda: a vigorar a tese sustentada com brilho pelo empenhado causídico, além da inabalável e cega fé nesse cipoal de coincidências, deveríamos estender nossa crença à existência de uma pérfida conspiração para incriminar o pobre ACUSADO e pô-lo a ferros, atrás das grades. O co-réu MARCO e os três agentes responsáveis pela prisão, além da Autoridade Policial e o escrivão incumbido da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, teriam acordado entre si dar vida e fomentar uma falsa imputação contra SANDRO. MARCO teria mentido no *primeiro interrogatório*; os três policiais teriam mentido, *nos depoimentos*, prestados na Delegacia e neste Juízo; o Delegado de Polícia teria mentido *ao ditar ao escrivão respostas incorretas e o escrivão teria mentido ao anuir e proceder à confecção de um auto falso. Todos teriam mentido. Todos seriam grandes mentirosos. Todos, sem exceção*. Só o foragido SANDRO, condenado por roubo à mão armada, resistência e estelionato, pilhado por azar do destino num carro prenhe de armas e que não leu o auto em que se assinou, teria amor à verdade...

A par da *prova testemunhal*, expressa no depoimento dos policiais, e no conteúdo da confissão do acusado MARCO ANTÔNIO, que, na parte em que resvala para MARCO (*chamada de co-réu, delação ou chamamento de cúmplice*), vibra como forte indício, há que se dar o devido peso às demais *provas indiciárias*. Nesse contexto, não vejo como deixar de assentar a responsabilidade do acusado.

Sobre o imprescindível papel exercido pela *prova indiciária*, vêm a propósito algumas observações, começando por seu *conceito*.

Na dicção legal, “*considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*” (art. 239 do Código de Processo Penal).

Na Alemanha, Claus **ROXIN**, conceitua indícios (*Indizien*) como “*fatos que permitem uma conclusão diretamente sobre um fato substancial. Assim, por exemplo, o fato de o suspeito de homicídio ter proferido, antes do óbito de X, ameaças de morte diretamente contra ele, ou depois do fato ter removido de suas calças marcas de sangue, ou que o suspeito de fraude contra o seguro tenha adquirido gasolina e elevado o valor do seguro*” (In: *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 24. Auflage. München: Beck, 1995, p. 161).

O mestre **TOURINHO FILHO**, após socorrer-se das definições de **MITTERMAYER** (“*indício é fato que está em relação tão íntima com outro, que o Juiz chega de um a outro por meio de uma conclusão muito natural*”) e **MANZINI** (“*uma circunstância certa da qual se pode sacar por indução lógica, uma conclusão acerca da existência ou inexistência de um fato a provar*”), ressalta que “*o indício é, também, um meio de prova, e tanto o é, que o legislador o encartou no capítulo pertinente às provas, e, por isso mesmo, seu valor probatório é semelhante às chamadas provas diretas*” (In: *Processo Penal*, vol. III. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 348).

Walter P. **ACOSTA** ensina que “*indício não é sinônimo de presunção, como alguns entendem: é a circunstância ou antecedente que autoriza a fundar uma opinião acerca da existência de determinado fato, ao passo que presunção é o efeito que essa circunstância ou antecedente produz, no ânimo do julgador, quanto à existência do mesmo fato*”. “*Na técnica da prova indiciária*” - prossegue o autor - “*desenvolve-se, pois, um silogismo, em que a premissa menor é um fato, ou circunstância provada, que é a circunstância indiciante, e a premissa maior, que se ajusta à outra, é simplesmente problemática ou abstrata, calcada nos ensinamentos do bom senso comum*” (In: *O Processo Penal*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora do autor, 1964, p. 258).

Para **GALDINO SIQUEIRA**, “*indício é o fato, circunstância acessória que se liga ao crime, e por onde se conclui, quer que o crime foi consumado, quer que um determinado indivíduo nele tomou parte, quer que há crime e que foi consumado de tal*

ou qual maneira”. “Assim” - prossegue o ilustre tratadista - “os indícios versam sobre o fato, ou sobre o agente ou sobre o modo do fato. Não se deve, porém, confundir os indícios, que formam a prova chamada relativa ou prova circunstancial, com as presunções, confusão aliás feita por MITTERMAYER, BONNIER e outros tratadistas. Como diz CARRARA, indícios são circunstâncias que nos revelam, pela conexão que guardam o fato probando, a existência desse mesmo fato, ao passo que as presunções exprimem a própria persuasão desta existência. Por outras, os indícios são elementos sensíveis, reais, que indicam um objeto (index), ao passo que as presunções são as conjecturas ou juízos formados sobre a existência do fato probando, conjecturas pressupostas pela lei como verdades absolutas (presunções legais, ou induzidas pelo juiz segundo a ordem natural das coisas - presunções comuns)”. Citando LUCCHINI, pondera que se “a presunção não é contraditada, exime da prova quem a tiver, ao passo que o indício é um sub-rogado da prova, *sensu strictu*, ocupa o seu lugar”. Sobre a relação entre os indícios e o fato criminoso, explica que podem florescer sob três diferentes aspectos: “ou os indícios aparecem como circunstâncias da execução do crime, ex: a direção das feridas, o instrumento do crime, etc; ou são relações físicas que existe entre uma pessoa e outra: ex: Pedro dormiu no mesmo quarto em que Paulo aparece assassinado de manhã; ou são fatos preexistentes: ex: Paulo aparece assassinado e Pedro prometeu matá-lo; ou são fatos posteriores, ex: Paulo aparece assassinado e Pedro está com o relógio roubado a Paulo na ocasião do assassinato. Os indícios da primeira e da terceira classe impõem ao indiciado a necessidade de uma justificação, o que não acontece com os indícios da segunda, visto que estes, por mais fortes que sejam, não têm uma relação física com o fato criminoso. Esta classificação dá lugar à distinção entre os indícios anteriores, concomitantes e posteriores” (apud, FRANCO, Ary Azevedo. Código de Processo Penal, vol. I. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 326/7).

No horizonte de projeção do princípio do livre convencimento ou da persuasão racional - que abdica de provas tarifadas, com valor pré-determinado pelo legislador -, adotado sem peias pela legislação brasileira (*verbi gratia*, art. 157 do Codex Processual Penal: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”), os indícios constituem meio de prova, tão válido quanto quaisquer outros, como a confissão, o testemunho, a perícia (ou laudos), etc, sem que se possa estabelecer a priori entre uns e outros algum tipo de hierarquia. “Dessa forma” - ensina Antonio Magalhães GOMES FILHO (*Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 162/3) -, “se de um lado, em oposição ao critério das provas legais, o livre convencimento pressupõe a ausência de regras abstratas e gerais de valoração probatória, que circunscreveriam a

solução das questões de fato a standards legais, por outro implica a observância de certas prescrições tendentes a assegurar a correção epistemológica e jurídica das conclusões sobre os fatos debatidos no processo”. E arremata: “na atividade de valoração aliam-se liberdade e responsabilidade”.

Outra não poderia ser a conclusão. Se a finalidade do processo criminal consiste em *provar*, e *provar* não é *senão* “*propiciar ao juiz a convicção sobre a existência de um fato*” (Claus ROXIN, *op. cit.*, p. 160), é óbvio que “a convicção do juiz pode ser fundamentada também por uma prova indiciária” (“*Die Überzeugung des Gerichts kann auch durch einen Indizienbeweis begründet werden*” - *id. Ibidem*, p. 93).

Assim, “*se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material*” (TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p 243). “*Tendo o legislador admitido os indícios como meios de prova, não se pode negar possa o Juiz, mormente no sistema do livre convencimento, proferir um decreto condenatório, apoiando-se na prova indiciária*” (*Id.*, *ibidem*, p. 349).

Singrando pelos mesmos mares, a jurisprudência pátria há muito reflete a possibilidade de condenação com base em *prova indiciária*, no marco do *princípio do livre convencimento* do Magistrado:

EMENTA: I. Sentença condenatória: justa causa conforme fundamentação idônea, baseada não apenas na confissão depois retratada do paciente, mas também na prova indiciária colhida em juízo, julgada bastante para elidir a verossimilhança de sua versão dos fatos: juízo de mérito a cuja revisão não se presta o habeas corpus. II. Defesa técnica: não havendo contradição entre as versões dos co-réus, não há nulidade na nomeação ad hoc de um só defensor para a audiência de testemunhas.

HC 75809 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 17/03/1998 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-17-04-98 PP-00004 EMENT VOL-01906-02 PP-00306

PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA INDICIÁRIA. SUFICIÊNCIA. CONDENAÇÃO. HABEAS CORPUS. REVOLVIMENTO DE MATERIAL PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA.

1. Se a sentença, bem articulando os fatos postos no processo e atendendo ao requisitos do art. 381, do CPP, conclui pela condenação do réu, não há falar em falta de fundamentação e, muito menos, violação ao art. 93, IX, da CF/88.
2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa.
3. Nos moldes em que delineada a controvérsia, está-se, na verdade, pretendendo revolver material fático-probatório, intento não condizente com a via angusta do habeas corpus.
4. Ordem denegada.

Processo

HC 15736 / MG ; HABEAS CORPUS
2001/0005409-9

Relator(a)

Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

03/04/2001

Data da Publicação/Fonte

DJ 23.04.2001 p. 189

(...) 3. A Lei exige a fundamentação de todos os decisórios judiciais, obrigando o juiz a dar os motivos de seu convencimento. Não é nula, assim, a decisão que acolhe provas indiciárias, especialmente se não são elas as únicas a embasar a condenação. Se à defesa é oportunizado produzir provas e requerer diligências, não se verifica a alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (...)

6. “Habeas Corpus” conhecido; pedido indeferido.

Processo

HC 10483 / RJ ; HABEAS CORPUS
1999/0073855-1

Relator(a)

Ministro EDSON VIDIGAL (1074)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

19/10/1999

Data da Publicação/Fonte

DJ 16.11.1999 p. 218

“o valor probante dos indícios e presunções, no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas

diretas, ensina José Frederico Marques (Elementos..., vol. 2/378). Exposto, pelo Magistrado, ‘tutto l’iter del processo logico-formativo del suo rationale convincimento’, cumprido está o dever de fundamentação do veredicto” (TJSP - AP - rel. Acácio Rebouças - RJTJSP 37/266)

Desse profundo e cuidadoso revolvimento do complexo probatório, associado às impressões hauridas dos interrogatórios - com particular atenção para o de SANDRO, cuja autodefesa não foi nada convincente - e depoimentos, todos prestados a este sentenciante, chego à invencível conclusão de que não houve *erro de tipo essencial* algum por parte do acusado. Ele tinha plena ciência de estar transportando armas e quis tomar parte na execução do projeto delitivo - assim como interveio na compra delas -, trazendo-as para o Rio de Janeiro e entregando-as ao tal “LUIZÃO”, bandido para o qual passaria a trabalhar no tráfico ilícitos de armamentos, sucedendo ou atuando conjuntamente com MARCO.

As provas acima reunidas bastam *quantum satis* para fundar a *co-autoria*, calcada no *domínio funcional do fato*, de SANDRO na aquisição e, por conseguinte, no contrabando das armas, do Paraguai para o Brasil, bem como no transporte do armamento de Foz do Iguaçu para o Rio de Janeiro.

2.2.3. Enquadramento típico

Sobre a *emendatio libelli* requerida pelo *Parquet*, deve observar-se que, nos termos do art. 383 do CPP, “o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. A jurisprudência é unânime em afirmar que basta ao exercício do direito constitucional à *ampla defesa* que a inicial acusatória contenha a *precisa descrição da dos fatos imputados ao réu (imputatio facti)*, sendo irrelevante que o juiz altere a moldura típica por ocasião da sentença (*narra mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*), pois o acusado se defende dos fatos, não da capitulação jurídica (*imputatio iuris*) constante da denúncia. Outra não poderia ser a conclusão, sob pena de indevida vinculação do Magistrado à posição jurídica esposada pelo órgão acusatório. A título de exemplo, eis alguns arestos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TENTATIVA DE ESTUPRO. TURMA RECURSAL. CONDENAÇÃO POR CRIME NÃO PREVISTO NA DENÚNCIA. COMPETÊNCIA. Segundo o art. 383 do CPP “o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa

ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave”, especialmente quando a denúncia descreve todos os elementos constitutivos do tipo penal a que foi condenado o paciente. O acusado se defende dos fatos imputados na peça acusatória e não do dispositivo legal citado. (...)

HC 83855 / MG - MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. NELSON JOBIM

Julgamento: 04/05/2004

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-28-05-2004 PP-00063 EMENT VOL-02153-05
PP-00848

TRÁFICO DE ENTORPECENTE. EXAME TOXICOLÓGICO. HIPÓTESE EM QUE ESSE EXAME PODE SER SUBSTITUÍDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. *EMENDATIO LIBELLI*. Tráfico de entorpecente. Quadrilha de policiais que subtraía substâncias entorpecentes de traficantes para comercialização e extorsão. Impossibilidade óbvia do pretendido exame toxicológico, cuja ausência é suprida pela prova testemunhal. Precedente (HC 78.749). Desclassificação do crime de extorsão mediante seqüestro para extorsão simples (CP, art. 158). Hipótese de *emendatio libelli* e não de *mutatio libelli*. HC indeferido.

RHC 83494 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EM HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 16/03/2004

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-02-04-2004 PP-00028 EMENT VOL-02146-04
PP-00776

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSO PENAL. *EMENDATIO LIBELLI*. FALTA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA PENA BASE. MÉTODO TRIFÁSICO DE FIXAÇÃO DA PENA. 1. Se as elementares descritas na denúncia correspondiam ao delito de posse sexual mediante fraude e não ao estupro, nada impedia que o juiz, ao proferir a sentença, condenasse o Réu por aquele crime e não por este delito. Não há controvérsia que no processo penal o réu defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação dada pelo Ministério Público. O Código Processual Penal contempla a possibilidade da *emendatio libelli*, que não se confunde com a *mutatio libelli*. A jurisprudência deste Tribunal é tranqüila quanto à possibilidade do juiz dar, na sentença, definição jurídica diversa da que consta na denúncia. Só não seria possível tal procedimento se, para caracterização do novo delito, faltasse alguma circunstância elementar que não estivesse descrita implícita ou explicitamente na denúncia. Hipótese em que ocorreria a *mutatio libelli* (CPP, art. 384). No caso, a sentença fez uma *emendatio libelli*.

Analizou os fatos descritos na denúncia e os capitulou adequadamente como crime de posse sexual mediante fraude. (...) Não há nulidade a ser sanada. Conheço do recurso e nego provimento.

RHC 82589 / BA - BAHIA

RECURSO EM HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. NELSON JOBIM

Julgamento: 11/03/2003

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-20-02-2004 PP-00024 EMENT VOL-02140-03
PP-00516

EMENTA: *Habeas Corpus*. 2. Hipótese de *emendatio libelli* e não de *mutatio libelli*. Art. 437, do Código de Processo Penal Militar. Requerimento escrito do Ministério Público Militar de desclassificação do tipo penal. Regular oportunidade de defesa ao réu. 3. Alegação de nulidade do processo que não é de acolher-se. 4. Não cabe, em *habeas corpus*, rediscutir fatos e provas. 5. *Habeas corpus* indeferido.

HC 80999 / PA - PARÁ

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 11/09/2001

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-05-10-01 PP-00040 EMENT VOL-02046-02
PP-00420

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. SENTENÇA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP. INEXISTÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REFORMA DA CONDENAÇÃO PELO ACÓRDÃO.

1. O réu, em nosso sistema processual penal, defende-se da imputação fática e não da *imputatio iuris*, logo, restando caracterizada a *emendatio libelli* e não *mutatio libelli*, desnecessária a observância das disposições do art. 384 do Código de Processo Penal. (...)

4. *Writ* denegado.

Processo

HC 35660 / SP ; HABEAS CORPUS

2004/0071489-5

Relator(a)

Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

23/11/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 13.12.2004 p. 390

(...) Se o juiz reconhece que os fatos descritos na inicial acusatória, mesmo que de forma implícita, comportam definição jurídica diversa da conferida pelo acusador, é possível fazer a adequação típica. (...) Recurso conhecido, mas desprovido.

Processo

RESP 620616 / SP ; RECURSO ESPECIAL

2004/0004662-4

Relator(a)

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

28/09/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 25.10.2004 p. 382

(...) I - A descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 10, §1º, II, da Lei nº 9.437/97, razão pela qual a decisão proferida pelo e. Tribunal *a quo* se enquadra na hipótese do art. 383, do CPP (*emendatio libelli*). Por isso, não há que se cogitar de nulidade do v. acórdão increpado, pois, como é cediço, o acusado se defende do fato criminoso que lhe é imputado, i.e., da descrição fática contida na denúncia, e não dos dispositivos legais com que ele é classificado na inaugural de acusação. (...)

Processo

HC 28367 / SP ; HABEAS CORPUS

2003/0074319-9

Relator(a)

Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

02/09/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 18.10.2004 p. 303

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. *EMENDATIO LIBELLI*. INOCORRÊNCIA DE GRAVE DANO À COLETIVIDADE. IMPROPRIEDADE. ORDEM DENEGADA.

I - O fato de não constar, na peça acusatória, pedido expresso de aplicação da majorante prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90, não inviabiliza o seu reconhecimento pelo Magistrado, tendo em vista se tratar de *emendatio libeli*.

II - O réu se defende dos fatos que lhe são imputados pelo acusador, e não dos dispositivos legais eventualmente indicados. (...)

Processo
HC 35922 / RS ; HABEAS CORPUS
2004/0078001-1
Relator(a)
Ministro GILSON DIPP (1111)
Órgão Julgador
T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento
24/08/2004
Data da Publicação/Fonte
DJ 04.10.2004 p. 334

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - ARTS. 383 E 384 DO CPP - NULIDADE - DENÚNCIA - *MUTATIO LIBELLI* - *EMENDATI LIBELLI* - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- Se a imputação fática contida na denúncia, explícita ou implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica.

- Precedentes do STJ e STF.

- Ordem denegada.

Processo
HC 31525 / ES ; HABEAS CORPUS
2003/0198688-5
Relator(a)
Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)
Órgão Julgador
T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento
08/06/2004
Data da Publicação/Fonte
DJ 02.08.2004 p. 444

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. MERA ADEQUAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NA PEÇA ACUSATÓRIA. ART. 10, § 2º, DA LEI N.º 9.437/97.

1. Conforme é sabido e consabido, o Réu defende-se dos fatos narrados na denúncia e não da sua classificação legal.

2. Escorrei o *decisum* monocrático ao aplicar o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, porquanto vislumbra-se que houve apenas a adequação da conduta descrita na exordial, e não alteração da hipótese fática, não se podendo falar, portanto, em cerceamento de defesa. Precedentes. (...)

Processo
RESP 601786 / PR ; RECURSO ESPECIAL
2003/0179772-6
Relator(a)
Ministra LAURITA VAZ (1120)
Órgão Julgador
T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento
06/05/2004
Data da Publicação/Fonte
DJ 07.06.2004 p. 274

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E USO DE PAPEL PÚBLICO FALSIFICADO. *EMENDATIO LIBELLI* E *MUTATIO LIBELLI*. FALSIDADE GROSSEIRA.

I - Se a *imputatio facti*, explícita ou implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). (...)

Processo
HC 24853 / BA ; HABEAS CORPUS
2002/0130572-5
Relator(a)
Ministro FELIX FISCHER (1109)
Órgão Julgador
T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento
16/12/2003
Data da Publicação/Fonte
DJ 09.02.2004 p. 194
RT vol. 824 p. 543

Elucidado o ponto, eis como se encontram construídos os tipos da Lei n. 10.826/03 pertinentes à espécie:

Comércio ilegal de arma de fogo

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

Tráfico internacional de arma de fogo

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena - reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 19. Nos crimes previstos nos arts. 17 e 18, a pena é aumentada da metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito.

Antes de focalizar os *Tatbestände*, cabe dissipar alguns nódulos teoréticos:

1) o conceito de armas de uso *proibido* ou *restrito* se encontra positivado pelo *Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados* (R-105), baixado pelo Decreto 3.665/00, por força da delegação prevista no art. 23 da Lei n. 10.826/03. Daí ser fácil constatar que as armas apreendidas se enquadram na categoria: fuzis e mosquetão calibre 7.62mm e 5.56mm (art. 16, IV do Regulamento), pistolas .45 ACP e 9mm Luger (NATO ou *Parabellum*) (art. 16, III). A munição também está proscrita do uso civil (art. 16, I);

2) a existência de mais de uma arma não dá margem à pluralidade de ações, à luz de pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial. Quem traz consigo uma ou duas armas, *num mesmo contexto fático*, realiza o tipo penal de porte, *uma única vez*, pois o bem jurídico penalmente tutelado terá sofrido uma única ofensa. Sem dúvida, a multiplicidade de objetos materiais dará azo ao agravamento do conteúdo do injusto (*Unrechtsgehalt*), em decorrência do recrudescimento da ofensa ao bem jurídico (*Rechtsgut*), algo a ser valorado e aquilatado na gradação da pena aplicável. Em sentido idêntico: GOMES, Luiz Flávio & DE OLIVEIRA, William Terra. *Lei das Armas de Fogo*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119 - *cf. precedentes citados às fls. 201/2 da obra*.

Assentadas a incidência da causa de aumento do art.19 e a inexistência de concurso de crimes, quando do emprego de mais de uma arma, passo ao enfoque dos tipos fundamentais.

Entendo que os AUTORES se fizeram puníveis pela realização dos tipos dos arts. 18 e 17 da Lei n. 10.826/03. Em breves palavras, cumpre alinhar os parâmetros para o enquadramento típico.

Sob a rubrica de *tráfico internacional de arma de fogo*, o art. 18 engendra um *tipo misto alternativo*, isto é, um tipo “em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. 4ª Edição [revista e atualizada por Fernando FRAGOSO]. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 158) A alternatividade se dá não só em relação à *conduta* (*importar, exportar, favorecer a entrada ou saída*), como também em relação ao *objeto material* (*arma de fogo, acessório ou munição*).

Quanto à conduta expressa no verbo *importar* – *que é o nosso foco* –, temos uma *especialização da hipótese de contrabando*, isto é, *importação ou exportação de mercadorias ou gêneros com entrada ou saída do País proibida* (JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 859), cuja matriz está contida no art. 334 do Código Penal. Trata-se de técnica legislativa já empregada em inúmeras leis extravagantes, como a de entorpecentes (Lei n. 6.368/76), de segurança nacional (Lei n. 7.170/83, art. 12), de proteção ao meio ambiente (Lei n. 9.605/98, arts. 31 e 56), *verbi gratia*.

Pois bem. Os AUTORES, ao adquirir armas e munição, no Paraguai, efetuando o pagamento e acertando local e hora de entrega, realizaram o tipo objetivo do art. 18, na modalidade de *importar arma de fogo ou munição, sem autorização da autoridade competente*. O tipo subjetivo, que se contenta com o dolo (DELMANTO, Celso & DELMANTO, Roberto & DELMANTO JÚNIOR Roberto & DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: 2002, p. 334) - isto é, “o conhecimento e a vontade da realização do tipo” (*Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung*), na precisa conceituação de Hans WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969. P. 64) -, também está preenchido, já que os acusados tinham perfeita ciência do que faziam.

No tocante ao art. 17, cuja rubrica é *comércio ilegal de arma de fogo*, guardam pertinência as mesmas observações sobre a natureza do *Tatbestand*. Caberia apenas acrescer, na esteira do que elucida FRAGOSO (op. cit., p. 159), que nesses *tipos*

mistos alternativos ou de conteúdo variável “as várias modalidades são fungíveis, e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito”. Isso é relevante, porque é possível encaixar a ação dos AUTORES em várias das modalidades escandidas no texto.

Do ângulo da relevância jurídica, sobressai a *vox transportar*, que melhor exprime e traduz a essência da conduta dos AUTORES. As demais condutas referidas no tipo são absorvidas e repercutirão na dosimetria da pena - o pós-fato não punível não é jurídico-penalmente desprovido de significação, pois deve ser levado em conta na aplicação da pena (WELZEL, *op. cit.*, p. 235). Com efeito, eles foram *pilhados efetuando o transporte do armamento*. Assim, tenho como realizado o tipo objetivo do art. 17, traduzido no *transportar arma de fogo ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.

Quanto à cláusula *no exercício de atividade comercial ou industrial*, creio não ser possível situá-la exclusivamente no *tipo objetivo*, pois me parece que também remete à *finalidade da ação* - matéria atinente ao *tipo subjetivo*. Na dicção legal, “*equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência*”. *Transportar* armas e munição, a *pedido* ou mediante *paga*, atendendo à encomenda feita por alguém constitui sem titubeios uma forma de *prestação de serviços*. Num apelo civilista, diríamos que consiste numa obrigação de fazer (*obligatio faciendi*).

O *tipo subjetivo*, quer se capte como limitado ao dolo, quer se entenda compreensivo da cláusula acima referida, encontra-se realizado, pois, como já frisado, os AUTORES tinham exata ciência do que faziam.

Resta dotar de visibilidade a autonomia dos tipos para afastar a incidência de princípios como o da consunção e o *nexo de continuidade*.

Ao lado das classes de *concurso próprio - formal ou ideal (Idealkonkurrenz)* e *material ou real (Realkonkurrenz)* -, põem-se à mostra outros grupos de casos, nos quais a aparente concorrência de normais penais encobre e oculta uma relação de rejeição recíproca - apenas um dos preceitos será aplicado à situação concreta. É o chamado *concurso aparente de normas (Gesetzeskonkurrenz)* ou, mais corretamente, *unidade de normas (Gesetzeseinheit)*, que repousa na noção de que se o conteúdo de injusto de uma

conduta puder determinar-se exaustivamente com base numa única norma jurídico-penal incriminadora, a incidência das demais normas em tese aplicáveis torna-se supérflua e excessiva. Como todo conflito, esse também é dirimido à luz de um jogo de combinação de princípios. Resumindo a doutrina prevalente, **MITSCH (BAUMANN, Jürgen & WEBER, Ulrich & MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 10. Auflage. Bielefeld: Gieseking, 1995, p. 722/5)** apresenta os três princípios básicos: 1) especialidade (*Spezialität*) - “*uma relação de inclusão lógica entre dois tipos penais*”, em que “*o tipo especial contém todas as características do tipo geral, além de pelo menos uma característica a mais, que o tipo geral não contém*”; 2) subsidiariedade (*Subsidiarität*) - “*não uma relação lógica, mas uma relação de inclusão ou de graus normativos*”, em que “*entre dois tipos penais*” “*um é subsidiário em relação ao outro*”, como da tentativa em relação à consumação, da participação em relação à autoria, etc; 3) consunção (*Konsumtion*) - “*o conteúdo do antefato (Vortat) é secundário, se ele constitui um estágio necessário (notwendiges Durchgangsstadium) de uma parte funcional do fato principal, que provoca uma lesão mais intensa do bem jurídico (die gewichtigere Rechtsgutsbeeinträchtigung)*”. Aqui, apenas o último nos interessa. Com razão, ressaltam Luiz Flávio **GOMES** e William Terra de **OLIVEIRA** (*op. cit., passim*, pp. 204/7) que, “*apesar da complexidade da matéria*”, “*é possível o estabelecimento de critérios dogmáticos seguros sobre o assunto*”. E, reportando-se à “*teoria dos contextos fáticos distintos*”, organizam vários grupos de casos, ora repelindo, ora aceitando a consunção.

Escreveu **FRAGOSO** (*op. cit., p. 359*), que “*há consunção quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime*”. *Lex consumens derogat legi consumptae*. Recordando o ensinamento de **MEZGER** (“*Tratado*”, II, 366), explicava: “*há consunção quando uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui já em si o desvalor delitivo de outra, e não permite, por isso, a aplicação desta última*”. Daí que “*o fundamento que justifica essa exclusão não é uma relação lógica, mas, sim, o próprio sentido das leis em causa, determinado de acordo com uma interpretação valorativa*”.

JESCHECK pondera que “*só cabe dizer que deve apreciar-se a consunção quando o conteúdo do injusto e da culpabilidade de uma ação típica inclui outro fato ou, em seu caso, outro tipo, de maneira que a condenação desde uma perspectiva jurídica expressa já exaustivamente o desvalor de todo o sucesso: lex consumens derogat legi consumptae*”. (**JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 674**).

WELZEL pontifica que na consunção “o conteúdo do injusto de um tipo abrange caracteristicamente (*typischerweise*) também o conteúdo do injusto de outro tipo, de tal modo que a punição do fato acessório (*Begleittat*) é satisfeita conjuntamente com a do fato principal (*Haupttat*)” (*op. cit.*, 235).

Circunscrevendo-nos aos autores acima, podemos articular os grupos de casos, em que o conteúdo de injusto de uma ação é absorvido pelo de outra. FRAGOSO (*op. cit.*, pp. 359/60) refere o *crime progressivo e os antefato (ante factum) e pós-fato (post factum)* impuníveis:

Há consunção no *crime progressivo*. Diz-se crime progressivo quando o agente passa, num mesmo contexto de ação, de crime menos grave para crime mais grave, na violação do mesmo bem jurídico. Assim, se o agente espanca e fere a vítima e depois a mata, existe apenas homicídio, pois a lesão corporal é *consumida*. O mesmo ocorre, como observa Soler, II, 182, nos crimes contra a honra. Se o agente injuria, depois difama e calunia, o único crime é o de calúnia, que consome os menos graves. Não há concurso formal nos crimes contra a honra praticados no mesmo contexto de ação, ao contrário do que freqüentemente supõem os advogados que propõem ações por esta espécie de crimes.

O crime consumado também consome o crime tentado. Se alguém tenta praticar um homicídio e depois o consuma, haverá um só crime de homicídio, excluído o concurso formal por consunção.

Os crimes de perigo são consumidos pelos crimes de dando ao mesmo bem jurídico, porque estes últimos incluem o desvalor delitivo dos primeiros (*Mezger*). Também se poderia invocar aqui a subsidiariedade.

(...)

371 - A consunção se amplia para abranger também, com critérios valorativos, pluralidade de fatos. Na lição impecável de Soler, II, 189, é o caso de ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro do sentido de uma figura constitui o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*). Trata-se do antefato ou do pós-fato impunível, que Honig (1927) estudou admiravelmente. Aqui também entram em jogo critérios valorativos que concorrem para grandes incertezas na doutrina e na jurisprudência.

Meio necessário, temos, por exemplo, na falsidade documental imprescindível para a prática do crime de bigamia. Como ensina *Mezger* (“Tratado”, II, 371), *quando se trate de relação de meio a fim* (impunidade do ato anterior), é decisivo o fato de saber se, conforme a seu verdadeiro e próprio sentido, a lei aplicável ao ato principal consome, ou não, o meio empregado, seja por causa da comprovada freqüência de seu uso, seja pela regularidade de sua aplicação. O furto da arma com que se vem a praticar homicídio não está por este consumido. A violação de domicílio é, no entanto, consumida pelo furto que se pratica em casa. É importante aqui considerar também a gravidade das diversas ações, não sendo decisiva a ofensa a diverso sujeito passivo.

Os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois de fato anterior são por este consumidos. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato (cf. *Fragoso*, “Jur. Crim.”, ns. 27 e 259). Se o agente falsifica moeda e depois a introduz em circulação pratica apenas o crime de moeda falsa (art. 289, CP).

A prática de crime patrimonial através de uso de documento falso não é caso de concurso aparente. As graves penas do *falsum*, no entanto, levaram os tribunais a declarar que existe em tal caso apenas falsidade documental ou estelionato, solução que nos parece deve ser adotada. Há situações que não se resolvem com a lógica do sistema. Cf. Parte Especial, n. 444.

A contravenção de porte de arma é consumida pelo crime que com ela se pratique contra a vida ou a incolumidade pessoal. Oscar Stevenson propõe outro critério: se a posse da arma era ocasional não há consunção; se o agente deliberadamente se apossa da arma para praticar o crime, sucede antefato impunível.

JESCHECK (*op. cit.*, pp. 674/5) não diverge dessa linha:

a) A ação típica que pertence ao delito e unicamente pretenda assegurar, aproveitar ou materializar o proveito obtido pelo primeiro fato, fica consumida quando não se lesiona nenhum outro bem jurídico e o dano não se amplia quantitativamente por cima do já ocasionado (*fato posterior impune* ou, melhor, *punido simultaneamente*). Aqui o típico da relação entre o delito e o fato posterior radica em que o autor deve em geral realizar esse fato posterior se deseja que o principal tenha algum sentido para ele. Por isso, a apropriação da coisa furtada por parte do ladrão não constitui nenhuma apropriação indébita que se deva contemplar com independência (segundo BGH

14, 38 [45], até faltaria o tipo da apropriação indébita), porque com isso só se materializa o ânimo de apropriação do § 242, mas, em câmbio, a venda da coisa a um terceiro de boa fé deve castigar-se como estelionato, visto que no patrimônio do adquirente se lesiona um novo bem jurídico (RG 49, 16 [20]). O mesmo cabe dizer da relação entre apropriação indébita e estelionato (RG 62, 61). Se mediante o uso de um documento furtado se ocasiona à vítima, por estelionato, um dano adicional, o fato posterior é punível com independência (RG 49, 405 [408]; e 64, 281 [284]). O fato posterior é também impune quando ao fato prévio se comine pena menor, como, por exemplo, a apropriação indébita a respeito da indução à receptação (§§ 26 e 259), ou quando em realidade não pode ser castigado (v.g. devido à impunidade da tentativa, a falta de solitação de persecução ou a concorrência da prescrição), pois o tipo penal compreensivo do fato anterior constitui nesses casos a base exclusiva para valorar a totalidade do sucesso. Para os terceiros, ao contrário, o fato posterior continua sendo a base pertinente para sua própria responsabilidade pela participação, receptação e favorecimento, já que não falta a tipicidade do fato posterior, senão tão só a punibilidade se seu autor (RG 67, 70 [77]).

b) Também é consumido o fato típico acompanhante. Cabe estimar tal caso quando o legislador, ao estabelecer um preceito penal qualificado, já levou em conta a circunstância de que o fato costuma aparecer conectado a outro com um conteúdo de injusto essencialmente menor. Isso é válido, por exemplo, para a violação de domicílio (§ 123) e os danos às coisas (§ 303) em relação ao furto acompanhado de força às coisas ou circunstâncias assimiladas (§ 243, n. 1) (RG 40, 430 [431]; e BGH 22, 127 [129]), para as injúrias (§ 185) em relação aos delitos contra a honestidade (RG 45, 344; e BGH 8, 357 [359], a favor da especialidade), para os danos (§ 303) em relação ao homicídio (§ 212), para o *atraco* ao condutor (§ 316^a) em relação à tentativa de roubo (§§ 249 e 22) (BGH 25, 373), para a aquisição de munição não autorizada (§18 I, n. 3, WaffG 1968) em relação à sua posse (§ 25, n. 3, WaffG 1938) (BayObLGE 73, 171), e para a apropriação indébita (§ 246) em relação à infidelidade (§ 266) (OLG Stuttgart, JZ 1973, 739 [741]), com nota aprovatória de Lenckner, JZ 1973, 796. Sem embargo, não deve aplicar-se a idéia de consunção do fato acompanhante, quando o delito acessório se aparte do curso normal e ofereça um conteúdo de injusto próprio, como ocorre quando o ladrão destrói um objeto particularmente valioso (v.g. uma janela da Igreja) para poder cometer o furto. Há de apreciar-se assim mesmo o concurso ideal, e não a consunção, na relação entre o § 251 e o § 250, com a exceção do n. 3 (noutro sentido, BGH 21, 183).

Os excertos, colhidos de obras de renomados e representativos doutrinadores, permite divisar que não há no caso em apreço *relação de consunção* entre os injustos das condutas:

α) *a uma*, porque existe variação *quantitativa* e *qualitativa* dos *bens jurídicos afetados*. No *tráfico internacional de armas*, em primeiro plano se acha o *interesse da União em ver resguardada a integridade de suas fronteiras - vera projeção da soberania nacional -*, interesse esse que inclusive funda a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento, e só depois, num plano secundário, assoma a *incolumidade pública*, pelo potencial ofensivo das armas, ao passo que no tipo de *comércio ilegal* a objetividade jurídica é mais estreita e reside tão somente na *incolumidade pública*;

β) *a duas*, porque o conteúdo de injusto (*Unrechtsgehalt*) do primeiro tipo não abrange o do segundo, assim como o *Unrecht* do ocultamento do cadáver não se compreende no desvalor do homicídio, nem o estelionato torna despiciendo o castigo da subtração da coisa que lhe constitui o objeto material, pois não se trata de etapas que *necessariamente* se sucedam, podendo coexistir separadamente - o contrabando sem o transporte interno e vice-versa;

γ) *a três*, porque o *enfoque valorativo* desnuda, quer no plano legislativo, considerada a quantidade de pena cominada, quer no plano fático, atendendo-se ao caso concreto, a insuficiência da punição de uma única conduta, que não esgota, *em toda a sua magnitude*, o intenso desvalor das condutas. Em outras palavras, o conteúdo de injusto do primeiro tipo não abarca o conteúdo de injusto do segundo tipo, de tal sorte que a punição de ambos deve dar-se *independentemente uma da outra*.

Também descarto a hipótese de continuidade delitiva (art. 71 do Estatuto Repressivo), *pois os tipos realizados são de espécies distintas* - tampouco há identidade total dos *bens jurídicos penalmente tutelados*, como vimos -, o que inviabiliza o apelo à *fictionis iuris*. São numerosos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, bastando reportar *inter alia* os seguintes arestos:

PENAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. ROUBO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO RECONHECIDA. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
(...)

2. Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois são infrações penais de espécies diferentes, já que não estão previstos no mesmo tipo fundamental.

3. Recurso especial conhecido e provido.

Processo

RESP 261356 / SP ; RECURSO ESPECIAL

2000/0053758-6

Relator(a)

Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

06/05/2003

Data da Publicação/Fonte

DJ 16.06.2003 p. 365

PENAL - ROUBO QUALIFICADO - LATROCÍNIO - CONTINUIDADE DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS - CONCURSO MATERIAL - PRECEDENTES.

- Consoante entendimento desta Corte, não se aplica a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e latrocínio, eis que, apesar de serem do mesmo gênero, não são da mesma espécie, pois possuem elementos objetivos e subjetivos distintos, não havendo, portanto, homogeneidade de execução.

- No delito de roubo, a objetividade jurídica do tipo penal é o patrimônio, ao passo que, no delito de latrocínio, por sua vez, buscar-se proteger, além do patrimônio, a vida da vítima, incidindo a regra do concurso material.

- Recurso desprovido.

Processo

RHC 15534 / PR ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS

2003/0238098-4

Relator(a)

Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

23/03/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 24.05.2004 p. 293

A saída não é outra senão aplicar-se às penas infligidas pelos crimes a regra do cúmulo material, expressão do *concurso real*, conforme previsto no art. 69 do Código Penal.

2.2.4. Ausência de obstáculos à ilicitude e à culpabilidade

Não há obstáculos à *ilicitude* - que tornem justificadas as condutas realizadoras do tipo -, nem tampouco à *culpabilidade* - que filtrem a censura dirigida aos autores pela prática do injusto.

As ações são típicas, ilícitas e culpáveis.

3. DISPOSITIVO

Ex positis, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para CONDENAR os acusados MARCO ANTONIO RIBEIRO MACHADO e SANDRO ADRIANO COSTA DA SILVA, nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, pela realização, ilícita e culpável, dos tipos do arts. 17 e 18 da Lei n. 10.826/03 - ambos combinados com o art. 19 da lei -, na forma do art. 69 do Código Penal.

3.1. DOSIMETRIA

Em obséquio às normas dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX da Constituição da República, assim como às normas dos arts. 59 e seguintes do Código Penal, e 381, III do Código de Processo Penal, passo à dosagem concreta e à individualização das penas aplicáveis, à luz do sistema trifásico (art. 68 do Código Penal).

3.1.1. MARCO ANTONIO RIBEIRO MACHADO

3.1.1.1. Primeira Fase (pena base)

Consiste na fixação da pena-base, a partir do exame das *circunstâncias judiciais* ou *critérios diretivos* do art. 59 do CP. O juiz deverá atender à *culpabilidade*, aos *antecedentes*, à *conduta social*, à *personalidade* do agente, aos *motivos*, às *circunstâncias* e às *conseqüências* do crime, bem como ao *comportamento da vítima*, conforme necessário e suficiente à reprovação e à prevenção ao crime. Ressalto que, no meu entendimento, a *culpabilidade* - cujo conceito aqui é diferente do empregado na teoria do delito, significando *grau de censura ou medida de reprovação* da conduta (refletindo o desvalor da ação e do resultado) e não *reprovabilidade* - “o conjunto de pressupostos ou

caracteres que deve apresentar uma conduta, para que lhe seja juridicamente reprovada a seu autor” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, v. IV. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 10) - será sempre o *limite* ou *barreira intransponível* da pena imponible; os imperativos de *prevenção geral* ou *especial* poderão encorajar o juiz a reduzi-la, nunca a majorá-la, pois “*a prevenção é limitada pelo princípio da culpabilidade*” (MAURACH, Reinhart & GÖSSEL, Karl Heinz & ZIPF, Heinz. *Derecho Penal - parte general*, vol. 2. Tradução da 7ª Edição alemã, por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 718 - observação de GÖSSEL).

α) culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências: O desvalor da ação típica é intenso. O acusado aceitou trazer armas do Paraguai para um homem que sabia ser perigoso traficante da Favela de Acari. E não foram poucas armas: foram vários fuzis e pistolas - todas de uso proibido para civis -, além de munição. Caso chegassem às mãos do bandido, as conseqüências seriam mais que trágicas: o impacto de um disparo de fuzil é capaz de transfixar o chassi de um carro, explodir a cabeça de um homem, arrancar membros, dilacerar-lhe o tronco, enfim, reduzir a frangalhos o corpo de ser humano. Trata-se de armas de guerra - armas essas que vêm sendo empunhadas com cada vez mais freqüência por facções criminosas, enfrentando o aparato de segurança pública, impondo o medo à população e cerceando o direito de ir e vir do cidadão de bem, honesto, pagador de tributos, que se vê impotente e seqüestrado em sua dignidade diante da crescente espiral de violência urbana. Ainda sobre o desvalor do injusto, focado quanto às circunstâncias, não foi um plano de execução simples, reclamando sereno e refletido planejamento: o acusado, valendo-se de seus conhecimentos de mecânica, forjou uma caixa metálica, presa à parte inferior do Voyage que recebeu de “LUIZÃO”, como meio e paga pelos crimes; em seguida, convidou vários colegas - dentre os quais uma adolescente - para acompanhá-lo, usando-os como artimanha para despistar a fiscalização ao longo do trajeto. Na fronteira com o Paraguai, valeu-se dos conhecimentos de seu comparsa para entabular e levar a cabo a compra das armas. Na viagem de volta, novamente valeu-se da menor, como espécie de escudo. O motivo alegado para a prática dos crimes - necessidade de dinheiro -, sequer pode ser levado a sério - ainda mais sabendo-se que era mecânico e poderia sustentar-se de forma idônea, como atestam as testemunhas de defesa. O agente tinha plena ciência da ilicitude das condutas e podia e devia ter se motivado na norma, isto é, omitido os injustos.

β) antecedentes: não constam dos autos referências a inquéritos, processo criminais, nem a condenações anteriores.

γ) conduta social: há nos autos referências trazidas pelas testemunhas arroladas pela defesa, que indicam uma pessoa trabalhadora e de boa índole. Entretanto, o próprio RÉU admite ter prestado anteriormente aos fatos que motivaram esta condenação serviços a “LUIZÃO”, que sabia ser um delinqüente.

δ) personalidade: o RÉU mostrou grande despreço à ordem jurídica. Não só aceitou lançar-se numa ominosa e réproba aventura e entregar potentes e destrutivas armas para um homem que sabia ser bandido, como também voltou para o Rio trazendo a tiracolo um substituto ou comparsa para dar seguimento ao tráfico de armamentos. Esse despreço à noção de certo e errado - cegueira jurídica (*Rechtsblindheit*) -, que anda de mãos dadas com a sensação de impunidade - a ponto de justificar o recrutamento de outra pessoa para o crime -, indica um nível de perigosidade acima de média para esse tipo de delito.

ε) comportamento das vítimas: inaplicável ao caso.

Haja vista que o exame das circunstâncias judiciais sinaliza quadro amplamente desfavorável ao RÉU, especialmente pelo intenso desvalor do conteúdo de injusto - desvalor da ação, conseqüências dos fatos, circunstâncias - e personalidade distorcida, justifica-se a imposição de uma pena-base acima do mínimo (assim a jurisprudência do STJ: HC 36.858/RS, rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, T6, 27/10/2004; DJ 16.11.2004 p. 331 - RESP 622.322/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, T5, 21/10/2004; DJ 16.11.2004 p. 315 - HC 25.423/GO, rel. Ministro PAULO MEDINA, T6, 28/09/2004; DJ 25.10.2004 p. 389 - HC 30.282/SC, rel. Ministro FELIX FISCHER, T5, 11/05/2004; DJ 14.06.2004 p. 250). Fixo a pena em 7 (sete) anos, para cada crime.

3.1.1.2. Segunda Fase (circunstâncias)

Vislumbro a agravante do art. 62, I do Estatuto Repressivo. Embora ambos os RÉUS tenham agido com *domínio do fato*, na modalidade de *domínio funcional*, é indubitável que MARCO, verdadeiro *cabeça*, organizou e tomou à frente a implementação do plano delitivo, dirigindo a atividade de SANDRO.

Também reconheço a circunstância atenuante do art. 65, d, visto que o ACUSADO confessou espontaneamente os crimes aos agentes federais, à Autoridade Policial e a este Magistrado. A parcial retratação se orientou somente no sentido de eximir o co-RÉU. Daí não afetar a validade da confissão.

No confronto entre as circunstâncias, deve preponderar a atenuante (art. 67 do CP). E isso tem toda a lógica, no presente caso: em momento algum MARCO procurou fugir à responsabilidade, o que tornou possível a apreensão das armas e prisão dos réus. Subtraio à pena 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, para cada um dos crimes, reduzindo o *quantum* a 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses para cada delito.

3.1.1.3. Terceira Fase (causas de aumento e diminuição)

A causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.826/03 impõe a majoração da pena em ½ (metade). As penas passam a ser de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses, para cada crime - 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses + 2 (dois) anos e 10 (dez) meses.

3.1.1.4. Pena final

A *pena final*, resultante da soma das penas aplicadas para cada um dos crimes - por força da regra do cúmulo material (art. 69 do CP) -, é estabelecida em 17 (dezessete) anos de reclusão.

3.1.1.5. Pena de multa

Adotando os mesmos parâmetros, com base na relação entre *pena máxima possível* e *pena aplicada*, e, atento à reprovação dos crimes (art. 49, caput, do CP), arbitro a pena de multa em 248 dias-multa para cada uma das infrações penais, resultando em 496 dias-multa. À vista da situação econômica do **CONDENADO** (art. 49, §1º), cada dia-multa é fixado em 1/30 do salário mínimo.

3.1.1.6. Regime de cumprimento da pena

A pena privativa de liberdade será cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, a do Código Penal).

3.1.2. SANDRO ADRIANO COSTA DA SILVA

3.1.2.1. Primeira Fase (pena base)

Consiste na fixação da pena-base, a partir do exame das *circunstâncias judiciais* ou *critérios diretivos* do art. 59 do CP. O juiz deverá atender à *culpabilidade*, aos *antecedentes*, à *conduta social*, à *personalidade* do agente, aos *motivos*, às *circunstân-*

cias e às *conseqüências* do crime, bem como ao *comportamento da vítima*, conforme necessário e suficiente à reprovação e à prevenção ao crime. Ressalto que, no meu entendimento, a *culpabilidade* - cujo conceito aqui é diferente do empregado na teoria do delito, significando *grau de censura* ou *medida de reprovação* da conduta (desvalor da ação e do resultado) e não *reprovabilidade* - será sempre o *limite* ou *barreira intransponível* da pena imponible; os imperativos de *prevenção geral* ou *especial* poderão encorajar o juiz a reduzi-la, nunca a majorá-la, pois “*a prevenção é limitada pelo princípio da culpabilidade*” (MAURACH, Reinhart & GÖSSEL, Karl Heinz & ZIPF, Heinz. *Derecho Penal - parte general*, vol. 2. Tradução da 7ª Edição alemã, por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 718 - observação de GÖSSEL).

α) culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências: O desvalor da ação típica é intenso. O acusado aceitou trazer armas do Paraguai para um homem que sabia ser perigoso traficante da Favela de Acari. E não foram poucas armas: foram vários fuzis e pistolas - todas de uso proibido para civis -, além de munição. Caso chegassem às mãos do bandido, as conseqüências seriam mais que trágicas: o impacto de um disparo de fuzil é capaz de transfixar o chassi de um carro, explodir a cabeça de um homem, arrancar membros, dilacerar-lhe o tronco, enfim, reduzir a frangalhos o corpo de ser humano. Trata-se de armas de guerra - armas essas que vêm sendo empunhadas com cada vez mais freqüência por facções criminosas, enfrentando o aparato de segurança pública, impondo o medo à população e cerceando o direito de ir e vir do cidadão de bem, honesto, pagador de tributos, que se vê impotente e seqüestrado em sua dignidade diante da crescente espiral de violência urbana. Ainda sobre o desvalor do injusto, do ângulo das circunstâncias, não foi um plano de execução simples: o ACUSADO apresentou o co-RÉU aos homens que lhes venderam as armas, no Paraguai, acompanhando a negociação. Em seguida, aceitou o convite para vir ao Rio a fim de ser introduzido e passar a operar no tráfico de armas para “LUIZÃO”, um traficante de Acari - fato que será levado à conta mais adiante. Para despistar a fiscalização ao longo do trajeto, serviu-se de sua companheira, expondo-a ao risco de incriminação. Diferentemente do co-RÉU MARCO, não há provas nos autos de que SANDRO tenha tomado parte na efetivação do plano, desde o início; pelo que se pôde apurar, tal teria se dado somente a partir da chegada a Foz. Esse *minus* repercute no conteúdo de injusto da primeira conduta típica - tráfico internacional, não no tocante ao transporte das armas -, reduzindo-o em relação ao do primeiro ACUSADO. De outro lado, foi estabelecido que o cabeça e promotor da operação era MARCO - o que também há de merecer a devida consideração, embora não implique dizer que a participação de SANDRO tenha sido de menor importância, uma vez que ele atuou com controle sobre o *se* e o *como* dos fatos, configurando o ilícito (*co-autor em domínio funcional do fato*).

O motivo para a prática dos crimes não é outro que a cupidez, isto é, o desejo de ganhar dinheiro a qualquer custo. O agente tinha plena ciência da ilicitude das condutas e podia e devia ter se motivado na norma, isto é, omitido os injustos.

β) antecedentes: a condenação transitada em julgado será sopesada, quando do exame das circunstâncias agravantes. Nesta etapa, nenhuma influência pode exercer, em respeito à proibição da dupla valoração (*ne bis in idem*).

γ) conduta social: as testemunhas ouvidas por carta precatória são lacônicas, revelando pouco conhecimento sobre a vida do ACUSADO. Mesmo sua companheira mostrou hesitação. Como vimos, a declaração de que o RÉU levava vida pacata e proba deve ser recebida sem grande entusiasmo.

δ) personalidade: embora as condenações anteriores por roubo, resistência e estelionato só venham a ser objeto de exame no tópico próprio, convém realçar que a personalidade do RÉU revela propensão à delinqüência, o que é corroborado pelo móvel que o trouxe ao Rio de Janeiro - ser apresentado a um traficante para passar a engajar-se no tráfico de armas.

ε) comportamento das vítimas: inaplicável ao caso.

Haja vista que o exame das circunstâncias judiciais sinaliza quadro amplamente desfavorável ao RÉU, especialmente pelo intenso desvalor do conteúdo de injusto - desvalor da ação, conseqüências dos fatos, circunstâncias -, menor com relação ao primeiro crime e maior com relação ao segundo, e personalidade distorcida, justifica-se a imposição de uma pena-base acima do mínimo (assim a jurisprudência do STJ: HC 36.858/RS, rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, T6, 27/10/2004; DJ 16.11.2004 p. 331 - RESP 622.322/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, T5, 21/10/2004; DJ 16.11.2004 p. 315 - HC 25.423/GO, rel. Ministro PAULO MEDINA, T6, 28/09/2004; DJ 25.10.2004 p. 389 - HC 30.282/SC, rel. Ministro FELIX FISCHER, T5, 11/05/2004; DJ 14.06.2004 p. 250). Fixo a pena em 5 (cinco) anos, para o crime de tráfico internacional de armas, e em 6 (seis) anos, para o crime de transporte de armas.

3.1.2.2. Segunda Fase (circunstâncias)

Não concorre em prol do ACUSADO nenhuma circunstância atenuante (arts. 65 e 66 do CP).

A reincidência está comprovada pelos inúmeros documentos juntados aos autos - especialmente o de fls. 342/7, que minudencia todos os dados relativos às condenações anteriores, inclusive a data de trânsito em julgado, o local de cumprimento da pena e os diversos incidentes havidos durante a execução da sanção corporal. Vejamos: o RÉU foi condenado a 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Cruz Alta (RS), nos autos do Processo 229520591, por estelionato continuado (art. 171 c/c art. 71 do CP). O *decisum* transitou em julgado, em 20.09.1994. Foi condenado pelo Juízo da 1ª Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre (RS), nos autos do processo 139.411.8853, à pena de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses, por roubo à mão armada, em concurso de agentes, mais resistência (art. 157, §2º, I e II e art. 329 do CP), a ser cumprida em regime semi-aberto, sendo que a imputação inicial era de tentativa de homicídio e porte de arma (arts. 121 c/c 14, II e art. 19, §1º do DL 3.688/41 - cf. fls. 211). Fugiu uma vez, foi recapturado. Recebeu o benefício de saída temporária, e não mais retornou, indo para Foz, como já vimos.

O papel da reincidência na verificação da personalidade e perigosidade (ou periculosidade do agente), deve ser aferido e sopesado, caso a caso, em atenção às particularidades de cada agente. Na constelação situacional dos autos, a reincidência revela um internalizar ou *vivenciar o crime*, tornando-o modo de vida (*perseveratio in crimine*), o que reflete a elevação do grau de perigosidade do AUTOR - desapego e rebeldia, cegueira à ordem jurídica (*Rechtsblindheit*) - e agudiza a distorção de sua personalidade. Note-se que o réu está ligado a uma promissora e progressiva carreira criminosa: começou com estelionato, passou ao roubo à mão armada e em concurso de agentes, com resistência e, agora, descamba para o tráfico internacional e comércio ilegal de armas.

Elevo a pena do crime de tráfico internacional de armas de 5 (cinco) anos para 6 (seis) anos, e a pena do crime de transporte de armas, de 6 (seis) anos para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses.

3.1.2.3. Terceira Fase (causas de aumento e diminuição)

A causa de aumento do art. 19 da Lei n. 10.826/03 impõe a majoração da pena em ½ (metade). As penas passam a ser de 9 (nove) anos e de 9 (nove) anos e 9 (nove) meses.

3.1.2.4. Pena final

A pena final, resultante da soma das penas aplicadas para cada um dos crimes - por força da regra do cúmulo material (art. 69 do CP) -, fica estabelecida em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

3.1.2.5. Pena de multa

Adotando os mesmos parâmetros, com base na relação entre *pena máxima possível* e *pena aplicada*, e, atento à reprovação dos crimes (art. 49, *caput*, do CP), arbitro a pena em 263 e 283 dias-multa para as infrações penais, respectivamente, resultando em 546 dias-multa. À vista da situação econômica do **CONDENADO** (art. 49, §1º), cada dia-multa é fixado em 1/30 do salário mínimo.

3.1.2.6. Regime de cumprimento da pena

A pena privativa de liberdade será cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, §2º, *a* do Código Penal).

3.2. Direito de apelar em liberdade

Nos termos do art. 393, I do Código de Processo Penal, é efeito da sentença condenatória recorrível “*ser o réu preso ou conversado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas inafiançáveis enquanto não prestar fiança*”. O art. 594, por seu turno, preceitua que “*o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto*”.

O Supremo Tribunal Federal, por ambas as turmas, posicionou-se pela compatibilidade do preceito com a Constituição da República, considerando que a ausência de efeito suspensivo - *rectius*: *impeditivo*, caso o condenado esteja solto - quanto à ordem de prisão não afronta o *princípio da presunção do estado de inocência* - ou de *não-culpabilidade* (art. 5º, LVII da Constituição da República). O Tribunal também repeliu a tese de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) teria revogado o dispositivo - cf. RHC 75.917-9, HC 76.023-1, HC 77.825-4. Recentemente, acórdãos das Turmas passaram a entender que, se o réu respondeu ao processo em liberdade, sua prisão não é compulsória - ainda que ele ostente maus antecedentes -, devendo ser fundamentada à vista do art. 312 do Código de Processo Penal (prisão preventiva). De outro lado, se o réu aguardou preso a conclusão da instrução probatória, quer por força de prisão em flagrante, quer devido a decreto de prisão preventiva, não tem direito a apelar em liberdade. *Inter plures*:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. MAUS ANTECEDENTES. CPP, art. 594. I. - Não tem direito de apelar em liberdade o réu

que, além de possuir maus antecedentes, foi preso em flagrante e nessa condição permaneceu durante toda a instrução criminal. II. - H.C. indeferido.

HC 82429 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 17/12/2002 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-21-03-2003 PP-00072 EMENT VOL-02103-02
PP-00222

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça cristalizada no Verbete 9 da Súmula de Jurisprudência da Corte, reza que “*a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*”. Semelhantemente à linha do Excelso Pretório, vem entendendo o STJ que o recolhimento do acusado que respondeu solto ao processo deve prender-se à efetiva necessidade da custódia *ante tempus* (art. 312 do CPP). O quadro portanto é esse: se réu respondeu solto à instrução, sua prisão há de ser fundamentada, com apoio no *periculum in libertatis*; se já se encontrava preso, *ipso facto*, não goza do direito de apelar em liberdade, Nesse sentido, eis alguns precedentes das Egrégias 5ª e 6ª Turmas:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE PRISÃO EM FLAGRANTE. APELO EM LIBERDADE. PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INADMISSIBILIDADE.

1. O réu condenado por crime hediondo, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, que responde ao processo preso cautelarmente, em razão de flagrante delito, não tem direito ao apelo em liberdade, eis que o inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, dando cumprimento à Constituição da República (artigo 5º, inciso XLIII), vedou-lhe a fiança e a liberdade provisória, e o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, faz da sua prisão um efeito da sentença condenatória.
2. Em casos tais, a prisão do réu condenado decorre de imperativa determinação legal e constitucional, fazendo-se despicienda toda e qualquer motivação a respeito da necessidade da custódia, que é de natureza cautelar e de necessidade presumida de forma absoluta pela lei.
3. “O réu condenado por infração dos artigos 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão.” (artigo 35 da Lei 6.368/76).
4. Recurso improvido.

Processo

RHC 15717 / SP ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
2004/0016145-8

Relator(a)

Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

05/08/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 13.12.2004 p. 458

HABEAS CORPUS. RÉUS PRESOS PREVENTIVAMENTE E NESSA CONDIÇÃO MANTIDOS DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

1. Em princípio, o réu que responde à ação penal preso processualmente, mantida a custódia na sentença condenatória, deve aguardar preso o julgamento do recurso que venha a interpor, a teor do disposto do art. 393, inciso I, do Código de Processo Penal.

2. Habeas corpus denegado.

Processo

HC 28513 / SP ; HABEAS CORPUS
2003/0083818-7

Relator(a)

Ministro PAULO GALLOTTI (1115)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

05/08/2003

Data da Publicação/Fonte

DJ 06.12.2004 p. 366

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, 14 E 18, INCISO I, DA LEI Nº 6.368/76. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA Nº 09/STJ.

I - O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de prisão em flagrante (Precedentes).

II - Restando demonstrado que o réu condenado deverá ser mantido na prisão para apelar, face à possibilidade de cometimento de novos delitos, justificada está a segregação cautelar para garantia da ordem pública, com base no art. 312 do CPP. (Precedentes).

III - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Súmula n.º 9 do STJ).

Ordem denegada.

Processo

HC 37020 / DF ; HABEAS CORPUS
2004/0103364-1

Relator(a)

Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

19/10/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 29.11.2004 p. 363

(...) II - O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva (Precedentes do STJ e do STF).

III - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Súmula nº 9 do STJ). Recurso desprovido.

Processo

RHC 16468 / RS ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
2004/0064770-8

Relator(a)

Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

05/10/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 08.11.2004 p. 251

Sentença (condenatória). Apelação (pretensão de liberdade). Flagrante. Prisão preventiva.

1. Em princípio, não pode apelar em liberdade quem foi preso em flagrante ou teve contra si decretada prisão preventiva e preso, assim, permaneceu durante toda a instrução criminal.

(...) 4. Habeas corpus denegado.

Processo

HC 36284 / SP ; HABEAS CORPUS
2004/0087494-7

Relator(a)

Ministro NILSON NAVES (361)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

16/09/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 25.10.2004 p. 398

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NA LEI Nº 10.409/2002. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA Nº 09/STJ.

(...) III - O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de prisão em flagrante (Precedentes).

(...) V - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Súmula n.º 9 do STJ).

Recurso desprovido.

Processo

RHC 16044 / SP ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
2004/0068255-3

Relator(a)

Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

14/09/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 04.10.2004 p. 328

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU PRESO EM FLAGRANTE E NESSA CONDIÇÃO MANTIDO DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APELAR EM LIBERDADE. ORDEM DENEGADA.

1 - Em princípio, o réu que responde à ação penal preso, mantida a custódia na sentença condenatória, deve aguardar preso o julgamento do recurso que venha a interpor, notadamente em se tratando da prática do crime de tráfico de entorpecentes.

2 - Habeas corpus denegado.

Processo

HC 24927 / SP ; HABEAS CORPUS
2002/0133360-6

Relator(a)

Ministro PAULO GALLOTTI (1115)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

25/03/2003

Data da Publicação/Fonte

DJ 30.08.2004 p. 334

(...) 2. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu ou deveria ter permanecido preso durante toda a instrução criminal, visto ser um dos efeitos da sentença condenatória o recolhimento do réu à prisão.

3. A manutenção do réu em cárcere, que respondeu todo o processo preso cautelarmente, nada mais é do efeito da sentença penal que o condenou e reconheceu a sua conduta criminosa. Aplicação, na hipótese, da Súmula n.º 09 do STJ. (...)

6. Precedentes do STJ.

7. Ordem denegada.

Processo

HC 30975 / SP ; HABEAS CORPUS

2003/0180091-0

Relator(a)

Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

03/06/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 02.08.2004 p. 443

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO EM FLAGRANTE, QUE ASSIM PERMANECEU DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, incluídamente do Pretório Excelso, firmou-se já no sentido de que em se tratando de réu preso em flagrante, e que nessa condição permaneceu durante todo o processo, inaplicável o artigo 594 do Código de Processo Penal, fazendo-se, pois, imperiosa a manutenção da sua custódia quando da sentença condenatória.

2. Ordem denegada.

Processo

HC 33287 / SP ; HABEAS CORPUS

2004/0009170-7

Relator(a)

Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112)

Órgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Data do Julgamento

26/05/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 02.08.2004 p. 575

PROCESSO PENAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PRISÃO EM FLAGRANTE - SENTENÇA CONDENATÓRIA - APELO EM LIBERDADE - FUGA DO DISTRITO DA CULPA - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA.

- Observo, in casu, que o réu foi preso em flagrante e, só foi colocado em liberdade no curso da instrução, ante a caracterização do excesso de prazo para a formação da culpa, e não porque cessados os motivos ensejadores da constrição cautelar. Logo, o fato de estar o paciente solto no momento da prolação da sentença condenatória não é motivo bastante para conceder ao paciente o direito de apelar em liberdade.

- Ademais, os autos noticiam que o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente se encontra pendente de cumprimento, o que reforça a necessidade da medida como forma de assegurar a aplicação da lei penal. Inviável, portanto, o apelo em liberdade.

- De outra parte, convém registrar que a prisão para apelar não ofende o princípio da presunção de inocência. Tal princípio impede que se atribuam à acusação penal conseqüências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível.

Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de inocência, portanto, é meramente relativa.

- Ordem denegada.

Processo

HC 33611 / SP ; HABEAS CORPUS

2004/0016502-1

Relator(a)

Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

25/05/2004

Data da Publicação/Fonte

DJ 01.07.2004 p. 238

Não sem razão a jurisprudência vem se opondo à concessão de efeito *suspensivo* (aqui é mesmo *suspensivo*, e não impeditivo, pois já existe *prisão*) à apelação. Se os agentes permaneceram sob custódia do Estado, enquanto contra eles só havia *suspeitas*, como poderiam ser postos em liberdade, uma vez firmada sua *culpa* em *juízo de certeza*, após ampla atividade probatória transcorrida sob o crivo do contraditório? Seria uma ilogicidade, um total contra-senso.

NEGO aos condenados o direito de apelar em liberdade.

3.3. Providências finais

Considerando que o Volkswagen Voyage utilizado pelos condenados para o contrabando das armas foi recebido por MARCO ANTÔNIO como prêmio ou adiantamento

do pagamento pelo crime (*pretium sceleris* ou produto indireto do crime), pronuncio a PERDA em favor da União do veículo, nos termos do art. 91, II, *b* do Código Penal.

Custas ex lege.

Oficie-se ao Instituto Félix Pacheco (SSP/RJ) e à Polícia Federal, dando-se-lhes ciência da prolação desta sentença condenatória recorrível, para as anotações que reputarem cabíveis.

Oficie-se ao Juízo da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre (fls. 364) para ciência desta sentença e do fato de que caberá à Vara de Execução Penal decidir sobre a possibilidade de cumprimento do restante da pena do condenado SANDRO ADRIANO, neste Estado.

Certificado o trânsito em julgado, lance-se o nome dos **CONDENADOS** no rol dos culpados (art. 5º, LVII da Constituição da República e art. 393, II do Código de Processo Penal) e expeçam-se guias de recolhimento, com remessa dos autos para a execução, sem prejuízo da reiteração dos ofícios já mencionados.

Oficie-se também ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins do art. 15, III da Constituição da República.

Recomendem-se os CONDENADOS na unidade prisional em que se encontrem.

P. R. I.

São João de Meriti, em 21 de março de 2005.

ANDRÉ LENART

(Juiz Federal Substituto no Exercício Pleno da Titularidade)

DESARMAMENTO, SEGURANÇA PÚBLICA E EFICIÊNCIA*

Marcello Ferreira de Souza Granado

Juiz Federal da 7ª Vara Criminal

Decisão proferida em autos de inquérito policial arquivado por deferimento de promoção do MPF, com destinação de armas apreendidas para inclusão no patrimônio da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro - Segurança Pública - Compatibilização do Estatuto do Desarmamento com princípios constitucionais.

DECISÃO

Vistos,

Na decisão de fls. 180 autorizei a devolução das armas apreendidas, mediante termo, à empresa X que fora contratada pela fabricante Y, sediada em Nova Iorque, EUA, para transportar o carregamento das referidas armas para a empresa ATP SRL, sediada na Itália (v. fls. 42 e 72).

Aquela decisão foi específica no sentido de que a empresa X procedesse junto à Receita Federal no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro à devolução ou redesignação da carga que, diga-se, não é de sua propriedade.

Às fls. 236/237 X, dada a sua condição noticiada às fls. 42 e 72, foi tida nestes autos como interessada em devolver ou dar seguimento à carga para o exterior onde são sediados os proprietários do armamento. Todavia, às fls. 236/237, informa que o destinatário final, até então presumidamente o proprietário, não mais se interessa pelo armamento. Nada disse a empresa X, expressamente, sobre eventual interesse da empresa fabricante norte-americana que lhe contratou para o transporte.

Diante disto e do mais que consta destes autos não há como se identificar o atual proprietário das coisas apreendidas. Outrossim, a não ser a empresa X, transportadora, nenhum possível proprietário veio aos autos, de forma que não é sequer possível adotar a providência do art. 120, § 4º, do CPP.

* Por decisão do Juízo, foram omitidos o número do processo e o nome dos envolvidos.

Não obstante louvável a intenção da empresa X de, considerando a “perda de objeto da importação daquele armamento” (fl.237), requerer sua inclusão no programa nacional de desarmamento (Lei nº 10.826/2003 e Decreto 5.123/2004), não pode ser deferida a sua pretensão, pois não é proprietária das armas apreendidas. **Indefiro** por isso, o pedido de fl. 237.

Resta decidir acerca do destino a ser dado às armas apreendidas.

A apreensão, conforme o respectivo termo de fl. 04, deu-se em 10.11.2000, quando ainda vigente a Lei nº 9.437/97.

O art. 14 da mencionada Lei dispunha: “As armas de fogo encontradas sem registro e/ou sem autorização serão apreendidas e, após elaboração do laudo pericial, recolhidas ao Ministério do Exército, que se encarregará de sua destinação.”

A decisão de recolhimento das armas ao Min. Exército, proferida pelo Juiz em autos de inquérito ou de ação penal nos quais deu-se a apreensão é de cunho declaratório e constitutivo, pois nela está exercendo a dicção do Direito sobre toda a matéria de fato e de Direito versada. É declaratória quanto ao reconhecimento da inexistência do fato - registro ou autorização- e constitutiva quanto ao direito de propriedade dos bens, pois, confisca do anterior proprietário ou possuidor e transfere o bem para a União. Tem, portanto, cunho material.

Desta forma, diante do conflito de leis no tempo (Lei nº 9.437/97, art. 14, vigente na data do fato apreensão e a Lei nº 10.826/2003, art. 25 caput, vigente nesta data) aplica-se a lei vigente quando da apreensão.

Como se não bastasse, entendo oportuna a exposição de outros fundamentos que também adoto para esta decisão.

São notórias as precárias condições materiais enfrentadas pelas instituições policiais em decorrência de restrições orçamentárias. De outro lado, é flagrante o crescente fortalecimento do poderio bélico das organizações criminosas.

O estado precário da segurança pública, em conseqüência, tende a favorecer, em progressão geométrica este nefasto e preocupante rumo de desequilíbrio de forças e vulnerabilidade do Estado e da Sociedade. Quanto menor forem as condições materiais e humanas à disposição das Instituições Policiais, maior será o crescimento do poderio da

criminalidade, mormente levando-se em conta que o Brasil não fabrica a maioria das armas (longas e curtas) que costumeiramente são encontradas em poder do crime organizado. Tais armas, evidentemente, têm seu ingresso irregular no território nacional facilitado ante a ineficiência do patrulhamento de fronteiras terrestres, portos e aeroportos.

É da Polícia Federal a incumbência do policiamento de fronteiras, portos e aeroportos, assim como da prevenção de contrabando (art. 144, § 1º, II e III).

A debilidade de meios materiais das instituições policiais, em especial da Polícia Federal, se não impede, dificulta sobremodo o cumprimento de seu mister, principalmente o de combate ao tráfico internacional de armas, como reconhecido, fonte inesgotável de alimentação do crime organizado nacional.

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput, da CF).

A Constituição Federal, no Título relativo aos meios de defesa do Estado e das Instituições democráticas, estabelece em seu art. 144, § 7º:

“A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

Tenho que o texto constitucional determina que a lei, qualquer uma que possa repercutir nas atividades de segurança pública, sempre assegure a eficácia do *princípio da eficiência da administração pública, no caso, o da eficiência dos órgãos de segurança pública*.

Deste modo, a aplicação de dispositivos infraconstitucionais tem que guardar compatibilidade com o citado princípio.

Neste sentido, a irrestrita aplicação do disposto no art. 25, caput¹, da Lei 10.826/2003, diante do notório e lamentável desaparecimento em que se encontram as instituições policiais, é incompatível com o *princípio da eficiência dos órgãos da segurança pública*.

¹ Armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos serão, após elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, encaminhados pelo juiz competente, quando não mais interessarem a persecução penal, ao Comando do Exército, para destruição, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

A irrestrita e generalizada destruição de armas de fogo, acessórios e munições apreendidos em autos de processos judiciais, que poderiam ser destinados ao aparelhamento responsável, controlado e mais econômico das instituições policiais, em um momento em que o Estado não tem meios, dinheiro ou vontade política suficientes para satisfazer as necessidades materiais daqueles órgãos de segurança pública, afronta a garantia de eficiência (art. 144, § 7º da CF); fere o princípio da eficiência da administração pública (art. 37, caput, da CF), da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entretanto, não cuido de incidentalmente afastar, por inconstitucionalidade, a eficácia de todo o texto do art. 25, caput, da Lei nº 10.826/2003, mas tão-somente, da expressão “para destruição”.

Assim, preservam-se os demais comandos do citado dispositivo legal, interpretando-o conforme a Constituição, de modo que as armas de fogo, acessórios e munições apreendidas sejam encaminhados para a União Federal (Comando do Exército) que deve àqueles bens dar destinação compatível com a observância do princípio.

A observância do princípio importa, conseqüentemente, que só sejam passíveis de destruição as armas, acessórios e munições que não se prestem para uso pelas instituições policiais.

Por fim, consigno que a lei em comento teve a alardeada finalidade de evitar que armas se transferissem das mãos de cidadãos não acostumados a utilizarem-nas, para as mãos de marginais. Viu nas armas guardadas por “cidadãos de bem” risco potencial contra a própria sociedade.

Ora, com a interpretação que se confere nesta decisão a finalidade da lei é atingida e preservada. Armamentos que estavam ou poderiam ser utilizados por criminosos contra a sociedade, uma vez apreendidos e corretamente destinados aos órgãos policiais contribuirão de forma mais econômica e segura para a defesa da sociedade que a lei visa proteger. Outrossim, não se exclui da União (Comando do Exército) a atribuição de controle daqueles bens.

Por tudo isso, no interesse da Justiça e da sociedade, determino à Polícia Federal, pela SPF/DPF/RJ que, providencie junto ao Comando do Exército (órgão de controle), os atos necessários para a transferência da propriedade das armas apreendidas nestes autos para o seu patrimônio.

Intimem-se e oficiem-se com cópia desta decisão, do termo de fls. 04/05 e do laudo de fls. 63/68, ao Superintendente da Polícia Federal neste Estado e ao Comando Militar do Leste.

Ciência ao MPF.

Após, certificada a preclusão, arquivem-se.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2004.

Dr. MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO

Juiz Federal

7ª Vara Criminal

DELAÇÃO PREMIADA E REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA*

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Criminal

Trata-se de decisão que indeferiu pedido de revogação do decreto de prisão preventiva, por considerar que a delação não tem o condão de, por si só, autorizar este raciocínio.

PROCESSO Nº: 2005.51.01.515345-5

AUTOR: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL/RJ

RÉU: JUSTIÇA PÚBLICA

Trata-se de pedido de revogação da prisão cautelar de “A” e “B”. A “delação premiada” surgiu como forma de estímulo à elucidação e punição de crimes praticados em concurso de agentes. As diversas leis que tratam do assunto não impõem uma forma específica para a prática do referido ato processual, razão pela qual não há obrigatoriedade de que a mesma tenha que ser realizada em audiência. Assim, ao menos, já fiz constar em decisão anteriormente proferida nestes autos, com fundamento no art. 154, CPC c/c art. 3º, CPP, eis que as declarações assinadas pelos acusados possuem rigorosamente o mesmo valor daquelas que eventualmente tivessem sido prestadas em juízo.

As leis regentes sobre a delação determinam que a proteção e as medidas decorrentes deverão levar em consideração a gravidade da coação eventualmente sofrida pelo delator, bem como a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e sua importância para a produção da prova. No entanto, constato que as leis regentes deste instituto protegem o co-réu ou partícipe de forma diferente da vítima e da testemunha, pois, como se sabe, o programa de proteção só existe para estas últimas, mas não para os co-autores e partícipes dos crimes que estão sendo investigados.

Em virtude desta circunstância, é que constato que, nos casos de réus delatores, costumam ser adotadas algumas medidas especiais de segurança e proteção da sua integridade física, caso estas realmente sejam necessárias, como, por exemplo, separar o réu colaborador dos demais presos. No entanto, é público e notório que as penitenciárias, cadeias, colônias agrícolas, casa do albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, estão em condições precárias.

* Por decisão do Juízo, foram omitidos os nomes dos envolvidos neste processo.

Esta falta de estrutura, porém, não pode impedir a realização da intenção da aludida Lei, que busca contribuir para um melhor esclarecimento dos fatos, sendo, por esta razão, tarefa dos operadores jurídicos tentarem conceber os meios necessários para preservar a integridade física dos delatores, principalmente porque existe um claro interesse público em sua preservação, para que o crime em tese praticado possa ser devidamente desvendado.

Sob esta ótica acima traçada é que, em ocasião pretérita, decidi pela revogação da custódia cautelar dos acusados “C” e “D”, levando em consideração não apenas o risco da integridade física destes réus, mas, também, a relevância das declarações prestadas, que, em primeira análise se mostravam coerentes, pois se referiam as situações já discutidas nestes autos, além de citarem pessoas que tinham sido mencionadas nas interceptações telefônicas anteriores ou que tivessem relação com as sociedades mencionadas na denúncia.

Este mesmo quadro, contudo, não se configura em relação aos acusados “A” e “B”. Com efeito, a ameaça do *periculum libertatis* se faz presente, na medida em que começa a se delinear a ampla infiltração que a organização criminosa demonstrou exercer nos órgãos estatais responsáveis pela segurança e fiscalização pública, o que torna necessária a custódia cautelar destes acusados de modo a possibilitar que tais órgãos mantenham sua higidez e um mínimo de crédito perante a sociedade. Neste aspecto, aliás, destaco que não há como impôr que todos os acusados, genericamente, possam ser beneficiados por todo e qualquer ato judicial em tese favorável a apenas um réu determinado, pois esta situação implicaria em se desprezar as circunstâncias de caráter pessoal e até mesmo dos fatos imputados que, como sabido, são inteiramente diversos entre cada um dos denunciados.

Repito: a “delação premiada” surgiu como forma de estímulo à elucidação e punição de crimes praticados em concurso de agentes, implicando em seu desvirtuamento a suposição de que tal ato sirva como forma de se barganhar com o juízo, aguardando a revogação de eventual custódia cautelar. O delator deve ter a responsabilidade pelos atos que pratica, ou seja, deve saber exatamente as consequências que a sua conduta pode gerar. O risco a integridade do delator poderá existir dentro ou fora da prisão, sendo certo que o Poder Judiciário e demais órgãos adotarão as providências necessárias para salvaguardar os delatores e para apurar eventuais perseguições que estes sofrerem.

E, de resto, lembro que este magistrado chegou até a revogar a prisão preventiva de outros Policiais Rodoviários Federais, mas por fundamentos distintos. De

fato, a revogação da prisão de “E”, se deu em virtude da forte possibilidade de se tratar de um homônimo, tal como constou na decisão de fls. 2.344/2.345. Em relação as denunciadas “F” e “G”, a revogação se baseou na contribuição efetiva que as mesmas prestaram para a busca da verdade real e no menor grau de participação delas na organização criminosa.

Diante de todo o exposto, INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva, tal como formulado pelas defesas de “A” e “B”, sendo que o próprio TRF-2 já decidiu anteriormente que a decisão deve ser mantida para fins de manutenção da credibilidade da Justiça e da gravidade e repercussão dos inúmeros delitos em apuração, que não podem ser considerados isoladamente.

Em relação ao pedido de revogação da prisão preventiva, formulado por “H” (fls. 3.555/3.556), entendo que subsistem os motivos ensejadores da decretação da prisão preventiva do acusado, pois a defesa não trouxe aos autos nenhum elemento novo capaz de modificar o entendimento deste Juízo quanto à necessidade, por ora, de manutenção da custódia cautelar. O simples fato de encontrar-se encerrada a fase instrutória não implica necessariamente na revogação da prisão, visto continuar presente o requisito da garantia da ordem pública. Isto posto, INDEFIRO o novo pedido formulado pela defesa de “H”.

Revogo o despacho de fl. 1.895. Intimem-se as defesas para ciência desta decisão e do que consta nos documentos juntados às fls. 113/269 do Apenso nº 26 e de fls. 113/143 do Apenso nº 32, respectivamente. Após, aguarde-se o prazo de vinte e quatro horas e, em seguida, venham os autos novamente conclusos. Translade-se cópia da presente decisão para os autos do processo cautelar.

Rio de Janeiro, 07 de julho de 2005.

RODOLFO KRONENBERG HARTMANN

Juiz Federal Substituto

no Exercício da Titularidade Plena



Indices

- I - Varas Federais
- II - Autores
- III - Assuntos

I - Varas Federais

2ª Vara Federal Criminal - 02VFCR.....	37, 75, 207
5ª Vara Federal Criminal - 05VFCR.....	95
6ª Vara Federal Criminal - 06VFCR.....	125
7ª Vara Federal Criminal - 07VFCR.....	201
3ª Vara Federal de São João de Meriti - 03VF-SJ.....	145
Vara Federal Única de São Pedro da Aldeia - 01VF-SP.....	47
1º Juizado Especial Federal de Campos - 01JEF-CA.....	69
1º Juizado Especial Federal de Nova Friburgo - 01JEF-NF.....	19
2º Juizado Especial Federal de Niterói - 02JEF-NI.....	25

II - Autores

1 - Juízes

Ana Paula Vieira de Carvalho.....	125
André de Magalhães Lenart Zilberkrein.....	145
Cassio Murilo Monteiro Granzinoli.....	19
Fabício Antonio Soares.....	25
Manoel Rolim Campbell Penna.....	47
Marcello Ferreira de Souza Granado.....	201
Roberto Dantes Schuman de Paula.....	69
Rodolfo Kronemberg Hartmann.....	75, 207
Simone Schreiber.....	95

2 - Servidores

Luiz Carlos Andrade Bravo.....	37
--------------------------------	----

A

ABOLITIO CRIMINIS

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

AÇÃO PENAL

Direito Penal - Filosofia do Direito - Conduta - Ato voluntário - Omissão - Concurso de crimes.....19

AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

Transação penal - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

ACUSAÇÃO

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Arma de fogo - Princípio da eficiência - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

AGRAVAMENTO DA PENA

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de arma - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

AGRAVANTE

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

ANISTIA

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

APLICAÇÃO DA PENA

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

ARMAS DE FOGO

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

Tráfico internacional - Comércio de arma - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

ATENUANTE

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

ATO VOLUNTÁRIO

Direito Penal - Filosofia do Direito - Conduta - Ação penal - Omissão - Concurso de crimes19

B

BANCO MARKA

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

C

CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

CELERIDADE PROCESSUAL

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade

- Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação
- Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória
- Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia
processual.....37

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da
pena - Execução da pena - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante
- Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena
- Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena
- Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade
- Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de
pena - Concurso de circunstâncias.....25

COAÇÃO

Delação - Diminuição da pena - Prisão preventiva - Revogação - Concurso de agentes
- Custódia - Indeferido.....207

COISA JULGADA

Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial -
Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material -
Abolitio criminis - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual
Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

COISA JULGADA FORMAL

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional -
Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada material -
Abolitio criminis - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual
Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicio-
nada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal
Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de
liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada material - Representação - Princípio

da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

COISA JULGADA MATERIAL

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

COMÉRCIO DE ARMAS

Tráfico internacional - Arma de fogo - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

CONCURSO DE AGENTES

Delação - Diminuição da pena - Prisão preventiva - Revogação - Coação - Custódia - Indeferido.....207

CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora.....25

CONCURSO DE CRIMES

Direito Penal - Filosofia do Direito - Conduta - Ação penal - Ato voluntário - Omissão.....19

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

CONDUTA

Direito Penal - Filosofia do Direito - Ação penal - Ato voluntário - Omissão - Concurso de crimes.....19

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de armas - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

CONSTITUCIONALIDADE

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência

- Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 144

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

CRIME

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

CRIME CONTINUADO

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena.....75

CRIME CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL

Estatuto - Idoso - Lei Federal nº 10.471/2003 - Prescrição (Direito Penal) - *Sursis* - Princípio da isonomia.....69

CULPABILIDADE

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

CUSTÓDIA

Delação - Diminuição da pena - Prisão preventiva - Revogação - Concurso de agentes - Coação - Indeferido.....207

D

DECISÃO JUDICIAL

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

DELAÇÃO

Diminuição da pena - Prisão preventiva - Revogação - Concurso de agentes - Coação - Custódia - Indeferido.....207

DESARMAMENTO

Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

DEVIDO PROCESSO PENAL

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

DIMINUIÇÃO DA PENA

Delação - Prisão preventiva - Revogação - Concurso de agentes - Coação - Custódia - Indeferido.....207

DIREITO PENAL

Filosofia do Direito - Conduta - Ação penal - Ato voluntário - Omissão - Concurso de crimes.....19

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Constituição Federal - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Perseguição penal - Devido processo legal.....95

DOSIMETRIA DA PENA

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

Tráfico internacional - Arma de fogo - Comércio de armas - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

E

ESTATUTO

Idoso - Lei Federal nº 10.471/2003 - Prescrição (Direito Penal) - *Sursis* - Princípio da isonomia - Crime contra a seguridade social.....69

EXECUÇÃO DA PENA

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa

julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória
- Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Crime continuado.....75

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena
- Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante
- Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de
pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional
- Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa
julgada material - *Abolitio criminis* - Sentença condenatória - Direito Processual Civil
- Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

F

FILOSOFIA DO DIREITO

Direito Penal - Conduta - Ação penal - Ato voluntário - Omissão - Concurso de crimes.....19

FIXAÇÃO DA PENA

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de armas - Traficante - Rio de Janeiro (Estado)
- Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosi-
metria da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

G

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal
Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de
inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Perse-
cução penal - Devido processo legal.....95

GESTÃO FRAUDULENTA

Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986,
art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes
- Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

GRAÇA

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

H

HABEAS CORPUS

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência- Acusação - Prisão preventiva - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

I

IDOSO

Estatuto - Lei Federal nº 10.471/2003 - Prescrição (Direito Penal) - *Sursis* - Princípio da isonomia - Crime contra a seguridade social.....69

IMPUNIDADE

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

IMUTABILIDADE

Coisa julgada - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

INDULTO

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Execução da pena - Crime continuado.....75

INQUÉRITO POLICIAL

Desarmamento - Segurança pública - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Arma de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Gestão fraudulenta - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

J

JUIZ

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de armas - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

JURISPRUDÊNCIA

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

L

LEGITIMIDADE

Investigação criminal - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

LEI COMPLEMENTAR Nº 75/1993

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

LEI FEDERAL Nº 7.492/1986, ART. 4º

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

LEI FEDERAL Nº 8.625/1993

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993.....47

LEI FEDERAL Nº 10.471/2003

Estatuto - Idoso - Prescrição (Direito Penal) - *Sursis* - Princípio da isonomia - Crime contra a seguridade social.....69

M

MINISTÉRIO PÚBLICO (MP)

Investigação criminal - Legitimidade - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de armas - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena.....145

MP

Vide: Ministério Público (MP)

MPF

Vide: Ministério Público Federal (MPF)

O

OMISSÃO

Direito Penal - Filosofia do Direito - Conduta - Ação penal - Ato voluntário - Concurso de crimes.....19

P

PENA-BASE

Individualização da pena - Sistema trifásico - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

PENA DE MULTA

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

PERIGO CONCRETO

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional - Sonegação fiscal.....125

PERSECUÇÃO PENAL

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Devido processo legal.....95

PRESCRIÇÃO

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

PODER JUDICIÁRIO

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

POLÍCIA FEDERAL

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

PRESCRIÇÃO (DIREITO PENAL)

Estatuto - Idoso - Lei Federal nº 10.471/2003 - *Sursis* - Princípio da isonomia - Crime contra a seguridade social.....69

PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL

Individualização da pena - Sistema trifásico - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante

- Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena
- Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

- Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio da presunção de inocência - Acusação
- Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública
- Persecução penal - Devido processo legal.....95

- Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF)
- Polícia Federal - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Arma de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade
- Princípio da proporcionalidade.....201

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

- Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicio-
- nada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material
- Representação - Princípio da presunção de inocência - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual
- Celeridade processual.....37

PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

- Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ)
- Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal
- Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência
- Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade
- Prescrição - Pena de multa - Celeridade processual.....37

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

- Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF)
- Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Armas de fogo - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Estatuto - Idoso - Lei Federal nº 10.471/2003 - Prescrição (Direito Penal) - *Sursis* - Crime contra a seguridade social.....69

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade.....201

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da proporcionalidade.....201

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Coisa julgada - Imutabilidade - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Abolito criminis - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

Tráfico internacional - Arma de fogo - Comércio de arma - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

PRISÃO PREVENTIVA

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Delação - Diminuição da pena - Revogação - Concurso de agentes - Coação - Custódia - Indeferido.....207

PROVA INDICIÁRIA

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de arma - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

R

RECEITA FEDERAL

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Tráfico internacional - Constituição Federal - Arma de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

RECURSO JUDICIAL

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

REPRESENTAÇÃO

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

RESTRIÇÃO DE DIREITOS

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

REVOGAÇÃO

Delação - Diminuição da pena - Prisão preventiva - Concurso de agentes - Coação - Custódia - Indeferido.....207

RIO DE JANEIRO (ESTADO)

Tráfico internacional - Armas de fogo - Comércio de arma - Traficante - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

S

SEGURANÇA PÚBLICA

Desarmamento - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Tráfico internacional - Constituição Federal - Arma de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

SENTENÇA CONDENATÓRIA

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

SENTENÇA DEFINITIVA

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Tutela jurisdicional - Decisão judicial - Recurso judicial - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sonegação fiscal.....125

SISTEMA TRIFÁSICO

Individualização da pena - Prévia cominação legal - Aplicação da pena - Execução da pena - Circunstância judicial - Pena-base - Dosimetria da pena - Culpabilidade - Agravante - Atenuante - Causa especial de aumento de pena - Causa especial de diminuição de pena - Circunstância qualificadora - Concurso de circunstâncias.....25

SONEGAÇÃO FISCAL

Gestão fraudulenta - Instituição financeira - Banco Marka - Constitucionalidade - Lei Federal nº 7.492/1986, art. 4º - Crime - Perigo concreto - Conflito aparente de normas - Concurso de crimes - Sistema Financeiro Nacional.....125

STF

Vide: Supremo Tribunal Federal (STF)

STJ

Vide: Superior Tribunal de Justiça (STJ)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa

Julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Constituição Federal - Direitos e garantias individuais - Culpabilidade - Jurisprudência - Princípio constitucional - Princípio da presunção de inocência - Acusação - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Restrição de direitos - Garantia da ordem pública - Persecução penal - Devido processo legal.....95

Investigação criminal - Legitimidade - Ministério Público (MP) - Inquérito policial - Constitucionalidade - Jurisprudência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal, art. 144 - Lei Complementar nº 75/1993 - Lei Federal nº 8.625/1993.....47

Transação penal - Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

SURDIS

Estatuto - Idoso - Lei Federal nº 10.471/2003 - Prescrição (Direito Penal) - Princípio da isonomia - Crime contra a seguridade social.....69

T

TRAFICANTE

Tráfico internacional - Arma de fogo - Comércio de arma - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

TRÁFICO INTERNACIONAL

Armas de fogo - Comércio de arma - Traficante - Rio de Janeiro (Estado) - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Juiz - Conflito aparente de normas - Dosimetria da pena - Fixação da pena - Agravamento da pena - Ministério Público Federal (MPF).....145

Desarmamento - Segurança pública - Inquérito policial - Ministério Público Federal (MPF) - Polícia Federal - Princípio constitucional - Receita Federal - Constituição Federal - Armas de fogo - Princípio da eficiência - Administração Pública - Princípio da razoabilidade - Princípio da proporcionalidade.....201

TRANSAÇÃO PENAL

Ação penal pública condicionada - Ação penal pública incondicionada - Ministério Público (MP) - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Supremo Tribunal Federal (STF) - Constituição Federal - Pena restritiva de direitos - Pena privativa de liberdade - Devido processo legal - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - Representação - Princípio da presunção de inocência - Princípio da ampla defesa - Sentença condenatória - Poder Judiciário - Impunidade - Prescrição - Pena de multa - Princípio da economia processual - Celeridade processual.....37

TUTELA JURISDICIONAL

Coisa julgada - Imutabilidade - Princípio da segurança jurídica - Decisão judicial - Recurso judicial - Sentença definitiva - Coisa julgada formal - Coisa julgada material - *Abolitio criminis* - Extinção da punibilidade - Sentença condenatória - Direito Processual Civil - Anistia - Graça - Indulto - Execução da pena - Crime continuado.....75

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 2ª REGIÃO

Rua do Acre, 80 - Centro - Rio de Janeiro

JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA

Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Av. Rio Branco, 243 - Centro - Rio de Janeiro



*Fachada do Foro Federal de Barra do Piraí/
Seção Judiciária do Rio de Janeiro*

O Foro Federal de Barra do Piraí, inaugurado em 21 de fevereiro de 2006, está situado no bairro do Matadouro, em Barra do Piraí. Possui uma Vara Federal Única, de competência mista, com um Juizado Especial Federal Adjunto.

Barra do Piraí foi emancipado em 10 de março de 1890, e tem área de 582,1 km² e população de 90.552 habitantes (IBGE/CIDE 2000). Localizado na foz entre os rios Piraí e Paraíba do Sul, o município, no passado um grande entreposto comercial durante o Ciclo do Café, permanece como um importante centro econômico da região do Vale do Paraíba.

As principais atividades econômicas de Barra do Piraí concentram-se na pecuária de corte (bovinos, suínos, aves de corte, apicultura, codornas) e na agricultura (café, banana, milho, feijão, cana de açúcar, verduras). Ao longo das últimas décadas, houve significativa expansão no setor industrial, decorrente da localização intermediária do município no eixo Rio-São Paulo.